



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10166.008040/2001-50
SESSÃO DE : 18 de junho de 2004
ACÓRDÃO Nº : 301-31.295
RECURSO Nº : 125.210
RECORRENTE : COSTA FLORIDA MARKETING - ME.
RECORRIDA : DRJ/BRASÍLIA/DF

SIMPLES - EXCLUSÃO

Não cabalmente demonstrado no processo o exercício de atividades impositivas à opção pelo SIMPLES e clamando a contribuinte pela necessidade de diligências, tanto na impugnação como no recurso, deve o processo ser anulado *ab initio*, por emissão de Ato Declaratório de Exclusão eivado de vício material.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, anular o processo *ab initio*, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 18 de junho de 2004

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

JOSÉ LENCE CARLUCI
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, ATALINA RODRIGUES ALVES, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI, LUIZ ROBERTO DOMINGO, VALMAR FONSECA DE MENEZES e LISA MARINI VIEIRA FERREIRA DOS SANTOS (Suplente). Ausente o Conselheiro CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.210
ACÓRDÃO Nº : 301-31.295
RECORRENTE : COSTA FLORIDA MARKETING – ME.
RECORRIDA : DRJ/BRASÍLIA/DF
RELATOR(A) : JOSÉ LENCE CARLUCI

RELATÓRIO

Versa o presente processo sobre exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuintes das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), efetuada por meio de ato declaratório eletrônico (SIVEX) nº 15.228, por motivo de atividade econômica não permitida.

Primeiramente a contribuinte manifestou sua inconformidade por meio da Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão (SRS). Indeferida a sua SRS a contribuinte manifestou sua inconformidade à DRJ.

Informa que retirou do seu contrato social, fl. 21, a atividade de consultoria, e que não foi intimada do despacho decisório que a excluiu do SIMPLES, argüindo, portanto a tempestividade.

Decidiu a DRJ/Brasília pelo indeferimento da solicitação pois é vedada a adesão/permanência no SIMPLES a empresa que preste serviço de consultoria e organização de cursos, pois a primeira é expressamente vedada e a segunda é atividade de professor que também é vedada.

Inconformada com a decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Brasília recorreu tempestivamente a este Conselho, reiterando os argumentos apresentados na impugnação e enfatizando a necessidade de serem procedidas investigações e diligências pela Administração no sentido de se restar cabalmente demonstrado que a recorrente jamais exercitou de fato as atividades vedadas à sua opção pelo SIMPLES.

É o relatório.

RECURSO Nº : 125.210
ACÓRDÃO Nº : 301-31.295

VOTO

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

A cláusula segunda do contrato social consolidado (fl. 17) dispõe que o ramo de atividade é o de prestação de serviços de telemarketing, consultoria na área de informática e internet, consultoria na área de flores e floriculturas e atividades correlatas como organização de cursos, palestras, feiras, congressos e exposições. Posteriormente, alterou o contrato social, acrescentando serviços de processamento de dados (fls. 21).

No caso sob exame, a recorrente informa que na alteração contratual retirou da cláusula de objeto social a atividade de consultoria, porém a fl. 03 item 5 da impugnação de 02/07/01, declarando:

“O trabalho da Recorrente é exatamente promover para o consumidor ou adquirente a melhor opção para adquirir os produtos ou mercadorias, inclusive prestar o serviço de aquisição e cobrar do adquirente uma taxa remuneratória pelo serviço prestado.” (grifei)

Vejo que ela informa que exerce duas atividades, das quais não vejo como não identificar a primeira como um serviço de consultoria ou assemelhado a consultoria.

Entretanto, a recorrente enfatiza que apesar de constarem no objeto social da empresa as atividades vedadas à sua permanência no SIMPLES, jamais foram de fato exercidas por ela.

Reforçando o esforço com que confeccionado o apelo *sub judice*, entendo que as atividades exercidas pela contribuinte à luz de suas expressas colocações no contrato social e na impugnação à fl. 03 acima referida e da legislação pertinente, efetivamente a desautorizaria a permanecer no SIMPLES, caso fossem de fato exercidas tais atividades vedadas.

Dessa feita, penso que as normas legais a respeito são claras quanto ao enquadramento e às vedações à opção pelo SIMPLES. O que não está cabalmente esclarecido neste processo são os fatos relacionados com o efetivo exercício da ou das atividades praticadas pela Recorrente.

Razão assiste à recorrente quanto ao fato de que, mesmo constando no contrato social determinada atividade que impeça sua opção pelo SIMPLES, tal

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.210
ACÓRDÃO Nº : 301-31.295

atividade não seria impeditiva se de fato, comprovadamente, não a exerce ou exerceu. Nesse sentido, copiosa é a jurisprudência e as Soluções de Consulta a respeito.

A recorrente afirma esse fato na impugnação (fl. 03, item 2) e no recurso voluntário a este Conselho e clama por uma necessária diligência à empresa para que fiquem definitivamente comprovadas as razões de seu apelo.

Assim, para propiciar uma decisão consentânea com os fatos e a lei a eles aplicável por esta Corte, voto no sentido de anular o processo *ab initio* por emissão de Ato Declaratório eivado de vício material.

É como voto

Sala das Sessões, em 18 de junho de 2004


JOSÉ LENCE CARLUCI - Relator



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.295

Processo Nº : 10166.008040/2001-50
Recurso Nº : 125.210
Embargante : PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL
Embargada : Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes

SIMPLES. ATO DECLARATÓRIO. MOTIVAÇÃO INVÁLIDA. NULIDADE. O ato administrativo que determina a exclusão da opção pelo SIMPLES, por se tratar de um ato vinculado, está sujeito à observância estrita do critério da legalidade, impondo o estabelecimento de nexos entre o motivo do ato e a norma jurídica, sob pena de sua nulidade.

Embargos providos para rerratificar o acórdão embargado no sentido de anular o processo *ab initio*, em razão de irregularidade do ato declaratório.

Vistos, relatados e discutidos os presentes embargos de declaração interpostos por:

DECIDEM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, acolher e dar provimento aos Embargos de Declaração para rerratificar o acórdão embargado, nos termos do voto da Relatora.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

ATALINA RODRIGUES ALVES
Relatora

Formalizado em: **13 SET 2005**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres, Carlos Henrique Klaser Filho, José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Valmar Fonsêca de Menezes e Susy Gomes Hoffmann.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.295

Processo Nº : 10166.008040/2001-50
Recurso Nº : 125.210
Embargante : PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Apresenta a Procuradoria da Fazenda Nacional às fls. 789/791 embargos de declaração com pedido de re-ratificação do Acórdão 301-31.300 (fls. 784/787), pelo qual, por unanimidade de votos, esta Câmara, na forma do relatório e voto que o integram, anulou o processo "ab initio", conforme ementa transcrita, *verbis*:

"SIMPLES - EXCLUSÃO.

Não cabalmente demonstrado no processo o exercício de atividades impeditivas à opção pelo SIMPLES e clamando a contribuinte pela necessidade de diligências, tanto na impugnação quanto no recurso, deve o processo ser anulado ab initio, por emissão de Ato Declaratório de Exclusão eivado de vício material.

Sustenta o ilustre representante da Fazenda Nacional que o acórdão proferido por esta Câmara contém obscuridade, tendo em vista que o julgado "entendeu que a contribuinte deveria ser mantida no regime do SIMPLES, por dois fundamentos, a saber:

- a. *não demonstração cabal do exercício de atividades impeditivas à opção por este regime;*
- b. *o fato de não terem sido providenciadas as diligências requeridas tanto na impugnação, como no recurso, pela contribuinte."*

Concluiu o ilustre Procurador da Fazenda Nacional que o acórdão embargado de forma obscura entendeu que os dois fundamentos se traduziram em vício material do Ato Declaratório de Exclusão, o que a seu ver não se mostraria correto, pois, com base em tal fundamentação, seria o caso de anular a decisão de 1ª instância por cerceamento do direito de defesa, com a determinação de realização de diligências para esclarecimento dos fatos ocorridos.

Requer, por fim, o acolhimento e provimento dos embargos a fim de sanando a obscuridade apontada, ser re-ratificado o acórdão embargado para que sua conclusão não venha destoar da fundamentação invocada.

É o relatório.



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO N° 301-31.295

Processo N° : 10166.008040/2001-50

Recurso N° : 125.210

VOTO

Conselheira Atalina Rodrigues Alves, Relatora

Preliminarmente, cabe verificar a pertinência ou não dos embargos interpostos.

Dispõe o Regimento Interno deste Colegiado, *in verbis*:

“Art. 27. Cabem embargos de declaração quando existir no acórdão obscuridade, dúvida ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a Câmara.

*§ 1º Os embargos serão interpostos, por Conselheiro da Câmara julgadora, pelo Procurador da Fazenda Nacional, pelo sujeito passivo, pela autoridade julgadora de primeira instância ou pela autoridade encarregada da execução do acórdão, mediante petição fundamentada, dirigida ao Presidente da Câmara, no prazo de cinco dias contado da ciência do acórdão.
(...)”*

Da análise do inteiro teor do voto condutor do acórdão embargado, bem como, da sua ementa, verifica-se que a expressão *“e clamando a contribuinte pela necessidade de diligências, tanto na impugnação quanto no recurso”* inserida na ementa, de fato trouxe obscuridade ao acórdão, tendo em vista a sua conclusão no sentido de *“anular o processo ab initio, por emissão de Ato Declaratório de Exclusão eivado de vício material”*.

Assim, admitidos os embargos, cabe a esta Câmara o pronunciamento sobre a obscuridade apontada.

O processo versa sobre exclusão da contribuinte do SIMPLES efetuada por meio do ADE n° 15.228/1999 (fl. 12), cujo motivo foi *“atividade econômica não permitida para o SIMPLES.”*

No seu voto, o ilustre relator do acórdão embargado, assim se manifesta:

“(...) entendo que as atividades exercidas pela contribuinte à luz de suas expressas colocações no contrato social e na impugnação, à fl. 03 acima referida, e da legislação pertinente, efetivamente a desautorizaria a permanecer no SIMPLES, caso fossem de fato exercidas tais atividades vedadas. (destacou-se)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO N° 301-31.295

Processo N° : 10166.008040/2001-50

Recurso N° : 125.210

Dessa feita, penso que as normas legais a respeito são claras quanto ao enquadramento e às vedações à opção pelo SIMPLES. O que não está cabalmente esclarecido neste processo são os fatos relacionados com o efetivo exercício da ou das atividades praticadas pela Recorrente.

Razão assiste à recorrente quanto ao fato de que, mesmo constando no contrato social determinada atividade que impeça sua opção pelo SIMPLES, tal atividade não seria impeditiva se de fato, comprovadamente, não a exerceu ou exerceu. Nesse sentido, copiosa é a jurisprudência e as Soluções de Consulta a respeito.

A recorrente afirma esse fato na impugnação (fl. 03, item 2) e no recurso voluntário a este Conselho e clama por uma necessária diligência à empresa para que fiquem definitivamente comprovadas as razões de seu apelo.

Assim, para propiciar uma decisão consentânea com os fatos e a lei a eles aplicável por esta Corte, voto no sentido de anular o processo ab initio por emissão de Ato Declaratório eivado de vício material.”

De fato, não resta claro no acórdão qual o fundamento base da anulação do ADE n° 15.228/1999 (fl. 12). Ademais, entendo, que no caso, a regularidade do ato declaratório deveria ter sido apreciada em sede de preliminar, conforme reiteradas decisões desta Câmara. Nesse sentido profiro, a seguir, o meu voto.

Tendo em vista que no presente processo a lide surge com a manifestação de inconformidade da interessada em relação ao Ato Declaratório n° 15.228/1999, que declarou sua exclusão do SIMPLES por motivo de “atividade econômica não permitida para o SIMPLES”, cumpre-nos, **preliminarmente**, examinar a validade do referido ato.

Na lição do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, na obra “Elementos do Direito Administrativo”, Ed. Revista dos Tribunais, 1980, página 39, “o ato administrativo é válido quando foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo. Vale dizer, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Validade, por isto, é a adequação do ato às exigências normativas”.

Sendo o ato declaratório de exclusão um ato administrativo vinculado, visto que a lei instituidora do SIMPLES estabelece os requisitos e condições de sua realização, para produzir efeitos válidos é indispensável que atenda a todos os requisitos previstos na lei. Desatendido qualquer requisito, o ato torna-se passível de anulação, pela própria Administração ou pelo Judiciário.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.295

Processo Nº : 10166.008040/2001-50

Recurso Nº : 125.210

Dentre os requisitos do ato que declara a exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES, destaca-se o pressuposto de fato que o autoriza, isto é, o seu motivo ou causa, o qual encontra-se previsto na lei. Na realidade, o motivo do ato é a efetiva situação material que serviu de suporte para a prática do ato, o qual está previsto na norma legal.

Pra fins de análise da validade do ato é necessário verificar se realmente ocorreu o motivo em função do qual foi praticado o ato (materialidade do ato) e se há correspondência entre ele e o motivo previsto na lei. Não havendo correspondência entre o motivo de fato e o motivo legal o ato será viciado, tornando-se passível de invalidação.

Feitas estas considerações, cumpre-nos examinar se ocorreu a situação de fato que autorizou a expedição do Ato Declaratório nº 15.228/1999 que excluiu a recorrente do SIMPLES e se há correspondência entre o motivo de fato que o embasou com o motivo previsto na lei instituidora do SIMPLES.

Ao instituir o SIMPLES, a Lei nº 9.317, de 1996, e alterações posteriores, determinou no art. 9º, XV, *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 dependa de habilitação profissional legalmente exigida;"

Por sua vez, o art. 14 c/c o art. 15, § 3º da citada lei, determina que, ocorrida a hipótese legal de impedimento e deixando a pessoa jurídica de formalizar sua exclusão mediante alteração cadastral, ela será excluída de ofício 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.

Verifica-se, assim, que a lei especifica a hipótese que, uma vez ocorrida, motivará a exclusão do SIMPLES de ofício, mediante ato declaratório da autoridade fiscal: prestar a contribuinte, entre outros, serviço profissional de consultoria.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.295

Processo Nº : 10166.008040/2001-50

Recurso Nº : 125.210

Da análise do ato declaratório (fl. 12) constata-se, de plano, a inadequação do motivo explicitado (“atividade econômica não permitida para o SIMPLES”) com o tipo legal da norma de exclusão (“prestar, entre outros, serviço profissional de consultoria”).

Frise-se que o motivo antecede a prática do ato administrativo de exclusão e, quando previsto em lei, o agente que emite ou pratica o ato fica obrigado a justificar a sua existência, demonstrando a efetiva ocorrência do motivo que o ensejou, sob pena de invalidade do ato. Conforme esclarecido anteriormente, tratando-se o ato declaratório de ato administrativo vinculado é imprescindível a observância do critério da legalidade, ficando a autoridade fiscal inteiramente presa ao enunciado da lei em todas as suas especificações.

Assim, não tendo a autoridade fiscal indicado como motivação do ato declaratório exercer a contribuinte atividade de consultoria, na forma prevista na lei, e, tampouco comprovado que a receita da contribuinte decorre dessa atividade, o ato é passível de nulidade. Cabe ressaltar que a lei instituidora do SIMPLES especifica todas as hipóteses, que uma vez ocorridas, acarretam a exclusão do sistema. Ora, se a lei especifica as hipóteses de exclusão, não cabe a exclusão com base em motivação genérica, conforme indicado no ato declaratório. No caso, a motivação indicada no ato declaratório não se coaduna com a prevista na lei, o que acarreta a nulidade do ato, por descumprimento de requisito legal.

Ademais, a motivação genérica impede à contribuinte exercer plenamente o seu direito de defesa, pois o ato declaratório não lhe permite conhecer o motivo especificado na lei que deu causa à sua exclusão. A contribuinte apenas tomou ciência do motivo de sua exclusão (exercer atividade de consultoria) por ocasião do indeferimento de sua SRS (fls. 10/11).

Em face do exposto, anulo o processo “*ab initio*”, em razão de estar lastreado em ato declaratório que não cumpre, em relação a sua motivação, as exigências legais de regularidade.

Diante do exposto, voto pelo acolhimento e provimento dos embargos, para rerratificar o acórdão embargado no sentido de anular o processo, “*ab initio*”, em razão de irregularidade do ato declaratório de exclusão do SIMPLES.

Sala das Sessões, em 17 de junho de 2005



ATALINA RODRIGUES ALVES - Relatora