



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

Processo nº 36580.000870/2004-84
Recurso nº 000.000
Resolução nº **2403-000.026 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Data 29 de setembro de 2011.
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente ELETROMEN INSTALAÇÕES ELÉTRICAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente.

Cid Marconi Gurgel de Souza – Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Cid Marconi Gurgel de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto e Marthius Sávio Cavalcante Lobato.

Trata-se de recurso voluntário apresentado às fls.276 a 300 contra decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba/PR (fls. 270 a 273) que julgou improcedente o Requerimento de Restituição da Retenção, referente **ao período de 09/2002 a 04/2003**.

Segundo a requerente, o pedido justifica-se em razão de ter havido retenções superiores às devidas sobre as Notas Fiscais de Prestação de Serviços em relação ao valor devido sobre a folha de pagamento.

Às fls.117, há despacho da Seção de Orientação e Análise Tributária – SAORT da DRF de Maringá/PR determinando o encaminhamento dos autos à Seção de Fiscalização, a qual encaminhou a análise do caso ao auditor fiscal competente que informou ser impossível prestar quaisquer esclarecimentos, tendo em vista que o período constante no requerimento diverge do que consta no procedimento fiscal.

Às fls.141, consta inteiro teor do acórdão n 06-11.688 referente ao processo n 10950.003275/2004-51 cujo objeto de discussão é saber se a exclusão da empresa do SIMPLES é devida ou não.

Referido processo (10950.003275/2004-51) discute a exclusão da empresa do SIMPLES, através do Ato Declaratório Executivo n 45 de 28/10/2004 produzindo os efeitos desta decisão a partir de 01/10/2002. Desta decisão de exclusão, foi apresentada manifestação de inconformidade junto à DRJ de Curitiba, a qual foi indeferida através do Acórdão 06-11.688, de 27/07/2006.

Do pedido formulado pela recorrente referente à restituição dos valores (processo n 36580.000870/2004-84) retidos a maior no período 09/2002 a 04/2003, houve análise por parte do SAORT de Maringá/PR que, através do Despacho Decisório de 12/02/2009, acostado às fls. 159 a 163, indeferiu o pedido.

Em sequência, às fls. 164, o Comunicado SAORT nº 108/2009 informou que existe crédito remanescente no valor originário de R\$ 3.162,63 (três mil, cento e sessenta e dois reais e sessenta e três centavos), e débitos previdenciários nos valores originários de R\$ 12.254,27 (doze mil, duzentos e cinquenta e quatro reais e vinte e sete centavos), conforme despacho decisório, e débitos parcelados com a Fazenda Nacional.

A empresa, por sua vez, apresentou manifestação ao procedimento de abatimento de ofício realizado no pedido de restituição, tendo em vista que os débitos apurados não prosperam, pois não foi considerado o fato da manifestante ser beneficiária do regime do SIMPLES, motivo pelo qual postula a devolução integral do montante reivindicado.

Foi apresentado recurso administrativo às fls.183 a 189 contra a decisão da SAORT n 108/2009, no qual foram reiterados os mesmos argumentos apresentados na manifestação de inconformidade, requerendo ainda o deferimento integral de sua restituição. Assim, alegou:

- Que prestou serviços à COPEL e esta reteve 11% do valor total de cada nota fiscal de prestação de serviço e que esse montante deve ser compensado mensalmente, devendo ser restituído ao contribuinte o valor excedente;

- Arrazoou que os valores retidos foram superiores aos devidos e foi apurado em seu favor um crédito a ser restituído, porém teve seu pedido indeferido sob o fundamento de ter sido excluída do SIMPLES. Disse também que a desclassificação da recorrente do regime do Simples foi indevida, pois a atividade da recorrente é o "Comércio Varejista de Material Elétrico", como consta na sexta alteração do contrato social;

- Acerca da atividade fiscalizatória, informou que foi submetido à fiscalização que lavrou os Autos de Infração 37.194.871-1, 37.194.865-7 e 37.194.869-0, os quais foram impugnados, porém, não infringiu nenhum dispositivo legal e nem agiu de má-fé no seu pedido de adesão ao SIMPLES;

- Salientou que os incentivos do SIMPLES têm como objetivo a redução da carga tributária, o que gera uma maior competitividade no mercado, dando oportunidade às micro e pequenas empresas que são as maiores geradoras de emprego no país.

Por fim, informou que a grande celeuma está atrelada especificamente à questão da recorrente ser ou não ser beneficiária do regime SIMPLES e que a empresa acumula as atividades de comércio varejista de materiais elétricos e de instalação elétrica, devendo-se considerar a atividade mercantil que permite a opção pelo SIMPLES, por ser mais benéfica ao contribuinte, segundo art.112 do Código Tributário Nacional.

Instada a manifestar-se acerca da manifestação do contribuinte, a 5 turma da DRJ de Curitiba proferiu decisão (acórdão de nº 06-24.511) nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2002 a 30/04/2003

SIMPLES.ATIVIDADE IMPEDITIVA. CONTRIBUIÇÃO.

A empresa que exerce atividade impeditiva de participar do Simples deve recolher as contribuições previdenciárias devidas a Seguridade Social e aquelas por ela arrecadadas para terceiros, incidentes sobre os valores pagos a todos os segurados que lhe prestem serviços, nos termos da legislação vigente.

RESTITUIÇÃO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE.

INDEFERIMENTO.

Não estando demonstrada a existência dos fatos constitutivos do pedido de restituição, compete à autoridade administrativa julgadora de primeira instância indeferir a solicitação formulada na manifestação de inconformidade do requerente.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Irresignada com a decisão supra, a recorrente apresentou recurso voluntário às fls. 276 a 300, onde, em síntese, reiterou os argumentos de defesa apresentados anteriormente, alegando:

Quanto ao mérito:

- *Que a atividade predominante da Recorrente é a exploração do ramo de compra e venda de materiais elétricos no varejo e a prestação de serviços de eletricidade de alta e baixa tensão, que não foram excluídas do Regime Simples, nos termos do artigo 9º, da Lei 9.317/96;*
- *Que a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, denominada de o novo Estatuto das Micro e Pequenas Empresas, redefiniu o Regime Tributário Simples, ampliando os seus benefícios a um maior número de empresas, e não inclui no rol de exclusões do artigo 17, os ramos de atividades exploradas pela Recorrente, em especial a de comércio varejista;*
- *Que o propósito do SIMPLES NACIONAL é o de simplificar e reduzir a carga tributária das empresas, para melhorar as suas condições de competitividade, em especial as micro e pequenas empresas em face das grandes concorrentes;*
- *Que cumula as atividades de comércio varejista de materiais elétricos e de instalação elétrica, que há de se considerar a atividade mercantil a qual permite a opção pelo SIMPLES e o seu deferimento;*
- *Que a administração pública, inclusive a Receita Federal, pode revisar seus atos, caso seja necessário, para corrigir ou remeter ao órgão/setor competente para que assim o proceda;*
- *Que as decisões ilegais acerca do assunto, que contrariem a Constituição Federal, em seu artigo 170, caput, e incisos IV, VIII e IX, artigo 9º, da Lei 9.317/96, vigente à época, e o artigo 17, da Lei Complementar nº 123/2006, em vigência, são nulas de pleno direito;*
- *Que as decisões que excluíram a Recorrente do Simples são nulas de pleno direito, pois contrariam as normas constitucionais e infra-constitucionais apontadas, eis que não está a mesma excluída dos benefícios conferidos por tal regime tributário, como amplamente demonstrado acima.*

Por fim, pede que seja conhecido e provido o recurso voluntário para reformar a r. decisão recorrida, deferindo integralmente a restituição do crédito a que faz jus, ante os excessivos recolhimentos realizados, dando-lhe o tratamento que lhe é de direito, de empresa beneficiária do Regime Simples, declarando incidentalmente tal situação e, assim, anulando o ato administrativo que a excluiu do Regime SIMPLES e, de consequência, retroagindo os efeitos de tal maneira como se nunca tivesse sido revogado em desfavor da Recorrente.

É o relatório.

Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza, Relator.

A discussão da demanda em tela é a procedência ou não do pedido de restituição de determinados valores. Todavia, as decisões do fisco que indeferiram o pleito do contribuinte tiveram como um de seus fundamentos o fato da empresa estar excluída do SIMPLES.

Assim, torna-se imprescindível verificar se a empresa estar definitivamente excluída do regime simplificado de tributação, o que só pode ser verificado com a decisão do processo n 10950.003275/2004-51 em última instância. Nesse processo, segundo os autos, só houve o julgamento por parte da DRJ, ou seja, não há como saber se uma das turmas da 1 Seção de Julgamento do CARF, competentes para apreciar situações que envolvam a inclusão/exclusão da empresa do SIMPLES, já se pronunciou acerca da matéria.

Contudo, para que não haja um julgamento precipitado e entendendo que seja imprescindível saber a situação da recorrente perante o regime simplificado de tributação, solicito a realização de diligência que tenha como objetivo verificar a atual posição do processo 10950.003275/2004-51 (informação em anexo), inclusive se o mesmo já foi apreciado pelo CARF em sede de Recurso Voluntário.

Cid Marconi Gurgel de Souza – Relator.

Carlos Alberto Mees Stringari – Presidente.