



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

**Processo n°** 16404.000630/2008-37  
**Recurso n°** 345.158 Voluntário  
**Acórdão n°** **1802-00.829 – 2ª Turma Especial**  
**Sessão de** 24 de fevereiro de 2011  
**Matéria** SIMPLES  
**Recorrente** LUIZ FRANCISCO ANTUNES DE LIMA & CIA LTDA.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/11/2002 a 31/12/2003

**EXCLUSÃO DO SIMPLES - SERVIÇO DE LIMPEZA - ATIVIDADE VEDADA**

A prestação de serviço de limpeza configura atividade expressamente vedada para o Simples, conforme art. 9º, XII, “F”, da Lei 9.317/1996.

**EXCLUSÃO DO SIMPLES - RETROATIVIDADE**

O ato declaratório de exclusão, fundamentado no inciso XII do art. 9º da Lei nº 9.317/1996, surti efeitos a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, conforme art. 15, II, da mesma lei.

A exclusão desde a prática da atividade vedada é uma conseqüência direta da lei, não possuindo o ato administrativo de exclusão um efeito desconstitutivo de situação jurídica. Dada a sua natureza de ato declaratório, poderia/deveria ele “declarar” a existência da situação excludente. Tal declaração tem simplesmente o condão de caracterizar que desde aquela época pretérita a empresa não poderia estar enquadrada no Simples.

A repercussão desta declaração em relação ao pedido de restituição apresentado pela Contribuinte, por sua vez, deverá ser analisada no processo que trata especificamente daquele pedido.

**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

O controle de constitucionalidade dos atos legais é matéria afeta ao Poder Judiciário. Descabe às autoridades administrativas de qualquer instância examinar a constitucionalidade das normas validamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, Gilberto Baptista, José de Oliveira Ferraz Corrêa, Nelso Kichel e Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior. Ausente o conselheiro Alfredo Henrique Rebello Brandão.

## Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR, que confirmou a exclusão da Contribuinte do SIMPLES, levada a efeito pelo Ato Declaratório Executivo nº 27, de 09/07/2008 (fl. 41), relativamente ao período compreendido entre 01/11/2002 a 31/12/2003, em razão do exercício de atividade vedada.

A exclusão do regime simplificado decorreu da representação fiscal de fls. 1 a 3, elaborada pelo setor que analisava pedido de restituição anteriormente apresentado pela Recorrente, abrangendo contribuições previdenciárias que haviam sido retidas pelos tomadores dos serviços prestados no período acima mencionado.

Como a Contribuinte figurava no cadastro CNPJ como optante do Simples até 31/12/2003, tendo sido dele excluída a partir de 01/01/2004, por sua própria iniciativa, entendeu-se que a decisão sobre o indébito deveria ser precedida da análise de seu enquadramento no Simples, uma vez que ela teria realizado, na época em questão, operações vedadas pelo regime simplificado.

Por muito bem detalhar os fatos, reproduzo a seguir o relatório constante da decisão de primeira instância, Acórdão nº 06-20.774, às fls. 76 a 82:

*Inicialmente houve Representação Administrativa da Secretaria da Receita Previdenciária (fls. 01 a 03), instruída com cópias de documentos de folhas 17 a 34, pela constatação de que a empresa teria prestado “serviços vedados para a opção pelo Simples Federal, em afronta ao disposto na alínea “f”, do inciso XII do artigo 9º da Lei nº 9.317 de 05 de dezembro de 1996”, o que estaria comprovado pelas cópias das notas fiscais que anexou.*

*Depois de analisados as peças que instruem a representação fiscal, foi emitido o Despacho DRF/PTG/Sacat de 09 de setembro de 2008 (fls.35 a 39), propondo a exclusão da interessada do Simples por exercer atividades econômicas vedadas: “serviços de limpeza e conservação de bens imóveis, no período de 01/11/2002 a 31/12/2003”. Esse foi aprovado na mesma data (fl.41).*

*Então a empresa foi excluída do Sistema Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES conforme Ato Declaratório Executivo nº 27, de 09/07/2008 (fl.41), no período compreendido entre 01/11/2002 a 31/12/2003, pelo exercício da atividade econômica vedada, acima referida.*

*A interessada tomou ciência da exclusão, em 17/09/2008, conforme Aviso de Recebimento - AR que consta à folha 45.*

*Apresentou sua manifestação de inconformidade (impugnação), em 16/10/2008, conforme consta às folhas 47/52, instruída com cópias e/ou originais de documentos de folhas 53 a 73, argumentando, em síntese, como segue:*

*- argumenta em preliminar que teria ocorrido a preclusão do direito de a Fazenda Pública excluir e exigir tributos referentes a fatos ocorridos a entre 01/11/2002 e 31/12/2003, em face de o Ato Declaratório ter sido emitido em 09/09/2008*

*- a seguir rebate a impossibilidade de os efeitos do Ato Declaratório poderem retroagir, sob pena de ilegalidade/inconstitucionalidade, conforme decisão do STJ que transcreve ;*

*- sustenta que sua exclusão ocorreu com base em legislação superveniente razão pela qual não pode prosperar, posto que o detalhamento da atividade de limpeza só ocorreu com a edição da Instrução Normativa nº 459, de 18/10/2004;*

*- insiste em que se a atividade que desenvolve é vedada à opção pelo Simples; a Receita deveria ter indeferido seu pedido de enquadramento e não deveria ter aceitado a entrega da Declaração de ajustes pelo modelo simplificado;*

*Requer em outros termos a sua permanência como optante pelo Simples, bem como que seja declarado seu direito à restituição dos valores pleiteados junto ao INSS.*

Como mencionado, a DRJ em Curitiba/PR considerou procedente o lançamento, expressando suas conclusões com a seguinte ementa:

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

*Período de apuração: 01/11/2002 a 31/12/2003*

#### **EXCLUSÃO DO SIMPLES PRECLUSÃO X DECADÊNCIA**

*A alegação de que já teria ocorrido a preclusão do direito de a Fazenda Pública exigir eventuais créditos tributários que poderiam ser lançados em razão da exclusão do SIMPLES não tem o condão de invalidar o ato declaratório de exclusão, posto que tal instituto se aplica a questões probatórias e; eventual alegação de decadência deve ser oposta no processo administrativo que tenha por objeto o lançamento destes créditos, caso porventura sejam constituídos de ofício.*

**OPÇÃO. REVISÃO. EXCLUSÃO COM EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE.**

*A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de fiscalização posterior. A exclusão com efeitos retroativos, quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema, é admitida pela legislação.*

---

*CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE.*

*As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade.*

*Solicitação Indeferida*

Inconformada com essa decisão, da qual tomou ciência em 17/02/2009, a Contribuinte apresentou em 13/03/2009 o recurso voluntário de fls. 86 a 91, onde reitera os mesmos argumentos de sua impugnação, conforme descrito nos parágrafos anteriores, para, ao final, requerer:

- a reforma integral da decisão de primeira instância e, via de consequência, a declaração de sua manutenção no regime do Simples nos anos apontados no ato declaratório sob enfoque;

- a anulação dos lançamentos efetuados ou a efetuar relativamente a tributos/contribuições do referido período;

- a declaração do direito à restituição dos valores objeto de seu pedido de restituição.

Este é o Relatório.

## Voto

Conselheiro José de Oliveira Ferraz Corrêa, Relator.

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para a sua admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, a Contribuinte está questionando o ato que declarou sua exclusão do Simples, relativamente ao período de 01/11/2002 a 31/12/2003.

Essa exclusão decorreu de uma representação feita pelo setor que examinava um pedido de restituição anteriormente apresentado por ela (processo nº 36600.000050/2004-15), abrangendo contribuições previdenciárias retidas pelos tomadores dos serviços prestados no período acima mencionado.

Naquela oportunidade, verificou-se que a Contribuinte figurou no cadastro CNPJ como optante do Simples até 31/12/2003, tendo sido dele excluída a partir de 01/01/2004, por sua própria iniciativa. Assim, o enquadramento no Simples foi considerado questão prejudicial ao exame do pedido de restituição, uma vez que a Contribuinte teria realizado, na época em questão, operações vedadas pelo regime simplificado.

A polêmica em torno do enquadramento no Simples se deu porque nas empresas em geral a retenção configura uma antecipação do devido, carecendo sempre de uma etapa de ajuste no final do período, ao passo que os pagamentos feitos a empresas optantes do Simples, em regra, não sofrem retenção na fonte, posto que a quitação dos tributos se dá com o recolhimento unificado, que toma como referência apenas a receita bruta mensal auferida.

De acordo com o Ato Declaratório Executivo nº 27/2008 (fl. 41), a empresa prestava serviços de limpeza, incorrendo, portanto, na regra de vedação prevista na letra “f” do inciso XII do art. 9º da Lei nº 9.317/1996.

Em relação aos efeitos do ato de exclusão, a mesma Lei nº 9.317/1996 estabelecia a seguinte regra:

*Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:*

*I- (...)*

*II- a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art. 9º;.(Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)*

Vê-se que foi a própria lei quem delimitou no tempo as conseqüências advindas da situação excludente e, nesse contexto, o ato “declaratório” de exclusão apenas declara a ocorrência da atividade impeditiva.

Está bastante claro nos autos que a empresa realmente prestou serviços de limpeza, conforme indica a cópia do Contrato de Prestação de Serviços (fls. 22/25) firmado com a Prefeitura do Município de União da Vitória, que tem por objeto “a prestação dos serviços de limpeza pública urbana”.

Além disso, as cópias das Notas Fiscais emitidas pela interessada indicam que os serviços foram prestados ao Município de União da Vitória (fls. 09 a 23), no período de novembro de 2002 a dezembro de 2003.

Portanto, a exclusão do Simples desde a prática da atividade vedada decorre diretamente da lei, não possuindo o ato administrativo um efeito desconstitutivo, como entende a Recorrente.

É preciso ressaltar que o legislador optou por não exigir procedimento administrativo prévio para o enquadramento no Simples. Assim, os contribuintes ingressam no sistema independentemente de qualquer autorização ou fiscalização por parte do Fisco, por sua conta e risco, mas em contrapartida ficam sujeitos às conseqüências das irregularidades cometidas.

Esse é o custo da agilidade e da facilidade para o ingresso no Sistema, não cabendo atribuir à Receita Federal as conseqüências do enquadramento indevido, até porque a vedação para a atividade da Recorrente era literal no texto da lei, não havendo margem para dúvidas.

Deste modo, não procede o argumento de que a Receita Federal deveria ter indeferido o pedido de enquadramento e que também não deveria ter aceitado a entrega das Declarações pelo modelo simplificado. Como visto, não foi esse o mecanismo traçado pela lei.

Não se pode alegar também que o ato administrativo baseou-se em legislação superveniente, porque a vedação para os serviços de limpeza estava literalmente prevista desde o texto original da Lei nº 9.317/1996.

No que toca às alegações da Recorrente sobre a inconstitucionalidade da regra que define os efeitos temporais da exclusão, cabe ressaltar que falece a esse órgão de julgamento administrativo competência para provimento dessa natureza. A competência para apreciação dessa matéria é exclusiva do Poder Judiciário.

Oportuno lembrar que apenas de modo excepcional, havendo prévia decisão por parte do Supremo Tribunal Federal, e cumpridos os requisitos do Decreto nº 2.346/97 ou do art. 103-A da Constituição, o que não ocorre no presente caso, é que a Administração Tributária deixaria de aplicar a norma legal.

Essa questão, inclusive, já foi sumulada pelo CARF:

*Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Assim, especificamente em relação ao ato de exclusão, que é o objeto deste processo, pode-se concluir que, dada a sua natureza de ato declaratório, poderia/deveria ele “declarar” a existência da situação excludente desde a sua origem, a partir, inclusive, da sexta alteração contratual (fls. 24 e 25), arquivada em 12/05/2000, que incluiu no objeto social da empresa a prestação de serviço de “limpeza urbana”.

Nesse contexto, a declaração acerca da atividade impeditiva, cujo exercício foi efetivamente comprovado nos autos, relativamente ao período de novembro/2002 a dezembro/2003, teve simplesmente o condão de caracterizar que desde aquela época pretérita a empresa não poderia estar enquadrada no Simples, impedimento que se estenderia até os dias de hoje.

E a extensão do impedimento até os dias de hoje, com todas as repercussões cabíveis, só não foi necessária no caso sob exame porque a Contribuinte, por sua própria iniciativa, saiu do Simples a partir de 01/01/2004, remanescendo, contudo, questões relativas ao período anterior a essa data.

Nesse passo, e não obstante tudo o que se disse até agora, é preciso lembrar que, ao longo do tempo, as decorrências materiais da referida declaração devem ser compatibilizadas, caso a caso, com outras regras, especialmente aquelas que prevêm a consolidação das relações jurídico-tributárias pelo decurso do tempo (art. 150, §4º, e art. 173, ambos do Código Tributário Nacional - CTN), as quais não poderiam ser derogadas pela Lei nº 9.317/1996.

Realmente, a referida “declaração” pode ser feita em relação a uma situação bastante pretérita, mas os efeitos materiais dela decorrentes sofrem as limitações temporais previstas no CTN.

Aliás, ao tratar da alegação de preclusão/decadência, a própria DRJ fez as seguintes considerações:

*(..) se aquilo que o contribuinte pretendeu enfatizar como preclusão diz respeito à decadência do direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento de tributos, ou seja, ao ato de constituir o crédito tributário, cabe esclarecer que no direito tributário, a decadência é tratada pelo legislador como sendo uma modalidade de extinção do crédito tributário, sendo de se analisar o que dispõem os artigos 156 e 173 do CTN:*

*(...)*

*A decadência, portanto, constitui-se num óbice à autoridade fiscal para efetuar o lançamento do tributo, eis que se refere à perda do direito de o fisco constituir o crédito tributário. Não pode este instituto, como quer a reclamante, ser suscitado para afastar constatação de situações configuradoras de vedação à permanência no Simples.*

Decorre daí que, embora válida, a declaração não pode ser aplicada, por exemplo, para fins de constituição de crédito tributário relativamente a período já decaído, matéria que não suscita grandes polêmicas.

Diferentemente, no entanto, é o caso trazido pela Contribuinte, em que a declaração de exclusão busca repercussão em pedido de restituição, que, apresentado tempestivamente, encontrava-se pendente de análise na época em que foi proferido o ato declaratório.

A questão temporal relativamente à apreciação de pedido de restituição traz em alguns casos problemas complexos. Isto porque se de um lado o Fisco pode estar, em razão

do decurso do tempo, impedido de constituir o crédito tributário por meio da atividade de lançamento, de outro, incumbe ao Contribuinte demonstrar a efetiva existência de seu direito creditório que pretende ver restituído.

O debate que normalmente se trava é se haveria ou não limite temporal para a apreciação de pedido de restituição, e, havendo, quais aspectos estariam por ele abrangidos (p/ex., o regime de tributação adotado?; a determinação da matéria tributável?; a apuração da base de cálculo?; a existência dos pagamentos e retenções que deram causa ao indébito? etc.)

Contudo, o enfrentamento de todas estas questões não há de ser feita no presente processo, porque o seu objeto é especificamente o ato “declaratório” de exclusão, que, como visto, não incorreu em qualquer vício. Por outro lado, as implicações deste ato em relação ao pedido de restituição mencionado pela Contribuinte deverão ser analisadas no julgamento do processo nº 36600.000050/2004-15, que também já se encontra no CARF.

Diante do exposto, voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa