



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

Processo n° 13971.005416/2009-25
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1801-002.096 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 27 de agosto de 2014
Matéria Pedido de Restituição. Simples Nacional
Recorrente RÁDIO NEREU RAMOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

Pedido de Restituição. Simples Nacional.

Não configurada a existência de pagamento indevido ou a maior, deve ser mantido o indeferimento do pedido de restituição formulado pelo contribuinte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes Wipprich - Presidente.

(assinado digitalmente)

Fernando Daniel de Moura Fonseca - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Maria de Lourdes Ramirez, Cristiane Silva Costa, Neudson Cavalcante Albuquerque, Alexandre Fernandes Limiro, Fernando Daniel de Moura Fonseca e Ana de Barros Fernandes Wipprich.

Relatório

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 27/02/2015 por FERNANDO DANIEL DE MOURA FONSECA, Assinado digitalmente em 27/02/2015 por FERNANDO DANIEL DE MOURA FONSECA, Assinado digitalmente em 05/03/2015 por ANA DE BARROS FERNANDES

Impresso em 09/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Cuida-se de recurso voluntário (fls. 222/229) interposto por RÁDIO NEREU RAMOS LTDA contra acórdão proferido pela 4ª Turma da DRJ em Florianópolis/SC que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela ora Recorrente, contra despacho decisório que não reconheceu o direito creditório pleiteado, qual seja, restituição de suposto pagamento indevido ou a maior dos tributos apurados com base no Simples Nacional.

A Recorrente apresentou pedido de restituição de pagamentos efetuados sob o regime do Simples Nacional referente às competências compreendidas entre julho/2007 e outubro/2009. A DRF/Blumenau negou o pedido sob o argumento de que a empresa estava regularmente inscrita no Simples Nacional, de modo que os pagamentos realizados não poderiam ser considerados indevidos.

Cientificada desta decisão, a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade, argumentando que foi excluída do Simples Federal pelo Ato Declaratório Executivo DRF/BLU nº 551.243 de 2004 e, após desistir da manifestação de inconformidade apresentada frente a este ADE, solicitou o cancelamento de suas DASN relativas aos anos-calendário 2007 e 2009, optando por apurar seus tributos com base no lucro presumido.

Feita essa nova apuração na sistemática do lucro presumido, o contribuinte, então, parcelou os débitos apurados. Os relativos às competências de julho/2007 a outubro/2008 teriam sido incluídos no parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/09. Os demais (de novembro/2008 a outubro/2009) teriam sido incluídos em parcelamento ordinário, instituído pela Lei nº 10.522/02.

Afirma que os pedidos de cancelamento de suas DASN teriam sido indeferidos, bem como seu pedido de restituição dos valores pagos a título de Simples Nacional. Contudo, a Receita Federal teria recebido, processado e incluído os débitos apurados através das declarações apresentadas com opção pelo lucro presumido e aceito o parcelamento dos mesmos.

Entende não ser possível estar submetido concomitantemente a dois regimes de tributação distintos, de forma que, se o contribuinte se encontra submetido ao regime do Simples Nacional, a RFB deveria cancelar as declarações apresentadas com base no lucro Presumido e baixar os débitos decorrentes destas.

Por outro lado, defende que, caso a Receita Federal adote o entendimento de que a Recorrente não pode ser optante do Simples Nacional, deveria dar procedência ao presente pedido de restituição, deferindo o pedido formulado nestes autos, por se tratar de pagamento indevido.

Requeru, por fim, que a Receita Federal se manifestasse em relação a sua situação fiscal e, posteriormente, efetuasse a restituição dos pagamentos indevidos realizados com base no Simples Nacional ou no lucro presumido, efetuando o cancelamento das declarações pertinentes.

No acórdão nº 07-28/876, de fls. 216/219, a 4ª Turma da DRJ em Florianópolis/SC reconheceu que a ora Recorrente fora excluída do Simples Federal por meio do Ato Declaratório Executivo nº 551.243, mas este não a excluiu do Simples Nacional, ao contrário do alegado pela empresa.

Destarte, a 4ª Turma entendeu que em virtude de ter a empresa optado pelo Simples Nacional nos períodos de apuração referidos em seu pedido de restituição, os pagamentos realizados referem-se a débitos declarados pelo contribuinte, sendo, portanto, absolutamente válidos, não havendo que se falar em restituição de tais valores.

Inconformada, a Recorrente apresentou recurso voluntário às fls. 222/229, ratificando os fundamentos constantes na manifestação de inconformidade e aduzindo que:

(i) era optante do Simples Federal até o Ato Declaratório Executivo DRF/BLU nº 551.243 de 2004, que a excluiu do referido regime com efeitos a partir de 01/01/2002, por possuir sócio com participação superior a 10% (dez por cento) no capital de outra empresa e cuja receita bruta global ultrapassa o limite fixado para permanência no Simples Federal (Lei nº 9.317/96, art. 9º, IX).

(ii) ingressou indevidamente no Simples Nacional a partir de 01/07/2007, pois no momento de sua inclusão persistia a mesma vedação que embasou a sua exclusão do regime anterior (LC nº 123, art. 3º, §4º, IV e Resolução CGSN nº 4, art. 12, V).

(iii) solicitou a sua exclusão do Simples Nacional, especificamente para o período compreendido entre julho/2007 e dezembro/2009, bem como solicitou o cancelamento das respectivas DASN, optando por apurar seus tributos com base no lucro presumido, havendo confessado seus débitos para incluí-los nos parcelamentos instituídos pela Lei nº 11.941/09 e Lei nº 10.522/02.

(iv) apresentou o presente pedido de restituição atinente ao período compreendido entre julho/2007 e dezembro/2009.

Em petição apartada (fls. 233/241), a Recorrente informou que o Ato Declaratório Executivo DRF/BLU nº 033/2012 determinou a sua exclusão do Simples Nacional com efeitos retroativos de 01/01/2007 a 31/12/2009, cancelando-se as DASN correspondentes a tal período e acolhendo o requerimento da empresa para que figurasse na condição de optante pelo Simples Nacional a partir de 01/01/2010.

Assim, requer a reforma do acórdão recorrido, com fundamento no art. 165, I, do CTN, bem como no art. 2º, I, da IN/SRF nº 210 de 2002, para que seja determinada a restituição dos valores pagos indevidamente no período compreendido entre julho/2007 e outubro/2009 ou, sucessivamente, compensados.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Fernando Daniel de Moura Fonseca

Como se relatou acima, a pretensão da Recorrente nestes autos é ver-se restituída dos valores que pagou na sistemática do Simples Nacional, relativamente às competências compreendidas entre julho/2007 e outubro/2009.

Essa pretensão se fundamenta no fato de que a Recorrente, nesse período, calculou e recolheu seus tributos federais na sistemática do Simples Nacional, sendo que sabidamente ostentava uma condição (prevista no art. 3º, §4º, IV, da LC nº 123/06¹) que a impedia de realizar o recolhimento de seus tributos na referida sistemática.

Nesse contexto, a Recorrente via-se na seguinte situação: (i) sabia que estava calculando seus tributos de forma irregular (pois não poderia adotar a sistemática do Simples Nacional); (ii) sabia que, em razão dessa irregularidade, a qualquer momento seria excluída do Simples Nacional com efeitos retroativos desde a data da sua inclusão (julho/2007)²; e (iii) sabia que, com essa exclusão, estaria obrigada a calcular e recolher seus tributos federais desde julho/2007 na sistemática aplicável às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.³

Assim sendo, com a publicação da Lei nº 11.941/09, que instituiu o programa de parcelamento de tributos federais, conhecido como Refis, a Recorrente adiantou-se ao ato de exclusão do Simples Nacional (que fatalmente viria) e tomou as seguintes medidas: (i) solicitou o cancelamento de suas DASN; (ii) calculou seus tributos federais na sistemática do lucro presumido; e (iii) incluiu no Refis os tributos referentes às competências de julho/2007 a outubro/2008, e no parcelamento da Lei nº 10.522/02 os tributos referentes às competências de novembro/2008 a outubro/2009⁴.

Tendo em vista, então, que os valores referentes aos tributos federais das competências de julho/2007 a outubro/2009 foram incluídos nos programas de parcelamento acima referidos, a Recorrente chegou à conclusão de que os valores desse período (julho/2007 a outubro/2009) calculados na sistemática do Simples Nacional foram recolhidos indevidamente e, com base nessa conclusão, requereu a restituição que ora se analisa.

Sem razão a Recorrente. Quando o contribuinte realiza recolhimentos com base na sistemática do Simples Nacional, ele está calculando e recolhendo os seus tributos (IRPJ, CSLL, PIS/COFINS e contribuições previdenciárias), e não um tributo chamado “Simples Nacional”. O que há é uma sistemática específica de apuração simplificada, assim como há outra sistemática denominada “lucro presumido”, por exemplo.

Significa dizer que a Recorrente, no período compreendido entre julho/2007 e outubro/2009, não estava recolhendo “Simples Nacional”, mas sim seus tributos federais na sistemática do Simples Nacional, que, como visto, não deveria estar sendo utilizada (como bem sabia a Recorrente).

¹ Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

(...)

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

(...)

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

(...)

² Conforme dispõe o art. 76, III, a, da Resolução CGSN nº 94/011, que diz: *A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos a partir da data dos efeitos da opção pelo Simples Nacional, nas hipóteses em que for constatado que, quando do ingresso no Simples Nacional, a ME ou EPP incorria em alguma das hipóteses de vedação previstas no art. 15.*

³ Conforme determina o §3º do art. 76 da Resolução CGSN nº 94/011: *A ME ou EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.*

⁴ Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado em 11/11/2015 por FERNANDO DANIEL DE MOURA FONSECA, Assinado digitalmente em 05/03/2015 por ANA DE BA

m 27/02/2015 por FERNANDO DANIEL DE MOURA FONSECA, Assinado digitalmente em 05/03/2015 por ANA DE BA

RROS FERNANDES

Impresso em 09/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Ou seja, para se saber se os recolhimentos foram ou não indevidos, deve-se dar enfoque aos valores efetivamente pagos a título de tributos federais, e não à sistemática de cálculo adotada pela Recorrente.

É um detalhe óbvio, mas que aparenta estar sendo esquecido pela Recorrente. Afinal, a sua premissa para pleitear a restituição é o simples recolhimento do “Simples Nacional” e a inclusão dos valores devidos na sistemática do lucro presumido nos programas de parcelamento. Não é esse o raciocínio que se deve adotar.

Deve-se é verificar se os recolhimentos dos tributos federais na sistemática do Simples Nacional foram feitos de forma indevida ou em montante superior ao devido, pois essas são as hipóteses em que a legislação autoriza a repetição:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

(...)

O art. 165, I, do CTN (invocado pela própria Recorrente nas fls. 197 e 227, por exemplo) apenas autoriza a restituição de tributos pagos quando eles forem indevidos ou tiverem sido pagos a maior.

Deve-se, portanto, abstrair-se a forma de cálculo (Simples Nacional ou lucro presumido) adotada pela Recorrente e focar nos valores efetivamente recolhidos, em comparação com os que deveriam ter sido. Se os valores efetivamente recolhidos foram maiores que os devidos, há direito à restituição, caso contrário, não há esse direito.

Em outras palavras, a pergunta que deve ser respondida nestes autos para resolver a lide é a seguinte: a Recorrente procedeu a algum pagamento indevido ou a maior de tributos, seja em qual sistemática de cálculo for? Como se passa a demonstrar, a resposta é negativa e, portanto, não há que se falar em restituição.

Como se sabe, tributo indevido é aquele cobrado sem lastro na ocorrência efetiva de um fato gerador. É indevido porque não há obrigação tributária que justifique o recolhimento. É o caso, por exemplo, do contribuinte que recolhe IRPJ sem que tenha auferido renda. Nesse caso hipotético, comprovada a inoccorrência da renda e o efetivo recolhimento, se estará diante de típico pagamento indevido.

No presente caso, não há que se falar em tributo indevido, já que a própria Recorrente reconhece a ocorrência dos respectivos fatos geradores ao declará-los na sistemática do Simples Nacional (fls. 60/128), bem como na sistemática do lucro presumido (fls. 168/171). Ou seja, os fatos geradores efetivamente ocorreram e, portanto, justificam a cobrança dos tributos.

Tributo a maior também não há, pois, como é de conhecimento geral, o recolhimento dos tributos federais na sistemática do Simples Nacional tende a ser favorável aos contribuintes. Exemplo disso é a própria situação dos autos: na fl. 168 deste processo há a DCTF da Recorrente referente ao primeiro semestre de 2009, na qual se apurou na sistemática do lucro presumido valor devido a título de IRPJ de R\$23.147,24, ao passo que o valor total de IRPJ recolhido na sistemática do Simples Nacional, no primeiro semestre de 2009, de acordo com as informações constantes nas fls. 96/113, foi de R\$2.742,85.

Portanto, também não há que se falar em pagamento a maior. Na verdade, o caso dos autos é de pagamento a menor (já que a Recorrente deveria estar recolhendo seus tributos com base em sistemática diversa do Simples Nacional desde o ano de 2007), que normalmente é sancionado com os devidos consectários moratórios.

O fato é que o caso destes autos não se submete à hipótese prevista no inciso I do art. 165 do CTN, pois, como visto, aqui não há que se falar em valor de tributo pago indevidamente ou a maior.

Dessa forma, a conclusão a que se chega é de que os recolhimentos feitos pela Recorrente na sistemática do Simples Nacional, relativamente às competências de julho/2007 a outubro/2009, foram devidos (pois os fatos geradores efetivamente ocorreram) e foram feitos a menor (pois se a Recorrente tivesse utilizado a forma correta de cálculo) -, a receita da União teria sido maior).

Por fim, vale destacar que também não procede o argumento da Recorrente de que o fato de os tributos terem sido parcelados obrigaria a Receita Federal a optar entre restituir os valores pagos na sistemática do Simples Nacional ou cancelar o parcelamento e restituir os valores já pagos.

Ora, o equívoco não está no fato de a Receita Federal ter recebido os valores pagos na sistemática do Simples Nacional (pois foram pagos a menor, como se viu), mas sim na inclusão da integralidade dos débitos nos parcelamentos. E esse equívoco (parcelamento integral dos débitos) foi uma conduta adotada pela própria Recorrente, que, se já havia pago parcialmente os valores dos tributos federais, deveria, da mesma forma, ter parcelado somente o que ainda faltava a ser pago, e não a integralidade desses valores.

No entanto, tal fato não impede que a Recorrente solicite a revisão de seu parcelamento, informando que parte dos valores parcelados foram anteriormente pagos, todavia, em sistemática diversa.

Destarte, a Recorrente não pode querer obrigar a Receita Federal a lhe restituir valores que foram devidamente recolhidos ao Erário, transferindo para a administração o ônus de uma situação que foi criada pela própria Recorrente.

Ora, a Receita Federal recebeu valores que efetivamente lhe eram devidos, e obriga-la agora a devolvê-los à Recorrente seria, como muito bem destacado pela DRF de Blumenau/SC, tratar a União Federal como um agente financiador, que detêm em seu poder, de forma regular, valores que são seus, mas que os disponibiliza a outrem para recebê-los de forma parcelada. Definitivamente não foi essa a intenção da Lei nº 11.941/09.

O fato é que os valores dos tributos federais recolhidos pela Recorrente ao erário eram de fato devidos. Indevida foi a sistemática de cálculo (Simples Nacional) por ela deliberadamente utilizada. Como dito acima, o enfoque que deve ser dado é ao valor dos tributos recolhidos, e não à forma de cálculo adotada pelo contribuinte. E como se viu, a

Processo nº 13971.005416/2009-25
Acórdão n.º **1801-002.096**

S1-TE01
Fl. 262

Recorrente adotou de forma consciente a sistemática do Simples Nacional, procedendo assim a um recolhimento a menor de seus tributos federais.

Em face do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário, para manter a decisão que indeferiu o pedido de restituição formulado pela Recorrente.

(assinado digitalmente)

Fernando Daniel de Moura Fonseca - Relator