



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

---

<b>Processo n°</b>	10880.012499/99-42
<b>Recurso n°</b>	135.914 Voluntário
<b>Matéria</b>	SIMPLES - EXCLUSÃO
<b>Acórdão n°</b>	303-34.445
<b>Sessão de</b>	14 de junho de 2007
<b>Recorrente</b>	VESPACI S/C LTDA.
<b>Recorrida</b>	DRJ/SÃO PAULO/SP

---

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

Ano-calendário: 1999

Ementa: SIMPLES. ATO DECLARATÓRIO. Nulo o ato declaratório de exclusão do sistema do SIMPLES, por não especificar a motivação de sua expedição. ANULADO O PROCESSO *AB INITIO*, INCLUSIVE, E ESPECIALMENTE, O PRÓPRIO ATO DE EXCLUSÃO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, declarar a nulidade do processo *ab initio*, nos termos do voto da relatora.

  
ANELISE DAUDI PRIETO - Presidente

  
NANCI GAMA - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Nilton Luiz Bartoli, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges, Luis Marcelo Guerra de Castro e Zenaldo Loibman.

## Relatório

Trata o presente processo de comunicação de exclusão da sistemática de pagamento de tributos e contribuições de que trata o artigo 3º da Lei nº 9.317/96, denominada SIMPLES, formalizada através do Ato Declaratório nº. 143.099, de 09.01.1999, sob o argumento de que a empresa exerce atividade econômica vedada.

Face esta exclusão, o contribuinte apresentou Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à Opção pelo Simples (SRS), a qual foi indeferida, sob o argumento de que o contribuinte exerce atividades de ensino de cursos livres e outras atividades assemelhadas à de professor (inclusive o ensino pré-escolar), incluídas na condição impeditiva de opção pelo SIMPLES, nos termos do art. 9º, inciso XIII da Lei nº. 9.317/96.

Inconformado, o contribuinte apresentou impugnação à decisão (fls. 1 a 12) que negou provimento à SRS, aduzindo, em síntese, que:

*O desenquadramento feito pela Receita Federal com base no art. 9º, inciso XIII da Lei nº. 9.317/96 é inconstitucional, e mesmo que não fosse, não poderia ser aplicado contra a requerente por não exercer a atividade de professor, mas sim de empresa regularmente constituída;*

*A requerente preenche todos os requisitos para o enquadramento no sistema tributário do SIMPLES, principalmente a condição de faturamento prevista no art. 5º da referida Lei;*

*Em função da aceitação do protocolo do termo de opção pelo SIMPLES, a recorrente se viu plenamente cadastrada junto à Receita Federal, que através de uma decisão administrativa, já se manifestou favoravelmente à inclusão no SIMPLES às escolas que mantêm atividades de berçário, educação infantil e pré-escolar;*

*É flagrante a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº. 9.317/96 por contrariar frontalmente os arts., 5º, caput (que determina a igualdade perante a Lei, logo não se pode tratar os iguais de forma desigual, como pretende o art. 9º da Lei do SIMPLES), 150, inciso II, e 179 da Constituição Federal ;*

*Ainda que se desconsidere a inconstitucionalidade do referido art. 9º, inc. XIII, da Lei nº. 9.317/96, tal dispositivo não se aplica à recorrente, por se tratar, sim, de empresa – escola – que vende serviços, e não de professor, em atividade autônoma de lecionar, prestando serviços de forma liberal ou contratado. Assim, cumpre salientar a diferença existente na atividade de venda de serviços e naquela de prestação de serviços;*

*No caso em tela, trata-se a recorrente de uma empresa, escola, que vende serviços. Ademais, a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação nº. 9.394/96 define as diferenças entre escola particular e professor. Neste diapasão, a própria Receita Federal já se manifestou, através do parecer normativo nº. 15 de 23.09.83, entendendo em seu item 5.3. não ser passível de confusão “prestação de serviços” com “venda de serviços”. Em 5.3.2. reza que “a segunda hipótese, venda de serviços, pressupõe uma unidade econômica jurídica sob estrutura*



*empresarial, os quais são agrupados e coordenados aos fatores materiais humanos, inclusive de qualificação diferente dos titulares da sociedade, necessários à consecução dos objetivos sociais, a do desenvolvimento profissional e lucrativa com receita oriunda de rubricas diversas, não só de prestação de serviços, configurando uma empresa comercial, cujos negócios ou atividades passam a ter natureza de atos de comércio. Nessa hipótese há um conjunto de operações características de empresas, pela atividade conjunta e indiscriminada dos seus elementos na realização dos objetivos sociais, as quais se configuram como operações de vendas de produtos, bens, idéias ou serviços, que podem ser de informações de propaganda ou publicidade, de educação, de saída, de transportes, de serviços, etc.”.*

*A requerente enquadra-se integralmente no item 5.3.2. do parecer aludido (n.º 15 de 23.09.83) da Receita Federal, inclusive obtendo receita de outras rubricas, e justamente por isso, não deve ser equiparada à profissão regulamentada de professor, como está equivocada a interpretação da Receita Federal à luz do art. 9º da Lei n.º 9.317/96;*

*Por fim, requer o cancelamento do Ato Declaratório que determinou a sua exclusão do SIMPLES.*

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento - SP, indeferiu a solicitação da interessada, exarando a seguinte ementa:

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

*Ano-calendário: 1999*

*Ementa: SIMPLES.*

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

#### *ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE*

*As autoridades administrativas são incompetentes para decidir sobre inconstitucionalidade de leis, por ser competência exclusiva do Poder Judiciário.*

*Solicitação Indeferida”.*

Cientificado da mencionada decisão, o contribuinte apresentou o presente Recurso Voluntário em 26/06/2006 (fls. 32 a 64), aduzindo, em síntese que:

*A recorrente foi excluída injustamente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte através do Ato Declaratório de Exclusão n.º 143.099, expedido em 09.01.999, sob o fundamento de que a mesma exerce atividade econômica não permitida para o SIMPLES;*



*Desde 01.01.2001 a escola foi incluída novamente no Sistema SIMPLES, com amparo na Lei n.º. 10.034/00, no qual permanece até os dias atuais;*

*Não merece prosperar o julgado contido no acórdão n.º. 3.269 de 01.10.99, exarado pelo Sr. Delegado da DRJ/SP, que não permitiu a reinclusão retroativa da recorrente no SIMPLES entre o período de sua exclusão – 09.01.99 e o momento em que retornou a gozar desse benefício, em 01/01/2001, de acordo com a nova interpretação dada pela Lei n.º. 10.034/00, que dispõe estarem excluídas da restrição imposta pelo art. 9º, inciso XIII da Lei n.º. 9.317/96 as pessoas jurídicas se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, como é o caso da recorrente, a qual ministra, mais precisamente, educação infantil – pré-escola;*

*Afirma inexistir dúvidas no que diz respeito à Lei n.º. 10.034/00 trazer uma regra benéfica aos contribuintes alcançados por tal diploma legal, o que autoriza sua retroatividade, conforme o disposto no art. 106, I do Código Tributário Nacional; além disso, é perfeitamente permitida a retroatividade nos termos do entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça;*

*Ademais, a recorrente está regularmente inscrita no SIMPLES, por ser uma escola que promove atividade de ensino infantil, portanto, não vedada para essa opção, de acordo com a Lei n.º. 10.034/00;*

*Serão proporcionados à recorrente prejuízos incalculáveis caso não ocorra sua inclusão retroativa, haja vista que ao ingressar com pedido de solicitação de revisão de vedação em 03.02.1999 e tendo sido a decisão de sua irrisignação proferida em 01.10.1999, isto é, oito meses depois de proferida pelo Sr. Delegado da DRJ/SP, a referida decisão só se tornou pública quando da expedição da notificação em 25.05.2006, logo, quando passados mais de seis (6) anos e sete (7) meses pretende a DRF negar o direito líquido e certo da reinclusão da recorrente no SIMPLES, o que certamente lhe ensejará a cobrança de todos os tributos com seus acréscimos legais do período em que se manteve excluída injustamente até os dias atuais, o que considera ser um verdadeiro absurdo, caracterizando-se até mesmo em um verdadeiro enriquecimento ilícito do Fisco;*

Por fim, requerem a reforma do acórdão recorrido por ser totalmente ilegal a exclusão da interessada do SIMPLES e a procedência de seu recurso voluntário, a fim de que se opere a retroatividade de sua inclusão no Sistema Simplificado, durante o período em que permaneceu excluída (01.01.99 – 01.01.01).

É o Relatório.



## Voto

Conselheiro NANJI GAMA, Relatora

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário por conter matéria de competência deste Egrégio Terceiro Conselho de Contribuintes.

A questão central cinge-se à exclusão do contribuinte da sistemática de pagamento de tributos e contribuições de que trata o artigo 3º da Lei nº 9.317/96, denominada SIMPLES, formalizada através do Ato Declaratório nº. 143.099, de 09.01.1999, sob o argumento de que a empresa exerce atividade econômica vedada.

Ocorre que, da análise do presente processo verifica-se que referido ato declaratório incorreu em vício formal, na medida em que não houve descrição expressa e específica da infração cometida pelo contribuinte que ensejou a sua exclusão da sistemática do SIMPLES, limitando-se à afirmação “atividade econômica não permitida” (conforme fls. 59 dos autos).

Com efeito, é pacífico, nesta esfera administrativa o entendimento de que o ato administrativo que determina a exclusão da opção pelo SIMPLES deve observar o prescrito na lei quanto à forma e conteúdo, devendo ser motivado com a demonstração dos fundamentos e dos fatos jurídicos que embasaram. Caso contrário, é ato nulo.

É nesse sentido que vem decidindo este Terceiro Conselho de Contribuintes, do qual esta Relatora faz parte. A referendar o que ora se afirma, transcrevem-se as seguintes ementas:

*“SIMPLES - NULIDADE - VÍCIO DE FORMA. É nulo o ato administrativo eivado de vício de forma, já que deve observar o prescrito na lei quanto à forma, devendo ser motivado com a demonstração dos fundamentos e dos fatos jurídicos que o embasaram. Inobservados os requisitos formais, há de ser considerado nulo, não acarretando nenhum efeito. ANULADO O PROCESSO 'AB INITIO'.” (Terceiro Conselho de Contribuinte, Terceira Câmara, Recurso Voluntário nº 128669, Sessão de 24.02.05)*


*“ATO DECLARATÓRIO NULO. O ato administrativo que determina a exclusão da opção pelo SIMPLES deve observar o prescrito na lei quanto à forma e conteúdo, devendo ser motivado com a demonstração dos fundamentos e dos fatos jurídicos que embasaram. Caso contrário, é ato nulo. São nulas as decisões proferidas com preterição do direito de defesa, e a nulidade prejudica os atos posteriores que dependem diretamente do ato nulo ou dele sejam conseqüência. A hipótese de nulidade expressa, legal, deve ser declarada a qualquer tempo, independentemente de arguição, sendo os atos inquinados inaproveitáveis. ACATADA A PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO.” (Terceiro Conselho de Contribuinte, Terceira Câmara, Recurso Voluntário nº 124896, Sessão de 12.05.04)*



Por todo o exposto, voto no sentido de declarar a nulidade do Ato Declaratório de exclusão, bem como de todos os outros atos que dele sejam consequência.

É como voto.

Sala das Sessões, em 14 de junho de 2007

  
NANCI GAMA - Relatora