



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

Processo nº 10980.002364/2007-76
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1102-000.819 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de novembro de 2012
Matéria RESTITUIÇÃO.
Recorrente AGÊNCIA DE CORREIO FRANQUEADA MERCADO MUNICIPAL LTDA EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/05/2002

RESTITUIÇÃO. ENQUADRAMENTO RETROATIVO NO SIMPLES.

Indefere-se pedido de restituição de recolhimentos feitos pelo lucro presumido, de período abrangido pela inclusão retroativa, porém inferiores ao valor devido a título de Simples, bem como de recolhimentos feitos pelo lucro presumido em períodos não abrangidos pela inclusão retroativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Documento assinado digitalmente.

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator.

Participaram do julgamento os Conselheiros: Albertina Silva Santos de Lima, Antonio Carlos Guidoni Filho, João Otávio Oppermann Thomé, José Sérgio Gomes, e Francisco Alexandre dos Santos Linhares. Ausente, justificadamente, a Conselheira Silvana Rescigno Guerra Barretto.

Relatório

Trata-se de Pedido de Restituição, protocolado em 01.03.2007, de tributos pagos pelo lucro presumido, no período de janeiro de 1997 a maio de 2002, em virtude de re-enquadramento da pessoa jurídica no Simples.

A contribuinte, que optou pela adesão ao Simples desde 01.01.2004, impetrou em 22.05.2002 a Ação Ordinária nº 2002.70.00.030378-0 na 5ª Vara da Justiça Federal em Curitiba-PR, buscando a sua inclusão no Simples, retroativa à data em que a Lei nº 9.317/96 passou a vigor, i.e, 1º de janeiro de 1997.

Em 30.08.2006, a DRF/Curitiba emitiu o Despacho Decisório de fls. 7, comunicando a contribuinte que, nos termos da decisão exarada nos autos daquele processo judicial, ela teve a sua data de opção pelo regime simplificado alterada para 1º de janeiro de 1997.

Contudo, em 30.05.2008, analisando a sentença prolatada nos autos da ação judicial, constatou a DRF que, não obstante a determinação para que a empresa fosse incluída retroativamente, a decisão é expressa no sentido de que essa inclusão somente poderia ocorrer a partir da data da propositura da ação, posto que até então o interessado não demonstrara a inequívoca pretensão de optar pelo Simples.

Nestes termos, novo Despacho Decisório foi emitido pela DRF/Curitiba (fls. 232), retificando, de ofício, a data de opção pelo Simples Federal para o dia 22 de maio de 2002, por força da decisão judicial exarada nos autos do processo nº 2002.70.00.030378-0.

Na análise do Pedido de Restituição, que contempla os tributos pagos pela recorrente no lucro presumido desde janeiro de 1997 a maio de 2002, foi proferido o Despacho Decisório de fls. 236 a 238, por meio do qual foi indeferido o pedido. Esclarece a autoridade fiscal que, em razão da submissão da empresa ao regime do Simples a partir de 22.05.2002, somente com relação ao mês de maio de 2002 (parcialmente) haveria, em tese, o direito à restituição dos tributos indevidamente recolhidos na sistemática do Lucro Presumido, na proporção dos dias em que reconhecida a sua opção pelo Simples (10 dias / 31 dias).

Ocorre que os valores recolhidos pela recorrente, referentes ao período de apuração 05/2002, e conexos ao regime de tributação pelo lucro presumido, totalizaram apenas R\$ 871,42, enquanto que o valor devido na sistemática do Simples, para aquele mesmo mês, consoante a ficha 04 – Demonstrativo da Receita Bruta e do Simples a pagar, da Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica, é de R\$ 874,35 (fls. 234), pelo que nenhum valor haveria a ser restituído.

Na manifestação de inconformidade apresentada, aduziu a requerente, em síntese, o seguinte:

A empresa foi notificada do COMUNICADO EQCAD nº 368/2008, que retificou a data de sua opção pelo Simples para 22.05.2002, somente em 12.06.2008. Contudo, em 06.06.2008 foi notificada do despacho SEORT/EQARC nº 322/2008, que indeferiu o seu Pedido de Restituição. Assim, verifica-se que na data da notificação do indeferimento do pedido de restituição, ainda estava em vigor o Memorando SERDC/PFN/PR nº 797/2006, de

04/08/2006, que determinara a sua inclusão retroativa a 01.01.1997, sendo, portanto, intempestivo o despacho nº 368/2008, que retificou o despacho nº 322/2008.

Deve, portanto, ser considerado nulo o Despacho Decisório SEORT/EQARC nº 322/2008, reconhecendo-se o direito da contribuinte ao ressarcimento do crédito pleiteado.

A contribuinte, por intermédio de sua entidade representativa (FEBRAFISCO – Federação Brasileira das Franquias de Correio), questionou os técnicos da Receita Federal sobre a possibilidade de optar pelo Simples, ao que foi emitido o Boletim Central SRF nº 55, que, em resposta, afirmou que as empresas que exercem atividades de franquias dos Correios não podem optar pelo Simples, por se assemelharem à atividade de representação comercial e corretagem.

Portanto, não se pode alegar que não tenha tentado ingressar no Simples em data anterior. Logo, deve-se reconhecer o seu direito à inclusão no sistema SIMPLES desde 1º de janeiro de 1997.

A 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba/PR rejeitou as preliminares de nulidade, confirmou o acerto do despacho que incluiu a recorrente no Simples em 22.05.2002, corrigindo o equívoco perpetrado pelo despacho anterior que a incluía no Simples a partir de 01.01.1997, e, no mérito, ratificou a demonstração feita no despacho decisório, dando conta da inexistência de valor a ser restituído. O Acórdão nº 06-25.692, fls. 273 a 275, possui a seguinte ementa:

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2002

RESTITUIÇÃO. ENQUADRAMENTO RETROATIVO. RECOLHIMENTO PELO LUCRO PRESUMIDO. VALOR INFERIOR AO SIMPLES DEVIDO.

Indefere-se pedido de restituição de recolhimentos pelo lucro presumido, de período abrangido pela inclusão retroativa, quando inferiores ao valor devido a título de Simples.”

Cientificada desta decisão em 20.03.2010, conforme AR de fls. 277, e com ela inconformada, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 16.04.2010, fls. 279-280, no qual no qual alega o seguinte, verbis:

“1. A sentença em ação judicial de nº 2002.70.00.030378-0 reconheceu o direito da empresa ora recorrente **desde o pedido administrativo** de enquadramento no simples;

2. O Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16, de 2 de outubro de 2002, estabeleceu como requisito básico **a intenção inequívoca pelo contribuinte de aderir ao Simples, ora, o pedido feito pelo sindicado**, legitimado pela Constituição Federal art. 8º, inc. III, da empresa recorrente em 1997 cujo comprovante já foi juntado à este pedido administrativo, **demonstra claramente a intenção de enquadramento no SIMPLES.**”

Em razão do exposto, requer seja autorizada definitivamente a restituição do tributo pago pelo lucro presumido no período entre janeiro de 1997 a maio de 2002.

Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Afirma a recorrente que a sentença proferida na ação judicial nº 2002.70.00.030378-0 reconheceu o direito da empresa ao enquadramento no simples desde o pedido administrativo de enquadramento no simples, e que tal pedido estaria configurado na consulta feita pela FEBRAFRANCO à Receita Federal, o que demonstraria claramente sua intenção de enquadramento no SIMPLES.

Sem qualquer razão a recorrente.

Confira-se o seguinte trecho do relatório do acórdão proferido pela Egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“Agência de Correios Franqueada Mercado Municipal Ltda. ingressou com ação ordinária contra a União e contra o INSS - Instituto Nacional de Seguridade Social, buscando sua inclusão no Simples, retroativa à data em que a Lei 9.317/96 passou a vigor.

Alega que após a edição da Lei que instituiu o Simples, a FEBRAFRANCO (Federação Brasileira das Franquias de Correio), representando, dentre outras, a autora, consultou a Receita Federal sobre a possibilidade de suas representadas optarem pelo Simples, ao que foi emitido o Boletim Central SRF nº 55, que, em resposta a essa consulta, em sua "pergunta 22" aduz que empresas que exercem atividades de franqueadas dos Correios não podem optar pelo Simples, por se assemelharem a atividade de Representação e Corretagem.

Aduz que seu objeto social constitui-se de prestação de serviços decorrentes de contrato de franquia com a Empresa Brasileira de Correio e Telégrafos - ECT, atividade que não é assemelhada à de representação comercial e que prescinde de habilitação legal para ser exercida.

(...)”

E, mais adiante, no voto, restou assentado o seguinte:

“Portanto, o exercício da atividade da autora não depende de habilitação profissional legalmente exigida e, via de consequência, não é impeditivo de sua inclusão no SIMPLES

4 - Muito embora com o Boletim nº 55 (fls. 125/140) a União tenha expressamente exteriorizado sua posição quanto à impossibilidade de agências franqueadas do Correio optarem pelo Simples, a opção deve ser manifestada expressamente pelo contribuinte, de modo que os efeitos desta decisão só podem retroagir à data de sua manifestação, que, no caso concreto, só ocorreu quando do ajuizamento da ação.

(...)"

O citado acórdão foi fustigado por embargos de declaração interpostos pela Fazenda Nacional, os quais foram rejeitados, e por recurso especial, também da Fazenda Nacional, o qual não foi admitido, de modo que a decisão judicial em questão transitou em julgado em 30.11.2005, conforme pode ser verificado em consulta à página eletrônica do TRF da 4ª Região (www.trf4.gov.br).

Conforme a transcrição acima feita, é inequívoco que o Poder Judiciário reconheceu o enquadramento da recorrente no Simples tão somente a partir de 22.05.2002, data do ajuizamento da referida ação. Absolutamente inverídica, portanto, a assertiva recursal de que a decisão judicial lhe teria assegurado tal direito a partir do pedido administrativo de enquadramento no Simples.

A propósito, pedido administrativo de enquadramento no Simples há tão somente aquele do qual resultou sua inclusão no referido regime a partir de 01.01.2004, conforme já ao norte referido.

A recorrente tenta, por todas as formas, demonstrar que teria pleiteado administrativamente a sua inclusão no Simples em data anterior, ora tentando transformar a consulta feita pela FEBRAFRANCO em manifestação expressa de opção da recorrente pelo regime simplificado, ora tentando transformar o presente processo em pedido de inclusão retroativa no Simples a partir de 01.01.1997.

Ambas as tentativas devem ser rechaçadas.

A consulta feita pela FEBRAFRANCO não pode ser considerada manifestação expressa de opção da recorrente pelo regime simplificado. Isto, de fato, está confirmado pela decisão judicial proferida, consoante o trecho já transcrito, no qual o relator justamente discorre sobre esta possibilidade, e a nega.

Quanto ao presente processo, de se observar que o mesmo trata tão somente do pedido de restituição de tributos, e não de pedido administrativo de inclusão retroativa no Simples.

Aliás, a inclusão retroativa a 01.01.1997, que equivocadamente foi feita pela autoridade administrativa, num primeiro momento, não o foi em decorrência de qualquer pedido administrativo, senão em decorrência de um lapso, por parte daquela autoridade, na análise da decisão prolatada em ação judicial interposta.

Portanto, inexistente qualquer pedido administrativo expresso da recorrente para inclusão retroativa no Simples desde 01.01.1997.

De qualquer modo, em que pese a inexistência de pedido expresso neste sentido, a decisão recorrida bem observou que a Secretaria da Receita Federal do Brasil admite, sob certas circunstâncias, a possibilidade de reconhecimento *de ofício* da opção pelo Simples. Tal hipótese está regida pelo Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16, de 2 de outubro de 2002, que se encontra assim redigido:

“O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 209 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela

Portaria MF nº 259, de 24 de agosto de 2001, e considerando o disposto no art. 8º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, no art. 16 da Instrução Normativa SRF nº 34, de 30 de março de 2001, e no processo 10168.004370/2002-37, declara:

Artigo único. O Delegado ou o Inspetor da Receita Federal, comprovada a ocorrência de erro de fato, pode retificar de ofício tanto o Termo de Opção (TO) quanto a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica (FCPJ) para a inclusão no Simples de pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ), desde que seja possível identificar a intenção inequívoca de o contribuinte aderir ao Simples.

Parágrafo único. São instrumentos hábeis para se comprovar a intenção de aderir ao Simples os pagamentos mensais por intermédio do Documento de Arrecadação do Simples (Darf-Simples) e a apresentação da Declaração Anual Simplificada.” (Grifou-se)

Nos termos do normativo acima transcrito, verifica-se que a intenção inequívoca de aderir ao Simples pode ser comprovada com a apresentação dos pagamentos mensais feitos por esta modalidade e das Declarações Anuais Simplificadas correspondentes.

No caso concreto, os recolhimentos de janeiro de 1997 a maio de 2002 não foram feitos pela modalidade do Simples, tanto é que o pleito é justamente de restituição dos valores pagos, neste mesmo período, por modalidade diversa, qual seja, o lucro presumido. E as correspondentes declarações apresentadas pela recorrente (DIPJ) também são todas do lucro presumido, neste período.

Logo, não há como reconhecer de ofício a suposta “intenção inequívoca” da empresa de aderir ao Simples desde 01.01.1997.

No mérito propriamente dito, que é o pedido de restituição, de se observar que não interpôs a recorrente qualquer argumento contra a análise feita pela autoridade fiscal, que concluiu pela inexistência de valor a restituir no único mês em que parcialmente a empresa já se encontrava enquadrada no Simples, por força da decisão judicial exarada.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator

Processo nº 10980.002364/2007-76
Acórdão n.º **1102-000.819**

S1-C1T2
Fl. 8

CÓPIA