MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 11516.005497/2009-13

Processo nº	11516.005497/2009-13
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**1201-003.952 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	12 de agosto de 2020
Recorrente	LV ALIMENTOS E SERVIÇOS LTDA. EPP
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

PAGAMENTO. DESISTÊNCIA DO LITÍGIO.

A extinção sem ressalva do débito, mediante pagamento, importa em desistência do litígio apenas do processo relativo à constituição do crédito tributário correspondente. A apresentação de manifestação de inconformidade contra ato de exclusão do Simples Nacional não é elidida pelo pagamento de crédito tributário relativo à auto de infração lançado, cujo crédito é controlado em processo distinto.

NORMAS PROCESSUAIS. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

Em homenagem ao princípio de duplo grau de jurisdição, a materialidade do pedido deve ser apreciada pela jurisdição *a quo*, sob pena de supressão de instância.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, para acolher os argumentos da defesa no que concerne à impropriedade da decisão de primeira instância, que havia decidido em não conhecer da manifestação de inconformidade.

(documento assinado digitalmente)
Ricardo Antonio Carvalho Barbosa – Relator e Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ricardo Antonio Carvalho Barbosa (Presidente), Neudson Cavalcante Albuquerque, Gisele Barra Bossa, Allan Marcel Warwar Teixeira, Alexandre Evaristo Pinto, Efigênio de Freitas Júnior, Jeferson Teodorovicz e Bárbara Santos Guedes.

Relatório

LV ALIMENTOS E SERVIÇOS LTDA. EPP recorre a este Conselho Administrativo pleiteando a reforma do acórdão proferido pela DRJ/BEL de nº 01-27.549, fls. 408/415, que não conheceu da manifestação de inconformidade apresentada pelo contribuinte.

O litígio decorreu da emissão do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 02, de 11 de janeiro de 2010, fls. 48, que excluiu o interessado do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, nos seguintes termos:

> Art. 1° O contribuinte LV ALIMENTOS E SERVIÇOS LTDA EPP, CNPJ 01.084.420/000166, excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, haja vista suas despesas incorridas no ano calendário de 2007 ser superior a 20% (vinte por cento) do valor de ingressos de recursos no mesmo período, fato que importa na sua exclusão de oficio do Simples Nacional, com fundamento no artigo 29, inciso IX, da Lei Complementar n° 123/2006.
>
> Art. 2° A presente exclusão surtirá efeitos a partir de 1° de julho de 2007, conforme disposto no artigo 29, § 1 0, da LC n° 123, facultada a apresentação de manifestação de inconformidade, no prazo de 30 (trinta) dias da ciência, à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis — SC.

Devidamente cientificada, apresentou contestação em 29/4/2010, fls. 49/58.

A DRJ/Belém apreciou a lide em 24/10/2013, acórdão nº 01-27.549, fls. 408/415, não conhecendo, por maioria de votos, a manifestação de inconformidade. Constam no voto vencedor os seguintes fundamentos:

> Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais (Art. 158 do CPC). A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a decisão, não poderá recorrer. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer (art. 503 do CPC).
>
> No presente caso o contribuinte pagou (em 28/05/2010, fl. 402) os valores lançados decorrentes da exclusão da sistemática do Simples. Observar que a exclusão deu-se em 30/03/2010 (fl. 48), e o recurso à exclusão foi protocolado em 23/04/2010 (fl. 49). Na impugnação o contribuinte pede a anexação dos processos referentes (11516.001244/2010-04 - AI n° 37.275.0834, 11516.001245/2010-41 - Al n° 37.275.0842, 11516.001246/2010-95 - AI n° 37.275.0850), mas em seguida paga os débitos. Desta forma, considero que houve o reconhecimento do crédito tributário com a conseqüente desistência do recurso administrativo à exclusão do Simples.
>
> Isto posto, voto por não conhecer da manifestação de inconformidade (fls. 49/58).

Cientificado da decisão em 29/1/2014, fls. 455, o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário em 25/2/2014, fls. 418/431, contrapondo-se à decisão de primeira instância com base nos argumentos a seguir sintetizados:

> Pontos de Discordância:
>
> - A Recorrente reconhece que realizou o pagamento dos valores constantes dos Auto de Infração (11516.001244/2010-04 - AI n° 37.275.0834, 11516.001245/2010-41 - AI n° 37.275.0842, 11516.001246/2010-95 - AI n° 37.275.0850) e comunicou o erário.

Documento nato-digital

- Alega que tal procedimento foi efetuado, tendo em vista que, o conteúdo material que sustentou os Autos de Infração configurava em tese crime de sonegação de contribuição previdenciária. Inclusive lançando a tipificação fixada no Código Penal (DL n. 2.848/1940).

Alega que havia escritivo condicionante, tal como "PODERÁ ser emitida Representação para fins Penais". O Auditor foi impositivo asseverando "SERÁ emitida Representação para fins Penais".

Isso tudo se configurou no curso do procedimento administrativo. Pois, a Recorrente/Impugnante ao consultar a posição administrativa (doc. 3, em 18/05/2010) se deparou com dois novos processos (11516.001247/2010-30 e 11516.001248/2010-84). Ao aprofundar a consulta percebeu que se tratavam de duas Representações Fiscais para fins Penais (Previdenciários) iniciadas (docs. 4).

- Assim, mesmo com suas razões postadas por meio de Impugnações, a bem de evitar todo e qualquer risco, especialmente incômodos no âmbito penal, a Recorrente/Impugnante realizou os pagamentos em 30/05/2010 na forma estabelecida.

- Explica que poderia, alternativamente, realizar DEPÓSITO FACULTATIVO do *quantum*, no entanto essa modalidade não eliminaria a continuidade das Representações. Dado que é causa de SUSPENSÃO e não de EXTINÇÃO.

- Como foi enquadrada em tipificações penais tanto do Código Penal (DL n. 2.848/1940; Lei n. 9.983/200) quanto na Lei 8.137/90 - Crimes Contra Ordem tributária, entendeu que a forma incontroversa de EXTINGUIR a punibilidade seria o pagamento integral, como o fez. Por isso formalizou informando à Recorrida/Impugnada da realização do pagamento do valor integral.

- No entanto, tal decisão (PAGAMENTO) não importou em desistência dessa Impugnação (11516.005497/2009-13) na esfera administrativa, por que tal inconformidade ataca o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS n. 02, de 11 de janeiro de 2010, em sua inteira subjacência. Como tal, este processo legal é munido de conteúdo substantivo e de exaustiva formalidade.

- Ad *orgumendum tatum*, considerado o PAGAMENTO como fato confessado, se aquele que confessou o fez em virtude de erro, a confissão pode ser revogada (Código de Processo Civil, art. 352).

- Depreende-se, pois, constatado que o fato confessado não ocorreu, portando eivado de certos vícios de origem, ou não ocorreu tal como foi confessado, o que dá no mesmo, então poderá se elidir os efeitos da confissão provando o erro, no caso o rol de equívocos.

- De outro ângulo, a interpretação absolutamente sumária do julgador vencedor não pode ferir preceitos constitucionais pétreos. Nessa esteira, da Constituição Federal de 1988 se extrai a ampla garantia ao *devido processo legal [due processo of law)*, como Direito Fundamental (ver, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" CF, art. 5°., LIV).

- De outra banda, não se pode cercear o direito ao homenageado direito ao contraditório (CF de 1988, art. 5°., inc. LV), pois um dos meios necessários à ampla defesa. Sendo assim, "nenhuma autoridade deve decidir qualquer conflito sem ouvir as partes nele envolvidas" (Machado, p. 295).

- Tal presunção de desistência (da ADE de Exclusão) não se sustenta. Por exemplo, em casos em que o contribuinte realiza pagamento a maior, ou cumpre obrigação tributária que mais tarde venha se declarar inconstitucional. Isso, em hipótese alguma, pressupõe concordância com a norma aplicada, ainda que munida de ilegalidade. Muito menos o

Documento nato-digital

impede de propor as medidas cabíveis, na esfera administrativa ou judicial. Na ocorrência de tal fato, o lançamento efetuado não será convalidado, porque a obrigação tributária é viciada. Assim, seus efeitos serão nulos, irrelevante, pois, qualquer confissão do contribuinte.

- O TRF da 5.° Região já se manifestou no sentido de que "a confissão de dívida não é irreversível e elisiva do direito de repetição do indébito, pois o recolhimento de tributo somente é devido em razão de lei" (TRF da 5.Q R, 1.° T, AC 105.131/AL, Rei. Des. Fed. Ubaldo Ataíde, j. em 1.710/1998, DJ de 16/4/1999, p. 563).

Esta decisão, aliás, nos conduz a um ponto em torno do qual doutrina e jurisprudência já se haviam pacificado há mais tempo, e que tem inteira pertinência com o tema deste artigo: a repetição do indébito (art. 165 do CTN).

- O art. 165 do CTN assevera que o direito à restituição do indébito independe de prévio protesto, o que significa dizer que o sujeito passivo da relação tributária tem direito à devolução do tributo pago indevidamente ainda que não tenha feito o pagamento movido por erro. A quitação pode ter ocorrido "espontaneamente", ou "voluntária e conscientemente", e ainda assim deverá haver restituição, em face da natureza *ex lege* da obrigação. Da mesma forma, se o contribuinte comprometeu-se a pagar parceladamente (e já quitou todo o parcelamento, ou não, isso é irrelevante), não será o fato de tê-lo feito "voluntária e conscientemente" que lhe retirará o direito de questionar a exigência, seja para pleitear sua restituição, seja para pleitear a extinção do crédito cujo pagamento ainda não foi feito.

- Desta forma, a decisão vergastada não pode prosperar, tanto no campo dos procedimentos administrativos quanto no, eventual, judicial.

- Consoante o amplamente demonstrado na inaugural, houve ERRO DE DIREITO, porque os agentes fiscais cometeram ERRO DE INTERPRETAÇÃO DOS FATOS (VIOLAÇÃO A DOMÍNIO NO MUNDO DA TÉCNICA).

- No entender da Recorrente a incorreta exclusão gerou prejuízos irreparáveis, pois obrigou a empresa a mudar de regime tributário mesmo em condições de permanecer no sistema simplificado (SIMPLES NACIONAL). Daí, o pagamento dos tributos informados naqueles processos serão objeto de repetição e/ou compensação de indébito, o que desde já NOTIFICA a Recorrida/Impugnada para fins de Interrupção de prazo prescricional.

- Finalmente, é de se gizar que qualquer fato confessado (PAGAMENTO) é irrelevante comparado ao fato VERDADEIRO.

Dos Pedidos

- Ante ao Exposto, requer a procedência do pedido, para ver colhidas as razões táticas e de direito, declarando a NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/FNS nº 02. de 11 de janeiro de 2010.

- Seja recebido e processado o presente Recurso, o admitindo como prova em favor da ora Recorrente/Impugnante, juntamente com os documentos pertencente a este processo, bem como os que agora faz a juntada;

- Que sejam declarados PROCEDENTES os argumentos trazidos neste Recurso, considerando as razões fáticas e de direito expostas;

- Por consequência, se desconstitua os efeitos dos procedimentos fiscais que originaram o Ato Declaratório referido;

Documento nato-digital

- A produção de todos os meios de prova admitidos, inclusive pericial, , bem como que os demais argumentos possam ser defendidos oralmente em sede de julgamento, a critério da Recorrente/Impugnante;

- Protesta pela autenticidade de todos os documentos juntados, por serem fiéis aos de origem;

- Que todas as intimações e correspondências sejam remetidas para o endereço do procurador que ora subscreve a presente, na Av. Rio Branco, n. 380, cj. 706, Bairro Centro, Florianópolis/SC, bem como todo e qualquer esclarecimento que seja dirigido a esse.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Antonio Carvalho Barbosa, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Conforme se depreende dos autos, em procedimento fiscal verificou-se que, durante o ano-calendário de 2007, o valor das despesas pagas pela Recorrente superou em 31% (trinta e um por cento) o valor das receitas, conforme demonstração simplificada abaixo:

Conta	Exercício 2007
Receita Bruta de vendas	..... 949.646,89
Total das despesas gerais	.....1.247.886,34
% EXCESSO Despesas sobre Receita	**31,41 %**

Como consequência, foi emitido o Ato Declaratório Executivo ADE DRF/FLS nº 02, de 11/1/2010, cujo litígio formado está sendo discutido no presente processo (nº 11516.005497/2009-13).

A exclusão do contribuinte da sistemática do Simples Nacional ensejou também a lavratura dos seguintes autos de infração, para cobrança de contribuições previdenciárias:

Auto de infração n° 37.275.0834 – Processo nº 11516.001244/2010-04;

Auto de infração n° 37.275.0842 – Processo nº 11516.001245/2010-41; e

Auto de infração n° 37.275.0850 – Processo nº 11516.001246/2010-95.

A DRJ/BEL decidiu não conheceu da manifestação de inconformidade, por considerar ter havido desistência tácita, a partir da constatação de que o contribuinte efetuou o pagamento integral do crédito tributário constante nos processos decorrentes.

Em seu recurso, o interessado discorda do acórdão da DRJ/BEL, alegando que teria efetuado os pagamentos, com o intuito de evitar incômodos no âmbito penal, haja vista que, paralelamente aos autos de infração, foram formalizadas Representações Fiscais para Fins Penais

Documento nato-digital

(processos nºs 11516.001247/2010-30 e 11516.001248/2010-84). Assim, assevera que não desistiu de discutir os motivos que ensejaram o ADE na esfera administrativa, apenas buscou evitar possíveis problemas ocasionados pelas representações fiscais.

Nesse sentido, alega que, se o pagamento for entendido como fato confessado, este pode ser objeto de revogação, nos termos Código de Processo Civil (art. 352).

Também considera que o valor pago pode ser objeto de restituição (art. 165 CTN). Cita julgados do Poder Judiciário no sentido de que a confissão de dívida não é irreversível e elisiva do direito de repetição do indébito, pois o recolhimento de tributo somente é devido em razão de lei.

Entendo assistir razão à Recorrente.

Não restam dúvidas de que o pagamento do crédito tributário constituído de ofício implica na desistência do direito de o contribuinte recorrer na esfera administrativa para discutir sobre a validade do lançamento correspondente.

As normas administrativas que disciplinam o julgamento no âmbito das DRJ são claras nesse aspecto, conforme se pode constatar no art. 26 da Portaria MF nº 341, de 2011:

> **Art. 26**. O pedido de parcelamento, a confissão irretratável da dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do processo.

Este normativo está em consonância com o que dispõe a legislação processual civil, conforme se depreende do comando contido no art. 1.000 do atual Código de Processo Civil CPC – Lei nº 13.105, de 2015 (correspondente ao art. 503 do código anterior – Lei nº 5.869, de 1973):

> **Art. 1.000.** A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer.
>
> Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem nenhuma reserva, de ato incompatível com a vontade de recorrer.

Assim, no presente caso se o pagamento efetuado pelo contribuinte envolvesse a cobrança de tributos que estivessem sendo controlados neste processo, não mereceriam reparos o acórdão guerreado.

Contudo, não foi exatamente o que ocorreu. Conforme demonstrado linhas atrás, a matéria aqui tratada (exclusão do Simples Nacional) é que ensejou a lavratura dos demais processos. Naqueles é que restaram evidenciadas as desistências de litígios, a partir dos pagamentos efetuados.

É certo que a procedência dos demais processos depende diretamente da validade do ADE aqui analisado. Porém, não se pode olvidar que o ato de exclusão do Simples Nacional tem consequências bem mais abrangentes do que as tratadas nos três processos em que ocorreram os pagamentos, alcançando fatos geradores futuros e diversos tributos, inclusive tributos estaduais e/ou municipais (os autos de infração se restringiram à cobrança de contribuições previdenciárias relativas à parte patronal e de terceiros).

Documento nato-digital

Por tal motivo, entendo que o comando contido no citado art. 26 da Portaria MF nº 341, de 2011 deve ser interpretado de forma restritiva, aplicando-se apenas ao processo em que o pagamento foi efetuado.

Destarte, acolho o argumento da defesa sobre a necessidade de que sejam analisadas as questões de mérito que justificaram emissão do ADE DRF/FLS nº 02, de 11/1/2010, fls. 48.

Considerando-se que tal matéria não foi apreciada no voto vencedor do acórdão da DRJ/BEL de nº 01-27.549, fls. 408/415, que decidiu não conhecer da contestação, é necessário o retorno dos autos à autoridade *a quo*, para proferir novo julgamento, em homenagem ao duplo grau de jurisdição.

Intimações dirigidas ao Procurador.

No que concerne à solicitação para que as intimações sejam dirigidas ao Procurador da empresa, não há como acolher tal pretensão. A matéria já se encontra pacificada no âmbito do contencioso administrativo, sendo, inclusive, sumulada nos seguintes termos:

> **Súmula CARF nº 110**
>
> No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.(Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Considerando-se que é dever dos conselheiros que compõem o CARF observarem as Súmulas editadas por este órgão, sob pena de perda de mandato (art. 45, inciso VI da Portaria nº 343, de 9 de junho de 2015), torna-se despiciendo no presente voto tecer maiores considerações sobre o assunto, por falta de objeto.

Conclusão.

Diante do exposto, **voto** no sentido de dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para acolher os argumentos da defesa no que concerne à impropriedade da decisão de primeira instância, que havia decidido em não conhecer da manifestação de inconformidade. Como consequência, os autos devem retornar à DRJ/BEL para apreciação das demais questões de mérito.

(documento assinado digitalmente)
Ricardo Antonio Carvalho Barbosa

Documento nato-digital