



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº : 10380.005181/2003-48
Recurso nº : 133.167
Acórdão nº : 303-33.975
Sessão de : 07 de dezembro de 2006
Recorrente : TELUS REFRIGERAÇÃO E ELETRÔNICA LTDA.
Recorrida : DRJ/FORTALEZA/CE

SIMPLES. RESTITUIÇÃO.

O prazo prescricional para requerer a restituição do tributo pago indevidamente ocorre após decorridos 5 (cinco) anos da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa que excluiu a empresa do Sistema Simplificado de Pagamento de Impostos, fundamentos no artigo 168, II do CTN.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


MARCIEL EDER COSTA
Relator

Formalizado em: 30 . JAN 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Zenaldo Loibman, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Nanci Gama, Nilton Luiz Bartoli, Tarásio Campelo Borges e Sergio de Castro Neves.

Processo nº : 10380.005181/2003-48
Acórdão nº : 303-33.975

RELATÓRIO

Pela clareza das informações prestadas, adoto o relatório proferido no julgamento da instância "*a quo*", passando a transcrevê-lo:

"Trata o presente processo de pedido de restituição de tributos, no valor de R\$ 11.275,23, pagos em DARF - Simples, referente às competências de janeiro a março de 1998, tendo em vista que o contribuinte foi excluído da sistemática do Simples por meio do Ato declaratório nº 52, de 23 de novembro de 2000, com efeitos retroativos a 01/01/1997.

O Chefe do Saort - Serviço de Orientação e Análise Tributária da Delegacia da Receita Federal em Fortaleza, consubstanciado na informação fiscal (fls. 28/29), proferiu Despacho Decisório (fl. 30), indeferindo o pedido do contribuinte sob o argumento de que, nos termos do Ato Declaratório SRF nº 96, de 26 de novembro de 1999, o direito de o contribuinte pleitear a repetição do indébito fora atingido pela decadência.

Inconformado com o indeferimento de seu pleito do qual tomou ciência em 20/11/2004 (fl. 31), o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fls. 32/37) contra o Despacho Decisório, na qual fundamenta sua defesa com os argumentos a seguir descritos:

- em 30/12/1997, o contribuinte aderiu ao Simples, passando a recolher os tributos federais devidos nessa forma de tributação, sendo, entretanto, excluído, em novembro de 2000, da sistemática do Simples, com efeitos retroativos a 01/01/1997;

- entre fevereiro e maio de 2003, o requerente foi fiscalizado, tendo contra si lavrado auto de infração para cobrança de PIS e Cofins relativos ao período em que esteve no Simples. Ocorre que a fiscalização deveria ter cobrado apenas a diferença entre o que fora pago no Simples e o valor devido no regime de tributação normal;

- o fiscal afirmou que não seria necessária a compensação, orientando o contribuinte a pagar o que estava sendo cobrado no auto de infração e pedir a restituição do que havia sido recolhido em função do Simples; determinação seguida pelo requerente;

- o requerente não se conforma com a "informação fiscal" e o "despacho decisório" que afirmam que o direito à restituição foi atingido pela decadência, eis que os pagamentos ocorreram em 10/02/1998, 10/03/1998 e 08/04/1998, e o pedido de restituição foi protocolizado apenas em 06/06/2003;

Processo nº : 10380.005181/2003-48
Acórdão nº : 303-33.975

- primeiro porque, em função do princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF/88), não se concebe que a Administração Pública crie uma "arapuca" para enganar o contribuinte e arrecadar duas vezes o mesmo tributo, primeiro no Simples, e depois no regime normal;

- segundo porque somente da conclusão da fiscalização, em maio de 2003, foi que o impugnante ficou sabendo que as quantias já pagas (no âmbito do simples) não poderiam ser abatidas do valor devido em face de sua exclusão do citado programa; - considerando que o débito de Cofins e PIS constituído no auto de infração e o crédito do Simples que ora se pede seja restituído são contemporâneos, a autoridade administrativa que apreciou esse pedido poderia ter procedido o encontro de contas entre tais valores;

- assim, desaparece a alegação de decadência, pois o auto de infração fora pago há menos de um ano, e o foi indevidamente, eis que o requerente tinha, e ainda tem, crédito com o qual a compensação deveria ter sido levada a cabo;

- ensina Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, 2a ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, t. XXIV, p. 346) que a compensação pode operar-se posteriormente, mesmo depois de ultrapassado o lapso prescricional, ou de decadência, desde que os créditos e débitos sejam contemporâneos;

- as parcelas do Simples somente passaram a ser indevidas com a decisão administrativa que excluiu o contribuinte do programa, em novembro de 2000, pois foi somente nesse momento que nasceu o direito à restituição;

- não se pode esquecer o disposto no art. 168, II, do CTN, pois no presente caso os pagamentos no regime do Simples foram feitos em função de um ato administrativo que admitiu o contribuinte no programa. Depois, outra decisão administrativa revogou, rescindiu, anulou a primeira, excluindo retroativamente ao contribuinte do Simples. Só então os pagamentos feitos no Simples se tornaram indevidos, e só então, pelo mesmo motivo, começou a correr o prazo de decadência, nos termos dos arts. 165, II, c/c 168, II, ambos do CTN;

- destaca o impugnante que os tributos em questão, cuja restituição se requer, são objetos de lançamento por homologação, de modo que aplicada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, o prazo para pedir restituição seria de 10 (dez) anos, eis que o termo inicial seria a data da constituição do crédito indevidamente pago, através da homologação tácita, cinco anos após o fato gerador.

Finalmente, o contribuinte pede que seja acolhida a presente manifestação de inconformidade para reformar a decisão impugnada, afastando a descabida alegação de decadência e deferindo o pedido de restituição ora formulado".

Processo nº : 10380.005181/2003-48
Acórdão nº : 303-33.975

Cientificada em 23/05/2005 da decisão de fls.64-71 prolatada pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Fortaleza/CE, a qual indeferiu o pedido de restituição de tributos pagos na sistemática do SIMPLE sob o fundamento de estarem atingidos pela decadência, a Contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls.76-87) em 16/06/2005, ratificando os argumentos acima relacionados e afirmando, ainda, que não houve observância do disposto no §3º do artigo 150 do CTN já que os valores pagos pelo SIMPLES não foram considerados na apuração de saldo porventura devido quando do auto de infração, e que, seja por isso, ou seja pelo fato do prazo iniciar-se quando do ato declaratório de exclusão, não ocorreu a decadência.

Diante da ausência de valoração para o crédito tributário em discussão, fica a Contribuinte dispensada da apresentação de garantia recursal.

Subiram então os autos a este Colegiado, contendo 89 folhas, sendo a última sem numeração, tendo sido distribuídos, por sorteio, a este Relator, em Sessão realizada no dia 11/07/2006.

É o relatório.

Processo nº : 10380.005181/2003-48
Acórdão nº : 303-33.975

VOTO

Conselheiro Marciel Eder Costa, Relator.

Trata-se de pedido de restituição de tributo recolhido pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, tendo em vista Ato Declaratório de Exclusão com efeitos retroativos ao início do recolhimento do tributo.

A controvérsia dos autos gira em torno da ocorrência ou não da decadência.

Fundamenta a autoridade *a quo* que é o efetivo pagamento que extingue definitivamente o crédito tributário e, portanto, é desse marco que se inicia a contagem do prazo de cinco anos, sem vício de decadência, para a restituição de tributos (art. 168, I, CTN).

Por outro lado, justifica o Contribuinte que o marco inicial da decadência, no caso em comento, é o do pagamento do auto de infração lavrado em 2003 que não considerou as quantias pagas a título de SIMPLES quando do cálculo da COFINS e do PIS (art. 150, §3º, CTN), ou ainda, que pelo menos esse marco seria a data do ato que excluiu a empresa Recorrente do Sistema Simplificado, pois somente com a exclusão foi que nasceu o direito à restituição.

Tenho que razão assiste ao Contribuinte.

Neste sentido, comungo do entendimento do ilustre Conselheiro Silvio Marcos Barcelos Fiúza, quanto a possibilidade de se requerer a restituição dos pagamentos indevidos ao Sistema Simplificado de Pagamento de Impostos - SIMPLES, cujas razões acham-se estampadas no voto pelo mesmo proferido no Recurso nº 133.524, em que é recorrente Vila Inglesa Promoções e Eventos S/C Ltda, e que, *mutadis mutandis*, servem de supedâneo e fundamento do voto a seguir:

“O Recurso é tempestivo, pois intimada a tomar conhecimento do acórdão proferido em primeira instância através do AR da ECT que repousa às fls. 217 / 208 (Volume II), em data de 27/06/2005, apresentou suas razões recursais com anexos, devidamente protocolado na repartição competente em 26/07/2005 (fls. 219 a 232 – Volume II), estando revestido das demais formalidades legais para sua admissibilidade, é matéria de apreciação no âmbito deste Terceiro Conselho.

A controvérsia trazida aos autos cinge-se à ocorrência (ou não) da decadência (prescrição) do direito do recorrente de pleitear a

restituição/compensação dos valores que pagou em razão de sua opção pela sistemática do SIMPLES, no período de maio, junho e outubro / 1997.

Acontece, que em data de 21/06/2002, através do PARECER SACAT/DRF/SJC N° 13884.080/2002, com esteio no Processo n° 13884.004124/200-45 intentado pelo contribuinte ora recorrente, referente a sua inclusão retroativa na sistemática do SIMPLES, em virtude de ter cumprido com as normas legais aplicáveis a matéria, como seja: recolhido os valores no código 6106 (SIMPLES); elaborado e entregues as DIPJ (Modelo Simplificada), dentre outros, concluiu surpreendentemente pelo INDEFERIMENTO de sua OPÇÃO pelo SIMPLES, pelo fato de pretensamente a recorrente exercer atividade vetada (Promoção de Eventos), que a nosso ver, apenas para efeito de ilustração, completamente desmotivada, já que essa sua atividade não se tratava de "prestar ou vender serviços relativos às profissões expressamente listadas no art. 9º, inciso XIII da Lei 9.317/96."

Desta maneira, como é lógico, o recorrente, protocolou em data de 20/12/2002, o pedido de restituição/compensação formulado em obediência às normas legais e com fundamento no COMUNICADO SACAT 123/02 e do DESPACHO DECISÓRIO de 21/06/2002 (fls. 188), mesmo tendo apresentado o Processo que tramitou sob o N° 13884.004124/00-45.

Com base no DESPACHO DECISÓRIO que acolheu as conclusões a que chegou o Parecer SAORT N° 13884.210/2003, a ora recorrente teve negado o pedido de restituição dos valores pagos sob o regime do SIMPLES no ano de 1997, por pretensamente haver extinguido o prazo de pleitear sua compensação / restituição, pelo tido decurso do prazo de cinco anos, contados da data de efetivação do recolhimento.

Ora pois, se por um lado, a legislação vigente permite que o contribuinte faça a opção pelo SIMPLES sem a prévia manifestação do Fisco, não impedindo a sua apreciação posterior, quanto a legalidade daquele ato, por parte da Receita Federal, com vistas a verificação da regularidade da opção, porquanto, quando o Fisco apura que a empresa optou indevidamente pelo regime do SIMPLES, não somente pode, como é dever excluí-la de tal sistemática, isto no momento de sua apreciação, a partir da data do ato ilegal, quando comunicará o fato ao contribuinte da irregularidade cometida, que é exatamente o ato de exclusão, é claro que o mesmo direito se lhe é dado quanto a ver ressarcido os valores pagos indevidamente, mesmo porque, terá que pagar todos

os valores atrasados, destarte, dentro das novas modalidades com os acréscimos legais, muito mais onerosos.

Isto posta, pois a legislação competente em vigor, concede autorização legislativa para que a exclusão se possa dar com efeitos retroativos à data da situação excludente. Portanto, é de se registrar que o fato de a contribuinte ter efetuado opção, sem que houvesse manifestação do Fisco já naquele momento, não impede a apreciação posterior da legalidade daquele ato, haja vista que essa opção é faculdade do próprio contribuinte, que a exerce quando quiser, sujeitando-se, apenas, à fiscalização posterior da Receita Federal, tendente a verificar a regularidade da opção, uma vez que somente os contribuintes que atendam às condições previstas na lei podem exercer esse direito.

Desta forma, quando o Fisco apura que a empresa optou indevidamente pelo regime simplificado pode, e deve, excluí-lo de tal sistemática. Assim, apenas nesse momento, e não antes, a Receita Federal praticará ato comunicando o contribuinte da irregularidade que cometeu, que é exatamente o ato de exclusão ou indeferimento de inclusão retroativa, o que não é o caso deste processo.

A legislação competente corrobora os efeitos da exclusão da sistemática do Simples, com data retroativa já que o art. 73, da Medida Provisória nº 2158-34, de 27/07/2001, convalidada pela MP 2.158/35, de 24/08/2001, ainda vigente por força da Emenda Constitucional nº 32, alterou a redação do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, passando a haver autorização legislativa para que a exclusão se dê com efeitos retroativos à data da situação excludente.

Portanto, calcado nesse dispositivo legal, o art. 24 da Instrução Normativa SRF nº 250, de 2002, repetido pelo art. 24 da Instrução Normativa nº 355, de 2003, dispôs igualmente sobre os efeitos retroativos da exclusão do SIMPLES.

Constata-se, portanto, que as aludidas instruções normativas, ao fixarem a data de início dos efeitos da exclusão, bem conjugaram as disposições da Medida Provisória nº 2158-34, de 27/07/2001, que passou a autorizar a exclusão com efeitos retroativos, com a previsão do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1.999, que determina à Administração a observância do princípio da segurança jurídica.

Portanto, é lógico e evidente que no caso concreto, da ora recorrente, que recolheu os valores comprovadamente enquadrados

nessa Sistemática do SIMPLES, tem o direito líquido e certo, de ver ressarcida, quer por compensação, quer por restituição, a totalidade dos valores que supostamente pagou indevidamente, como declarou o Fisco, com prazo contado a partir da Declaração da SRF, ou seja a partir de 08/07/2002.

Se assim não fosse, o fisco estaria abandonando o princípio da moralidade pública, por locupletamento indevida pelo erário, cobrando valores que supostamente estariam atingidos pela decadência, para por outro lado, não efetivar as compensações e/ou restituições dos valores depositados nesse mesmo período, se valendo de artimanhas para início das contagens dos prazos, de ou lado, da data do recolhimento dos valores somente declarados ilegais em período bem posterior, e por outro lado, efetivando suas cobranças a partir dessa mesma data supostamente decadente.

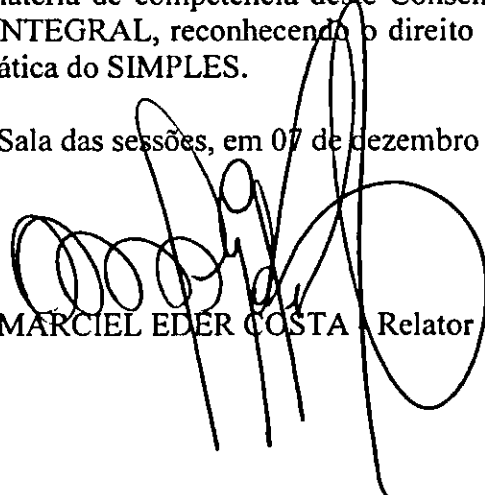
Diante do exposto, a nosso juízo, o pleito de restituição dos valores pagos pelo recorrente a título de SIMPLES, protocolado na repartição competente da SRF em 20/12/2002 é perfeitamente tempestivo.

Dessa forma VOTO por dar provimento ao Recurso Voluntário, para que seja efetivada a restituição dos valores pagos pelo recorrente com base na sistemática do SIMPLES, e que foram declarados como indevidos pela SRF, todos atualizados devidamente pelos índices e expurgos já pacificados”

Dessa, forma, restando provado que a ora Recorrente efetivamente suportou o ônus do tributo, conforme documentos de fls.04 e 27 dos autos, e também, em função do artigo 168, II do CTN, necessária se faz a restituição do indébito, nos termos em que fora requerido pelo Contribuinte.

Pelo exposto, conheço do recurso voluntário, por ser tempestivo e por tratar-se de matéria de competência deste Conselho, e voto no sentido de DAR PROVIMENTO INTEGRAL, reconhecendo o direito à restituição dos valores pagos quando da Sistemática do SIMPLES.

Sala das sessões, em 07 de dezembro de 2006.


MARCIEL EDER COSTA Relator