



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

**Processo nº** 13016.000026/2004-62  
**Recurso nº** 142.562 Voluntário  
**Acórdão nº** 3102-00.031 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 25 de março de 2009  
**Matéria** SIMPLES - EXCLUSÃO  
**Recorrente** VINÍCOLA CAVE DE PEDRA LTDA.  
**Recorrida** DRJ-PORTO ALEGRE/RS

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

Ano-calendário: 2002

**DECISÃO RECORRIDA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. MOTIVAÇÃO.**

Tendo a decisão recorrida apontado os fundamentos de fato e de direito que embasaram o indeferimento da solicitação do contribuinte, não se afigura plausível o argumento de inexistência de motivação ou motivo para caracterizar a nulidade do *decisum*.

**EXCLUSÃO DO SIMPLES - ATIVIDADE VEDADA**

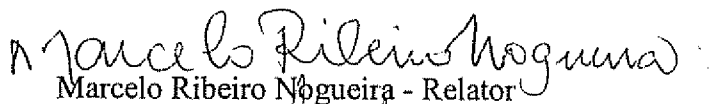
Exercendo atividade vedada, não pode o contribuinte optar pela sistemática de tributação do SIMPLES.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância argüida pelo relator e no mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Designado para redigir o voto quanto a preliminar de nulidade o Conselheiro Corinto Oliveira Machado.

  
Mercia Helena Trajano Damorim - Presidente

  
Marcelo Ribeiro Nogueira - Relator

  
Corinto Oliveira Machado - Redator Designado

EDITADO EM: 04/11/2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Mércia Helena Trajano Damorim, Ricardo Paulo Rosa, Corinto Oliveira Machado, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Marcelo Ribeiro Nogueira, Beatriz Veríssimo de Sena e Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro.

Ausente justificadamente a Conselheira Judith do Amaral Marcondes Armando.

## **Relatório**

Adoto o relatório da decisão de primeira instância por entender que o mesmo resume bem os fatos dos autos até aquele momento processual:

*Trata o presente processo de exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, promovida pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/CXL nº 453.054, emitido em 07/08/03, fl. 15, sob o fundamento de a contribuinte exercer atividade vedada de opção ao Simples, de acordo com o disposto na Lei nº 9.317/1996.*

*Em 25/09/03, a interessada apresentou tempestivamente sua Manifestação de Inconformidade, contra o ADE, solicitando a Revisão da Exclusão à Opção pelo Simples, fls. 01, 13 e 14, alegando que a empresa não exerce atividade vedada ao Simples.*

*Pede a contribuinte a revisão do Ato de Exclusão.*

A decisão recorrida recebeu de seus julgadores a seguinte ementa:

*Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples*

*Ano-calendário: 2002*

**EXCLUSÃO DO SIMPLES - ATIVIDADE VEDADA -**

*Exercendo atividade vedada, não pode a pessoa jurídica ser optante pelo SIMPLES.*

*Solicitação indeferida.*

O contribuinte, restando inconformado com a decisão de primeira instância, apresentou recurso voluntário no qual ratifica e reforça os argumentos trazidos em sua peça de impugnação.

Os autos foram enviados ao antigo Terceiro Conselho de Contribuintes e fui designado como relator do presente recurso voluntário, na forma regimental. Tendo sido criado o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pela Medida Provisória nº 449, de 03 de dezembro de 2008, e mantida a competência deste Conselheiro para atuar como relator no julgamento deste processo, na forma da Portaria nº 41, de 15 de fevereiro de 2009, requisitei a inclusão em pauta para julgamento deste recurso.

É o Relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro Marcelo Ribeiro Nogueira, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais.

Observo que a decisão de primeira instância é muito econômica, limitando-se a consignar o seguinte:

*Preenchidos os requisitos formais de admissibilidade, conhece-se da Manifestação de Inconformidade.*

*Analisando a documentação acostada aos autos, verificamos que a contribuinte exerce a atividade de Comercialização de vinhos e seus derivados engarrafados., fl. 2, no nosso entendimento, fundado na Lei nº 9.317/1996 e na legislação pertinente ao assunto, existe impedimento de opção ao Simples para o seu ramo de atividade.*

*Diante de todo o exposto e de tudo que do processo consta, voto no sentido de INDEFERIR a solicitação da contribuinte, mantendo o Ato Declaratório Executivo DRF/CXL nº 453.054, fl. 15, e seus efeitos.*

Entendo que a decisão trouxe fundamentação suficiente para garantir o direito de defesa do contribuinte, limitando-se a afirmar “no nosso entendimento, fundado na Lei nº 9.317/1996 e na legislação pertinente ao assunto”, que por ser extremamente genérico, impossibilita extrair qual a base específica do decidir, prejudicando o direito do contribuinte de recurso.

Observe-se que não temos aqui o elemento essencial da motivação, ou seja, faltam o dispositivo legal específico infringido e/ou a descrição clara, objetiva dos fatos ensejadores da decisão recorrida do ato administrativo, o que caracteriza vício formal da decisão recorrida.

Isto viola o comando legal previsto no parágrafo primeiro do artigo 50 da Lei nº 9.784/99, que tem o seguinte texto:

*§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.*

Além disso, conforme veremos na sequência, também há uma ausência do motivo, isto é, representação formal pelo julgador dos fatos realmente ocorridos e a aplicação conseqüente da lei aplicável aos mesmos, o que caracteriza, no meu entender, vício material da decisão recorrida.

Sobre a diferenciação entre motivo e motivação é muito esclarecedora a lição da Profa. Dra. Maria Silvia Zanella de Pietro, em palestra proferida perante o Tribunal de Contas do Município de São Paulo, sob o tema Pressupostos do Ato Administrativo - Vícios, Anulação, Revogação e Convalidação em Face das Leis de Processo Administrativo (em [http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03\\_10\\_03/4Maria\\_Silvia3.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia3.htm), acesso em 26 de maio de 2007):

*Com relação ao motivo, eu sempre o relaciono com o fato; motivo é o fato. Costuma-se definir o motivo como o pressuposto de fato e de direito do ato administrativo. O motivo precede à prática do ato, ele é alguma coisa que acontece antes da prática do ato e que vai levar à administração a praticar o ato. Por exemplo, o funcionário pratica uma infração, a infração é o fato. O ato é a punição e o motivo é a infração; ele tem um fundamento legal, embora nem sempre a lei defina o motivo com muita precisão; normalmente quando nós falamos com base no artigo tal, nós estamos mencionando o motivo, o pressuposto de direito, porque aquele fato vem descrito ou vem previsto na norma; na hora em que aquele fato descrito na norma acontece no mundo real, surge um motivo para a administração praticar o ato.*

*Por exemplo, a lei diz: o funcionário que faltar 30 dias consecutivos incide em abandono de cargo. A falta por 30 dias é a infração, que levava a Administração a instaurar o processo e aplicar a pena.*

*Cabe ressaltar que o motivo não é a mesma coisa que a motivação. A motivação, embora tenha muita relação com o motivo, é uma formalidade essencial ao ato, ela não é o próprio motivo. Na motivação, a Administração Pública vai indicar as razões, quais foram os fatos, qual é o fundamento de direito, qual o resultado almejado; ela vai dar a justificativa do ato; ela pode até na motivação indicar qual foi o motivo, qual foi o fato que a levou a praticar aquele ato, mas não é a mesma coisa.*

*Quando dizemos que o ato é ilegal com relação ao motivo? Quando o fato não existiu ou quando existiu de maneira diferente do que a autoridade está dizendo. Quando ela diz que está mandando embora o funcionário porque não tem verba para pagar, o motivo é inexistência de verba, mas se existir verba, aquele motivo é falso, ela alegou um fato inexistente. Ou um funcionário pratica uma infração e a autoridade o pune por outra infração, diferente daquela que justificaria uma outra punição, então o motivo é ilegal.*

*Pela Lei de Ação Popular, o vício relativo ao motivo ocorre quando a matéria, de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido. Vejam vocês que essa Lei é de 1965 e já no conceito referido está embutido o princípio da razoabilidade, quando ela fala que é ilegal o motivo, se for materialmente*

*inexistente ou juridicamente inadequado ao resultado obtido. Ele está praticando que exigindo uma relação entre meios e fins; sem usar a expressão razoabilidade, o dispositivo já consagrou o princípio.*

Por isto, VOTO por conhecer do recurso para anular a decisão de primeira instância a fim de que outra decisão seja proferida esclarecendo o motivo e a motivação, ou seja, a fundamentação da decisão anulada.

Tendo sido vencido na preliminar acima, passo ao exame do mérito.

Observo que o art. 14 da Medida Provisória nº 1.990-29/2000, deu nova redação ao art. 9º da Lei nº 9.317/96, incluindo o inciso XIX para vedar a opção pelo SIMPLES/Federal às empresas que exerçam atividades de industrialização, por conta própria ou por encomenda, dos produtos classificados nos Capítulos 22 e 24 (Bebidas e Cigarros) da Tabela de Incidência do IPI - TIPI, sujeitos ao regime de tributação de que trata a Lei nº 7.798/89.

Noto, ainda, que os produtos da recorrente estão dentre aqueles que vedam a opção por se classificarem no Capítulo 22 da TIPI e estarem sujeitos ao regime de tributação de que trata a Lei nº 7.798/89.

Por este motivo, VOTO por conhecer do recurso para negar-lhe provimento.

  
Marcelo Ribeiro Nogueira

### **Voto Vencedor**

Conselheiro Corinto Oliveira Machado, Redator Designado quanto a preliminar de nulidade

O recurso voluntário é tempestivo, e considerando o preenchimento dos requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado e conhecido.

Em preliminar, cumpre dizer que concordo com o eminente relator, no sentido de que *a decisão de primeira instância é muito econômica*, todavia, mesmo assim a maioria de meus pares entendeu que a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento continha todos os elementos necessários à resolução da contenda sem qualquer vício, apenas que de forma sucinta.

Nessa moldura, tendo a decisão recorrida apontado os fundamentos de fato e de direito que embasaram o indeferimento da solicitação do contribuinte, não se afigura plausível o argumento de inexistência de motivação ou motivo para caracterizar a nulidade do *decisum*, razão pela qual é de ser rejeitada a respectiva preliminar.

  
Corinto Oliveira Machado