



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

Processo nº 19647.011449/2008-91
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1201-000.610 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 20 de setembro de 2018
Assunto RESTITUIÇÃO
Recorrente A.J.J. EMPRESA DE ALIMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado por maioria de votos, em converter o julgamento em diligência nos termos do voto do relator. Vencidas as conselheiras Ester Marques Lins de Sousa e Eva Maria Los.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente

(assinado digitalmente)

Paulo Cezar Fernandes de Aguiar - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eva Maria Los, José Carlos de Assis Guimarães, Luis Henrique Marotti Toselli, Rafael Gasparello Lima, Gisele Barra Bossa, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Luis Fabiano Alves Penteado e Ester Marques Lins de Sousa (Presidente).

Relatório.

Adota-se o relatório do Acórdão nº 1140.838 da 4ª Turma da DRJ/REC (fls. 96 a 102), com a complementação necessária em seguida:

O contribuinte A.J.J. EMPRESA DE ALIMENTOS LTDA, CNPJ/MF nº 08.071.185/0001-37, já qualificado neste processo, apresentou o pedido de restituição,

em 22/07/2008, a partir de pagamentos indevidos no bojo do Simples Federal nos períodos de apuração de janeiro de 2001 a dezembro de 2002.

Alegou o contribuinte que tinha optado pelo Simples Federal até o ano de 2003, quando sofreu uma ação fiscal em setembro de 2003, sendo desenquadrado do Simples desde o ano de 2001, inclusive, pois havia excedido o limite de receita bruta para a pequena empresa no ano de 2000. Tomou ciência do Ato de exclusão do Simples em 10/11/2003, tendo protocolizado o presente processo dentro do quinquênio contado da ciência desse Ato, não havendo falar em prescrição de seu direito. Ademais, a própria autoridade fiscalizadora anotou que o contribuinte poderia solicitar a compensação dos valores pagos no Simples a partir do período de apuração de janeiro de 2001, já que tais valores não foram abatidos quando da autuação.

Considerando a inércia da Administração em apreciar o pedido do contribuinte, este impetrou mandado de segurança, logrando conseguir liminar, em 11 de junho de 2012 (e sentença concessiva da segurança), que constrangeu a DRFB-Recife a apreciar o pedido, no prazo de 30 dias da liminar, com base no art. 24 da Lei nº 11.457/2007.

A pretensão acima foi indeferida pela autoridade competente da DRFB-Recife, em decisão datada de 06/07/2012, ao argumento de que o direito do contribuinte tinha sido exercido após o lustro constante do art. 168 do CTN.

Notificado da decisão acima em 12/07/2012, o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade em 02/08/2012, alegando, em síntese, que o termo *a quo* para contagem do prazo prescricional do seu direito de restituição somente poderia ser contado a partir da data em que a autoridade fiscalizadora o notificou da exclusão do Simples Federal, qual seja, 10/11/2003, e não do momento de cada pagamento indevido nos anos de 2001 e 2002, pois, na época dos pagamentos, os mesmos eram devidos, não podendo o contribuinte pedir restituição. Assim, o direito de repetição do indébito somente surgiu a partir de 10/11/2003, tendo o impugnante protocolizado o presente processo em 22/07/2008, dentro do quinquênio legal.

Por essa decisão, a manifestação de inconformidade foi julgada improcedente, conforme ementa abaixo transcrita:

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO QÜINQUÊNAL PARA OS PEDIDOS PROTOCOLIZADOS APÓS O INÍCIO DE VIGÊNCIA DA VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. PRAZO DECENAL PARA OS PEDIDOS PRETÉRITOS A TAL LEI.

De acordo com o Pleno do Supremo Tribunal Federal (RE nº 566.621), é inconstitucional o art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005, aduzindo que o prazo de restituição dos tributos por homologação é decenal para os pedidos feitos até o início da vigência do art. 3º da LC nº 118/2005, sendo quinquenal se posterior.

No recurso voluntário, é alegado que a decisão de primeira instância foi equivocada:

Se o contribuinte somente tomou conhecimento do seu desenquadramento do regime de tributação do SIMPLES em 10 de novembro de 2003, quando o Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal, ato administrativo aue reconheceu seus pagamentos como indevidos, lhe foi apresentado para ciência, não poderia antes disso sequer cogitar a possibilidade de estar recolhendo tributos indevidamente, pois era beneficiária regular e legal do regime de

tributação do SIMPLES e, como tal, estava cumprindo com suas obrigações perante o Fisco como bem definido em lei, nascendo tão somente nesse momento, no ano de 2003, o seu direito ao pleito de restituição frente à Receita Federal do Brasil (aplicando-se ao caso concreto, assim, a teoria da actio nata - o momento do início do curso da prescrição é determinado pelo nascimento da ação).

Essa foi a matéria efetivamente ventilada pela Recorrente em sua manifestação de inconformidade, e a respeito da qual se esperava que a decisão impugnada adotasse um posicionamento claro: reconhecida a validade da teoria da actio nata, seria procedente o direito da Recorrente; não reconhecida a validade da referida tese, julgar-se-ia improcedente a pretensão do contribuinte.

Não foi o que ocorreu!

O auditor fiscal relator da decisão recorrida inicia seu voto declarando expressamente que a teoria da actio nata há muito se encontra plenamente consolidada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, citando, inclusive, precedente ilustrativo da Colenda Câmara acerca do tema.

[...]Todavia, logo em seguida, o julgador administrativo declina sua opinião pessoal acerca do tema, revelando que discorda da validade da teoria da actio nata, tendo em vista que, supostamente, sua aplicação configuraria ameaça ao princípio da segurança jurídica (ignorando o fato de se tratar de tese consolidada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais há mais de 10 anos).

[...]A partir daí numa aparente tentativa de justificar a decisão de indeferimento ao final de seu voto, o auditor fiscal relator do decisum abandona a discussão acerca da teoria da actio nata, cerne do litígio, e inicia longa explanação acerca da evolução histórica do entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do prazo prescricional para restituição de tributos, passando pela constitucionalidade da Lei Complementar 118/2005, para, ao final simplesmente concluir que a Recorrente estaria pleiteando o reconhecimento de prazo decenal para seu pedido de restituição (argumento que nunca foi ventilado pelo contribuinte).

Em síntese, não se dedicou em analisar a aplicação da teoria da actio nata ao caso concreto.

*[...]Assim, a fundamentação do acórdão recorrido não faz sentido algum, tendo em vista que a Recorrente sempre concordou com o prazo prescricional de 05 (cinco) anos e seu direito é perfeitamente compatível com a LC 118/2005 (muito embora referida legislação não possua relevância na construção de sua tese), **buscando o reconhecimento, apenas, da aplicação da teoria da actio nata ao seu caso concreto**, tendo em vista que o termo a quo para início da contagem do prazo quinquenal em discussão, nos casos de reconhecimento administrativo do indébito posterior ao pagamento, não pode ser fixo e deve sempre ser fixado a partir da data de publicação do ato administrativo declaratório, conforme remansosa jurisprudência do E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.*

Ao final, é veiculado pedido assim redigido:

Diante do exposto, demonstrada a incoerência da fundamentação do deciso vergastado, pugna-se a V. S.^{as} pela total PROCEDÊNCIA do presente Recurso Voluntário, no sentido de reformar o r. acórdão, a fim de que seja reconhecido o direito da Recorrente à restituição tributária.

É o relatório.

Voto.

Conselheiro Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo, conforme carimbo e assinatura apostos no canto superior direito do documento, e atende aos demais requisitos de admissibilidade, dele devendo-se conhecer.

Antes da análise quanto à decadência para se efetuar o pedido de restituição, tendo-se em vista a data da ciência quanto ao ato declaratório de exclusão do Simples em face da aplicação da teoria da *actio nata*, e ainda o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, há que se verificar ter ou não havido a dedução dos tributos pagos na sistemática do Simples do valor exigido mediante os autos de infração.

Como informado no pedido de restituição, no próprio Termo de Verificação e de Encerramento de Ação Fiscal relativo à fiscalização que culminou na exclusão da recorrente do Simples e na lavratura dos autos de infração há o alerta para que se faça a solicitação da compensação (fl. 30)

Alertamos que o contribuinte pode solicitar compensação dos pagamentos do SIMPLES feitos, dos períodos de apurações 01/2001 a 12/2002, com parte dos débitos do presente processo.

Também, no recurso voluntário, há a informação de que os débitos controlados nos processos relativos aos lançamentos de ofício estão parcelados.

À fl. 31, consta extrato de sistema em que aparecem os números dos processos em situação "parcelamento":

ASSINALE COM 'X' PARA O PROCESSO QUE DESEJA CONSULTAR CT		
PROCESSO	SISTEMA	SITUACAO
- 19647-004441/2003-64	PROFISC	CONSOLIDADO
- 19647-004442/2003-17	PROFISC	CONSOLIDADO
- 19647-004443/2003-53	PROFISC	CONSOLIDADO
- 19647-004444/2003-06	PROFISC	CONSOLIDADO

Consultando-se o "site" deste colegiado, constam acórdãos para três dos referidos processos.

- Processo nº 19647.004441/2003-64, Acórdão nº 201-79.420, sessão de 29 de junho de 2006, e processo nº 19647.004442/2003-17, Acórdão nº 201-79.419, sessão de 29 de junho de 2006.

Em ambos, parte da ementa (alusiva ao que se analisa no presente processo) está assim redigida:

NORMAS PROCESSUAIS. COMPENSAÇÃO.

É de se reconhecer o direito à compensação de débitos da própria pessoa jurídica com créditos oriundos de pagamento efetuado indevidamente, em respeito à vedação de enriquecimento sem causa, por quaisquer das partes.

- Processo nº 19647.004443/2003-53, Acórdão nº 105-16.501, sessão de 24 de maio de 2007, ementa:

RECURSO VOLUNTÁRIO - PEDIDO DE DESISTÊNCIA Não se conhece de recurso voluntário, quando a parte interessada expressamente desiste do mesmo, faculdade que lhe assiste, em qualquer fase do processo (art. 16, do Regimento Interno).

Não consta nenhuma informação quanto ao processo nº 19647.004444/2003-06.

Em face do exposto, proponho seja o presente julgamento convertido em diligência, com a baixa dos autos à unidade da Receita Federal da circunscrição da recorrente para que:

a) seja informada a situação quanto aos parcelamentos dos débitos controlados nos processos 19647.004441/2003-64, 19647.004442/2003-17, 19647.004443/2003-53 e 19647.004444/2003-06;

b) se houve alguma dedução dos tributos originariamente lançados nos autos de infração, em face dos pagamentos do Simples.

A conclusão deverá constar em relatório circunstanciado do qual se dará ciência à recorrente para que, querendo, manifeste-se a respeito, no prazo de trinta dias.

Em seguida, os autos devem retornar ao CARF.

(assinado digitalmente)

Paulo Cezar Fernandes de Aguiar