



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

Processo nº 36600.000708/2002-19
Recurso nº 268.873 Voluntário
Acórdão nº 2301-01.508 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de junho de 2010
Matéria RESTITUIÇÃO: SEGURADOS
Recorrente LUIZ FRANCISCO ANTUNES DE LIMA E CIA LTDA
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM UNIÃO DA VITÓRIA - PR

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2002 a 31/12/2003

RESTITUIÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES. RETROATIVIDADE DOS EFEITOS. PRESCRIÇÃO.

Inexistindo pagamento indevido, não há o que se falar em restituição ao contribuinte.

O ato declaratório de afastamento do SIMPLES gera efeito desde a ocorrência da situação excludente, qual seja, a mudança de atividade após o ingresso no regime simplificado.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a).



JULIO CESAR VIEIRA GOMES - Presidente.



DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva, Damião Cordeiro de Moraes, Edgar Silva Vidal (Suplente) e Julio Cesar Vieira Gomes (Presidente)

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa LUIZ FRANCISCO ANTUNES DE LIMA E CIA LTDA contra decisão de primeira instância que indeferiu seu pedido de restituição de crédito para as competências 11/2002 a 12/2003.

2. O Acórdão, ora recorrido, restou ementado nos termos que seguem abaixo:

"RESTITUIÇÃO. PRESSUPOSTOS. PAGAMENTO INDEVIDO

Inexistindo pagamento indevido, não há o que ser restituído.

Solicitação Indeferida."

3. Em suas razões, a recorrente traz, basicamente, a mesma fundamentação utilizada em sua defesa, dessa forma, cumpre-se transcrever partes do relatório da referida decisão, a qual resumiu os fatos apresentados da seguinte forma:

"a) o pedido da restituição foi indeferido em razão da exclusão da empresa do SIMPLES FEDERAL,

b) a exclusão é indevida, sendo cabível a restituição, pois

b1) está prescrito o direito da fazenda efetuar a exclusão do SIMPLES e cobrar os tributos que entender devidos;

b2) os efeitos do Ato Declaratório nº 27/2008, de 09 de setembro de 2008 (fls 85/90), não podem retroagir, sob pena de ilegalidade/inconstitucionalidade;

b3) o Ato Declaratório nº. 27/2008, fundou-se em legislação posterior ao período de 2002 a 2003, logo ofendeu-se o art. 5º, XXXVI e XXXIX, e 150, III, "a" da Constituição e arts. 105 e 116 do CTN;

b-4) se a atividade da empresa não fosse permitida no SIMPLES, a própria Receita teria indeferido o pedido de enquadramento e também não teria aceito a PSII (Decl. I.R.P. Jurídica) como simples, tendo havido a preclusão."

4. Em suas contra-razões, o fisco se limitou a encaminhar o recurso voluntário apresentado pelo contribuinte à apreciação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

É o relatório.

Voto

Conselheiro DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES, Relator

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1. Conheço do recurso voluntário uma vez que atende aos pressupostos de admissibilidade, posto que tempestivo.

DA PRESCRIÇÃO

2. O contribuinte requereu a restituição de valores retidos de acordo com o que se encontra disposto na Lei nº. 9.711/98, para as competências 11/2002 a 12/2003, tendo sido elaborado Relatório de Representação Administrativa para a Secretaria da Receita Federal que decidiu por excluir a pessoa jurídica do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – SIMPLES FEDERAL.

3. A empresa alega que seu afastamento de ofício do SIMPLES, retroativamente ao período de 01/11/2002 a 31/12/2003, ocorreu de forma indevida, tendo em vista que o direito da Fazenda retirar o contribuinte do regime de contribuição pelo qual optou, e cobrar os tributos que entende devidos, com base no entendimento de que a recorrente passou a exercer atividade vedada para a opção, após seu ingresso no referido sistema, encontra-se prescrito.

4. Ocorre que o instituto da prescrição não se aplica ao caso apresentado à essa Corte, tendo em vista que o ato declaratório de exclusão do Sistema gera efeito desde a ocorrência da situação ensejadora de sua exclusão nos casos em que a empresa altera sua atividade após o seu ingresso no regime simplificado.

5. A contribuinte aderiu ao SIMPLES em 1º de janeiro de 1997, conforme pode se verificar à fl. 22, sendo que o ato social que alterou o seu ramo de atuação para "Comércio de Peças e Acessórios para Veículos inclusive Serviço de Recuperação e Manutenção, Serviço de Terraplanagem, Coleta de Entulhos e Limpeza Urbana" se deu em 1º de março de 1999, dados trazidos às fls. 09 a 10.

6. Em conformidade com o texto da Lei 9.317/96, que dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, e institui o Sistema Integrado



de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES:

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

XII - que realize operações relativas a

f) prestação de serviço vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;

Art. 12 - A exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício.

Art. 13 - A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á.

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

b) ultrapassado, no ano-calendário de início de atividades, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) multiplicados pelo número de meses de funcionamento nesse período.

§ 1º A exclusão na forma deste artigo será formalizada mediante alteração cadastral.

§ 2º A microempresa que ultrapassar, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite de receita bruta correspondente a R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais), estará excluída do SIMPLES nessa condição, podendo mediante alteração cadastral, inscrever-se na condição de empresa de pequeno porte

(..)

Art. 14 - A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito: (..)

II - a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art. 9º(..)

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo (..) (g n)



7. Dessa forma, resta demonstrado que, os fatos ocorridos no período de 11/2002 a 12/2003 não se encontram prescritos, uma vez que a mudança de atividade da empresa se deu dois anos após o seu ingresso no regime simplificado, fato este que ocorrera em janeiro de 1997.

8. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), trazido pelo contribuinte em suas razões recursais, às fls. 204 e 205:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RETROATIVIDADE DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES. EXIGÊNCIA DO PAGAMENTO DE DIFERENÇAS DE TRIBUTOS. INADMISSIBILIDADE ARTS 15, II E 16 DA LEI 9.317/1996

1. Tratam os autos de ação ajuizada por Remosul Transportes Ltda – Microempresa objetivando a declaração de que os efeitos do ato de exclusão do Simples ocorram a partir de 07/08/2003, data da edição do Ato Declaratório Executivo n. 458.721. A sentença julgou procedente o pedido. O TRF/4ª Região confirmou a decisão singular por seus próprios fundamentos. Recurso especial da Fazenda apontando infringência dos arts. 15, II e 16 da Lei 9.317/96, defendendo que os efeitos da exclusão do Simples devem ocorrer a partir do mês subsequente em que verificada a situação excludente, no caso, da data de 10/06/2000.

2. O que se denota dos autos é a insurgência da autora da ação contra a retroatividade na exigência do pagamento de diferenças de recolhimento de tributos, que estão sendo cobrados em relação a período anterior ao ato declaratório de exclusão (datado de 07/08/2003). Observa-se que a contribuinte estaria desde 10/06/2000 em situação de vedação à sua permanência no Simples porque a sua atividade econômica (transporte e remoção de pacientes e passageiros por via rodoviária e atendimento de enfermagem domiciliar) não poderia ser incluída no sistema.

3. Merece manutenção o acórdão recorrido ao dispor que o ato declaratório de afastamento do Simples gera efeito desde a ocorrência da situação excludente somente na hipótese de mudança da atividade após ingresso no regime simplificado. No caso concreto, não foi o que se observou. Desde a opção pelo Simples, cujo termo descrevia como atividade principal da contribuinte o 'transporte e remoção de pacientes e passageiros por via rodoviária e atendimento de enfermagem domiciliar', não houve nenhuma insurgência da autoridade administrativa a respeito.

4. A alteração de critério jurídico por parte da administração não tem o condão de ensejar a revisão do lançamento e, por conseguinte, atribuir efeitos retroativos ao ato de exclusão, respaldando a exigência do pagamento de diferenças de tributos

5. Recurso especial conhecido e não-provido " (g.n)

(REsp. nº.2007/0242788-8, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008)



9. Nesse sentido, cumpre transcrever um fragmento do voto do eminente Desembargador Federal Antônio Albino Ramos de Oliveira, proferido em julgamento da Segunda Turma do STJ:

"(.) Como se vê, só há uma hipótese em que a exclusão retroage à data do início das atividades do contribuinte: quando ultrapassado, no ano-calendário de início de atividades, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) multiplicados pelo número de meses de funcionamento nesse período (art. 15, III, c/c 13, II, "b"). Isso ocorre porque a inscrição do contribuinte no SIMPLES terá ocorrido antes de completado o primeiro ano de seu funcionamento, sob o pressuposto de que sua receita bruta não ultrapassaria os limites legais. As demais hipóteses correspondem, obviamente, a fatos posteriores. Assim, se uma empresa, já optante pelo SIMPLES, passar a desenvolver atividade com ele incompatível, ficará excluída desde o momento em que ocorrer esse fato. Mas, se a empresa já exercia atividade impediente à opção pelo SIMPLES, a hipótese não seria de exclusão e sim de indeferimento da opção. Se a opção foi admitida, tem-se ato administrativo revestido da presunção de legitimidade, que só pelos meios próprios poderá ser desconstituído. No caso concreto, como ressaltado, a impetrante não mudou seu ramo de negócios. O que mudou, pelo que dos autos se depreende, foi a qualificação jurídica dada pela autoridade administrativa àquela atividade comercial, que passou a ter como assemelhada a alguma daquelas relacionadas no inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96. Ora, se essa virada hermenêutica pudesse ser aplicada no passado, importaria em operar efeitos, também, sobre lançamentos pretéritos, em franca ofensa ao art. 146 do CTN e à Súmula 227 do extinto Tribunal Federal de Recursos(.)" (g.n.)

(AMS 2003 72.01.005630-7/SC, Rel. Des. Federal ANTONIO ALBINO RAMOS DE OLIVEIRA, DJU 29/06/2005)

10. No que se refere à alegação de inconstitucionalidade trazida pelo recorrente, ressalta-se que a fase contenciosa administrativa não é o foro competente para discussões acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.

11. Ainda, tal matéria se encontra pacificada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Súmula nº 2, transcrita a seguir:

" O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária "

12. De acordo com o artigo 72, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria nº.256 de 23/06/2009, as súmulas são de observância obrigatória pelos membros do CARF.



CONCLUSÃO

13. Ante o exposto, voto no sentido de CONHECER do recurso voluntário, para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 9 de junho de 2010.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized capital letter 'D' followed by a series of loops and a horizontal line at the bottom.

DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES - Relator