



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

**Processo n°** 11070.000435/2010-27  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1302-002.767 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 12 de abril de 2018  
**Matéria** SIMPLES - EXCLUSÃO - ATIVIDADE VEDADA E DESCUMPRIMENTO DE NORMAS LEGAIS  
**Recorrente** CONPLAN ORGANIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.  
**Recorrida** FAZENDA

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

PROCESSUAL ADMINISTRATIVO - INOVAÇÃO FÁTICA PELA INSTÂNCIA INFERIOR - NULIDADE CONHECÍVEL DE OFÍCIO

Ao inovar o fundamento fático para justificar a exclusão de empresa do SIMPLES Nacional, não tratado pelo Ato Declaratório de Exclusão, a instância inferior viola a garantia da ampla defesa e, por conseguinte, incorre em hipótese de nulidade contemplada no art. 59, II, do Decreto 70.235, nulidade esta conhecida de ofício por força dos preceitos do art. 61 do mesmo diploma normativo.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO POR DOIS FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS EM QUE UM DELES NÃO É CONFRONTADO PELO RECORRENTE. MANUTENÇÃO DA EXCLUSÃO QUE SE IMPÕE.

Calcado em dois fundamentos autônomos, mesmo que anulado um deles, não tendo o contribuinte questionado o outro, a exclusão intentada pela Administração Pública se impõe.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), Rogério Aparecido Gil, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Lizandro Rodrigues de Sousa (Suplente Convocado), Carlos César Candal Moreira Filho, Flávio Machado Vilhena Dias e Gustavo Guimarães da Fonseca.

## Relatório

Cuida o feito de autos de infração lavrados em face do recorrente a fim de, após promover-se a exclusão da empresa do SIMPLES Nacional (regrado pela LC 124/06) no mês imediatamente ulterior ao dos fatos apurados pela Fiscalização, exigindo-se, em decorrência disso, o tributos abarcados pelo regime simplificado (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS).

De acordo com o TVF, a Auditoria, a partir exclusivamente da análise do cadastro da pessoa jurídica perante Receita Federal (CNPJ), identificou como atividades principal e secundária da empresa "Desenvolvimento de Programas de Computador" (originariamente, a atividade cadastrada era "atividades de atenção à saúde").

A fiscalização intimou o contribuinte a apresentar as notas fiscais que comprovassem a prestação de serviços de desenvolvimento de *softwares*; atendendo à predita intimação, o Auditor identificou que, em sua maioria, as citadas notas fiscais se referiam à serviços de "em Gerenciamento de informações em Medicina do Trabalho via Rede Mundial de Computadores", atividade esta que, segundo o Fiscal, se enquadrariam no CNAE 71.19.7.04 ("Serviços de perícia técnica relacionados à segurança do trabalho").

Esta última atividade, ainda de acordo com o relatório da auditoria, não estaria contemplada dentre as atividades passíveis de inclusão no regime simplificado previsto pela LC 123/06, sem prejuízo do fato do contribuinte não ter, segundo a fiscalização, trazido notas fiscais que comprovassem a prestação de serviços de desenvolvimento de *softwares*, nem tampouco haver, em seus atos constitutivos, previsão para o exercício de semelhante atividade.

Além disso, a D. Auditoria fiscal identificou, também, que, entre o período compreendido entre julho de 2007 e julho de 2008, o contribuinte teria remunerado profissional autônomo (médico) sem informar tais pagamentos em sua folha de salários e, também, na GFIP, tipificando a hipótese preconizada pelo art. 29, inciso XII, da LC 123/06, que impõe a exclusão do regime simplificado no mês subsequente ao da ocorrência deste fato.

A luz destes fatos, promoveu-se a exclusão da empresa do SIMPLES através do ADE de nº 009, de 29 de março de 2009, com efeitos retroativos à 1º de julho de 2009 (fl. 80), ao qual foi oposta manifestação de inconformidade (impugnação), através da qual sustentou, objetivamente, que, senão existe uma descrição específica no CNAE quanto aos serviços de "gerenciamento de informações em Medicina do Trabalho", também não existiria vedação expressa, na LC 123/06, à adesão de empresa que executasse tal atividade, **sendo vedado à Administração Pública lançar mão de analogia para enquadrar este serviço dentre as hipóteses de vedação constantes da aludida Lei Complementar.**

Quanto a omissão de informações relativas ao médico que lhe prestou serviços de forma autônoma, o contribuinte se limita a afirmar que possuía contrato com este profissional em que o aludido instrumento impunha, ao contratante, o mister de prestar as

necessárias informações previdenciárias. De mais a mais, afirma que esta situação teria sido regularizada a partir de 2008, de sorte que por força do princípio da proporcionalidade, seria dezarrazoada a exclusão da empresa por conta de problema já solucionado.

Após o ADE, a D. Auditoria lavrou os autos de infração ora polemizados para exigir os tributos cabíveis, considerando a opção pelo lucro presumido pelo contribuinte. A estes autos de infração, o recorrente opôs impugnação administrativa por meio da qual alega que o percentual de presunção que lhe seria aplicável, é o de 8%. Em apertadíssima síntese, sustenta que, se a administração publica o excluiu do SIMPLES por exercer atividade própria de hospitais, à ele não se aplicaria a base de presunção fixada para os prestadores de serviços em geral, qual seja, 32%, premendo, pois, pelo conseqüente recálculo dos créditos tributários apurados pela Fiscalização.

A DRJ de Salvador recebeu e julgou conjuntamente tanto a manifestação de inconformidade, como a impugnação aos autos de infração, tendo as julgado improcedente a luz do seguintes argumentos:

a) por todos os documentos acostados aos autos, em especial, as notas fiscais, os contratos firmados com as Prefeituras de Maquiné e Alegrete, durante o período fiscalizado o contribuinte teria desenvolvido atividades próprias à atividade regulamentada consistente na elaboração de laudos e de "execução, manutenção e Acompanhamento de PCMSO (...)" e Exames Médicos Clínicos", além de serviços de "Elaboração de (...) PPRA" e de "Laudo Técnico das Condições do Ambiente do Trabalho - LTCAT"; além disso, verifica que o sócio da empresa seria engenheiro de segurança, o que reforçaria a constatação do exercício, pelo recorrente, de atividade profissional regulamentada;

b) mesmo que admitida a prestação de serviços concernentes à elaboração de *softwares*, semelhante fato seria insuficiente para ilidir a vedação à opção pelo SIMPLES, à luz dos preceitos do art. 17, XI e §1º;

c) em relação à omissão de informações em GFIP e folha de salários, quanto ao médico autônomo contratado pelo recorrente, as previsões do contrato firmado pela empresa e citado profissional não seriam suficientes para afastar a obrigação tributária (acessória), mormente aquelas preconizadas pelos arts. 21 a 23 da Lei 8.212/91.

d) quanto ao percentual de presunção, além de afirmar que em momento algum a fiscalização aponta o exercício de atividades "hospitais", destaca que o contribuinte não atenderia aos requisitos destacados na IN 408/2004, estando correta, pois, a base de presunção utilizada nos autos de infração (32%).

Deste julgamento, o contribuinte teve ciência em 20 de abril de 2011 (AR de fl. 226), tendo interposto o seu recurso voluntário em 23 de maio do mesmo ano, por meio do qual sustentou, em resumo:

a) que a sua atividade se limitaria à cessão de uso de *software* criado para auxiliar as empresas na elaboração dos citados PPRA e PCMSO;

b) que o fato de haver profissionais (sócios) registrados no CREA e ter contratado um médico autônomo para a assunção de responsabilidade técnica seria uma exigência das entidades públicas para a quais presta serviços, não sendo tal fato suficiente para

comprovar o exercício de atividade profissional regulamentada (vedada pelo art. 17 da LC 123);

c) em relação a omissão de informações, insiste no argumento de que não operou com má-fé, e que, quando menos, os efeitos da exclusão teriam que se dar apenas em relação ao período em que deixara de informar os pagamentos realizados ao autônomo (médico) que lhe prestou serviços (2007 e 2008);

d) ao fim, invocando, mais uma vez, a boa-fé e os princípios da razoabilidade/proporcionalidade, que a maior parte de suas receitas decorreriam da exploração do *software*, sendo apenas uma parte dela (o que diz comprovar mediante notas fiscais anexadas ao recurso)concernente à atividades que poderiam impor a sua exclusão, citando, neste particular, decisões do STJ e de DRJs que dariam sustentação a tese sobre o excesso que representaria a sua exclusão do SIMPLES (argumento transportado também para a infração concernente à omissão de informações em GFIP e folha de salários), premendo, neste caso, para que não sejam emprestados efeitos retroativos ao ADE de nº 009.

Notem que em suas razões recursais, o contribuinte não reprisa o argumento relativo à base de presunção, tendo operado, quanto este ponto, preclusão.

Os autos, então, foram encaminhados à apreciação deste Colegiado.

Este, o relatório.

## **Voto**

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

Como exposto no relatório, acima, o recorrente teve ciência do acórdão da DRJ em 20 de abril de 2011 (quarta-feira); o prazo se iniciaria, neste passo, no dia 21 (primeiro dia subsequente ao da intimação); no entanto, como dia 21 de abril é feriado nacional (Dia de Tiradentes, nos termos do art. 1º da Lei 662, de 6 de abril de 1949), o termo *a quem* para o início da contagem do prazo recursal se deu apenas no dia 22 de abril daquele ano, findo-se, pois, no dia 21 de maio (um sábado).

Tendo recurso sido interposto em 23 de maio de 2011, o apelo é tempestivo e, por isso, dele conheço.

### **I Nulidade parcial do Acórdão da DRJ.**

A partir da leitura do Relatório que culminou com a expedição ADE de nº 009/09, os únicos argumentos sustentados pela fiscalização para fundamentar a exclusão do SIMPLES Nacional seriam de que o contribuinte teria deixado de informar pagamentos realizados a profissional autônomo e que os serviços de "*Gerenciamento de informações em Medicina do Trabalho via Rede Mundial de Computadores*" não permitiriam a inclusão da empresa no regime simplificado preconizado pela LC 123/06, art. 17, XI.

Em relação ao segundo argumento, vejam bem, a fiscalização literalmente lançou mão de, no mínimo, analogia para equiparar os ditos "*Serviços de Gerenciamento de informações em Medicina do Trabalho via Rede Mundial de Computadores*" aos "*Serviços de*

*perícia técnica relacionados à segurança do trabalho"* (CNAE 71.19.7.04) e, assim, sustentar a necessidade de exclusão, retroativa, do contribuinte do SIMPLES Nacional.

E, vale o destaque, mesmo que fosse válido o emprego de método integrativo para aproximar a hipótese versada nos autos à uma das situações vedação tratadas no art. 17 da LC 123, a legislação adjacente que conceitua os serviços (ainda que para fins de definição da hipótese de incidência do ISSQN - imposto municipal), diferencia, textualmente, o serviços de coleta de informações das demais avenças, inclusive aquelas afeitas à engenharia e medicina do trabalho. Neste passo, a Lei Complementar 116, em seu anexo único, trata de forma autônoma, dos serviços de gerenciamento de informações em seu item 17.01. Veja-se:

*17.01 – Assessoria ou consultoria de qualquer natureza, não contida em outros itens desta lista; análise, exame, pesquisa, coleta, compilação e fornecimento de dados e informações de qualquer natureza, inclusive cadastro e similares.*

Esta atividade, na minha opinião, se aproxima muito mais do serviço descrito inclusive em alguns dos contratos trazidos ao feito, que aquela efetivamente apontada pela fiscalização.

Neste particular, *venia concessa*, o relatório fiscal é de uma pobreza franciscana, já que ele, em momento algum, se debruça, de fato, sobre os documentos trazidos em decorrência das próprias intimações fiscais. E, mais importante, a conclusão fiscal restou, efetivamente, calcada apenas equiparação dos ditos serviços de "*Gerenciamento de informações em Medicina do Trabalho via Rede Mundial de Computadores*" à atividade descrita no CNAE 71.19.7.04.

A meu sentir, o ADE 009/09, estaria insuficientemente instruído e motivado, mormente por descrever, como fundamento fático de sua prática, situação que, até pelo que o foi apontado acima, não seria o fundamento correto para se impor o desenquadramento do contribuinte.

E a DRJ percebeu semelhante falha e, ao apreciar as razões das "impugnações" do contribuinte, esmiuçou (como o deveria ter feito a D. Auditoria Fiscal), os contratos e demais documentos trazidos ao processo, em especial, os contratos de prestação de serviços firmados junto à Prefeituras. Veja-se:

*Integram ainda os autos do processo contratos celebrados entre a Autuada e as Prefeitura dos Municípios de Maquiné, Alegrete, Tapes e Quinze de Novembro, às fls. 32 a 52. O contrato firmado com a Prefeitura Municipal de Maquiné, reza na Cláusula Segunda - Do Objeto: "O presente contrato visa a contratação de serviços de Assessoria e Planejamento em Engenharia, Segurança e Medicina do Trabalho, para atendimento à legislação do INSS, especialmente, a Lei 6.514 e Portaria do Ministério do Trabalho, para atendimento e realização dos seguintes laudos e programas..."*

*No contrato firmado com a Prefeitura Municipal de Alegrete (Do Objeto - Cláusula Primeira), consta: "A Contrata se obriga (...) a proceder à contratação de Empresa Especializada na Execução, Manutenção e Acompanhamento de PCMSO - Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional, onde estão*

*previstos a realização de Exames Médicos Clínicos...". Já nos contratos celebrados com as Prefeituras Municipais de Tapes e Quinze de Novembro, a Cláusula Primeira - Do Objeto, reza: "Serviços 1. Elaboração de Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA e conjuntamente Laudo Técnico das Condições do Ambiente do Trabalho - LTCAT para todo o quadro de servidores da Prefeitura Municipal..."*

A toda monta, o acórdão recorrido inova o fundamento fático do ADE.

Isto é, enquanto para a expedição do ato declaratório, a Fiscalização considerou como motivo determinante para a exclusão do contribuinte do SIMPLES, a execução de serviços de "*Gerenciamento de informações em Medicina do Trabalho via Rede Mundial de Computadores*", mediante equiparação, por simples exercício exegético, aos serviços descritos no item 71.19.7.04 (sem se reportar a qualquer documento, fato ou prova), a DRJ deduz sua opinião sobre fatos não abordados pela Auditoria para, ao invés de atacar as faturas emitidas com a descrição "gerenciamento de informações", demonstrar que, ao menos em relação aos contratos firmados pela recorrente junto às Prefeituras, os respectivos objetos encerrariam a prestação de serviços típicos de profissões regulamentadas (engenharia e medicina).

Para melhor elucidar as conclusões que expus acima, atentem-se para a seguinte demonstração gráfica acerca da estrutura do ADE e do acórdão ora polemizado:

ADE/SIMPLES Nacional		ACÓRDÃO RECORRIDO	
Fundamento jurídico	fundamento fático	Fundamento jurídico	Fundamento fático
Art. 17, XI, LC 123/06	Prestação de serviços de gerenciamento de informações em medicina do trabalho equiparada por analogia aos " <i>Serviços de perícia técnica relacionados à segurança do trabalho</i> ".	Art. 17, XI, LC 123/06	Prestação de serviços próprios de profissões regulamentadas a partir da análise dos contratos de prestação de serviços firmados junto à Prefeituras.

E, tal inovação, na opinião deste relator, importaria em sua nulidade do acórdão recorrido (ao menos quanto a este fundamento) a teor dos preceitos do art. 59, II, do Decreto 70.235/72, já que inegável, aqui, a violação à ampla defesa.

Aqui, basta dizer que em sua impugnação, o contribuinte se limitou a refutar o argumentos especificamente deduzidos pela Autoridade Administrativa, sustentando, no caso, a ilegalidade do exercício exegético por ela engendrado, sem se aprofundar nos documentos acostados ao feito; e isto, frise-se, porque a própria Fiscalização, repita-se, não se preocupou com as informações constantes do autos para, efetivamente, identificar a natureza dos serviços prestados; semelhante conduta, reprise-se e insista-se, foi adotada **apenas pela DRJ** (que, quando menos, nada mais fez que substituir à Auditoria). Isto, a meu ver, representa iniludível afronta à garantia encartada no art. 5º, LV, da CF88 e, ato contínuo, encerra a nulidade preconizada pelo citado art. 59 do Decreto 70.235.

Neste passo, vale dizer, ainda que semelhante nulidade não tenha sido objeto de questionamento pelo contribuinte importa lembrar que o art. 61 do supra mencionado

Decreto dá, à este Colegiado, o poder/dever de julgar a legitimidade dos atos que lhe competem analisar:

*Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.*

Agora, reconhecida a nulidade parcial do acórdão, nada impede que nos posicionemos sobre o mérito da ADE (neste ponto), até mesmo pelo que dispõe o art. 1.013, § 3º, do CPC (aplicável subsidiariamente ao processo administrativo); e, neste ponto, pelo que já afirmei no início deste voto, partindo-se da mesma premissa adotada pela D. Auditoria Fiscal, é facilmente aferível que os serviços de "gerenciamento de informações" não se aproximam da atividade descrita no CNAE 71.19.7.04 (fato que demonstrei, inclusive, a partir da definição constante da lista anexa à LC 116).

Em outras palavras, pela prestação deste serviço, especificamente, o recorrente não poderia ter sido excluído do SIMPLES Nacional já que inexistem vedações à opção pelo regime simplificado à empresas que desenvolvam a atividade de "*análise, exame, pesquisa, coleta, compilação e fornecimento de dados e informações de qualquer natureza, inclusive cadastro e similares*" (serviço descrito no item 17.01 tratado no anexo único da LC 116, que, respeitadas as opiniões em contrário, na opinião deste relator, mais se aproximaria dos serviços abordados pelo ADE).

Nada obstante, o ADE não tinha por motivos jurídico e fático apenas o exercício de atividade vedada pela LC 123/06; calçou-se, também nos preceitos do art. 29, XII, da predita norma complementar, levando em conta o fato do contribuinte não ter informado o pagamento de vencimentos à profissional autônomo; estes motivos, *per se*, também culminariam com a exclusão da empresa do SIMPLES Nacional, no mês imediatamente subsequente ao do fato infracionário.

Ou seja, mesmo que reconhecida a nulidade parcial do acórdão da DRJ quanto ao ponto tratado neste tópico, a questão afeita à omissão de informações restou inatacada pelo recorrente (preclusão consumativa) que, vale o destaque, se limita a invocar o primado da razoabilidade tão só para postular a não retroação dos efeitos de sua exclusão.

Passo, pois, a abordar agora as consequências da tipificação da hipótese versada no referido art. 29, XII, da LC 123/06 a fim de verificar se a nulidade ora reconhecida impactaria ou não nas conclusões exaradas tanto pela Auditoria, como pela própria DRJ.

## **II Da omissão de informações.**

### **II.1 Razoabilidade/proporcionalidade.**

Tal qual pontuado anteriormente, em relação à omissão de informações em GFIP e folha, sobre pagamentos realizados à médico autônomo, o contribuinte não refuta a acusação fiscal, limitando-se a afirmar a sua boa-fé e os primados da razoabilidade/proporcionalidade para justificar o pedido de limitação dos efeitos do ADE (*in casu*, sustenta que a retroação dos efeitos da exclusão representaria agravamento desmedido da situação da empresa em se considerando o ato infracionário tipificado).

É assente que a Administração Pública se rege pelo primado da legalidade e, como se expus julgados anteriores, a vertente do princípio em testilha imposta ao Estado é

restritíssima; no caso, a Autoridade Administrativa, diferentemente do que observa em relação ao cidadão, só pode praticar os atos que a lei lhe franqueia praticar, da forma e nos estritos da proposição normativa. Por isso mesmo, o próprio exercício hermenêutico por parte dos órgãos administrativos não encontra amparo fora dos limites da lei.

É verdade, nada obstante, que nem todos os tipos normativos são fechados, cerrados e, mais que isso, em diversas hipóteses comportam a adoção de mais de uma medida ou interpretação, ao que se dá a alcunha de normas discricionárias. A discricionariedade autorizada pela lei, frise-se, em inúmeras situações, sequer admite questionamentos por parte dos demais Poderes da República (como, por exemplo, a opção dada ao Administrador de proceder à desapropriação de determinado bem - respeitados, obviamente, a finalidade e a forma da prática destes atos).

Os primados razoabilidade e da proporcionalidade seriam reflexos da legalidade; seriam, propriamente, instrumentos de convalidação da legalidade de sorte a garantir que a interpretação da lei ou a adoção dos caminhos autorizadas pela previsão normativa observem um limite que, ao fim e ao cabo, atendam os próprios intentos legais, observadas e garantidas as preposições constitucionais. A razoabilidade e a proporcionalidade (faces de uma mesma moeda), são medidas da própria legalidade e norteiam a atividade hermenêutica e a discricionariedade de sorte que o resultado de sua adoção não conflite com a aquilo que, razoavelmente, se espera da tipificação do comando da norma.

Acerca do princípio da razoabilidade, anota **Celso Antônio Bandeira de Mello**:

*Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, **mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis** -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.*

*Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrado certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. **Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libido, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda.** Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito (BANDEIRA DE MELLO,*

Celso Antônio, 12ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 79).

O princípio supra impõe ao aplicador da lei o exercício exegético próprio ao senso comum; impõe, pois, a sua interpretação com as balizas da razoabilidade, de sorte que o resultado de sua aplicação não revele efeitos absurdos ou contrários ao próprio intento do legislador. Em outras palavras: “ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito”.

Como destacado, todavia, nem a razoabilidade, nem tampouco a proporcionalidade, podem resultar na **não aplicação da norma**. São, insista-se, apenas medidas da interpretação ou da discricionariedade. Se determinada norma não admite interpretação ou, lado outro, não contempla opções para a sua tipificação, invocar-se a razoabilidade (ou mesmo a proporcionalidade) para que seus efeitos não sejam observados, equivaleria a dizer, objetivamente, que esta norma não existe; estar-se-ia, aqui, negando vigência à própria norma o que, pelo próprio princípio da legalidade, não é permitido à Administração.

No caso dos autos, o recorrente afirma que retração dos efeitos da exclusão do simples em razão da omissão de informações, representaria uma afronta ao princípio da razoabilidade (proporcionalidade). Vejam, entretanto, que norma utilizada para justificar a retroação dos efeitos da exclusão, é rígida; não admite interpretações nem tampouco franqueia à Administração Pública opções para a sua aplicação:

*Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:*

(...)

*XII - omitir de forma reiterada da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual que lhe preste serviço.*

Notem que o preceito acima não contempla interpretações nem tampouco estipula uma opção a ser dada à Administração; o antecedente da norma não comporta discricionariedade; não se socorre da expressão "poderá", prefixando um dever; trata-se de ato estritamente vinculado de sorte que, verificadas quaisquer das hipóteses descritas nos incisos do *caput*, a exclusão se imporá sendo irrelevantes, aqui, a boa-fé ou a irrelevância da infração praticada.

No caso como apontado no TVF (e admitido pelo contribuinte), foram feitos pagamentos à profissional autônomo sem prestar qualquer informação ao fisco por meio de GFIP e folha:

*1.2.3 A empresa efetuou pagamentos ao médico Gentil Antônio Formighieri, a partir da competência 07/2007 até a competência 08/2008, sem a dívida informação em GFIP e em folha de pagamento, sendo que tais omissões, são motivo para exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL, a partir do próprio mês em*

*que ocorridas, conforme o inciso XII do Art. 20 da LC 123/2007 (sic) (fl.02).*

Ou seja, se tais omissões são relevantes ou não, o fato é que ocorreram e a norma, aqui, não contempla qualquer discricionariedade; verificada a tipificação do fato descrito no inciso XII, à Autoridade Administrativa não resta alternativa senão aplicar o comando legal, pena de malferir o próprio princípio da legalidade.

## **II.2 Dos efeitos da exclusão por tipificação da hipótese tratada no inciso XII do art. 29.**

Como dito, uma vez reconhecida a nulidade parcial do acórdão recorrido e, conseqüentemente, a necessidade de cancelamento parcial do ADE (na parte que toca, apenas, ao exercício de atividade vedada pela LC 123), e considerando a correção do ADE e da DRJ quanto à exclusão por tipificação da infração descrita pelo inciso XII do art. 29, resta à este julgador definir os efeitos temporais da predita exclusão.

Notem que o ADE teve seus efeitos retroagidos à julho de 2007, mormente por conta do primeiro fundamento por ele invocado (exercício de atividade vedada); a luz deste fato, os autos infração ora analisados constituíram os créditos tributários desde aquela data.

Nada obstante infração concernente à omissão de informações foi constatada, atente, também a partir de julho de 2007 (como, aliás, se deduz do trecho do TVF transcrito no tópico anterior).

Vejam, agora, o que preconizada o §1º do por vezes mencionado art. 29 da LC 123/06:

*§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.*

Em linhas gerais, mesmo que ultrapassada questão da atividade desenvolvida pelo recorrente, e anulada parcialmente a decisão da DRJ quanto a este tema, os efeitos práticos desta decisão são anulados pela tipificação da infração descrita no inciso XII (omissão de informações).

Caso o ADE tivesse se calcado apenas na infração tratada neste tópico, as conclusões nele tratadas e os créditos constituídos a partir dos autos infração impugnados **não se alterariam**, porque os efeitos temporais da exclusão realizada com base nesta infração, são os mesmos observados em relação ao primeiro fundamento do ato declaratório.

## **III. Conclusão parcial.**

Em resumo, ainda que parcialmente nula a decisão da DRJ e parcialmente reformado o ADE, o fato é que o resultado final não se altera... a empresa foi corretamente excluída do SIMPLES Nacional não por força do eventual exercício de atividade vedada, mas, isto sim, por ter incorrido em ato infracionário que, ao fim e ao cabo, encerra exatamente as mesmas conseqüências verificadas em relação ao primeiro fundamento.

**IV Conclusão final.**

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca