



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo n° 10860.721694/2013-79
Recurso Voluntário
Acórdão n° **1001-003.026 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária**
Sessão de 09 de agosto de 2023
Recorrente PANIFICADORA E MERCEARIA BONFIM LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

INDÉBITO NÃO CARACTERIZADO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. INADMISSIBILIDADE.

Admite-se pedido de restituição quando o suposto indébito restar plenamente caracterizado, hipótese não revelada nos autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário. Vencido o Conselheiro José Roberto Adelino da Silva (Relator), que dava provimento ao Recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Fernando Beltcher da Silva.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Beltcher da Silva – Presidente e Redator designado

(documento assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Fernando Beltcher da Silva, José Roberto Adelino da Silva e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão n° 108-004.712, da 5ª Turma da DRJ08, que considerou improcedente a Manifestação de Inconformidade (MI), apresentada, pela ora recorrente, contra o Despacho Decisório – DD (fl. 58/50).

Segue o relatório:

O AFRFB responsável pela análise do crédito relata que:

o contribuinte foi excluído do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/01/2009, em razão de débitos com a Fazenda Pública Federal (fls. 49/50), sendo que manifestação de inconformidade foi discutida nos autos de n°

16048.000153/2008-14, cujo Acórdão foi desfavorável ao contribuinte (fls. 52/57). O interessado não apresentou recurso, conforme pesquisa de fls. 51;

□ Depois disso, formalizou o processo de n.º 10860.722105/2012-99, cuja decisão culminou no indeferimento do pleito, consoante cópia que o próprio contribuinte anexa aos autos, às fls. 10/12, destacando as partes nas quais lhe foi informado do direito de pedir restituição, porém não ressaltando o trecho do parágrafo onde é alertado que deveria optar por outra forma de tributação. Abaixo reproduzo o referido parágrafo, litteris.

“Acrescente-se, ainda, que o interessado tributou seus rendimentos na forma do Simples Nacional na condição de não optante no período de 01/01/2009 a 31/12/2012, espontaneamente, devendo regularizar sua situação fiscal, solicitando restituição dos impostos e contribuições administrados pela RFB e optar por outra forma de tributação desde o ano-calendário de 2009, conforme os artigos 117 e 118 da Resolução CGSN n.º 94, de 2011, e a IN RFB n.º 1.300, de 2012.”

Em sua Manifestação de Inconformidade (MI), a ora recorrente alega, em síntese, que:

1.2 Data vênua, se a interessada não era optante do regime de tributação e ou estava excluída do Simples Nacional e fez o recolhimento nesta modalidade no período, a saber, de 01/01/2009 a 31/12/2009, fica indubitavelmente caracterizado o pagamento indevido, nascendo em razão disso o direito de restituição do valor pleiteado no processo administrativo em questão.

1.3 O único documento comprobatório, robusto e ou legítimo para efeito de reconhecimento do direito creditório no caso em tela são os DAS recolhidas indevidamente em 2009. (DAS - 2009, pagamentos em anexo ao pedido de restituição).

1.4 Existindo quaisquer débitos tributários, incluindo as multas de obrigações acessórias e ou de ofício caberá à autoridade fiscal com os termos da legislação tributária vigente antes de fazer qualquer restituição do direito creditório efetivar a compensação de ofício. (crédito x débitos).

1.5 Entendo que primeiro se analisa o direito creditório sendo este o mérito da questão, posteriormente se analisa OS débitos tributários. Encontrando débitos e se tendo crédito, compensação de ofício.

Segundo a DRJ, não há muito o que acrescentar em relação ao decidido pela DRF, concluindo que:

A requerente fundamenta o pleito em decisão administrativa proferida nos autos do processo n.º 10860.722105/2012-99 que manteve a exclusão da Requerente do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/01/2009. Conclui que os pagamentos efetuados desde então, com base no regime simplificado, tornaram-se indevidos.

Alega que a autoridade administrativa não pode condicionar o reconhecimento do crédito à regularização da sua situação fiscal.

De início vale lembrar que o Simples Nacional é um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, previsto na Lei Complementar - LC n.º 123/2006. Abrange tributos Federais (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IPI), Estaduais (ICMS) e Municipais (ISS).

Conforme disposto no artigo 21, § 5º da LC nº 123/2006 a compensação e a restituição dos valores recolhidos indevidamente é regulada pelo Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN.

Cita a Resolução CGSN 94/2011, em vigor à época, para justificar que a análise restringe-se, exclusivamente, aos tributos federais, não abrangendo, obviamente, o ICMS e o ISS. Assim, segue a decisão:

Pois bem, no tocante aos tributos Federais a ocorrência do indébito deve ser verificada em relação a cada parcela dos tributos que compõem o recolhimento imputado como indevido.

No caso a autoridade administrativa não localizou nos arquivos eletrônicos da RFB, informações relativas a apuração e pagamento dos tributos federais pertinentes ao ano calendário de 2009, motivando assim a expedição das intimações carreadas às fls. 35 e 38, pelas quais solicita a apresentação da DIPJ, DCTF e DACON.

A falta de apresentação da documentação em tela impossibilitou a verificação da existência indébito relativo à parcela dos tributos federais.

Assim ao contrário do que afirma a Requerente, a autoridade administrativa não condicionou a restituição à regularização da sua situação fiscal, mas sim à comprovação da existência do indébito através do confronto dos valores informados pelo contribuinte no cumprimento de suas obrigações acessórias.

Destarte, diante da falta de comprovação da ocorrência do indébito, o despacho decisório ora guerreado não merece reparos.

Cientificada em 08/07/2021 (fl.123), a recorrente apresentou o seu Recurso Voluntário (RV) em 09/08/2021 (fl. 123).

Em seu RV, a recorrente reitera os argumentos trazidos em sede de MI, ou seja, que recolheu os tributos pelo regime do Simples, no período de 01/2009 a 12/2009. Entretanto, consoante o acórdão 05-32.138, 1ª Turma da DRJ/CPS (fl.52 a 57), de 13/01/2011, a recorrente havia sido excluída do regime a partir de 01 de janeiro de 2009.

O valor original do crédito é de R\$24.011,45, excluído o ICMS.

Reafirma que a autoridade não arbitrou o lucro, cita as Súmulas CARF 76, 77 e 97 e o art. 142, do Código Tributário Nacional – CTN, a respeito de lançamento de tributos, o que não ocorreu e que *a liquidez e certeza do crédito tributário e ou reconhecimento do direito creditório em favor do interessado, ficou literalmente condicionado à apresentação de obrigações acessórias, DIPJ, DCTF e DACON consoante ao calendário de 2009, isto é, a regularização fiscal, a opção tributária, a tributação, seja pelo regime tributário.*

No entanto, a recorrente não fez opção por qualquer regime tributário (Lucro Real ou Presumido) e, portanto, não apresentou as obrigações acessórias.

Finalizando, aduz que:

4.3- De outro lado o Fisco Federal e Estadual ambos não arbitraram o lucro, se fizeram inoperantes. Não foi feito o cômputo dos tributos por arbitramento para o ano/2009.

4.4- As situações tributárias são paralelas não se confundem. A primeira situação tributária cuida do reconhecimento do direito creditório dos pagamentos feitos indevidamente no regime tributário SN no ano/2009, e, a outra, segunda situação é a regularização fiscal do interessado, seja pelo Lucro Presumido, Lucro

Real e ou Lucro Arbitrado, ausentes, inexistentes, fulminadas pelo decurso de prazo de 5 anos.

4.5- A possibilidade de se fazer o encontro de contas, do valor tributável e ou do tributo apurado pelo regime Lucro Presumido e ou Lucro Arbitrado foram fulminados pela decadência.

4.6- Não contam débitos para confrontar com o crédito do interessado. (pagamentos indevidos no Simples Nacional, ano de 2009).

4.7- Os recolhimentos no regime tributário, Lucro Presumido, Lucro Real e ou Lucro Arbitrado, são ausentes, inexistentes, fulminados pela decadência.

5.1- O Fisco Federal não apresentou nestes autos, o passivo tributário do contribuinte para efeito de encontro de contas e ou apuração do indébito. (Ausentes os débitos do ano de 2009).

5.2- O cômputo do indébito tributário, pagamentos feitos indevidamente no Simples Nacional, não guardam relação com as obrigações acessórias requeridas pelo Fisco Federal, DIPJ, DCTF e DICON. (Lucro Real e ou Presumido). Ausentes, inexistentes, fulminadas pelo decurso de prazo de cinco anos.

5.3- O reconhecimento do direito creditório e ou da liquidez e certeza do crédito tributário, independem da apresentação das obrigações acessórias requeridas.

Por fim, requer:

6.1- O reconhecimento do direito creditório dos valores recolhidos indevidamente no regime tributário Simples Nacional, consoantes às competências de 01/01/2009 a 31/12/2009, excetuadas os valores do ICMS.

6.2- A Restituição do crédito tributário remanescente dos recolhimentos feitos indevidamente pela interessada no regime tributário Simples Nacional, apurados no período de 01/01/2009 a 31/12/2009, com as devidas atualizações, art. 39, parágrafo 4º, da Lei 9.250/95.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos, determinados pelo Decreto 70.235/72, portanto, dele eu conheço.

Inicialmente, destaco o que diz a Resolução CGSN 94/2011, a respeito da restituição, conforme devidamente consta do Acórdão da DRJ:

Do Direito à Restituição

Art. 117. A ME ou EPP, no caso de recolhimento indevido ou em valor maior que o devido, poderá requerer restituição. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, §§ 5º a 14)

Parágrafo único. Entende-se como restituição, para efeitos desta Resolução, a repetição de indébito decorrente de valores pagos indevidamente ou a maior pelo contribuinte, por meio do DAS. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, § 5º)

Art. 118. A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional somente poderá solicitar a restituição de tributos abrangidos pelo Simples Nacional diretamente ao respectivo ente federado, observada sua competência tributária. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, § 5º)

§ 1º O ente federado deverá: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, § 5º)

I - certificar-se da existência do crédito a ser restituído, pelas informações constantes nos aplicativos de consulta no Portal do Simples Nacional;

II - registrar em controles próprios, para transferência ao aplicativo específico do Simples Nacional, quando disponível, os dados referentes à restituição processada, contendo:

- a) número de inscrição no CNPJ;
- b) nome empresarial;
- c) período de apuração;
- d) tributo objeto da restituição;
- e) valor original restituído;
- f) número do DAS objeto da restituição.

§ 2º O processo de restituição deverá observar as normas estabelecidas na legislação de cada ente federado, observando-se os prazos de decadência e prescrição previstos no CTN. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, §§ 12 e 14)

§ 3º Os créditos a serem restituídos no Simples Nacional poderão ser objeto de compensação de ofício com débitos junto à Fazenda Pública do próprio ente. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, § 10)

Vê-se que o processo de restituição, na verdade, não condiciona restituição ao fato de o contribuinte ter apresentado ou não as obrigações acessórias. No caso, o contribuinte nem teria como apresenta-las, posto estar sob o Regime do Simples.

Ao ser excluído do referido regime, caberia ao contribuinte apresentá-las e recolher os tributos devidos consoante o regime de tributação a que estiver sujeito. No entanto, isto não ocorreu, tal como afirmado pela recorrente e confirmado pela DRJ.

Dispõem as Súmulas CARF 76 e 77

Súmula CARF nº 76:

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018)

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.

Vê-se que a DRJ não questionou os comprovantes de recolhimento anexados pela recorrente, como se vê da conclusão que aqui, com a devida vênia, repito:

Assim ao contrário do que afirma a Requerente, a autoridade administrativa não condicionou a restituição à regularização da sua situação fiscal, mas sim à comprovação da existência do indébito através do confronto dos valores informados pelo contribuinte no cumprimento de suas obrigações acessórias.

Ora, se as obrigações acessórias não foram entregues, à autoridade administrativa caberia aplicar as devidas sanções.

Assim, caberia à autoridade administrativa efetuar o lançamento dos tributos devidos, em razão da exclusão do contribuinte do Regime do Simples (posto que este não o fez),

bem como, como já dito, aplicar as penalidades pelo não cumprimento das obrigações acessórias..

Cabe citar o que dispõem os art. 165 a 168, do CTN:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.

Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar.

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (Vide art 3 da LCp nº 118, de 2005)

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Portanto, resta claro que estamos diante de um pedido de restituição que não se sujeita, em nenhuma hipótese, consoante a legislação retro, ao cumprimento de obrigações acessórias. Este está subordinado, claramente, às regras estabelecidas nos artigos 117 e 118, da Resolução CGSN 94/2011, supra.

Assim, dou provimento ao Recurso Voluntário para autorizar a restituição dos valores indevidamente recolhidos, evidentemente, excluídos os valores do ICMS.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva

Voto Vencedor

Conselheiro Fernando Beltcher da Silva, Redator designado.

Com as vênias de estilo ao Ilustre Relator, a posição majoritária do colegiado no julgamento foi por negar provimento ao recurso do contribuinte, pelas razões que passo a discorrer.

Digo, inicialmente, que Simples Nacional não é tributo, mas tão somente um regime simplificado e unificado de recolhimento de diversas exações.

O suposto indébito reclamado pelo contribuinte não restou caracterizado, em face de carência de provas.

Isso porque o simples fato de, segundo alega a Recorrente, a autoridade fiscal não haver constituído os tributos mediante lançamento de ofício (Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social e Contribuição para o PIS) não faria, por si só, tornar os pagamentos indevidos.

Sua exclusão do regime simplificado não desfez sua condição de sujeito passivo, pois auferira renda, obtivera faturamento, fatos geradores dos tributos federais reunidos naquela sistemática.

Caberia à Recorrente, mediante documentação hábil e idônea (livros contábeis e fiscais, notas fiscais e afins), comprovar que recolhera valor a maior no Simples, a título de cada tributo, do que o devido em nova sistemática.

É cediço que o ônus de provar os fatos alegados, constitutivos do direito pleiteado, é do autor do feito, no caso, a Recorrente, como assim prescrevem o art. 36 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e o inciso I do art. 373 do Código de Processo Civil.

E o Decreto n.º 70.235, de 1972, estabelece, em seu art. 16, que a impugnação *mencionará os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir* (grifou-se).

Assim, a despeito do pleno exercício dos direitos ao contraditório e à ampla defesa oportunizados, restou carente da adequada fundamentação e comprovação o fato alegado pelo contribuinte.

Saliento que o julgador administrativo deve lançar-se tão somente sobre a situação colocada nos autos, não lhe competindo, na tentativa de suprir deficiências causadas pela Recorrente, substituí-la na obrigação de produção de provas, preponderando, ao fim e ao cabo, o princípio do livre convencimento conferido à autoridade julgadora (art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 1972).

Ademais, a leitura do esmerado relatório revela que o contribuinte, por anos a fio, discutiu administrativamente sua exclusão de ofício do Simples Nacional (processo n.º 16048.000153/2008-14) e a posterior negativa de reinclusão no regime (processo n.º 10860.722105/2012-99).

A par da decisão proferida pela autoridade fiscal no segundo processo citado no parágrafo anterior, o contribuinte adotou duas providências: apresentou manifestação de inconformidade e formalizou pedido de restituição dos valores pagos no âmbito do Simples Nacional (competências do ano-calendário 2009).

Ou seja, enquanto discutia sua inadmissão no regime simplificado de recolhimento de tributos, percorria caminho alternativo para reaver o que pagara.

Enquanto isso, intimada a optar por forma de apuração diversa, dada sua exclusão, ficou-se inerte a Recorrente.

Intimada a apresentar as correspondentes declarações, providência alguma a Recorrente adotou. **Intimada a desistir formalmente da discussão administrativa objeto do processo n.º 10860.722105/2012-99** (fl. 38), a Recorrente deixou que aquele contencioso seguisse seu rumo, provocando e retroalimentando a discussão.

Ora, são deveres do administrado perante a Administração, dentre outros, expor os fatos conforme a verdade, proceder com lealdade e boa fé, não agir de modo temerário, prestar as

informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos (art. 4º da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A boa fé, esperada das e pelas partes, é objetiva, ou seja, independe de haver boas ou más intenções.

O comportamento pautado na boa fé também é expresso no art. 5º do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015).

Portanto, o contribuinte quer, indevidamente, lograr proveito dos obstáculos, legítimos ou não, gerados por si mesmo, o que não comporta espaço no ordenamento jurídico pátrio.

Logo, nada há a reformar na decisão recorrida.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Beltcher da Silva