



Processo nº 13881.000045/2008-13
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2201-007.698 – 2^a Seção de Julgamento / 2^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 4 de novembro de 2020
Recorrente CONDE MANUTENÇÃO HIDRAULICA E CALDEIRARIA LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2007 a 31/10/2007

EMPRESA OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL QUE FOI EXCLUÍDA.
CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS. RECOLHIMENTO.
OBRIGAÇÃO.

A empresa optante do Simples Nacional excluída por ato declaratório está obrigada ao recolhimento das contribuições sociais previdenciárias patronais, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individual a seu serviço.

RESTITUIÇÃO. INDEFERIMENTO.

Os valores retidos foram integralmente apropriados e aproveitados por ocasião do lançamento de débitos da empresa, decorrentes de sua exclusão do Simples Nacional e por isso não há que se falar em saldo credor.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Douglas Kakazu Kushiyama - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Francisco Nogueira Guarita, Douglas Kakazu Kushiyama, Débora Fófano Dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário da decisão de fls. 199/206 proferida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, a qual julgou improcedente a

manifestação de inconformidade e não reconheceu o direito creditório decorrente de contribuições sociais previdenciárias.

Peço vênia para transcrever o relatório produzido na decisão recorrida:

Trata-se de Requerimento de Restituição de Retenção, no qual a requerente solicita restituição da contribuição previdenciária decorrente de retenção, nos termos do § 2º, do art.31 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, competência 10/2007.

Após encaminhamento à fiscalização para pronunciamento à respeito do crédito, o pedido foi indeferido, pela autoridade competente, conforme Despacho Decisório DRF/TAU/SAORT, de 29 de dezembro de 2011, fls. 171/172, nestes termos:

a requerente optou pelo sistema de pagamento de impostos e contribuições pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, denominado SIMPLES NACIONAL, em 01/07/2007 e foi excluída em 05/08/2011, por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/TAU nº 27, publicado no DOU nº 152, de 09/08/2011, com efeitos da exclusão retroagindo a 01/07/2007;

cientificada de sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, a interessada não apresentou contestação, dentro do prazo estabelecido, posto que, conforme se verifica através de pesquisa efetuada no sistema “Movimentações – COMPROT”, ..., o processo encontra-se devidamente arquivado desde o dia 19/12/2011;

uma vez excluída do regime em questão, são exigidos, da empresa, todas as contribuições previstas nos artigos 20 e 22 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, e alterações posteriores;

mediante cálculo das contribuições devidas, conforme planilha de folhas 163 e 164, decorrentes de ação fiscal a que foi submetida a empresa, verificamos que a requerente da restituição passou de credora para devedora, pois o valor relacionado no presente processo foi utilizado para abatimento do valor original devido, em consequência da exclusão da empresa do regime SIMPLES NACIONAL.

Manifestação de Inconformidade

Apresentou manifestação de inconformidade, conforme consta do relatório extraído da decisão recorrida:

Cientificada da decisão, em 06/01/2012 (AR fls 174), a empresa apresentou manifestação de inconformidade, em 26/01/2012, conforme documento constante às fls 186/191, onde em síntese, assim se pronuncia:

A contribuinte em questão reunia todos os requisitos e cumpriu todas as formalidades a tempo e modo dos pedidos de restituição. Emitiu todos os documentos fiscais, realizou todos os pagamentos a seu cargo e carreou, ainda, aos pedidos administrativos de restituição, os recolhimentos realizados pelo tomador responsável tributário da obrigação principal.

Não caberia aqui nestes autos de restituição, perquirir acerca da legitimidade ou ainda da legalidade dos pedidos de restituição que foram feitos oportunamente, no momento em que a empresa ainda era optante ao SIMPLES NACIONAL e nada devia a título de previdência patronal.

O direito à restituição é ínsito à qualidade que ostenta a contribuinte no momento de seu protocolo e deve ser DEFERIDO com os consectários de lei (atualização monetária, juros, e.t.c), sob pena de afronta ao ato jurídico perfeito (CF. art. 5º, XXXVI), não cabendo à administração dar aplicação retroativa aos fatos que entender contrários à Lei.

A permanecer a decisão de indeferimento dos pedidos de restituição, haverá violação direta aos artigos 103, I e 146 do CTN, haja vista que é irremediavelmente defeso em nosso ordenamento jurídico a decisão administrativa modificar ex officio o critério ensejador da forma de tributação da contribuinte.

[Transcreve o Art 103, inciso I e Art. 146 do CTN].

Pela análise do texto legal acima, resta claro que os efeitos da exclusão, se é que legalmente ampara, só poderia ter alcançado os fatos supervenientes ao entendimento manifestado pelo SRF, isto por força do sobreprincípio constitucional da segurança jurídica (consolidado na garantia individual da irretroatividade das normas) e das disposições expressas do Código Tributário Nacional.

Mas o que se observa no caso vertente é que a contribuinte mesmo tendo optado lidicamente pelo SIMPLES NACIONAL em 01.07.07, mesmo não tendo sido recusada em momento algum pelo órgão, mesmo não tendo sido questionada a tempo e modo a sua qualidade de prestadora de serviços, mesmo não tendo sido informada de que desenvolvia negócios vedados e, por último, mesmo tendo sido aceitas por vários anos as suas adesões pelo Fisco (reiteradas anualmente), não alterando suas atividades ao longo de todos esses anos, **vem agora por ter indeferida a sua pretensão operada legalmente a 4 (quatro) anos atrás.**

À evidência que a decisão ora objurgada não poderá prevalecer, marcada que está por fortíssima dose de arbítrio, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

É de bom senso e claro até mesmo para os leigos, que o entendimento do Fisco acerca de ser ou não possível o enquadramento de uma determinada atividade como apta a receber o tratamento diferenciado do regime do SIMPLES **somente poderá projetar efeitos para as situações posteriores à sua edição**, que definitivamente não ocorreu no caso vertente.

[Cita e transcreve vários julgados]

Registre-se, à guisa de informação, que apenas nos casos de estouro de faturamento é que pode o fisco empreender efeito retroativo ao ato excludente, somente nestas hipóteses é que a Lei prevê, à obviedade, a aplicação da norma para trás.

Assim, não podendo a exclusão alcançar o passado sob pena de ofender ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI), não caberia ao D. Julgador Administrativo, indeferir o pedido que legitimamente lhe fora apresentado.

Da Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento

Quando da apreciação do caso, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento julgou procedente a autuação, conforme ementa abaixo (fl. 199):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2007 a 31/10/2007

EMPRESA NÃO OPTANTE DO SIMPLES. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS/PREVIDENCIÁRIAS. RECOLHIMENTO. OBRIGAÇÃO.

A empresa não optante do Simples Nacional está obrigada ao recolhimento das contribuições sociais/previdenciárias, patronais, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individual a seu serviço.

RESTITUIÇÃO. DESPACHO DECISÓRIO. INDEFERIMENTO

Correto o despacho decisório que indeferiu o pedido de restituição, uma vez que os valores retidos foram integralmente apropriados e aproveitados por ocasião do lançamento de débitos da empresa, não restando saldo credor.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Recurso Voluntário

Cientificada da decisão em 24/04/2013, a empresa foi cientificada por decurso de prazo através do Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte (Portal e-CAC) e apresentou

recurso voluntário de fls. 211/218 em que reitera as alegações apresentadas em sede de impugnação.

Voto

Conselheiro Douglas Kakazu Kushiyama, Relator.

Recurso Voluntário

O presente Recurso Voluntário foi apresentado no prazo a que se refere o artigo 33 do Decreto n. 70.235/72 e por isso, dele conheço em parte e passo a apreciá-lo.

A requerente ingressou com o pedido de restituição dos valores indevidamente retidos a título de contribuições previdenciárias, decorrentes de retenções ocorridas com base no disposto no artigo 31 da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, com redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/1998 e alterações posteriores.

Na época, das retenções a recorrente era optante pelo simples e requereu a restituição dos valores pagos indevidamente.

Após ter feito os pedidos houve a verificação dos serviços prestados pela recorrente e chegou-se à conclusão de que prestava serviços de montagem de estruturas metálicas e que desempenhava tal atividade, de forma cumulativa com locação de mão de obra, que é vedado pela legislação do Simples Nacional.

De acordo com o relatório produzido pela Seção de Orientação e Análise Tributária, extraímos o seguinte trecho:

(...)

5. Verificou-se, também, pelos documentos analisados e mediante a consulta efetuada no sistema, que a requerente é "optante pelo Simples Nacional desde 01/07/2007". Assim sendo, cumpre enfatizar que:

5.1 A atividade da empresa, em si, não é obstáculo para que ela efetue a opção pelo Simples, mas a forma como a atividade foi desempenhada e realizada é que impede a empresa de estar no Simples, consoante disposição contida no artigo 17, inciso XII, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, e que permaneceu na Lei Complementar nº 127, de 14/08/2007, vigente a época da prestação dos serviços.

"Das vedações ao ingresso no Simples Nacional"

Art. 17— não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

XII — que realize cessão ou locação de mão de obra.

5.2. Da maneira como foi desempenhada e realizada a atividade, a empresa deveria ter sido tributada na forma do anexo IV da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, hipótese em que não estaria incluída no Simples Nacional a contribuição prevista no inciso VI do caput do art. 13 desta Lei Complementar, devendo ela ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis.

5.3. Depreende-se, portanto, do dispositivo legal supra mencionado que, no caso em questão, a contribuição previdenciária prevista no artigo 22 da Lei nº 8.212 de 24/07/1991 e alterações posteriores, bem como a destinada a outras entidades ou fundos,

não estão alcançadas pela substituição tributária prevista na Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006.

6. Resta comprovado, da análise dos mencionados processos que, no tocante ao recolhimento da contribuição previdenciária devida, provavelmente a empresa, desde 01/07/2007, não vem procedendo em consonância com o dispositivo legal mencionado nos subitens "5.2 e 5.3" supra.

(...)

Por outro lado, da leitura do Ato Declaratório Executivo DRF/TAU nº 27 de 05/08/2011, publicado no DOU nº 152 de 09/08/2011 (fl. 182), a exclusão ocorreu sob o seguinte argumento:

I - EXCLUÍDA do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica, **CONDE MANUTENÇÃO HIDRÁULICA E CALDERARIA LTDA EPP**, CNPJ 00.598.647/0001-67, com endereço na Avenida Nesralla Rubez, 192, Centro, Cruzeiro/SP, CEP 12701-000, a partir de **primeiro de julho de 2007**, fundamentada nos incisos XIII do art. 17 e VIII do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e alínea "c" do inciso II do art. 3º, combinada com os incisos VIII e XI do art. 5º e VI e VII do art. 6º, estes da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, tudo em conformidade com o que foi apurado no processo administrativo nº 10860.721309/2011-21.

(...)

Ocorre que, ao não impugnar especificamente a sua exclusão do Simples, a recorrente acabou acatando a decisão e reconhecendo que sua opção não estaria correta.

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o ato declaratório de exclusão do Simples tem efeitos retroativos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. LEI 9.317/96. SIMPLES. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 15, INCISO II, DA LEI 9.317/96. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Controvérsia envolvendo a averiguação acerca da data em que começam a ser produzidos os efeitos do ato de exclusão do contribuinte do regime tributário denominado SIMPLES. Discute-se se o ato de exclusão tem caráter meramente declaratório, de modo que seus efeitos retroagiriam à data da efetiva ocorrência da situação excludente; ou desconstitutivo, com efeitos gerados apenas após a notificação ao contribuinte a respeito da exclusão.

2. Não merece conhecimento o apelo especial quanto às alegações de contrariedade aos artigos 458 e 535 do CPC, porquanto a recorrente apresentou argumentação de cunho genérico, sem apontar quais seriam os vícios do acórdão recorrido, que justificariam sua anulação.

Incidência da Súmula 284/STF.

3. No caso concreto, foi vedada a permanência da recorrida no SIMPLES ao fundamento de que um de seus sócios é titular de outra empresa, com mais de 10% de participação, cuja receita bruta global ultrapassou o limite legal no ano-calendário de 2002 (hipótese prevista no artigo 9º, inciso IX, da Lei 9.317/96), tendo o Ato Declaratório Executivo n. 505.126, de 2/4/2004, da Secretaria da Receita Federal, produzido efeitos a partir de 1º/1/2003.

4. Em se tratando de ato que impede a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES em decorrência da superveniência de situação impeditiva prevista no artigo 9º, incisos III a XIV e XVII a XIX, da Lei 9.317/96, seus efeitos são produzidos a partir do mês

subsequente à data da ocorrência da circunstância excludente, nos exatos termos do artigo 15, inciso II, da mesma lei. Precedentes.

5. O ato de exclusão de ofício, nas hipóteses previstas pela lei como impeditivas de ingresso ou permanência no sistema SIMPLES, em verdade, substitui obrigação do próprio contribuinte de comunicar ao fisco a superveniência de uma das situações excludentes.

6. Por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte, é que a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão.

7. No momento em que opta pela adesão ao sistema de recolhimento de tributos diferenciado pressupõe-se que o contribuinte tenha conhecimento das situações que impedem sua adesão ou permanência nesse regime. Assim, admitir-se que o ato de exclusão em razão da ocorrência de uma das hipóteses que poderia ter sido comunicada ao fisco pelo próprio contribuinte apenas produza efeitos após a notificação da pessoa jurídica seria permitir que ela se beneficie da própria torpeza, mormente porque em nosso ordenamento jurídico não se admite descumprir o comando legal com base em alegação de seu desconhecimento.

8. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

(REsp 1124507/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 06/05/2010)

Com a declaração de exclusão da recorrente do simples e que tal decisão tem efeitos retroativos, deve ser consignado que os valores pagos por ela, teriam sido feitos a menor e conforme se verifica dos presentes autos, a recorrente passou a ser devedora e não credora, como alega, de modo que não se sustenta o pedido de restituição.

Conclusão

Dante do exposto, conheço do recurso voluntário e nego-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Douglas Kakazu Kushiyama