



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10680.005195/2003-87
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1002-000.298 – Turma Extraordinária / 2ª Turma
Sessão de 5 de julho de 2018
Matéria SIMPLES - Exclusão.
Recorrente PMCLAB - SERVIÇOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS FORMAIS PARA LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO. NORMA NÃO DIRIGIDA A ATO DECLARATÓRIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA.

Os requisitos do art. 10 do Decreto n.º 70.235/72 prestam-se para regular a formalização de auto de infração e não dos atos administrativos em geral. Tendo o contribuinte demonstrado pleno conhecimento da matéria que motivou o ato de exclusão do SIMPLES, não se materializa cerceamento de defesa. Sendo declaratória a natureza do Ato Declaratório Executivo de exclusão do SIMPLES, e atendidos seus requisitos formais, não há nulidade a ser considerada.

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. CIRCUNSTÂNCIA IMPEDITIVA. ATIVIDADE VEDADA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PROFISSIONAL. HABILITAÇÃO PROFISSIONAL EXIGIDA.

A opção pela tributação sob o regime simplificado do SIMPLES, ou a permanência neste, pressupõe que a atividade do sujeito passivo optante não seja vedada. A exclusão de ofício é cabível se flagrada circunstância impeditiva configurada por prestação de serviço profissional que se enquadra na lista do inciso XIII do art. 9.º da Lei n.º 9.317/96.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2002

CARÁTER TAXATIVO OU EXEMPLIFICATIVO DO INCISO XIII DO ART. 9.º DA LEI N.º 9.317/96.

Dado o enquadramento direto da atividade do contribuinte em hipótese prevista no dispositivo legal que prevê vedação à opção pelo SIMPLES, descabe a discussão sobre o caráter taxativo ou exemplificativo do mencionado dispositivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em REJEITAR A PRELIMINAR DE NULIDADE, e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado

(assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva - Presidente

(assinado digitalmente)

Angelo Abrantes Nunes - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aílton Neves da Silva (Presidente), Breno do Carmo Moreira Vieira, Angelo Abrantes Nunes e Leonam Rocha de Medeiros.

Relatório

Uma vez que refletem com bastante clareza os fatos, transcrevo o relatório elaborado pela DRJ/BHE:

[...]

Optante pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, a interessada foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório DRF/BHE (ADE) no 116, de 06 de outubro de 2003 (fl. 71), fundamentado conforme abaixo:

Art. 1 º: Fica excluída da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições de que trata o art. 3º da Lei nº 9.317 de 1996, denominada Simples, a partir de 1º de janeiro de 2002, a empresa PMCLAB SERVIÇOS LTDA, CNPJ nº 02.839.402/0001-00, Processo nº 10680.005195/2003-87, por se dedicar a serviços de coleta de

material biológico para a realização de exames complementares, atividade que depende de habilitação legalmente exigida, sendo vedada conforme o art. 9º daquela Lei (grifei)

Com ciência em 09/10/03, a empresa apresentou em 31/10/2003, *Solicitação de Revisão do Simples — SRS*, fl. 82, indeferida pelo exercício de atividade vedada: coleta de material biológico, atividade que depende de habilitação profissional.

A empresa apresentou, em 21/11/2003, fls. 75/81, complementada em 22/01/2004, fls. 96/108, impugnação à decisão da SRS, alegando em resumo que a decisão é nula eis que houve cerceamento do direito de defesa, uma vez que a *Fiscalização não cita artigos que dispõem sobre a vedação ao enquadramento*. No mérito afirma que não exerce atividade vedada.

Alega que *"APENAS REALIZA ATIVIDADE DE COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO (.) para realização de exames complementares que são realizadas pela patologia Clínica Sao Marcos S/C Ltda, (..), esta sim vedada a inclusão no SIMPLES"*.

Acresce que a atividade por ela exercida não depende de habilitação prevista em lei (seus empregados não são patologistas), nem consiste em quaisquer outros serviços assemelhados. Argui que o artigo 9º tem por finalidade excluir de forma taxativa os contribuintes que não podem optar pelo SIMPLES, e, sob pena de violação a princípios constitucionais e legais (legalidade, tipicidade cerrada, dispensa de tratamento privilegiado a micro empresa e empresas de pequeno porte), não pode ser aplicada a analogia.

O processo, por meio da Resolução nº 601, de 17 de novembro de 2005, fls. 140/141, retornou A delegacia de origem para ser **identificada a efetiva atividade da empresa, a partir de 1º de janeiro de 2002 e se a empresa presta quaisquer** dos serviços profissionais a que se refere o inciso XIII do artigo 9º, da Lei nº 9.317, de 1996.

O auditor responsável pela diligência formalizou o resultado do procedimento efetuado, As fls. 363/364, a seguir transcrito:

O relatório fiscal consigna:

Em atendimento à solicitação de fl 141 do presente processo, fizemos diligência ao contribuinte supra, conforme MPF de fl. 144, para identificar: a efetiva atividade da Empresa a partir de 01/01/2002 (data do início da ocorrência dos efeitos da exclusão) e se a Empresa presta quaisquer dos serviços profissionais a que se refere o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.316/96.

Na resposta ao termo de intimação pessoal de fl. 145, o sócio proprietário da empresa, Sr. Bruno Costa Cerqueira, descreve, no documento de fl. 146, que: "atividade que sua empresa exerce é de posto de coleta de material biológico". Apresentou-nos: contrato de prestação de serviços e cessão de direito do uso da marca e outras avenças e aditivo a esse contrato, documentos de fls. 147 a 162; notas fiscais cujas cópias foram devidamente autenticadas, documentos de fls. 163 a 232, onde consta como especificação dos serviços: "serviços de laboratório na área de coleta de material biológico para realização de exames complementares"; livros de registros dos empregados cujas cópias foram devidamente autenticadas, documentos de fls 247 a 296, onde há profissionais contratados nas seguintes profissões: colhedor, recepcionista, serviços gerais, gerente de atendimento, assessora de

marketing, técnica de enfermagem, assistente administrativo e assistente comercial.

Na resposta ao termo de intimação de fls. 297 (documentos de fls. 300 e 301), há ratificação por parte do sócio proprietário da empresa supra mencionada sobre a atividade da empresa, que é a coleta de material biológico para laboratório de patologia clínica. Informa, ainda, "que sua empresa presta serviços exclusivamente para o Laboratório São Marcos, não realiza exames laboratoriais, não tem necessidade de aquisições de produtos ou equipamentos (equipamentos de análises clínicas, reagentes • químicos e produtos diversos) e que os materiais usados pela PMCLAB na prestação de serviços de coleta de material biológico são todos fornecidos pela Patologia Clínica São Marcos Ltda, que realiza os exames patológicos". Foi apresentado o livro razão, cujas cópias foram devidamente autenticadas (documentos de fls. 301 a 362).

Cientificada do relatório fiscal, a impugnante manifestou-se novamente as fls. 370/390, reafirmando que a exclusão do simples não pode prosperar, eis que afronta princípios básicos do ordenamento jurídico, a saber:

- preliminares: ausência de intimação dos procuradores; do cerceamento de defesa e ofensa à garantia constitucional da ampla defesa; - do direito: da ausência de vedação ao enquadramento na lei do Simples; a coleta de material biológico não é atividade exercida por profissional habilitado em decorrência de exigência legal, nos termos do que determina a lei; nem necessita de "(...) qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida (...), nem se enquadra no item 'assemelhados' posto que o art. 9º tem como escopo excluir de forma taxativa os contribuintes".

Requer, ainda, a produção de provas, inclusive ajuntada de documentos.

É o relatório.

[...]

Enfrentada a impugnação apresentada pelo contribuinte, foi exarado o acórdão n.º 02-14.423 pela 4.ª Turma da DRJ/BHE (e-fls. 795 a 807), que manteve a exclusão do SIMPLES a partir de 01/01/2002, que havia sido declarada via ADE DRF/BHE n.º 116, de 06/10/2003, e-fl. 145.

Contra a decisão de primeira instância o recorrente apresentou Recurso Voluntário, reeditando várias alegações contidas na impugnação, sintetizadas em 1) apontar que não houve atendimento ao que exige o art 10 do Decreto n.º 70.235/72, caracterizando cerceamento de defesa, 2) sustentar que o acórdão recorrido é improcedente porque sua atividade não é vedada, pois não se inclui dentre aquelas listadas no inciso XIII do art. 9.º da Lei n.º 9.317/96, e 3) assinala que ocorreu analogia quando foi considerado que sua atividade é vedada, e que, diante da tipicidade cerrada do art. 9.º, inciso XIII, citado, sua exclusão foi ilegal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Angelo Abrantes Nunes - Relator.

O presente recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

Segue a análise dos argumentos nos quais se amparou o recorrente.

Preliminares.

Ausência de cumprimento da formalidade que exige o art. 10 do Decreto n. 70.235/72. Nulidade.

Ao descrever o teor do cerceamento de defesa que teria ocorrido, o recorrente aponta ofensa ao art. 5.º, LV, da CRFB/88 em razão de a autuação fiscal não ter observado requisitos formais obrigatórios elencados no art. 10 do Decreto n.º 70.235/72. Sugere que não foi proporcionada a exata compreensão, pelo contribuinte, da ilegalidade praticada e da "quantia devida", sendo o caso de nulidade da pretensão fiscal.

O recorrente indica que dos dispositivos do artigo 10, citado acima, não respeitados foram os incisos III e IV, que se referem ao registro obrigatório no auto de infração da descrição do fato e à disposição legal infringida.

Esforça-se o recorrente para classificar o ADE contestado como uma peça de acusação fiscal, e não um ato declaratório, a fim de que possa submetê-lo à regência da exigência do art. 10 do Decreto n.º 70.235/72, e assim alegar que faltou a descrição clara das infrações e a demarcação da legislação infringida. Insiste que já no Despacho Decisório a fiscalização não teria citado a referência específica ao que dispõe o art. 9.º sobre vedação à opção pelo SIMPLES. Anexa trechos de uma decisão judicial e uma administrativa que tratam de requisitos do auto de infração.

Sólidos os argumentos trazidos neste item do recurso voluntário, entretanto não se aplicam ao contexto dos autos.

O resultado da verificação do atendimento às exigências para adesão ao SIMPLES, que pode consistir na publicação de Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão, não se reveste da condição de lançamento de ofício, auto de infração ou notificação de lançamento. Ali não há crédito constituído. Examinar se determinado contribuinte cumpre os requisitos para optar pelo SIMPLES está entre as atribuições da autoridade administrativa tributária em obediência aos princípios da legalidade e isonomia, entre outros, uma vez que a Lei 9.317/96 não estendeu a todos os contribuintes a possibilidade de optar pelo regime de tributação SIMPLES.

O ADE de exclusão tem caráter declaratório acerca da materialização de circunstância que veda a adesão ao SIMPLES, não possui qualquer viés que o possa reconhecer como ato constitutivo de crédito tributário, este sim regulado pelo art. 10 do Decreto n.º 70.235/72, sob o aspecto dos requisitos formais do ato de lançamento de ofício.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo revestido dos atributos que lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade, ou seja, para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente. Tratando-se de ato vinculado, a Administração Pública tem o dever de motivá-lo no sentido de evidenciar sua expedição com os requisitos legais que constituem pressupostos essenciais de sua existência e de sua validade¹. No caso concreto alvo da contestação impõe-se constatar que tanto o Despacho Decisório (DD) quanto o ADE apresentam motivação, foram elaborados por agente competente, dentro das formalidades exigidas para o ato administrativo que não o de constituição de crédito tributário, contendo objeto para o qual há resultado previsto em lei, e demonstrando a finalidade.

A opção pelo Simples é um direito da pessoa jurídica que preenche todos os requisitos legais e que não incorra em hipótese de vedação por expressa previsão legal. A exclusão de ofício se deu mediante Ato Declaratório da Autoridade Fiscal da RFB que jurisdicionava a pessoa jurídica optante, tendo sido assegurados o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.

Registre-se também que em todas as fases do contraditório o contribuinte demonstrou o conhecimento pleno da motivação, enquadramento legal e fundamentos de fato e de direito relativos a sua exclusão de ofício. Não há razão para supor ter havido dificuldade em identificar qual impedimento legal do art. 9.º da Lei 9.317/96 constituiu a causa da exclusão, dentre os incisos, que pudesse ter causado prejuízo na elaboração da impugnação e do recurso voluntário. É que, além de a expressa referência à atividade do contribuinte ser a raiz impeditiva da permanência no SIMPLES e ter sido citada no DD e no ADE, dos dezenove incisos do mencionado art. 9.º somente os incisos IV, V, XII, XIII e XIX dizem respeito a vedação ligada às atividades desenvolvidas pelos contribuintes, e, apenas o inciso XIII trata da atividade exercida pelo recorrente, à qual se reportam os DD e ADE.

O ato de exclusão do SIMPLES, decorrente de ocorrência das hipóteses impeditivas de ingresso ou permanência, a rigor, é substitutivo da obrigação do contribuinte de comunicar seu enquadramento em situação excludente, ou retificador da opção indevida, não amparada por lei.

Logo, diante dos fatos, não se pode admitir ter ocorrido cerceamento de defesa ou prejuízo à ampla defesa, o que importa reconhecer que não assiste razão ao recorrente no que diz respeito a este ponto do seu recurso voluntário. Não há qualquer nulidade a ser reconhecida.

¹ Fundamentação legal: art. 179 da Constituição Federal, art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, § 2º do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977 e Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

Mérito.**Atividade do recorrente não é vedada.**

Os itens 3.1 e 3.2 do recurso voluntário trazem a mesma argumentação, resumida na alegação de que a atividade desenvolvida de coleta de materiais biológicos não é atividade vedada pela Lei nº 9.317/96.

O dispositivo legal a que se refere a exclusão do SIMPLES é o inciso XIII do art. 9.º da Lei nº 9.317/96, transcrito a seguir, *verbis*:

(...)

CAPÍTULO V

DAS VEDAÇÕES À OPÇÃO

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;***

(...)

(grifei).

A escusa é que não pode optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica que preste serviço profissional típico das profissões listadas, ou serviço a este assemelhado, e também aquela que preste serviço adstrito a qualquer profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida. Há impedimento à opção pelo SIMPLES por parte da pessoa jurídica que preste serviço profissional expressamente listado ou assemelhado a algum daqueles expressamente listados ou, ainda que não expressamente listados, seu exercício dependa de habilitação legalmente exigida.

O termo “assemelhados” não pode ser entendido como uma lacuna legal a possibilitar a adoção da analogia. Neste caso até teria cabimento a interpretação extensiva, já que a lei estabelece um rol exemplificativo, ao contrário da natureza taxativa que pretende atribuir o recorrente. Percebe-se com facilidade que a atividade desempenhada pelo recorrente ao tempo em que aplicada a exclusão de ofício amolda-se com segurança à atividade assemelhada à de enfermeiro. Além disso, no caso concreto sob exame, é necessário que um profissional da saúde legalmente habilitado seja o responsável pela execução dos serviços.

Nesse sentido a Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 302/2005, da ANVISA, editada para regular as atividades laboratoriais do Laboratório Clínico e do Posto de Coleta Laboratorial. Vejam-se os trechos abaixo, extraídos da citada resolução, *verbis*:

(...)

Art. 1º Aprovar o Regulamento Técnico para funcionamento dos serviços que realizam atividades laboratoriais, tais como Laboratório Clínico, e Posto de Coleta Laboratorial, em anexo.

(...)

4.33 Posto de coleta laboratorial: Serviço vinculado a um laboratório clínico, que realiza atividade laboratorial, mas não executa a fase analítica dos processos operacionais, exceto os exames presenciais, cuja realização ocorre no ato da coleta.

(...)

4.37 Responsável Técnico - RT: Profissional legalmente habilitado que assume perante a Vigilância Sanitária a Responsabilidade Técnica do laboratório clínico ou do posto de coleta laboratorial.

(...)

51.2 O laboratório clínico e o posto de coleta laboratorial devem possuir um profissional legalmente habilitado como responsável técnico.

(...)

(grifos nossos e no texto da resolução).

Mesmo sendo editada em 2005, a resolução é indicativo relevante, pois demonstra a interpretação da ANVISA acerca das atividades para as quais se busca no presente processo definir se configuram hipótese que impede a opção pelo SIMPLES ou permanência neste regime de tributação.

Avançando nas verificações, é sabido que não pode optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica que preste serviço profissional de médico ou de enfermeiro ou de fonoaudiólogo ou de psicólogo ou de fisioterapeuta ou de terapeuta ocupacional ou nutricionista, tampouco as clínicas especializadas, hospitais ou assemelhados².

Fica excetuado da restrição o estabelecimento hospitalar, uma vez que nos hospitais, os médicos e enfermeiros agem como integrantes do sistema voltado à prestação de serviço público de assistência à saúde e não atuam como profissionais liberais, e por este motivo não se pode inferir que os hospitais são constituídos de prestadores de serviços médicos e de enfermagem. Este é o entendimento constante na decisão definitiva de mérito proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em recurso especial repetitivo nº 1127564/PR³, cujo

² Fundamentação legal: Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, Lei nº 6.932, de 07 de julho de 1981, Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, Lei nº 5.905, de 12 de julho de 1973, Lei nº 7.394, de 29 de outubro de 1985, Lei nº 6.965, de 9 de dezembro de 1981, Lei nº 8.234, de 17 de setembro de 19 e Lei nº 6.583, de 20 de outubro de 1978, Lei nº 6.316, de 17 de dezembro de 1975, Lei nº 4.119, de 27 de agosto de 1962, Lei nº 5.766, de 20 de dezembro de 1971, Ato Declaratório Normativo Cosit nº 11, de 23 de maio de 2000 e Ato Declaratório Normativo Cosit nº 02, de 13 de janeiro de 2000.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo nº 1127564/PR. Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Seção, Brasília, DF, 9 de agosto de 2010. Disponível em:

trânsito em julgado ocorreu em 01.10.2010 e que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF⁴. Abaixo transcrevo fragmentos bem didáticos da citada decisão:

(...)

2. A ratio essendi da instituição desse regime jurídico de tributação e a interpretação teleológica, por meio da qual se afere o motivo pelo qual foi elaborado o regime SIMPLES, indica que os hospitais podem optar pelo referido sistema, tendo em vista que eles não são prestadores de serviços médicos e de enfermagem, mas, ao contrário, dedicam-se a atividades que dependem de profissionais que prestem referidos serviços, uma vez que há diferença entre a empresa que presta serviços médicos e aquela que contrata profissionais para a consecução de sua finalidade.

3. Em verdade, nos hospitais, os médicos e enfermeiros não atuam como profissionais liberais, mas como parte de um sistema voltado à prestação de serviço público de assistência à saúde, motivo pelo qual não se pode afirmar que os hospitais são constituídos de prestadores de serviços médicos e de enfermagem, porquanto estes prestadores têm com a entidade hospitalar relação empregatícia e não societária.

(...)

No presente caso, constata-se que o recorrente presta os serviços de enfermagem não para a prestação de serviço público de assistência à saúde, mas para um laboratório, por força contratual. Estes serviços de coleta de material biológico são serviços típicos de profissional de enfermagem, e exigem, como denota a Resolução ANVISA já referenciada, responsável técnico com habilitação profissional na forma da lei, ao contrário do que pretende fazer crer o recorrente. É dizer, os funcionários do posto de coleta, da área de enfermagem ou não — com ofensa ou não às regras profissionais ligadas à coleta laboratorial, discussão sem relevo aqui —, devem realizar os procedimentos sob a supervisão do responsável técnico legalmente habilitado, que arcará com a responsabilidade dos procedimentos, ao tempo da prestação dos serviços de enfermagem (ou assemelhados) em favor do Laboratório Patologia Clínica São Marcos S/C Ltda. Não se enquadra portanto, o recorrente, na exceção contida na decisão do STJ aludida.

A restrição que o recorrente entende existir na expressão "assemelhados" contida na Lei 9.317/96, associando-a exclusivamente à atividade de patologia clínica, não se verifica no texto legal, de modo que os serviços de coleta de material biológico são também serviços de enfermagem ou assemelhados. E, repita-se, dependem de profissional responsável legalmente habilitado.

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=11425734&sReg=200901364168&sData=20100825&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 31 ago.2011.

⁴ Fundamentação legal: art. 62-A do Regimento Interno CARF.

Caráter taxativo do inciso XIII do art. 9.º da Lei nº 9.317/96.

Prossegue o recorrente, neste tema, afirmando ter havido aplicação de analogia para seu desenquadramento, o que é vedado. Repete que não exerce análise patológica, conforme contrato social, e, por isso, suas atividades não dependem de qualificação profissional, pois "*sequer são fiscalizadas por qualquer órgão de classe profissional, como CRM ou outro*".

Acrescenta que a constituição defere tratamento jurídico diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, e que se a interpretação do inciso XIII do art. 9.º da Lei nº 9.317/96 pudesse considerar o rol ali descrito como exemplificativo, isso seria permitir a exclusão do SIMPLES por analogia ou entendimento unilateral. O recorrente colaciona acórdão do TRF da 1. Região.

Novamente não assiste razão ao recorrente.

Conforme já evidenciado, a exclusão de ofício não revelou ter-se originado do auxílio da analogia para interpretação da lei, por conta de haver lacuna. A lei é plena, sem lacunas, apenas remete à expressão "assemelhados" referindo-se a serviços profissionais que sejam semelhantes aos listados. Não se tratou de interpretação unilateral, mas de cumprimento ao que determina a legislação tributária, à qual a autoridade fiscal se vincula.

Outro aspecto alegado exige a anuência sobre o fato de existir o comando constitucional que determina tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte. Todavia é de toda evidência que se trata de um imperativo dirigido ao legislador, que, diante disso, obriga-se a promover a isonomia material constitucionalmente prevista. E esse foi o propósito da edição da Lei nº 9.317/96, o que, entretanto, não admite a equivocada leitura constitucional que possa permitir que sejam ignorados os requisitos estabelecidos com a finalidade de implementação da isonomia material pretendida, fosse possível a todos os contribuintes, indistintamente, optar pelo regime de tributação SIMPLES. Mais uma vez seja consignado que à observação da lei obriga-se a autoridade administrativa, não havendo espaço para manobras discricionárias a menos que haja previsão na própria norma.

Quanto à atividade patológica, em nenhum momento esta foi alegada como tendo sido a atividade impeditiva a motivar o DD e o ADE de exclusão, logo, não cabe sequer argumentar sobre a possibilidade de justificar ou não o enquadramento no dispositivo legal determinante da exclusão do SIMPLES.

Dispensável também o exame da decisão do TRF, 1.ª Região, cujo trecho foi reproduzido no corpo do recurso voluntário. É que compreende conjuntura na qual a atividade discutida é a de prestação de serviços postais, completamente diversa da que tratam os presentes autos, de modo que nenhum efeito causa sobre a análise própria do contexto aqui debatido.

Por tudo exposto, todos os elementos probatórios e disposições legais apontam para a exatidão do procedimento de ofício de exclusão do SIMPLES, de modo que as razões da contestação proposta pelo defendente não se confirmam.

Processo nº 10680.005195/2003-87
Acórdão n.º **1002-000.298**

S1-C0T2
Fl. 863

Conclusão:

Sendo assim, não havendo razões para reforma da decisão de 1.^a instância, VOTO por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, devendo ser mantida a exclusão de ofício declarada através do ADE DRF/BHE n.º 116/2003.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Angelo Abrantes Nunes - Relator.