



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo n° : 10480.011890/00-66
Recurso n° : 126.773
Acórdão n° : 303-32.192
Sessão de : 06 de julho de 2005
Recorrente : TECRAL – TÉCNICA RACIONAL LTDA.
Recorrida : DRJ/RECIFE/PE

SIMPLES – SIMPLES – OPÇÃO – EXCLUSÃO.

A atividade desenvolvida pelo contribuinte não guarda plena identidade com a vedação disposta no inciso XIII, do artigo 9º da Lei nº 9.317/96. Na ausência de dispositivo que vede sua opção, deve a Recorrente ser mantida no sistema.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Formalizado em: **29 SET 2005**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Zenaldo Loibman, Nanci Gama, Sérgio de Castro Neves, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa e Tarásio Campelo Borges. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Processo nº : 10480.011890/00-66
Acórdão nº : 303-32.192

RELATÓRIO

Tem por objeto o presente processo, exclusão da Recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

O mesmo já fora apreciado por esta Egrégia Câmara, nos termos do Relatório e Voto de fls. 44/47, oportunidade na qual se decidiu por converter o julgamento em diligência, já que nos autos não se encontrava o Ato Declaratório de Exclusão do Contribuinte.

Retornam os autos para julgamento, com os documentos de fls. 52/55 e informação da Delegacia da Receita Federal em Recife, às fls. 56.

Segundo referida informação, não há cópia do Ato Declaratório nº 261.888 junto à repartição, “mas que o conteúdo do referido ato encontra-se integralmente reproduzido às folhas 53.” Informa ainda que tais atos declaratórios não são publicados no Diário Oficial da União.

É o relatório.



Processo nº : 10480.011890/00-66
Acórdão nº : 303-32.192

VOTO

Conselheiro Nilton Luiz Bartoli, Relator

Ultrapassada a análise da presença dos requisitos de admissibilidade do Recurso Voluntário interposto pelo Contribuinte, passo ao julgamento dos presentes autos.

Inicialmente, cabe ressaltar que o cerne da questão, encontra-se na exclusão de contribuinte que tendo optado pelo simples, tenha atividade econômica elencada dentre as não permitidas para tal opção.

A exclusão do contribuinte se deu por meio de Ato Declaratório, ressalte-se, não constante dos autos, que teria como motivo, segundo consta do extrato de fls. 53, "atividade econômica não permitida".

Ressalte-se aqui, de plano, que o Ato Declaratório é ato administrativo e privativo da autoridade administrativa, que tem o poder de aplicar o direito e reduzir a norma geral e abstrata em norma individual e concreta, portanto, mas que um poder, é um dever de aplicar a norma, de forma vinculada, porque a lei é que deve estabelecer requisitos para a atuação da Administração Pública.

Note-se que independentemente de qualquer norma específica quanto ao Simples, o ato administrativo deverá sempre ser vinculado, ou seja, ser realizado segundo os ditames normativos legais, tanto no que tange às normas de competência que possibilitam o exercício da fiscalização, como no que tange às normas jurídicas atinentes ao Simples, que estabelecem os limites e os sujeitos passivos a quem destinam-se os benefícios oferecidos pelo sistema.

A Lei 9.784/99, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, determina em seu artigo 2º, que a administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

O artigo 50 do mesmo dispositivo legal, determina que os atos administrativos sejam motivados e que indiquem os fatos e fundamentos jurídicos que o originaram quanto se tratar de atos que:

"(...)

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

"(...)"

Processo nº : 10480.011890/00-66
Acórdão nº : 303-32.192

Na lição de Hely Lopes Meirelles, a motivação deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda.¹

Não obstante, dos autos em apreço, nem sequer consta o Ato Declaratório que ensejou na exclusão do contribuinte, em que pese o pedido formulado em diligência para que a Delegacia da Receita Federal o juntasse.

Não há como se admitir a substituição de ato, de suma importância, que excluiu o contribuinte da sistemática Simples, afetando direitos ou interesses individuais, por simples extrato do sistema, posto que não há como concluir se o Ato seguiu os preceitos do devido processo legal, garantindo ao contribuinte seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Para configuração da exclusão, por meio de Ato Declaratório, compete ao Poder Público, de modo privativo e obrigatório, a comprovação da existência de todos os elementos componentes do fato, sob pena de mera presunção, acarretando em incerta situação fiscal.

Ressaltem-se as palavras de Paulo Celso B. Bonilha: “Fazer justiça, em princípio, é aplicar a lei ao fato. Indispensáveis, portanto, à administração da justiça o conhecimento da lei e da verdade do fato. A descoberta desta verdade como elemento essencial ao julgamento, impõe a exigência da prova.”²

Do mesmo autor, ao tratar do ônus da prova na relação tributária, tem-se a conclusão, que:

“Se é verdade que a conformação peculiar do processo administrativo tributário exige do contribuinte impugnante, no início, a prova dos fatos que afirma, isto não significa, como vimos, que, no decorrer do processo, seja de sua incumbência toda a carga probatória. Tampouco a presunção de legitimidade do ato de lançamento dispensa a Administração do ônus de provar os fatos de seu interesse e que fundamentam a pretensão do crédito tributário, sob pena de anulamento do ato.”

Além do que, nos termos do artigo 59, do Decreto 70.235/72, são nulos os despachos e decisões que tenham sido proferidos com preterição do direito de defesa, o que se aplicaria ao presente, já que não há nos autos elemento de prova dos motivos que ensejaram a exclusão do contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições – Simples.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23ª. edição. Malheiros Editores. São Paulo: 1998. p. 177.

² BONILHA, Paulo Celso B. Da Prova no Processo Administrativo Tributário. 2ª edição. Dialética. São Paulo: 1997.

Processo nº : 10480.011890/00-66
Acórdão nº : 303-32.192

Não obstante, valendo-me do disposto no §3º do mesmo artigo, passo a análise dos autos, nos seguintes termos:

“Art. 59 (...)”

§3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.” (Incluído pela Lei nº 8.748, de 09.12.1993)

É possível concluir-se dos autos que a exclusão do contribuinte motivou-se pelo entendimento de que os serviços prestados por ele equiparam-se ao do profissional engenheiro, restando, portanto, vedada sua opção ao Simples.

Tal conclusão extrai-se dos extratos juntados às fls. 07/08, Informação Fiscal de fls. 10/11, da decisão recorrida, e do extrato de fls. 53.

À respeito da vedação, reza o inciso XIII, do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, que está impedida de optar pelo sistema 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;” *(grifos acrescentados ao original)*

Cumprе consignar que a legislação atinente ao SIMPLES, até pelos motivos ensejadores da instituição do sistema, nos deixam clara a idéia de que seu objetivo é o de inclusão das empresas que se enquadrem em seus requisitos, sendo a exclusão de contribuintes um evento que decorre do não cumprimento das exigências necessárias à opção pelo referido sistema.

Diante deste panorama, com a simples análise do dispositivo supra citado, chega-se à conclusão de que não é devida a exclusão da Recorrente, posto que sua atividade não se encontra, expressamente, dentre as vedadas à opção.

Com efeito, dispõe o contrato social da Recorrente que seu objetivo social é o de “fabricação de peças e equipamentos, comércio e manutenção de máquinas e equipamentos diversos, montagem e instalações industriais.”

É claro que o legislador elegeu a atividade econômica desempenhada pela pessoa jurídica como excludente da concessão do tratamento

Processo nº : 10480.011890/00-66
Acórdão nº : 303-32.192

privilegiado do SIMPLES e que tal classificação não considerou o porte econômico do contribuinte, mas sim a atividade exercida pelo mesmo. Portanto indiferente os critérios quantitativos de faturamento ou receita da pessoa jurídica que tem como atividade uma das elencadas no dispositivo legal.

Contudo, a interpretação da norma que previu a condição excludente não pode andar sem que se estabeleçam limites, ou não restariam contribuintes que pudessem optar pelo referido sistema.

E mais, não são necessários maiores argumentos para que se conclua que a atividade prestada pelo contribuinte não exige preparação específica ou habilitação legalmente exigida, o que só demonstra que este prestador de serviços não pode ser comparado ao engenheiro ou até mesmo a um técnico, os quais prestam serviços que encontram-se listados dentre os que ensejam na vedação à opção.

Portanto, como a atividade desenvolvida pela ora recorrente não está dentre as eleitas pelo legislador como excludente da possibilidade de opção ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES, DOU PROVIMENTO ao recurso voluntário interposto pelo contribuinte.

Sala das Sessões, em 06 de julho de 2005


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº: 10480.011890/00-66
Recurso nº: 126773

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 2º do art. 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Terceira Câmara do Terceiro Conselho, intimado a tomar ciência do Acórdão nº 303-32192.

Brasília, 13/09/2005

And
ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em

--	--