



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 10280.003025/2001-17  
Recurso nº : 130.935  
Acórdão nº : 301-32.615  
Sessão de : 22 de março de 2006  
Recorrente : ECF – ENGENHARIA COMÉRCIO E  
REPRESENTAÇÃO LTDA.  
Recorrida : DRJ/BELÉM/PA

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.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. São nulos os atos proferidos com preterição do direito de defesa. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade.

PROCESSO ANULADO *AB INITIO*

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.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO  
Presidente

IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES  
Relatora

Formalizado em: 26 ABR 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Luiz Roberto Domingo, Valmar Fonsêca de Menezes, Atalina Rodrigues Alves, Susy Gomes Hoffmann, Carlos Henrique Klaser Filho e Luis Carlos Maia Cerqueira (Suplente). Ausente o Conselheiro José Luiz Novo Rossari.

## RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, o qual passo a transcrever:

“Contra o sujeito passivo acima identificado foi emitido Ato Declaratório nº 05/2001, datado de 08 de junho de 2001, comunicando a sua exclusão da modalidade de tributação denominada de SIMPLES, por explorar atividade econômica não permitida para o Simples, com a observação de que os efeitos da exclusão obedecem ao disposto no art. 15 da Lei 9.317/96, com as alterações posteriores, fl. 49.

2. Inconformado com a exclusão o contribuinte apresentou impugnação, na data de 06 de julho de 2001, onde alega em resumo, em seu favor, o seguinte:

a) que a recorrente desenvolve suas atividades no setor comercial de ar condicionado, bem como presta serviços à empresas;

b) que optou pelo SIMPLES em 11.03.1997, estando desde então contribuindo da forma simplificada;

c) que no dia 11.06.2001, a recorrente foi notificada de sua exclusão, conforme se observa na cópia do referido ato, datado de 08.06.2001;) que a mera indicação de “atividade econômica não permitida para o simples”, sem a especificação do verdadeiro porquê da exclusão da recorrente, ou seja a inexistência da fundamentação de por qual motivo a atividade desenvolvida pela recorrente não é permitida para o SIMPLES, acaba por dificultar sobremaneira o seu próprio direito de recorrer, ofendendo o Princípio do Contraditório e da ampla defesa, assegurado pelo § 3º, do art. 15 da Lei do Simples, que a expressão genérica “atividade não permitida para o SIMPLES”, sem a declinação fundamentada do motivo pelo qual a atividade que a recorrente desenvolve não lhe permite optar pelo SIMPLES, faz com que o presente recurso baseie-se apenas na descrição da atividade do recorrente, pois não lhe é possível contestar a decisão administrativa por ausência de fundamentação desta;

e) que desde já, espera seja declarada a nulidade do Ato Declaratório nº 05/2001, para que, se for o caso, outro seja expedido com a indicação dos motivos que levaram à exclusão da recorrente;

f) que a recorrente desenvolve suas atividades no setor de comércio de ar condicionado, bem como de prestação de serviços à empresas;

g) que o motivo da exclusão da recorrente foi “atividade não permitida para o SIMPLES”, o leva ao art. 9º, inciso XIII da Lei nº 9.317/96, que disciplina as atividades não permitidas para o SIMPLES, o referido traz diversas atividades, regra geral as de profissões regulamentadas, sem todavia, incluir o comércio;

h) que torna-se extremamente difícil ao recorrente impugnar a decisão que o excluiu, por falta de fundamentação daquela, pelo que tentará decifrar os motivos que levaram à sua exclusão, que como é sabido a atividade de engenharia e de representação comercial não é permitida para o SIMPLES, conforme se observa do referido inciso XIII, do art. 9º da Lei do Simples;

i) que a recorrente, por sua vez, traz, em sua razão social, as expressões Engenharia, Comércio e Representação, que talvez, por esta razão, tenha ocorrido sua exclusão do SIMPLES;

j) que ocorre que o nome comercial não define a atividade da pessoa jurídica, pelo que se acredita que a Secretaria da Receita Federal tenha sido levada a erro, ao analisar o cadastro da recorrente, que na realidade, a recorrente não desenvolve suas atividades no ramo da engenharia, e muito menos no da representação comercial, sua atividade é a simples comercialização de produtos de ar condicionado, e a prestação de serviços à empresas, que assim não há motivo para que a recorrente seja excluído do SIMPLES;

k) que quando da sua inscrição no CNPJ, recebeu, desta Secretaria o código de descrição de atividade principal, conforme se observa de cópia do cartão de CNPJ anexa, código 74.99-3-99, que, de acordo com a lista fornecida pela própria Secretaria representa – “Outros serviços prestados principalmente às empresas”, que de acordo com o código fornecido sua atividade não está proibida pelo SIMPLES, que se for observado os demais sub-itens do item 74 constantes da lista anexa, são atividades não permitidas para o SIMPLES, com códigos diversos da recorrente;

l) finalmente, requer seja anulado o ato declaratório e que seja reformada a decisão que excluiu a recorrente do SIMPLES.”

A DRJ- Belém/PA indeferiu o pedido da contribuinte (fls.55/58), por entender que a interessada não logrou comprovar, nos autos, sua atividade comercial. Entendeu ainda, que, “como não há previsão legal para forma de pagamento de tributos e contribuições híbrida (parte pelo sistema tradicional, parte de forma simplificada através do SIMPLES), a existência de receitas derivadas de

Processo nº : 10280.003025/2001-17  
Acórdão nº : 301-32.615

serviços constantes do inciso XIII do art. 9, enseja a vedação de opção ou a exclusão o qual enseja vedação de opção/ exclusão do SIMPLES.”

Irresignada, a reclamante apresentou Recurso Voluntário a este Colegiado (fls. 60/65 ), onde alega, em suma, que:

- desenvolve suas atividades no setor de comércio de ar condicionados, bem como de prestação de serviços de manutenção e assistência técnica a empresas;

- que realiza serviços técnicos, e não serviços profissionais; e

- que o fato de o sócio da empresa ser engenheiro não faz com que o serviço de manutenção de aparelhos de ar condicionado passe a ser serviço de engenharia.

Para comprovar o alegado, juntou cópias dos Livros de Apuração do ICMS (referentes ao período de 1997 a 2004) cópias das Notas Fiscais de Saídas de Mercadorias (emitidas entre 1997 e 2004), bem como cópia do último instrumento de alteração contratual, onde alterou sua razão social para ICE HOUSE LTDA.

Pede, ao final, sua manutenção no SIMPLES.

É o relatório.

Processo nº : 10280.003025/2001-17  
Acórdão nº : 301-32.615

## VOTO

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres, Relatora

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, razões pelas quais dele conheço.

A contribuinte foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte por meio do Ato Declaratório de Exclusão nº05/2001, em razão de exercer **“atividade econômica não permitida a optar pelo SIMPLES”** (fl.6).

Essa matéria foi muito bem enfrentada pela eminente Conselheira Atalina Rodrigues Alves, por ocasião do julgamento do Recurso nº. 125.210, que, pela similitude, adoto como razões de decidir, transcrevendo os excertos seguintes:

“Tendo em vista que no presente processo a lide surge com a manifestação de inconformidade da interessada em relação ao Ato Declaratório nº 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 toma-se passível de anulação, pela própria Administração ou pelo Judiciário.

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.

Processo nº : 10280.003025/2001-17  
Acórdão nº : 301-32.615

Para 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.

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)."

*In casu*, verifica-se que, no contrato social da recorrente, constam atividades vedadas e atividades não vedadas à opção pelo Simples, o que impossibilita à contribuinte determinar quais são as atividades indicadas pela Receita Federal que estão a imputar-lhe a referida exclusão. De tudo isso, fica evidenciado que a requerente teve cerceado o seu direito de defesa, em função de não lhe haver sido dado pleno conhecimento das circunstâncias fáticas que a levaram à exclusão do SIMPLES. A autoridade administrativa não lhe explicitou os motivos ensejadores da exclusão em comento, mas tão-somente comunicou-lhe a existência de "*atividade econômica não permitida para o Simples*", sem que lhe indicasse, de forma clara e detalhada, a especificação desta atividade.

Em assim procedendo, contrariou a legislação de regência do Sistema Integrado de Pagamentos, mais precisamente o art. 15, §3º da Lei 9.317/96, transcrito a baixo:

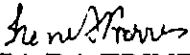
*"§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa,*

Processo nº : 10280.003025/2001-17  
Acórdão nº : 301-32.615

*observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo."*

Por todo o exposto, e com esteio no art. 59 do Decreto nº. 70.235/72, que determina serem nulos os atos proferidos por autoridade com preterição do direito de defesa, bem como no art. 53 da Lei nº. 9.784/99, que determina que a Administração deve anular seus próprios atos quando estes forem eivados de vício de legalidade, voto no sentido de que seja **ANULADO O PROCESSO AB INITIO**, a partir do Ato Declaratório nº. 05/2001, em virtude da constatada inadequação do motivo explicitado com o tipo legal da norma de exclusão e do evidente cerceamento do direito de defesa.

Sala das Sessões, em 22 de março de 2006

  
IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES - Relatora