



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 13154.001118/2007-28  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 2202-008.148 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 08 de abril de 2021  
**Recorrente** EMERSON DA SILVA PEREIRA JUNIOR -FUNILARIA INDUSTRIAL EPP  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/02/2004 a 31/08/2007

**RESTITUIÇÃO. INOVAÇÃO.**

O acórdão da DRJ, ao fundamentar as razões de indeferimento de pedido de restituição em motivo diverso daquele que ensejou o indeferimento na DRF, merece ser anulado, causando com preterição do direito de defesa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, para fins de declarar a nulidade da decisão da DRJ e determinar o retorno dos autos à primeira instância, para que seja realizado novo julgamento, nos termos do voto da Relatora.

(documento assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mário Hermes Soares Campos, Martin da Silva Gesto, Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Leonam Rocha de Medeiros, Virgilio Cansino Gil (Suplente convocado), Sonia de Queiroz Accioly e Ronnie Soares Anderson (Presidente).

**Relatório**

Trata-se de recurso voluntário (fls. 455 e ss) interposto, em 16/08/2010 em face da R. Acórdão proferido pela 3ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campo Grande (fls. 443 e ss) que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada contra R. Decisão de não reconhecimento de direito creditório relativo a contribuições retidas sobre notas fiscais de prestação de serviço, emitidas nas competências 02/2004, 11/2005, e 05/2007 a 08/2007.

**Segundo o Acórdão recorrido:**

Trata-se de manifestação de inconformidade, recepcionada em 04/07/2008 (fl. 408-421), em face do Despacho Decisório nº 503-DRF-CBA exarado em 05/06/2008 (fl. 341-344) que indeferiu o requerimento de RESTITUIÇÃO (fl. 01-07), relativo a contribuição social previdenciária, cujo fundamento foi a Exclusão do SIMPLES por intermédio do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO nº 233 de 13/09/2007 (fl. 375).

Houve cientificação do sujeito passivo, realizada via AR em 15/07/2008 (fl. 3ií).

**MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE**

O sujeito passivo se manifesta em 15/02/2008 (fl. 377-393), com alegação contra o Ato Declaratório Executivo nº 233 - Processo Administrativo nº 10183.003533/2007-81 “que não houve resposta, e assim, a referida exclusão não se efetivou de fato, posto que não houve decisão proferida à impugnação interposta. Há também uma manifestação de inconformidade em face do Despacho Decisório nº 338 - DRF - de 04/07/2008, denominado pelo sujeito passivo de recurso (fl. 408-421), cujo teor pertinente ao presente processo, refere-se a indevida exclusão do SIMPLES.

Em 12/08/2008, o sujeito passivo apresentou o denominado recurso administrativo (fl. 349-361), em que também combate a referida exclusão do SIMPLES.

**PEDIDO:**

1) Restituição dos valores pois é um direito do contribuinte garantido pela legislação.

A decisão da DRJ, que não reconheceu o direito creditório, restou assim ementada:

Assunto: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2004 a 28/02/2004, 01/11/2005 a 30/11/2005, 01/05/2007 a 31/08/2007

**CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS RESTITUIÇÃO**

O saldo da retenção que restar da compensação dos valores retidos com os valores devidos de contribuição previdenciária social poderá ser requerido, desde que a retenção esteja destacada na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços e declarada em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP).

**DECLARAÇÃO RETIFICADORA EM GFIP**

A GFIP retificadora ou complementar deve conter todo o movimento devido para aquele empregador/contribuinte e para aquela competência, bem como os registros de alteração/retificação cadastral do SEFIP, se for o caso, inclusive aqueles que já foram informados na GFIP/SEFIP anterior.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Cientificado da decisão de 1ª Instância, aos 15/07/2010, quinta-feira (fls. 452), o contribuinte apresentou o presente recurso voluntário em 16/08/2010, segunda-feira (fls. 455 e ss), insurgindo-se contra o indeferimento do seu pedido de restituição ao fundamento de que foram lastreado na IN RFB 900/2008 de forma equivocada, já que o pedido deveria ter sido analisado ao enfoque da IN SRP 03/2005, notadamente em razão do fato de que a solicitação referia-se aos períodos de 02/2004, 11/2005 e 05 a 08/2007. Pede que o Acórdão proferido pela DRJ seja anulado, por erro no embasamento legal.

Esse, em síntese, o relatório.

Fl. 3 do Acórdão n.º 2202-008.148 - 2ª Seção/2ª Câmara/2ª Turma Ordinária  
Processo nº 13154.001118/2007-28

## Voto

Conselheira Sonia de Queiroz Accioly, Relatora.

Sendo tempestivo, conheço do recurso e passo ao seu exame.

O Recorrente apresentou inconformismo em face da R. decisão Colegiada de 1ª Instância ao enfoque de encontrar-se viciada por ter sido lastreada em ato normativo que não era aplicável ao caso dos autos.

Vejamos os fatos.

A fls. 2, consta requerimento de restituição previdenciária, **datado de 14/12/2007**.

| Comp.  | CSP Devida | Retido NF | Compensado GFIP | Restituição Pleiteada |
|--------|------------|-----------|-----------------|-----------------------|
| Fev/04 | 2.818,93   | 2.113,07  | 2.818,93        | (705,86)              |
| Nov/05 | 3.791,30   | 5.859,89  | 3.791,30        | 2.068,59              |
| mai/07 | 2.381,92   | 5.663,31  | 2.381,92        | 3.281,39              |
| Jun/07 | 2.020,42   | 3.539,94  | 2.020,42        | 1.519,52              |
| Jul/07 | 3.031,39   | 2.112,97  | 3.031,39        | (918,42)              |
| Ago/07 | 2.507,70   | 5.290,82  | 2.507,70        | 2.783,12              |

Aos **05/06/2008**, a DRF/Cuiabá indeferiu a restituição (fls. 349 e ss), sob os fundamentos abaixo reproduzidos:

3 - A empresa optou pelo Simples Federal em 19/02/1997, sendo excluída em 01/03/1997, por decisão prolatada em 13/09/2007. Assim, nas competências objeto da restituição pleiteada, são devidas todas as contribuições previdenciárias e aos terceiros, aplicáveis à atividade desenvolvida pela Requerente.

4 - As bases de cálculo, desconto da contribuição dos segurados e pagamentos reembolsáveis, registrados nas Folhas de Pagamento apresentadas e nas GFIP's ( apenas para as competências 02/2004 e 11/2005) constantes da base de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil, encontram-se discriminados a seguir

| Folha de Pagamento |           |          |           |       | GFIP      |          |           |       |
|--------------------|-----------|----------|-----------|-------|-----------|----------|-----------|-------|
| Comp.              | Empreg.   | Pró-Lab. | Desc.INSS | SF/SM | Empreg.   | Pró-Lab. | Desc.INSS | SF/SM |
| 02/2004            | 29.882,14 | 0,00     | 3.187,63  | 0,00  | 27.896,43 | 260,00   | 2.818,93  | 0,00  |
| 11/2005            | 28.892,13 | 0,00     | 2.753,76  | 0,00  | 39.193,58 | 300,00   | 3.791,30  | 0,00  |
| 05/2007            | 25.250,24 | 380,00   | 2.394,66  | 0,00  | 0,00      | 0,00     | 0,00      | 0,00  |
| 06/2007            | 21.879,41 | 380,00   | 1.983,25  | 0,00  | 0,00      | 0,00     | 0,00      | 0,00  |
| 07/2007            | 29.709,31 | 380,00   | 3.046,86  | 0,00  | 0,00      | 0,00     | 0,00      | 0,00  |
| 08/2007            | 25.915,92 | 380,00   | 2.472,93  | 0,00  | 0,00      | 0,00     | 0,00      | 0,00  |

5 – Os valores considerados estão arrolados a seguir:

| Bases de Cálculo |            |          |           |       |
|------------------|------------|----------|-----------|-------|
| Comp.            | Empregados | Pró-Lab. | Desc.INSS | SF/SM |
| 02/2004          | 29.882,14  | 260,00   | 3.187,63  | 0,00  |
| 11/2005          | 39.193,58  | 300,00   | 3.791,30  | 0,00  |
| 05/2007          | 25.250,24  | 380,00   | 2.394,66  | 0,00  |
| 06/2007          | 21.879,41  | 380,00   | 1.983,25  | 0,00  |
| 07/2007          | 29.709,31  | 380,00   | 3.046,86  | 0,00  |
| 08/2007          | 25.915,92  | 380,00   | 2.472,93  | 0,00  |

6 - Em função dos valores discriminados no item anterior decorrem as seguintes contribuições:

| Contribuições |          |          |           |       |            |           |
|---------------|----------|----------|-----------|-------|------------|-----------|
| Comp.         | Empreg.  | Pró-Lab. | Desc.INSS | SF/SM | Total INSS | Terceiros |
| 02/2004       | 6.872,89 | 52,00    | 3.187,63  | 0,00  | 10.060,52  | 1.733,16  |
| 11/2005       | 9.014,52 | 60,00    | 3.791,30  | 0,00  | 12.805,82  | 2.273,23  |
| 05/2007       | 5.807,56 | 76,00    | 2.394,66  | 0,00  | 8.202,22   | 1.464,51  |
| 06/2007       | 5.032,26 | 76,00    | 1.983,25  | 0,00  | 7.015,51   | 1.269,01  |
| 07/2007       | 6.833,14 | 76,00    | 3.046,86  | 0,00  | 9.880,00   | 1.723,14  |
| 08/2007       | 5.960,66 | 76,00    | 2.472,93  | 0,00  | 8.433,59   | 1.503,12  |

Nota: Alíquotas aplicadas: I - Contribuição empresa → 1 - INSS: a) remunerações dos empregados - 23%; b) pró-labore - 20% e 2 - Terceiros - 5,8% s/ remunerações dos empregados; II - Segurados → a) empregados - Variáveis ( 7,65% a 11%); b) contribuintes individuais - 11%.

7 - Determinação dos saldos devedores nas competências objeto da restituição:

| Comp.   | Contribuições |           | Recolhimentos |           | Saldos    |           |
|---------|---------------|-----------|---------------|-----------|-----------|-----------|
|         | INSS          | Terceiros | INSS          | Terceiros | INSS      | Terceiros |
| 02/2004 | 10.060,52     | 1.733,16  | 705,86        | 0,00      | 9.354,66  | 1.733,16  |
| 11/2005 | 12.805,82     | 2.273,23  | 0,00          | 0,00      | 12.805,82 | 2.273,23  |
| 05/2007 | 8.202,22      | 1.464,51  | 0,00          | 0,00      | 8.202,22  | 1.464,51  |
| 06/2007 | 7.015,51      | 1.269,01  | 0,00          | 0,00      | 7.015,51  | 1.269,01  |
| 07/2007 | 9.880,00      | 1.723,14  | 0,00          | 0,00      | 9.880,00  | 1.723,14  |
| 08/2007 | 8.433,59      | 1.503,12  | 0,00          | 0,00      | 8.433,59  | 1.503,12  |

8 - Discriminação das retenções declaradas nos diversos documentos:

| Comp.   | Ret. NF | Ret. Recolhida | Ret. GFIP | Ret. Sol. | Ret. Considerada |
|---------|---------|----------------|-----------|-----------|------------------|
| 02/2004 | 0,00    | 2.133,07       | 2.113,07  | 2.113,07  | 2.113,07         |
| 11/2005 | 0,00    | 6.066,14       | 4.707,03  | 5.859,89  | 5.859,89         |
| 05/2007 | 0,00    | 5.663,31       | 5.663,31  | 5.663,31  | 5.663,31         |
| 06/2007 | 0,00    | 3.539,94       | 3.539,94  | 3.539,94  | 3.539,94         |
| 07/2007 | 0,00    | 2.112,97       | 2.112,97  | 2.112,97  | 2.112,97         |
| 08/2007 | 0,00    | 5.290,82       | 5.290,82  | 5.290,82  | 5.290,82         |

9 - Confronto entre o saldo devedor à Previdência Social e as retenções efetuadas (consideradas):

| Comp.    | Ret. Considerada | Saldo INSS | Restituição |
|----------|------------------|------------|-------------|
| 02/2004  | 2.113,07         | 9.354,66   | -7.241,59   |
| 11/2005  | 5.859,89         | 12.805,82  | -6.945,93   |
| 05/2007  | 5.663,31         | 8.202,22   | -2.538,91   |
| 06/2007  | 3.539,94         | 7.015,51   | -3.475,57   |
| 07/2007  | 2.112,97         | 9.880,00   | -7.767,03   |
| 08/2007  | 5.290,82         | 8.433,59   | -3.142,77   |
| Total... |                  |            | -31.111,81  |

10 - Verifica-se, pois, que a empresa não faz jus à restituição pleiteada.

10 - Verifica-se, pois, que a empresa não faz jus à restituição pleiteada.

## Conclusão

11 - Ante o exposto, opino pelo INDEFERIMENTO do pedido. No entanto, conforme disposição do § único do art. 217 da Instrução Normativa SRP nº 03, de 14/07/2005, desta decisão caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS). Outrossim, o art.29 da Lei nº 11.457/2007, que criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, transferiu do CRPS para o 2º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda a competência para julgamento deste recurso, fato disciplinado através do art.21 da Portaria RFB nº 10.875, de 16/08/2007.

(...)

No uso das atribuições previstas no artigo 1º da Portaria Conjunta RFB/INSS nº 10.381, de 28 de maio de 2007, publicada no Diário Oficial da União de 30 de Maio de 2007, e artigo 243, inciso II, do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF n.º 95, de 30 de abril de 2007, publicada na edição extra do Diário Oficial da União de 02 de Maio de 2007, em face das prerrogativas previstas nos artigos 145, III, e 149, VIII, da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN), tendo em vista o disposto no despacho decisório 390 - DRF-CBA, DECIDO PELO INDEFERIMENTO do pedido.

Na sequência, vejamos o teor do acórdão recorrido (fls. 443 e ss):

O sujeito passivo foi excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, conforme Despacho Decisório nº 1.252 e Ato Declaratório Executivo DRF/CBA nº 233, de 13 de setembro de 2007, nos termos do § 3º, do art. 15, da Lei nº 9.317/1996 combinado com o 9º, incisos XII e XIII, da mesma Lei, por exercer a cessão de mão-de-obra e a atividade vedada de instalação industrial.

Esta decisão foi objeto de impugnação e decisão mediante o processo nº 10183.003533/2007-81 e Acórdão nº 04-18.696 - 23 Turma da DRJ/CGE, em 25 de setembro de 2009, no seguinte teor:

*“Em face do exposto e considerando tudo mais que dos autos consta, defiro a manifestação de inconformidade e cancelo o ADE nº 233, de 13 de setembro de 2007 (fls. 33), restabelecendo o enquadramento da empresa no Simples a partir de 01/03/1997.”*

Portanto, o fundamento de fato que motivou o indeferimento do pedido de restituição pela unidade circunscricionante do sujeito passivo, deve ser revisto pois o Ato de Exclusão do SIMPLES foi julgado nulo.

#### MÉRITO

A restituição pleiteada no presente processo trata de contribuições sociais previdenciárias retidas em notas fiscais emitidas cuja regulamentação referente à retenção na cessão de mão-de-obra e na empreitada, conforme entendimento do dispositivo do Art. 144, § 1º do CTN, passou a ser disciplinada pela IN RFB nº 900, de 30 de dezembro de 2008, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 31/12/2008, no seguinte teor:

(...)

Numa interpretação sistemática deste comando normativo, pode se concluir que a restituição somente será deferida, se atender pelo aos seguintes requisitos cumulativos: 1) destaque da retenção na NF ou recibo; 2) declaração em GFIP, de todos os dados que permitam apurar o saldo de eventual compensação que se será objeto de restituição.

No caso em exame verificou o pedido do requerente em 14/12/2007 (fl. 01), em que se extrai os seguintes dados para análise:

| Comp.  | CSP Devida | Retido NF | Compensado GFIP | Restituição Pleiteada |
|--------|------------|-----------|-----------------|-----------------------|
| Fev/04 | 2.818,93   | 2.113,07  | 2.818,93        | (705,86)              |
| Nov/05 | 3.791,30   | 5.859,89  | 3.791,30        | 2.068,59              |
| mai/07 | 2.381,92   | 5.663,31  | 2.381,92        | 3.281,39              |
| Jun/07 | 2.020,42   | 3.539,94  | 2.020,42        | 1.519,52              |
| Jul/07 | 3.031,39   | 2.112,97  | 3.031,39        | (918,42)              |
| Ago/07 | 2.507,70   | 5.290,82  | 2.507,70        | 2.783,12              |

Os dados tributários constantes do sistema de registro da Receita Federal do Brasil são os seguintes:

| Comp.  | Nº Controle       | Envio     | Valor informado | Valor compensado/abatido | Valor a compensar | Valor devido à Previdência |
|--------|-------------------|-----------|-----------------|--------------------------|-------------------|----------------------------|
| fev/04 | OMgysd0qwo60000-8 | 21/6/2007 | 2.113,07        | 2.113,07                 | 0,00              | 2.818,93                   |
| nov/05 | MWUju2yFdRD0000-9 | 23/1/2009 | 6.066,14        | -                        | 6.066,14          | 0,00                       |
| mai/07 | KIsnoKhX8d10000-5 | 19/6/2007 | 5.663,31        | -                        | 5.663,31          | 0,00                       |
| jun/07 | PW974913rNI0000-1 | 13/8/2008 | -               | -                        | 0,00              | 9,44                       |
| jul/07 | Bn3GRu0UvNc0000-2 | 1/10/2007 | 2.112,97        | -                        | 2.112,97          | 0,00                       |
| ago/07 | EOdvx1C2BKB0000-0 | 23/1/2009 | 2.783,12        | -                        | 2.783,12          | 0,00                       |

“Nº Controle” denomina o identificador da última GFIP (cujos dados tributários tem eficácia) declarada pelo sujeito passivo.

“Envio” denomina a data de envio da GFIP declarada pelo sujeito passivo.

“Valor informado” denomina o valor informado de retenção efetuada pelos tomadores.

“Valor compensado/abatido” denomina o valor compensado efetuado pelo contribuinte.

“Valor a compensar” denomina o valor a compensar que representa a diferença entre o valor informado e o compensado/abatido e que seria possível de restituição.

“Valor devido à Previdência” denomina o valor devido à Previdência Social, declarado em GFIP pelo sujeito passivo.

Da análise dos dados resulta as seguintes observações:

- A competência “fev/04” foi a única que teve os dados tributários relevantes e exigíveis pela legislação pertinente corretamente declarados em GFIP pelo sujeito passivo, **mas que devido a ausência de saldo a restituir, torna desnecessária a comparação dos dados relativos a Folha de Pagamento com o “Valor devido à Previdência”**.
- Todas as demais competências têm os dados tributários relevantes e exigíveis pela legislação pertinente **incorretamente declarados em GFIP** pelo sujeito passivo, o que torna desnecessário comparar os dados relativos a Folha de Pagamento com o “Valor devido à Previdência. Destaque-se que os dados tributários válidos e eficazes são analisados no tópico seguinte, relativo a declaração retificadora.

O MANUAL DE REEMBOLSO, RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS que reflete o entendimento da Receita Federal do Brasil sobre a restituição, assim orienta:

*“Só poderão ser deferidos os pedidos de restituição de contribuições depois de declaradas corretamente em Gfip, respeitadas as definições em relação a decadência.”*

(...)

E cabível a restituição de valores referentes à retenção de contribuições previdenciárias na cessão de mão-de-obra e na empreitada, desde que demonstrada a existência do destaque da retenção em nota fiscal, o efetivo recolhimento, o montante das contribuições devidas e a declaração da retenção em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP).

O requerente demonstrou a existência do destaque da retenção em nota fiscal e o recolhimento dos valores retidos por parte dos contratantes de seus serviços. O Requerimento de Restituição apresenta os valores retidos, compensados e o saldo a restituir por competência, todos corroborados pelos documentos já citados, mas não restou comprovado nos autos a declaração correta da retenção em Guia de

Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP).

Ao contrário, conforme demonstrado em capítulo anterior deste voto, as informações prestadas em GFIP encontram-se incorretas com o pedido, e tal incoerência, não diz respeito a exclusão do SIMPLES, mas aos próprios dados constantes do pedido de restituição.

Diante do quadro fático, não há como aquiescer com o pedido da impugnante sem desrespeitar a normatização que circunda o instituto da restituição. É mister ressaltar que as exigências contidas nas normas procedimentais vão além de mera formalidade, pois determinam a sistemática de apuração de fatos geradores e o respectivo confronto com os recolhimentos efetuados pela empresa. O correto cumprimento da obrigação acessória, no caso e essencial à elucidação do processo.

É ainda pertinente, salientar que é regra geral no direito ser o ônus da prova de quem alega. E o que ocorre no caso das restituições. Assim, cabe ao solicitante a obrigação de comprovação e justificação do direito creditório, e, não o fazendo, sofre as consequências legais, ou seja, o indeferimento do pedido. Também importa dizer que o ônus de provar significa trazer elementos que não deixem qualquer dúvida quanto ao fato pleiteado.

À luz dos autos e da razão demonstrada, VOTA-SE por julgar a MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE IMPROCEDENTE com NÃO RECONHECIMENTO DO DIREITO CREDITÓRIO.

Realmente, ao pleito formulado deve ser aplicada a legislação vigente na época dos fatos. Isso implica entendimento de que o normativo aplicável era o da IN SRP nº 03/2005, alterada por diversas instruções normativas, inclusive a IN RFB 900 de 30/12/2008, e, posteriormente revogada pela IN RFB 971, de 13/11/2009.

A IN RFB 900 de 2008 revogou diversos dispositivos da IN SRP 03/2005, inclusive os relativos à restituição e compensação de contribuições previdenciárias referentes à retenção na cessão de mão de obra e na empreitada (art. 203 a 205 da IN SRP 3/2005). Entretanto, observa-se que o requisito normativo à restituição de valores na IN SRP nº 03/2005, especialmente o relativo à comprovação de estar em dia com a GFIP (e que ensejou a manutenção do indeferimento da restituição pela DRJ), foi mantido na redação da IN RFB 900/2008 (vide art. 205, cc 198, II, da IN SRP 3/2005, e art. 17, da IN RFB 900/2008).

Exatamente esse foi o fundamento do manutenção do indeferimento do pedido de restituição pela DRJ.

Nesse sentido, reproduzo novamente parte do R. Acórdão de fls. 450:

O requerente demonstrou a existência do destaque da retenção em nota fiscal e o recolhimento dos valores retidos por parte dos contratantes de seus serviços. O Requerimento de Restituição apresenta os valores retidos, compensados e o saldo a restituir por competência, todos corroborados pelos documentos já citados, mas não restou comprovado nos autos a declaração correta da retenção em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP).

Ao contrário, conforme demonstrado em capítulo anterior deste voto, as informações prestadas em GFIP encontram-se incorretas com o pedido, e tal incoerência, não diz respeito a exclusão do SIMPLES, mas aos próprios dados constantes do pedido de restituição.

Diante do quadro fático, não há como aquiescer com o pedido da impugnante sem desrespeitar a normatização que circunda o instituto da restituição. É mister ressaltar que as exigências contidas nas normas procedimentais vão além de mera formalidade, pois determinam a sistemática de apuração de fatos geradores e o respectivo confronto

com os recolhimentos efetuados pela empresa. O correto cumprimento da obrigação acessória, no caso e essencial à elucidação do processo.

Sendo assim, em que pese tenha o Colegiado no R. Acórdão feito menção à IN RFB 900/2008, observa-se que a manutenção dos requisitos normativos indica a ausência de prejuízo ensejador de vício passível de decretação de nulidade, como pleiteia a defesa.

Não obstante, a observância do requisito relativo à declaração correta da retenção em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP) não foi objeto de análise pela Administração Tributária e não poderia ter sido utilizada pela D. Autoridade julgadora de 1ª Instância, por fugir a lide administrativa - a lide administrativa considerada como sendo limitada aos argumentos trazidos na inconformidade que guardem relação direta e estreita com a decisão proferida. Nesse sentido, a nova fundamentação trazida em sede de julgamento extrapolou os limites da lide, e portanto da competência do julgador, ensejando nulidade, por flagrante preterição ao direito de defesa.

A tanto, basta examinar o teor da manifestação de inconformidade apresentada (fls. 358 e ss):

O Impugnante, em 15 de julho de 2008, foi cientificado do despacho decisório nº. 503/2008 - DRF - CBA, constante do Processo Administrativo nº. 13154.0011~18/2007-28, emitido pelo Delegado da Receita Federal do Brasil de Cuiabá-MT, documento anexo.

O referido despacho menciona que o requerimento de restituição de contribuição retida, protocolado pelo Recorrente referente aos períodos de 02/2004, 11/2005, e 05/2007 a 08/2007, foi totalmente indeferido, por considerar que as retenções efetuadas são inferiores às contribuições previdenciárias efetivamente devidas, em virtude de sua exclusão do SIMPLES.

Ocorre, que o Recorrente entende estar plenamente equivocada a decisão emanada da autoridade fiscal acima referida, conforme se comprovará ao final desta peça de defesa, motivo pelo qual está apresentando o presente Recurso.

(...)

O pedido de restituição protocolado pelo Recorrente levou em consideração sua condição de optante pelo SIMPLES, logo, verifica-se que se torna impossível à Recorrida tomar qualquer atitude em relação aos processos de restituição, sem que antes se defina a permanência ou não do Recorrente, no regime de tributação mencionado. '

O que a lei não estabeleceu, não cabe ao intérprete fazê-lo. As decisões administrativas são normas complementares das leis, não podendo alterar a forma e o conteúdo das mesmas.

Convém ressaltar que o Recorrente ainda possui vários processos de restituição a serem julgados, e, caso a Recorrida mantenha a decisão de apreciá-los tendo como fundamento a exclusão do SIMPLES que sequer se efetivou, o Recorrente será sobremaneira prejudicado.

(...)

Desta feita, anulada deve ser a decisão que determinou o indeferimento do pedido de restituição protocolado pelo Recorrente, por entender que o mesmo não é mais optante pelo SIMPLES, para determinar o deferimento total do referido pedido, condicionado este à decisão a ser proferida no processo de exclusão do SIMPLES mencionado anteriormente.

(...)

Considerando:

-o que o Processo Administrativo nº 10183.003533/2007-81, que originou o Ato Declaratório Executivo nº 233, emitido pelo Delegado Adjunto da Receita Federal de Cuiabá-MT (doc. anexo), que declarou a exclusão do Recorrente do SIMPLES ainda se encontra pendente de julgamento;

- que os valores apurados em relação às contribuições de terceiros e demais contribuições previdenciárias aplicáveis à exclusão, somente seriam devidos, se o Recorrente tivesse sido efetivamente excluído do SIMPLES, o que não ocorreu;

- que a restituição é um direito do contribuinte garantido pela própria Instrução Normativa MPS/SRP 3, de 2005.

Requer,

Seja inteiramente reformada a decisão administrativa, anulando-se o Despacho Decisório nº. 503/2008 - DRF - CBA de 05/06/2008, proferido no Processo Administrativo nº. 13154.001118/2007-28, que indeferiu o requerimento de restituição de contribuição retida do Recorrente, por entender que o mesmo fora excluído do SIMPLES, com efeitos a partir de 01/03/1997.

Toda a peça de defesa foi calcada na fundamentação superada pela anulação da exclusão do Simples.

Nesse sentido, caberia ao Julgador de 1ª Instância anular a decisão da DRF, para que nova fosse proferida, com análise dos seus requisitos, o que não foi feito. Ao contrário, o Colegiado de 1ª instância inovou extrapolando os limites da lide administrativa.

A nulidade da decisão de 1ª Instância se releva de gravidade tamanha, que pode ser reconhecido mesmo de ofício, sem que sobre ela se opere a preclusão. Tendo promovido inovações quanto ao critério jurídico da decisão de indeferimento do pedido de restituição, nada mais resta senão anular a decisão da DRJ por flagrante ofensa à competência, causando prejuízo à defesa do Recorrente, determinando o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, a fim de que seja prolatada nova decisão.

### **CONCLUSÃO.**

Pelo exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso para anular o Acórdão da DRJ.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly