



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

Processo nº 36580.000871/2004-29
Recurso nº 000.001 Voluntário
Acórdão nº 2403-001.734 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de novembro de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente ELETROMEN INSTALAÇÕES ELÉTRICAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2003 a 31/03/2004

PREVIDENCIÁRIO. EMPRESA EXCLUÍDA DO SIMPLES. CONTRIBUIÇÃO DEVIDA. RESTITUIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

Quando a empresa for devidamente excluída do SIMPLES com efeitos retroativos, deve cumprir com as obrigações tributárias em relação ao passado. Logo, caso haja contribuição previdenciária remanescente, não há que se falar em restituição.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade votos, em negar provimento ao recurso.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto, Maria Anselma Coscrato dos Santos Marcelo Magalhães Peixoto, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Carolina Wanderley Landim.

Relatório

Sirvo-me do Relatório do então Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza constante nas fls. 88/90 da numeração digital, o qual converteu o julgamento em diligência, *in verbis*:

“Trata-se de recurso voluntário apresentado às fls.258 a 282 contra decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba/PR (fls. 251 a 254) que julgou improcedente o Requerimento de Restituição da Retenção, referente ao período de 05/2003 a 03/2004.

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.116 e 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 auditor fiscal competente que informou ser impossível prestar quaisquer esclarecimentos relativo ao período 05/2003 a 12/2003, tendo em vista que o período constante no requerimento diverge do que consta no procedimento fiscal.

Com relação ao período 01/2004 a 09/2008, foi constatado que a empresa foi excluída do SIMPLES, e que por esse motivo foram lavrados autos de infração, decidindo ao final pelo indeferimento da restituição.

Às fls.123 consta Ato Declaratório Executivo n 45, de 28 de outubro de 2004.

Às fls.124, consta inteiro teor do acórdão n 0611.688 referente ao processo n 10950.003275/200451 cujo objeto de discussão é saber se a exclusão da empresa do SIMPLES é devida ou não.

Referido processo (10950.003275/200451) 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 11.688, de 27/07/2006.

Do pedido formulado pela recorrente referente à restituição dos valores (processo n 36580.000870/200484) retidos a maior no período 05/2003 a 03/2004, houve análise por parte do SAORT de Maringá/PR que, através do Despacho Decisório de 12/02/2009, acostado às fls. 158 a 162, indeferiu o pedido.

Em sequência, às fls. 163, o Comunicado SAORT n° 107/2009 informou que o requerimento do contribuinte foi analisado.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Foi apresentado recurso administrativo às fls.165 a 171 contra a decisão da SAORT n 107/2009, 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;*
- Arrazouou 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 37.194.8711, 37.194.8657 e 37.194.8690, 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

DA DECISÃO DA DRJ

Instada a manifestar-se acerca da manifestação do contribuinte, a 5 turma da DRJ de Curitiba proferiu decisão (acórdão de nº 0624.512) nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2003 a 31/03/2004

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

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Irresignada com a decisão supra, a recorrente apresentou recurso voluntário às fls. 258 a 282, 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 infraconstitucionais 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 para reformar a r. decisão recorrida, para deferir 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.”

CARF

DA CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PELO

verbis:

Em 29/09/2011 esta Turma converteu o julgamento em diligência para, *in*

“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 10950.003275/200451 (informação em anexo), inclusive se o mesmo já foi apreciado pelo CARF em sede de Recurso Voluntário.”

DO ATENDIMENTO DA DILIGÊNCIA

Em 14/12/2011, a Seção de Orientação e Análise Tributária – SAOR, assim concluiu a diligência, *in verbis:*

“A interessada tomou ciência do comunicado em 10/08/2006 e durante o prazo de 30 dias não recorreu da decisão. Face o disposto nos artigos 15 e 21 do Decreto nº 70.235 de 06/03/1972 foi lavrado Termo de Revelia e processo encontra-se arquivado.”

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fls. 257 e 258 da numeração de papel, o recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DO MÉRITO

A Recorrente sofreu retenções de 11% no valor dos serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212/91 vigente à época, *in verbis*:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998)

Por, supostamente, estar enquadra no SIMPLES, entendeu que houve valor excedente nas retenções sofridas nas Notas Fiscais de prestação de serviços. Motivo pelo qual pleiteou a restituição da contribuição retida.

Ocorre que, por meio do Ato Declaratório Executivo n. 45, de 28 de outubro de 2004 (fl. 123 da numeração de papel), a Recorrente foi excluída do SIMPLES, com efeitos retroativos a partir de 01/10/2002, pelas razões abaixo, *in verbis*:

“Situação excludente (evento 306):

- Descrição Atividade vedada: CNAE-FISCAL 4541-1-01 Instalação e manutenção elétrica em edificações, inclusive antenas.

- Data da ocorrência: 02/09/2002

- Fundamentação legal: Lei nº 9.317, de 05/12/1996: art. 9º, XIII; art. 12; art. 13; art. 14, inciso I; art. 15, inciso II. Medida Provisória nº 2.158-34, de 27/07/2001: art. 73. Instrução Normativa SRF nº 355, de 29/08/2003 c/c IN/SRF nº 391/2004: art. 20, inciso XII; art. 21; art. 23, inciso I; art. 24, inciso II.”
(sem destaques no original)

Assim dispõe o art. 9º, XIII da Lei n. 9.317/96, vigente à época, *in verbis*:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

*XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, **engenheiro**, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;*

Por desenvolver atividade assemelhada ao de engenharia, foi excluída do SIMPLES.

Conforme consta na cláusula segunda da 6ª Alteração de Contrato Social constante na fl. 188, a Recorrente tem o seguinte objeto, *in verbis*:

*“A sociedade tem por objeto mercantil o ramo de COMÉRCIO VAREJISTA DE MATERIAIS ELÉTRICOS e **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ELETRICIDADE DE ALTA E BAIXA TENSÃO.**”* (sem destaque no original)

Sustenta a Recorrente que a sua exclusão do SIMPLES foi indevida, tendo em vista que a sua atividade principal é de “comércio varejista de materiais elétricos”.

Como a exclusão do SIMPLES estava sendo discutida nos autos do Proc. n. 10950.003275/2004-51, este processo foi baixado em diligência por este colegiado, para que a Seção de Orientação e Análise Tributária – SAORT informasse seu andamento.

Conforme fl. 303, da numeração digital, a SAORT informou que a Recorrente não apresentou Recurso em face do Acórdão que julgou correta a sua exclusão do SIMPLES. Logo, o processo se encontra arquivado.

Nesse diapasão, coaduno com o entendimento de que a exclusão da Recorrente do SIMPLES foi correta, pois “a prestação de serviços de eletricidade de alta e baixa tensão” é executada por profissionais de atividade legalmente regulamentada.

Entendimento esse corroborado pelo CARF em 03/08/2010, no julgamento do Proc. n. 10183.004428/2004-16, que originou no Acórdão n. 1802-00.594, cuja ementa e resultado seguem abaixo, *in verbis*:

“ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 1997

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO DE REDES ELÉTRICAS E LINHAS DE TRANSMISSÃO DE BAIXA E ALTA TENSÃO. LEITURA E ENTREGA DE FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA.

A empresa que presta serviços de instalação de redes elétricas, linhas de transmissão, eletrificação rural, iluminação pública, leitura e entrega de fatura de energia elétrica, não pode optar

pelo Simples, por exercer atividades que requerem profissionais de atividade legalmente regulamentada.

LEGISLAÇÃO DO SIMPLES. EXCLUSÃO RETROATIVA DO REGIME DE TRIBUTAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE,

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 02).

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 integram o presente julgado.”

Sendo, portanto, correta a exclusão da Recorrente do SIMPLES, deve a mesma cumprir com as suas obrigações tributárias em relação ao período abrangido pela exclusão, nos termos do art. 16 da Lei n. 9.317/96, vigente à época, *in verbis*:

Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Conforme destacado na fl. 162 da numeração de papel do Despacho Decisório havia débito remanescente de contribuição previdenciária da Recorrente, *in verbis*:

“Comuniquem o contribuinte do indeferimento do pedido de restituição para as competências - 05/2003 a 03/2004, e que existem débitos a serem quitados no valor de R\$ 31.890,05 (Trinta e um mil, oitocentos e noventa reais e cinco centavos) — parte patronal para as competências 05/2003 a 12/2003 e de R\$ 13.295,55 (Treze mil, duzentos e noventa e cinco reais e cinquenta e cinco centavos) — outras entidades para as competências 05/2003 a 12/2003, conforme planilha demonstrativa (coluna J e L), parte integrante deste relatório.”

A Recorrente, por sua vez, não comprovou o pagamento das contribuições previdenciárias que lhe foram apontadas pela Receita Federal. Por esse motivo, não há que se falar em restituição, devendo o recurso ser julgado improcedente.

CONCLUSÃO

Do exposto, **nego provimento** ao recurso.

Marcelo Magalhães Peixoto