



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

**Processo nº** 36580.000871/2004-29

**Recurso nº** 000.000

**Resolução nº** 2403-000.027 – 4<sup>a</sup> Câmara / 3<sup>a</sup> 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.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 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 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 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 nº 107/2009 informou que o requerimento do contribuinte foi analisado.

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;*

*- 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 06-24.512) 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*

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 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 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.

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.