



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

Processo nº 36592.000623/2007-91
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-003.628 – 3ª Turma Especial
Sessão de 11 de setembro de 2014
Matéria RESTITUIÇÃO: EMPRESAS EM GERAL
Recorrente JOSÉ ROBERTO DA SILVA & DELCIR APARECIDO DA SILVA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2006 a 01/01/2007

RESTITUIÇÃO DE RETENÇÃO. DD EXPEDIDA COM AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE DO ATO. PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE QUE SE ESTENDE AO ACÓRDÃO DA DRJ.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, para anular o DD, de fls. 192 a 195, por ausência de fundamentação, que causa preterição do direito de defesa, anulando-se por consequência o Acórdão da DRJ 06-39.010, determinando a reanálise do pedido como se fosse a primeira, cientificando o contribuinte para dela participar, se quiser, seguindo-se a partir desta todos as fase e procedimentos legais.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira dos Santos, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

Relatório

O presente processo administrativo fiscal encerra o Requerimento de Restituição de Retenção, referente a retenção de 11%, da Lei 9.711/1998, para as competências 10/2006 a 12/2006, conforme requerimentos, de fls. 02.

Os requerimentos foram acompanhados dos documentos, de fls. 03 a 156.

A SAORT da DRF da circunscrição do contribuinte emitiu o despacho, de fls. 182 e 183, solicitando o pronunciamento da SACAT em relação a exclusão do contribuinte do sistema SIMPLES FEDERAL.

A DRF em Maringá – PR emitiu o Ato Declaratório Nº 10, de 16/03/2009, fls. 184, por intermédio do qual o contribuinte foi excluído do SIMPLES FEDERAL com efeitos retroativos a 01/01/2002, sob a justificativa de atividade vedada ao sistema.

Consta, as fls. 186, despacho informando a constituição do processo 10950.001070/2009-46 – REPRESENTAÇÃO FISCAL – IMPOSTO SIMPLES, que se encontra na DRJ/CTA em razão da apresentação de impugnação.

O contribuinte foi cientificado do Ato Declaratório Nº 10/2009, em 01/12/2009, conforme AR, de fls. 188.

O contribuinte apresentou manifestação em razão da cientificação do ato declaratório, por meio da petição, de fls. 189 a 191, acompanhada dos documentos, de fls. 192 a 195.

A SAORT emitiu o Despacho – Decisório – DD, datado, de 06/12/2011, fls. 192 a 195, por meio do qual deferiu parte do pedido de restituição, relativamente as competências 10/2006 a 12/2006, no valor de R\$ 5.642,88.

O contribuinte foi cientificado dessa decisão, em 09/03/2012, AR, de fls. 206.

O requerente protocolizou a petição, de fls. 218 a 223, em, 26/03/2012, acompanhada dos documentos, de fls. 224 a 234, onde discorda da compensação de ofício, bem como a petição, de fls. 236 a 247, recebida, em 03/04/2012, Manifestação de Inconformidade, acompanhada dos documentos, de fls. 248 a 257.

O contribuinte apresentou nova petição, as fls. 261, acompanhada dos documentos, de fls. 262 a 275.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 06-39.010 - 5ª Turma da DRJ/CTA, em 18/01/2013, fls. 277 a 282, pelo qual a Manifestação de Inconformidade foi considerada improcedente.

A empresa requerente tomou conhecimento do Acórdão, conforme AR, as fls. 284, recebido, em 05/02/2013.

A empresa apresentou Recurso Voluntário, em 01/03/2013, conforme petição, de fls. 286, com razões recursais, as fls. 287 a 302, acompanhado dos documentos, de fls. 303 a 333.

As razões recursais estão assim resumidas.

Mérito.

- que seja realizada a compensação de ofício dos créditos deferidos administrativamente;
- que a apresentação de manifestação de inconformidade e recurso voluntário em face do Ato Declaratório nº 10/2009, que excluiu a recorrente do SIMPLES FEDERAL, possui efeito suspensivo dessa exclusão, sendo indevido a emissão do termo de preempção em razão da exclusão, pois a empresa apresentou recurso em 25/04/2012, doc. 04, não merecendo prosperar a alegação da DRJ de que tal recurso não tem efeito suspensivo, pois isso viola a ampla defesa e contraditório, art. 5º, LV, da CF/88, transcreve e cita doutrina, não podendo a recorrente sofrer os efeitos dessa exclusão, pois tal ato, ainda, não é definitivo;
- que a recorrente não aquiesceu com a compensação de ofício da restituição com os débitos sobre a folha de salários, mas sim daquelas com possíveis débitos do SIMPLES NACIONAL, sendo a assertiva da DRJ incorreta;
- que a compensação de ofício da restituição com os supostos débitos sobre folhas de salário decorrente da exclusão do SIMPLES NACIONAL é impossível, pois tais créditos não existem, uma vez que não foram lançados, art. 142 ou 150, §4º, ambos do CTN, sendo tal compensação arbitrária, pois os créditos não estão constituídos e não há previsão legal, ferindo, assim, o princípio da segurança jurídica;
- que a jurisprudência do CARF sobre a matéria ampara o pleito da recorrente, cita e transcreve decisões sobre COFINS; PIS; PIS/PASEP não cumulatividade, sendo assim indevida a compensação de ofício, merecendo reforma o acórdão *a quo*;
- Dos pedidos: a) recebimento, conhecimento e julgamento do recurso, dando-lhe provimento ao final para reformar o acórdão recorrido; a1) para realizar a compensação de ofício dos créditos deferidos com os débitos do SIMPLES FEDERAL existentes e que não puderam ser compensados por problemas técnicos; a2) para que seja cancelado o Despacho – Decisório, de 08 de dezembro de 2011; a3) para que seja restituído 100% da retenção a maior realizado, ou seja, o importe de R\$ 11.730,95.

O órgão preparador reconheceu a tempestividade do recurso, fls. 335.

Processo nº 36592.000623/2007-91
Acórdão n.º **2803-003.628**

S2-TE03
Fl. 340

O autos foram remetidos ao CARF, fls. 335.

Os autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 20/03/2014,
Lote 04, fls. 336.

E o Relatório.

(Assinado digitalmente).

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira – relator.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

Delimitação da Lide.

O pedido de compensação de ofício com créditos deferidos administrativamente, não serão apreciados por essa colegiado, haja vista que a matéria está fora da competência desse órgão, sendo exclusiva da autoridade da DRF, onde o pleito deve ser levado.

Cabe ao colegiado apreciar recurso quanto a negativa de compensação, mas não o pedido de compensação, que é exclusivo da DRF.

As teses relativas a manifestação de inconformidade e ao recurso voluntário decorrentes do processo de exclusão do SIMPLES NACIONAL, não serão apreciadas nesses autos, pois tal exclusão não é competência desta Segunda Seção do CARF e deve ser objeto de processo específico, como, aliás, está noticiado nos autos proc: 10950.001070/2009-46, que, atualmente, segundo consulta realizada e colacionada como anexo a esse acórdão, encontra-se na Primeira Seção aguardando distribuição.

Também, estão fora do âmbito de análise deste colegiado questões decorrentes de inconstitucionalidade em razão de previsão expressa, como a seguir esclarecido.

Não cabe ao julgador administrativo pronunciar-se sobre questões de inconstitucionalidade ante a expressa vedação legal, abaixo transcrita.

Decreto 70.235/72

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

RICARF PT/MF 256/2009

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A razão é muito simples no Poder Executivo – Administração Pública vige o princípio da hierarquia e quem exerce sua chefia máxima é o Senhor Presidente da República, a quem a Constituição da República Federativa do Brasil atribui em primeiro mão a competência de por intermédio da sanção em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, introduzir a norma no mundo jurídico, dando-lhe existência, estipulando sua vigência e atribuindo-lhe eficácia.

Logo, não é cabível que um servidor que lhe é subordinado e subalterno e lhe deve obediência, possa desfazer de um ato da maior autoridade do Poder Executivo, pois assim estaríamos subvertendo o regime.

Além do que, a própria CRFB/88 no artigo 102, caput, estabeleceu que o seu guardião é o Supremo Tribunal Federal – STF.

Assim cabe exclusivamente ao órgão maior do judiciário brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade da leis e aos demais órgãos do judiciário o difuso.

A CRFB/88 não atribui competência para órgão julgador administrativo seja ele qual for, exercer o controle de constitucionalidade das leis.

Assim sendo, todas as argumentações ligadas a questão de constitucionalidade, seja em preliminar ou em mérito, não serão apreciadas, ante a vedação legal expressa, que se impõe.

Mérito.

A jurisprudência desse conselho é pacífica no sentido de que a apresentação de recurso em razão da exclusão do sistema SIMPLES não possui efeito suspensivo, observe-se a decisões transcritas.

Ementa - Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006 SIMPLES. EXCLUSÃO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. EFEITO SUSPENSIVO. Não há suspensão dos efeitos do ato declaratório de exclusão pela apresentação de manifestação de inconformidade do excluído. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. VEDAÇÃO. É vedado o afastamento pelo CARF de dispositivo prescrito em lei com base em alegação de inconstitucionalidade. Aplicação da Súmula CARF nº 02. Processo: 11065.000543/2008-54. Acórdão 1302-001.297. Cons. Eduardo de Andrade. Data 11/06/2014.

*Ementa - Assunto: Obrigações Acessórias Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2007 PREVIDENCIÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. APRESENTAÇÃO DE GFIP INFORMANDO DADOS NÃO CORRESPONDENTES AOS FATOS GERADORES DE TODAS AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. VALE ALIMENTAÇÃO. SIMPLES. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. É devida a autuação da empresa por apresentar GFIP com informações não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias (artigo 32, inciso IV e § 5º da Lei 8.212/91). Nesta espécie de autuação, a multa é fixada por competência e tem os valores correspondentes as contribuições previdenciárias não declaradas em GFIP com a limitação prevista em lei. **A Manifestação de Inconformidade ou o recurso contra a exclusão do Simples Federal não tem efeito suspensivo.** Recurso Voluntário Provido em Parte. Processo: 10970.000453/2008-88. Acórdão: 2403-001.865. Cons. Ivacir Júlio de Souza. Data 07/01/2014. (o dois destaques são meus).*

Súmula CARF nº 77: A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.

Como esclarecido no tópico preliminar não abordaremos a questão da compensação de ofício, pois está fora do âmbito desse contencioso.

Assiste razão a recorrente quando diz que não há créditos lançados em razão de sua exclusão do SIMPLES FEDERAL, uma vez que o processo não notifica essa situação.

Porém, é certo que quando o sujeito passivo é excluído do sistema SIMPLES pode e deve o órgão fiscal promover os lançamentos devidos, pois a empresa excluída se sujeita as determinações da Lei 9.317/96, abaixo transcrita.

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.

Todavia, não há informação nos autos sobre eventual lançamento de crédito em razão da exclusão ou por qualquer outro motivo.

Assim, não é legítima a vedação da restituição solicitada, sem que haja débito exigível em face da empresa é o que diz a norma a seguir transcrita, pois não há o que compensar com a restituição pleiteada.

IN/RFB 900/2008

SEÇÃO V

DA COMPENSAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Art. 44. O sujeito passivo que apurar crédito relativo às contribuições previdenciárias previstas nas alíneas "a" a "d" do inciso I do parágrafo único do art. 1º, passível de restituição ou de reembolso, poderá utilizá-lo na compensação de contribuições previdenciárias correspondentes a períodos subsequentes.

§ 1º Para efetuar a compensação o sujeito passivo deverá estar em situação regular relativa aos créditos constituídos por meio de auto de infração ou notificação de lançamento, aos parcelados e aos débitos declarados, considerando todos os seus estabelecimentos e obras de construção civil, ressalvados os débitos cuja exigibilidade esteja suspensa.

Não há nos autos notícia de lançamento em face da recorrente. Contudo, devido ao longo período decorrido, desde o requerimento de restituição e a presente decisão, tal lançamento pode ter ocorrido sem a informação efetiva nos autos.

Assevera a recorrente que a DRF deferiu parcialmente sua restituição, pois estaria compensando de ofício parte de sua restituição com supostos créditos sobre a folha de pagamento decorrentes de sua exclusão do SIMPLES FEDERAL, parece ser isso que o DD indica em seu tópico 14, abaixo transcrito.

14. . Decorrente da aplicação retroativa da exclusão do SIMPLES, o interessado passou a ter as contribuições patronais incidentes sobre a folha de pagamento destinado à Previdência Social - 23% sobre a remuneração de empregados e 5,8% as outras entidades ou terceiros.

Mas, em verdade não se pode ter certeza dessa assertiva, uma vez que a proposição e a decisão de restituição são omissas, quanto a motivo da glosa da restituição e seu deferimento parcial, observe-se.

PROPOSIÇÃO

15. Diante do exposto e com fundamento no art. 57 da Instrução Normativa RFB nº 900 de 31/12/2008 proponho o deferimento parcial do pedido de restituição, para as competências 10/2006, 11/2006 e 12/2006, no valor de R\$ 5.642,88 (Cinco mil, seiscentos e quarenta e dois reais e oitenta e oito centavos).

DECISÃO

19. Nos termos do inciso II do art. 96 da Instrução Normativa RFB 900, de 31/12/2008 e com fundamento nas competências à mim delegadas pelo inciso I do art. 2º da Portaria DRF/MGA nº 17, de 22/02/2011; decido pelo deferimento parcial do pedido de restituição, conforme proposto.

A título apenas argumentativo e considerando os resumos das folhas de pagamento do período de 10/2006 a 12/2006, fls. 62; 90; 122, somando-se Empresa + Terceiros tem-se um valor devido sobre salários e contribuintes individuais de R\$ 1.459,50; R\$ 2.305,05; R\$ 2.408,41, respectivamente, considerando os percentuais do item 14, do DD.

Tomando como exemplo o mês de outubro/2006 por ser o que apresenta menor valor a recolher na sistemática geral, a empresa deveria contribuir com o importe de R\$ 1.459,50 e se multiplicarmos esse valor pelos meses que resultaria da exclusão do SIMPLES FEDERAL, data do ADE Nº 10 – 16/03/2009, fls. 184, retroagindo-se cinco anos em razão da decadência é possível considerar que o fisco poderia lançar em face da empresa valores para 02/2004 a 02/2009, ou seja, sessenta meses, multiplicando-se isso pelo valor da competência 12/2007, teríamos um importe de R\$ 87.570,00, isto é, não haveria o que restituir e a empresa, ainda, seria devedora de um valor significativo, isso é apenas um exemplo do que parece ocorrer.

Penso com apoio no exemplo acima que a redução de R\$ 6.088,07 na restituição não tem relação com as contribuições devidas em razão da exclusão do sistema SIMPLES, pois estão muito a quem, do que deveria ser exigido, segundo o exemplo, meramente ilustrativo.

Entendo, que o DD, de fls. 192 a 195, é omissos e falho quanto a sua fundamentação e aos esclarecimentos necessários para a exata compreensão do que nele decidido.

Assim sendo, nos termos do parágrafo, 2º, do inciso II, do artigo 59, do Decreto 70.235/72 declaro a nulidade do DD, de fls. 192 a 195, e de todos os atos dele decorrente, incluindo, o Acórdão da DRJ, salvo por óbvio este Acórdão, assim é o pensamento dessa casa.

Ementa - Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/02/2009 a 30/11/2009 PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - IRREGULARIDADE NA LAVRATURA DO AIOP - OCORRÊNCIA - INOBSERVÂNCIA DE PROVIMENTO JUDICIAL - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - VÍCIO MATERIAL Tendo o fiscal autuante não demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e

materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, há que se falar em nulidade do lançamento. A lavratura das autuações deve observar sentença judicial anteriormente prolatada, de forma a refleti-la na fundamentação sob pena de se violar os princípios da ampla defesa e da segurança jurídica. Recurso Voluntário Provido. Processo: 10830.724375/2012-91. Acórdão: 2303-002.393. Cons. Paulo Maurício Pinheiro Monteiro. Data: 03/07/2014.

Ementa - Assunto: Processo Administrativo Fiscal Período de apuração: 01/01/2003 a 31/03/2003 Não reconhecimento de direito creditório. Ausência de fundamentação. Nulidade Constatada a inexistência de fundamentação para o não reconhecimento do saldo do direito creditório pleiteado, incorre em cerceamento do direito de defesa e do contraditório do contribuinte, ensejando a nulidade da decisão. Processo Anulado Aguardando Nova Decisão. Processo 11543.002309/2003-74. Acórdão 3101-001.580. Cons. Rodrigo Mineiro Fernandes. Data 16/04/2014. (os dois destaques são meus).

Irrelevante, no caso a fixação do tipo de vício, uma vez que o PAF não encerra lançamento tributário, o que não interfere na demarcação do prazo decadencial.

Destarte, deve o setor competente da DRF – origem promover nova análise do pedido de restituição, se necessário for solicitando novos elementos ao peticionante, decidindo de forma conclusiva, clara, objetiva e fundamentada pela existência ou não do Direito Creditório, seja, parcial ou total, bem como tomando todas as medidas necessárias para o cumprimento de todas as determinações legais sobre a matéria.

Deve, ainda, ser dado amplo conhecimento deste ao contribuinte antes da efetiva tomada de qualquer providência sobre a reanálise, oportunizando-lhe a participação no procedimento, caso queira, devendo ser seguido todos os trâmites legais como se fosse a primeira análise.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso para no mérito dar-lhe provimento, ainda, que por motivos diversos, anulando-se o DD, de fls. 192 a 195, por ausência de fundamentação, que causa preterição do direito de defesa, anulando-se por consequência o Acórdão da DRJ 06-39.010, determinando a reanálise do pedido como se fosse a primeira, cientificando o contribuinte para dela participar, se quiser, seguindo-se a partir desta todas as fases e procedimentos legais.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.

Processo nº 36592.000623/2007-91
Acórdão n.º 2803-003.628

S2-TE03
Fl. 346

**MINISTÉRIO DA FAZENDA**

SUBSECRETARIA DE PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E ADMINISTRAÇÃO

COORDENAÇÃO-GERAL DE RECURSOS LOGÍSTICOS

Dados do ProcessoNúmero : **10950.005442/2008-22**Data de Protocolo : **22/09/2008**Documento de Origem : **RST**Procedência : **SAORT**Assunto : **RESTITUICAO - ASSUNTOS PREVIDENCIARIOS**Nome do Interessado : **JOSE ROBERTO DA SILVA& DELCIR APARECIDO**CNPJ : **01.711.823/0001-98**Tipo: **Digital**Sistemas - Profisc: **Não E-Processo :Sim SIEF:Controlado pelo SIEF****Localização Atual**Órgão Origem : **AG REC FED JANDAIA SUL-DRF-MARINGA-PR**Órgão : **CONSELHO ADMINIST RECURSOS FISCAIS-MF-DF**Movimentado em : **06/03/2013**Sequencia : **0008**RM : **10048**Situação : **EM ANDAMENTO**UF : **DF**[Retornar](#)**Este documento não indica a existência de qualquer direito creditório.**

Processo nº 36592.000623/2007-91
Acórdão n.º **2803-003.628**

S2-TE03
Fl. 347

Processo Principal : **10950.001070/2009-46**

Data Entrada : 05/03/2009

Contribuinte Principal : JOSE ROBERTO DA SILVA & DELCIR AP SILVA

Tributo : Não informado

Recursos

Data de Entrada

08/03/2013

Tipo do Recurso

RECURSO VOLUNTARIO

Andamentos do Processo

Data

08/03/2013

Ocorrência

DISTRIBUIR/SORTEAR
1ª Seção

Anexos

08/03/2013

EM TRAMITAÇÃO
Tipo de Recurso: RECURSO VOLUNTARIO
Data de Entrada: 08/03/2013
Unidade: GEPAF/SECOJ/SECEX/CARF/MF

08/03/2013

RECEBER PROCESSO TRIAGEM E COMPLEMENTAÇÃO CADASTRAL
GEPAF/SECOJ/SECEX/CARF/MF