



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19647.011449/2008-91
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-003.414 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de dezembro de 2019
Recorrente A.J.J. EMPRESA DE ALIMENTOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2001, 2002

RESTITUIÇÃO. TRIBUTOS PAGOS NO SIMPLES. EXCLUSÃO. TERMO INICIAL DE PRESCRIÇÃO.

O erro procedimental adotado pela fiscalização, que deixou de deduzir os recolhimentos feitos na sistemática do Simples (compensação de ofício) quando do lançamento de ofício dos tributos considerados devidos, tem o condão, nesse caso concreto, de deslocar o termo inicial da prescrição para reaver o indébito, nesse caso concreto, da data do pagamento para a data de ciência do Auto de Infração de exclusão do contribuinte do Simples.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa, Efigênio de Freitas Júnior, Alexandre Evaristo Pinto, Bárbara Melo Carneiro e Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente).

Relatório

Trata-se de processo administrativo decorrente de Pedido de Restituição (fls. 2/4), **protocolizado em 22/07/2008**, por meio do qual o contribuinte pretende reaver os valores recolhidos no regime do Simples (Lei n. 9.317/96), referentes aos anos de 2001 e 2002, tendo em

vista sua exclusão deste regime de tributação e posterior parcelamento dos débitos exigidos de ofício pela fiscalização em lançamentos tributários específicos.

Aduz o contribuinte que, de acordo com o Termo de Verificação Fiscal que resultou no desenquadramento da empresa do Simples (fls. 28/30) e respectivos lançamentos, ela própria teria sido alertada acerca da existência do indébito e sua possibilidade de compensar ou restituir os pagamentos feitos naquela sistemática e que deixaram de ser abatidos.

Por meio do despacho decisório de fls. 40/42, o pedido em questão foi indeferido, sob a alegação de ocorrência de prescrição, com fundamento no artigo 168 do CTN, afinal os pagamentos objeto do pleito de restituição teriam ocorridos há mais de cinco.

A contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade (fls. 45/50), alegando que houve erro no termo inicial de contagem para fins de prescrição. Para essa situação particular, sustenta que o termo inicial não corresponde à data do recolhimento, mas sim à data da sua exclusão do Simples (tese da *actio nata*). Nas suas palavras:

Não se pode, portanto, considerar como datas de "recolhimento indevido" a que faz alusão o art. 900, I do RIR, simplesmente os anos de recolhimento dos tributos, quais sejam, 2001 e 2002, tendo em vista que na ocasião tais valores eram plena e legalmente devidos.

Em verdade, a pretensão da Requerente é demonstrar que os valores que recolheu a título de beneficiária do regime do SIMPLES só vieram a adquirir status de "indevidos" a partir do momento em que a Autoridade Fiscal competente reconheceu, através de ato administrativo, sua exclusão do referido regime tributário.

Com efeito, a Requerente 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 que reconheceu seus pagamentos como indevidos, lhe foi apresentado para ciência.

Desta feita, 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.

A DRJ/REC, por meio do Acórdão 11-40.838 (fls. 96/102), julgou a manifestação improcedente, reconhecendo a prescrição sob a justificativa de que "*para a restituição tributária, aplica-se o prazo quinquenal para os processos administrativos protocolizados após 09/06/2005. Para os processos administrativos protocolizados em data anterior à citada, o prazo para solicitar a restituição é decenal.*"

Intimada dessa decisão em 17/06/2013 (fls. 106), a contribuinte, em 11/07/2013, interpôs recurso voluntário (fls. 109/117). Reitera as alegações de defesa, rebate determinados pontos da decisão da DRJ e invoca precedentes do Carf que teriam reconhecido a aplicação da tese da *actio nata* em situações semelhantes.

Encaminhados os autos o CARF, sobreveio pedido de diligência (Resolução n. 1201-000.610 – fls. 144/148), que foi assim formulado:

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 19647.004441/200364, 19647.004442/200317, 19647.004443/200353 e 19647.004444/200306;

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.

O resultado da diligência foi levado a termo na Informação de fls. 210/211, do qual reproduzo a seguinte passagem:

Pois bem, a informação requerida na alínea ‘a’ acima foi respondida pela Seção de Parcelamento Fazendário à fl. 175, onde consta que o parcelamento onde ultimamente se encontravam os quatro processos supracitados – o parcelamento regido pelo art. 3º da Lei 11.941, de 27/05/2009, na modalidade de débitos sob controle da RFB – foi encerrado por liquidação. Após o encerramento do referido parcelamento todos os débitos vinculados a esses quatro processos passaram à situação de extintos, obviamente, como mostram os extratos de encerramento às fls. 155/174, emitidos a partir do Sistema Integrado de Informações Econômico-Fiscais (Sief), onde é feito o controle desses processos.

Quanto à pergunta da alínea ‘b’, no próprio ‘Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal’ do procedimento do qual resultou a lavratura dos quatro processos supracitados o Auditor responsável pela lavratura informou 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*”, o que mostra que esses recolhimentos não foram deduzidos na lavratura dos autos de infração, fato que é do conhecimento do Carf.

Também em nenhum momento posterior à lavratura os pagamentos feitos para o Simples foram utilizados para abater os débitos dos autos de infração, pois no Sief constam apenas as extinções feitas no parcelamento da Lei 11.941/2009, e no Sistema de Processos Fiscais (Profisc), que controlava os processos antes de eles migrarem para o Sief, constam apenas extinções decorrentes da apropriação de guias de recolhimento do parcelamento regido pela Medida Provisória 303, de 29/06/2006, conhecido como Paex, e extinções determinadas pelo julgamento da 1ª instância administrativa, como mostram os extratos às fls. 176/209. Não houve extinção por compensação nem por apropriação direta de guias comuns (distintas das dos parcelamentos), portanto.

Registro que as extinções determinadas pelo julgamento pela 1ª instância administrativa decorreram apenas de alterações nas bases de cálculo utilizadas para os meses de outubro de 2000 e de novembro de 2001, e não de compensação com guias de recolhimento, a qual foi expressamente negada pela Delegacia de Julgamento.

Observe-se que a compensação com as guias do Simples, que fora negada pela 1ª instância administrativa, foi acolhida pelo Conselho de Contribuintes nos julgamentos dos processos 19647.004441/2003-64 e 19647.004442/2003-17, realizados em 29/06/2006.

Ocorre que após os julgamentos o próprio Conselho de Contribuintes consignou em 16/11/2006 à fl. 411 do processo 19647.004441/2003-64 e em 13/11/2006 à fl. 407 do processo 19647.004442/2003-17 que os respectivos acórdãos estavam prejudicados em razão da apresentação de desistências dos recursos. Isso fez com que as compensações não fossem registradas.

Concluo, portanto, que os débitos dos processos 19647.004441/2003-64, 19647.004442/2003-17, 19647.004443/2003-53 e 19647.004444/2003-06 estão todos extintos e que em nenhum momento foram deduzidos desses débitos recolhimentos feitos para o Simples para os períodos de apuração de janeiro/2001 a dezembro/2002.

Cientificada do resultado da diligência, a contribuinte não se manifestou.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende os demais pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Restou comprovado que a Recorrente esteve inscrita no Simples nos anos de 2001 e 2002, tendo efetuado recolhimentos mensais dos tributos federais naquela sistemática em todos os meses relativos ao período em comento (cf. Darfs de fls. 13/27). **O último pagamento (competência de dezembro/2002) ocorreu em 10/01/2003.**

Também restou demonstrado que a contribuinte, após fiscalização, foi excluída do Simples nos termos do Ato Declaratório publicado no Diário Oficial em 20/10/2003, o que ensejou: (i) para os anos de 1999 e 2000, a cobrança de diferenças oriundas de tributação sobre base de cálculo a menor do que a devida; e (ii) **para os referidos anos de 2001 e 2002, tributação mediante arbitramento do lucro e sem abatimento de quaisquer valores recolhidos no Simples.**

Com efeito, de acordo com o TVF de fls. 28/30, cuja ciência ao contribuinte se deu em 10/11/2003 (fls. 30):

O contribuinte em tela, optou pelo SIMPLES nos anos calendários de 1998, 1999, 2000, 2001 e 2002. No **ano base de 1999**, o mesmo teve uma receita declarada na Declaração de Renda de PJ de R\$ 291.350,00, sendo que a receita efetiva do mesmo constante no livro de apuração de ICMS e na base da Secretaria da Fazenda do F.stado de PE, foi de R\$ 970.282,00. No **ano de 2000**, Declarou pelo SIMPLES RS 328.147.40 e nos livros fiscais e no Estado R\$ 1.639.891,39. No ano de **2001**, teve uma receita declarada na Declaração do SIMPLES de R\$ 504.741,53, e no Livro de Apuração de ICMS R\$ 2.154.228,59. No ano de **2002**, declarou no SIMPLES R\$ 1.469.348,60 e no Livro de Apuração de ICMS, RS 6.201.788,78.

Como se nota pelo resumo acima, no ano calendário de 2000, o contribuinte teve receita de R\$ 1.639.891,39, portanto acima do permitido de (RS 1.200.000,00), o que não podia optar pelo SIMPLES, entretanto o fez. Desta **forma**, como há diferenças entre o declarado e o efetivamente ocorrido, nos anos de 1999 e 2000, **estas** diferenças serão lançadas através; de auto de infração do SIMPLES, e nos anos seguintes de 2001 e 2002

será feito o ARBITRAMENTO DO LUCRO, haja vista a não existência da escrita contábil (livro caixa, balancetes mensais, razão/diário).

Foi solicitado o desenquadramento do SIMPLES, no ano calendário 2001, o que foi concedido por ato do Delegado da Receita Federal em Recife-PE, conforme Ato Declaratório nº 91, publicado no Diário Oficial da União n. 203, em 20/10/2003, cujo efeito foi a partir do ano calendário de 2001.

Assim sendo, constituímos o crédito tributário, referente aos tributos acima. Para os anos bases de 1999 e 2000 foi lavrado Auto de Infração do SIMPLES, com os respectivos reflexos, e para os anos bases 2001 e 2002 foi lavrado Auto de Infração por arbitramento do IRPJ com auto reflexo de CSLL e mais os autos de Infrações de PIS e COFINS. Referidos autos de infrações serão protocolados apartados, e correspondem aos seguintes valores:

(...)

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.

Após a realização da diligência requerida por esse Colegiado, a autoridade fiscal responsável se certificou que os valores cobrados como resultado da exclusão do Simples já foram integralmente liquidados por parcelamentos. Também foi atestado que os tributos pagos em 2001 e 2002 na sistemática do SIMPLES não foram abatidos ou deduzidos, caracterizando, portanto, pagamentos indevidos passíveis de compensação ou restituição.

A controvérsia é se houve ou não a prescrição quinquenal quanto ao pedido de restituição formulado. Para tanto, mister responder a seguinte questão: qual é o *dias a quo* para efeitos de contagem da prescrição nesse caso concreto? Aplica-se a regra geral, qual seja, a da data dos recolhimentos ou o termo inicial de contagem dos cinco anos corresponde à data da ciência da exclusão do Simples?

Aos olhos da decisão recorrida, a prescrição deve ser aferida com base na regra geral. Assim, como o pedido de restituição apenas foi feito em 22/08/2008, sendo o último pagamento indevido datado de 10/01/2003, o pleito estaria prescrito.

Já o contribuinte entende aplicável ao presente caso a “teoria da *actio nata*”, o que desviaria o termo inicial da data do recolhimento para a data de sua exclusão no Simples (20/10/2003, se considerada a publicação do ADE ou 10/11/2003, caso considere a ciência do TVF que motivou sua exclusão). E valendo-se de qualquer uma dessas duas datas, o pedido de restituição teria sim feito dentro do prazo legal de cinco anos, o que afastaria a prescrição.

Antes, porém, de buscar uma resposta objetiva às questões que devem ser enfrentadas nesse contencioso, é importante não perder de vista o comando legal previsto no artigo 142 do CTN, *in verbis*:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional

Como se percebe, a administração pública, ao constituir determinado crédito tributário de ofício, tem a obrigação de calcular corretamente o montante do tributo devido.

E em se tratando de lançamento tributário decorrente da exclusão do contribuinte no regime simplificado (Simples), dispõe a Súmula CARF nº 76 que *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.*

Ocorre, porém, que a fiscalização, após excluir a contribuinte do Simples, lançou de ofício cada um dos tributos apurados, mas sem deduzir os recolhimentos feitos pelo contribuinte.

A diligência, conforme visto, atestou que o fisco não deduziu os tributos recolhidos no Simples – como deveria ter feito –, bem como que o contribuinte liquidou os tributos exigidos de ofício integralmente.

Vale dizer, o fisco não fez a “compensação de ofício” que deveria ter feito, transferindo o ônus de reaver os tributos pagos indevidamente no Simples ao contribuinte.

Esse “erro procedimental”, além de ter gerado multa de ofício em excesso (matéria que não integra esta lide), a meu ver tem o condão de deslocar o termo inicial da prescrição para reaver o indébito, da data do recolhimento para a data de ciência da exclusão do Recorrente do Simples, uma vez que foi este o momento do qual o indébito se materializou.

Quando dos recolhimentos, o contribuinte estava regularmente no Simples, tendo sido excluído de ofício justamente em razão da conclusão do trabalho fiscal, o que reforça a inaplicabilidade da regra geral da prescrição nessa situação particular.

Considerando, então, que o termo inicial data de **10/11/2003** – data da ciência do Auto de Infração de exclusão do Simples – e que o pedido de restituição foi apresentado em **22/07/2008**, dentro de cinco anos, portanto, não há que se falar em prescrição.

Dessa forma, dou provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli