



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.004580/99-11  
SESSÃO DE : 25 de fevereiro de 2005  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.690  
RECURSO Nº : 125.293  
RECORRENTE : NÚCLEO EDUCACIONAL BALDE DE LETRAS S/C  
LTDA.  
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

**SIMPLES. ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO.  
DESCUMPRIMENTO DE REQUISITO LEGAL. NULIDADE.**

É nulo *ab initio* o processo de exclusão do SIMPLES lastreado em Ato Declaratório que, no tocante a sua motivação, não atende aos requisitos legais de validade.

**Processo que se anula *ab initio*.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, anular o processo *ab initio* por vício formal, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Roberta Maria Ribeiro Aragão, relatora e José Luiz Novo Rossari. Designada para redigir o Acórdão a Conselheira Atalina Rodrigues Alves.

Brasília-DF, em 25 de fevereiro de 2005

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO  
Presidente

ATALINA RODRIGUES ALVES  
Relatora Designada

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, LUIZ ROBERTO DOMINGO, VALMAR FONSÊCA DE MENEZES e LISA MARINI FERREIRA DOS SANTOS (Suplente). Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional LEANDRO FELIPE BUENO.

RECURSO Nº : 125.293  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.690  
RECORRENTE : NÚCLEO EDUCACIONAL BALDE DE LETRAS S/C  
LTDA.  
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP  
RELATOR(A) : ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO  
RELATORA DESIG : ATALINA RODRIGUES ALVES

### RELATÓRIO E VOTO VENCIDO

No presente processo o contribuinte manifesta sua inconformidade em relação à decisão da Delegacia da Receita Federal em São Paulo (fls. 25/26) que manteve a exclusão objeto do ato declaratório nº 149.649 (fls. 20), sob a argumentação de que o objeto social da empresa é a prestação de serviços educacionais e esta atividade é vedada pela Lei nº 9.317/96 a opção pelo Simples, bem como que a contribuinte possui pendências junto ao INSS.

A contribuinte apresentou impugnação tempestiva (fls. 30/45), alegando, em síntese, que:

- A Constituição Federal garante ao cidadão o direito de livre exercício de profissão bem como a constituição de empresas, sejam elas de qualquer porte. Garante também às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento diferenciado, conforme art. 179;
- O legislador ao editar a Lei nº 9.317/96 na parte que estabelece condições qualificativas e não apenas quantitativas para opção pelo regime diferenciado exorbitou, transformando-a em um verdadeiro monstro legislativo, eivado de inconstitucionalidades;
- Pelo art. 179 da CF, evidente está que caberia apenas à lei infraconstitucional a função de definir quantitativamente o que seria microempresas e empresas de pequeno porte. Em momento algum o constituinte delegou ao legislador comum o poder de fixação ou até mesmo de definição de atividades excluídas do benefício;
- Não bastasse, o texto legal referido traz ainda uma evidente quebra da igualdade tributária (art. 150, II da CF);
- a atividade empresarial exercida pela prestadora de serviços educacionais é muito mais ampla que a desenvolvida pelo

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.293  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.690

professor ou assemelhado, esta sim absurda e inconstitucionalmente vedada pela legislação ordinária. Muito embora não haja referência expressa nesse sentido, pode-se afirmar que a decisão ora impugnada concluiu que a atividade da escola é assemelhada a do professor. A escola para exercer sua atividade necessita um complexo de instalações, de insumos, de valores, às vezes mais expressivos que o custo da mão de obra do professor;

- por ocasião da Lei nº 7.256/1984, a exemplo do que ocorre hoje, em razão dos absurdos de interpretação que vinham ocorrendo, a matéria foi levada à apreciação do Conselho de Contribuintes, que decidiu favoravelmente ao enquadramento dos estabelecimentos de ensino como microempresa. As disposições contidas no art. 9º da Lei nº 9.317/96 é praticamente *bis in idem* daquelas contidas no inc. VI do art. 3º da Lei nº 7.256/1984;
- a entidade Mantenedora Educacional não é uma sociedade de profissionais para o exercício da profissão de professor, e sim uma sociedade entre empresários, sem exigência de qualificação profissional, e livre para contratar profissionais devidamente qualificados e habilitados para o exercício de suas profissões.

Ao apreciar a impugnação apresentada, a DRJ/São Paulo-SP indeferiu a solicitação e manteve a sua exclusão do SIMPLES, em decisão (fls. 49/55) cujos fundamentos encontram-se consolidados na seguinte ementa:

*“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de impostos e contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte-Simples.*

*Exercício: 1999*

*Ementa: SIMPLES*

*Não podem optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas cuja atividade não esteja contemplada na legislação de regência, tal como é o caso de prestação de serviços de professor.”*

Devidamente intimada da decisão de primeira instância, o contribuinte, interpõe Recurso Voluntário (fls. 59/71), para reiterar os argumentos expendidos na impugnação.

Às fls. 73 o processo foi encaminhado ao Segundo Conselho de Contribuintes.

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.293  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.690

A Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes converteu o julgamento em diligência, através da Resolução nº 201.00.201 para que a repartição de origem investigue em que situação se encontram as pendências.

A interessada apresentou a certidão negativa de débitos do INSS (fls. 88).

Às fls. 90 o processo foi encaminhado ao Segundo Conselho de Contribuintes.

Às fls. 91 o processo foi encaminhado ao Terceiro Conselho de Contribuintes.

O processo retorna após ter sido cumprida a Resolução nº 201.00.201 com a apresentação da certidão negativa do INSS (fls. 88).

O recurso alega preliminar de inconstitucionalidade já analisada na Resolução de nº 201.00.201, a qual concordo na íntegra com seus fundamentos, mas que não poderá mais ser objeto de discussão.

Quanto ao mérito o recurso trata da exclusão do SIMPLES, através do Ato Declaratório nº 149.649 (fls. 20), por motivo de “pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS e atividade econômica não permitida para o Simples.”

Conforme se verifica, são duas questões a serem analisadas; a primeira é se deverá ser mantida a exclusão do SIMPLES, em virtude da certidão negativa do INSS anexada aos autos às fls. 88 ter sido expedida em 17/06/2002, após a sua exclusão do Simples, em janeiro de 1999, e a segunda é em relação à atividade impeditiva da recorrente de prestação de serviços educacionais, prevista na Lei nº 9.317/96, e alterada pela Lei nº 10.034, de 24/10/2000 que excetuou da restrição as atividades de creches, pré-escolas e estabelecimento de ensino fundamental.

Sobre esta questão da atividade impeditiva, o objetivo social da empresa recorrente que consta no contrato social de fls. 13 é genérico, no sentido de que não explicita se é do ensino infantil ou do médio, uma vez que, apenas as atividades de creches, pré-escolas e estabelecimento de ensino fundamental é que foram excluídas da vedação à opção do Simples, enquanto que a de ensino médio continua sendo vedada da referida opção.

Como se pode observar, com a edição da Lei nº 10.034/2000, torna-se imprescindível para o julgamento deste recurso averiguar qual o exato objeto social da recorrente e em que níveis está habilitada a prestar os serviços de educação.

*Handwritten mark*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.293  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.690

Portanto, entendo que somente com base no contrato social que conste a que nível escolar dedica as atividades é que poderemos decidir se o recorrente deverá ou não ser excluído do Simples.

Por sua vez, a segunda questão, no caso o outro motivo da exclusão por pendências junto ao INSS já poderia ter sido solucionado, através da diligência determinada pela Primeira Câmara do Segundo Conselho, entretanto a certidão de débitos anexada foi emitida posterior ao ato de exclusão, e como pode se observar a dúvida persiste no sentido de que a certidão negativa de débitos junto ao INSS emitida somente em 17/06/2002 não demonstra em que data foi regularizada a situação da recorrente.

No caso com a prorrogação do prazo até 31/01/2001 para revisão da exclusão do Simples pela Instrução Normativa nº 100 é também imprescindível a data da regularização dos débitos junto ao INSS, porque se o contribuinte estiver regular em 31/01/2001 entendo que a exclusão do Simples não poderá ser mantida.

Assim é que, com base no Princípio da verdade material que rege o Processo Administrativo Fiscal, o julgamento deve ser convertido em diligência para que repartição de origem informe a partir de quando o contribuinte estava regular com o INSS e para que o intime a apresentar cópia do contrato social e posteriores alterações com o objetivo social que comprove o nível escolar que dedica suas atividades.

Finalmente, que se adotem as providências de natureza processual que se fizerem necessárias.

Sala das Sessões, em 25 de fevereiro de 2005

*Roberta AS*

ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO - Conselheira

RECURSO Nº : 125.293  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.690

VOTO VENCEDOR

Trata o processo de Solicitação de Revisão de Exclusão da Opção pelo SIMPLES, efetuada pelo Ato Declaratório nº 149.649, de 09.01.1999 (fl. 10), pelos seguintes motivos: “pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS” e “atividade econômica não permitida para o SIMPLES”.

Ao instituir o SIMPLES, a Lei nº 9.317, de 1996, determinou no seu art. 9º, *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; (grifou-se)*

*XV - que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa*". (grifou-se)

Posteriormente, a Lei nº 10.034/2000, no seu art. 1º, excluiu das restrições contidas no inciso XIII, as pessoas jurídicas que se dedicam às atividades de creches, pré-escólas e estabelecimentos de ensino fundamental.

Por sua vez, nos termos do disposto no art. 14 c/c o disposto no art. 15, § 3º da citada lei, ocorrida a hipótese legal de impedimento da permanência da pessoa jurídica no SIMPLES e deixando ela de formalizar sua exclusão mediante alteração cadastral, sua exclusão será efetuada de ofício mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que a jurisdicione. Neste caso, é assegurado à pessoa jurídica o contraditório e a ampla defesa, nos termos da legislação relativa ao processo tributário administrativo, conforme disposto no art. 15, § 3º, *verbis*:

*"Art. 15. (...)*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.293  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.690

*§ 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, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. Acrescido pelo art. 3º da Lei nº 9.732/98.”*

Verifica-se, assim, que a lei especifica as hipóteses que, uma vez ocorridas, irão motivar a exclusão do SIMPLES de ofício, mediante ato declaratório: ter a pessoa jurídica *“débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa.”* e/ou *“prestar serviços de professor, excetuados os prestados em creches, pré-escolas e no ensino fundamental.”*

Logo, não resta dúvidas de que o ato declaratório de exclusão do SIMPLES é um ato administrativo vinculado, tendo em vista que a lei instituidora deste regime especial de tributação estabelece os requisitos e condições de sua realização. Em se tratando de ato administrativo vinculado, para produzir efeitos válidos é indispensável que atenda a todos os requisitos previstos na lei.

Neste sentido, cabe trazer a lume a lição do ilustre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, na obra “Elementos do Direito Administrativo”, Ed. Revista dos Tribunais, 1980, página 39, segundo o qual, *“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.”*

Dentre os requisitos de validade do ato declaratório da exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES, destaca-se o pressuposto de fato que o autoriza, isto é, o seu motivo ou causa previstos 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.

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 o motivo de fato e o motivo previsto na lei (motivo legal). 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, prevista na lei, que autorizou a expedição do Ato Declaratório que excluiu a recorrente do SIMPLES, ou seja, se o motivo de fato que embasou o ato está em conformidade com o motivo previsto na lei instituidora do SIMPLES.

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.293  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.690

No presente caso, o ADE nº 149.649, aponta como motivos da exclusão “*pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS*” e “*atividade econômica não permitida para o SIMPLES*”.

Constata-se, de plano, a inadequação dos motivos explicitados no ato declaratório (“*Pendências da Empresa e/ou Sócios junto ao INSS*” e “*atividade econômica não permitida para o SIMPLES*”) com os tipos da norma de exclusão (“*débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa*” e “*prestar serviços de professor, exceto os prestados em creches, pré-escolas e no ensino fundamental*”).

Conforme já esclarecido, sendo o ato declaratório de exclusão do SIMPLES um ato administrativo vinculado é imprescindível que seja elaborado de acordo com os requisitos legais, ficando a autoridade fiscal inteiramente presa ao enunciado da lei em todas as suas especificações.

Assim, a autoridade fiscal deveria ter indicado como motivação do ato declaratório da exclusão do SIMPLES os seguintes eventos em relação à interessada:

- ✓ ter débito inscrito em Dívida Ativa do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com exigibilidade não suspensa; e
- ✓ prestar serviços de professor, não enquadrados como prestados em creches, pré-escolas e no ensino fundamental.

Não estando em conformidade com as determinações legais, o ato é passível de nulidade.

Em face do exposto, anulo o processo *ab initio*, por estar lastreado em ato declaratório em desacordo com as exigências legais de regularidade, visto que não há correspondência entre os motivos que o embasaram e os motivos previstos na lei instituidora do SIMPLES.

Sala das Sessões, em 25 fevereiro de 2005

  
ATALINA RODRIGUES ALVES – Relatora Designada