



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

**Processo n°** 10725.000938/2010-98  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** **1002-000.252 – Turma Extraordinária / 2ª Turma**  
**Sessão de** 7 de junho de 2018  
**Matéria** Simples - Exclusão.  
**Recorrente** M M P F LANDIM SERVIÇOS DE LIMPEZA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

**Ano-calendário: 2011**

NULIDADE DA DECISÃO. IMPOSIÇÃO DO JULGAMENTO DO MÉRITO EM FAVOR DO CONTRIBUINTE, POR SUA POSSIBILIDADE.

Em obediência ao § 3.º do art. 59 do Decreto n.º 70.235/72, não se declara a nulidade quando a decisão de mérito favorece o contribuinte, a quem aproveitaria a declaração de nulidade.

MIGRAÇÃO AUTOMÁTICA INDEVIDA. DÉBITOS CORRESPONDENTES INSUBSISTENTES.

Débitos com exigibilidade não suspensa decorrentes exclusivamente de migração automática indevida a que deu causa a própria RFB, tendo o contribuinte manifestado opção pelo lucro presumido no período e pago os tributos por este regime de tributação, não se identificam com os débitos de que trata o art. inciso V do art. 17 da Lei Complementar n.º 123/2006.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

*(assinado digitalmente)*

Aílton Neves da Silva - Presidente.

*(assinado digitalmente)*

Angelo Abrantes Nunes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aílton Neves da Silva, Breno do Carmo Moreira Vieira, Leonam Rocha de Medeiros e Angelo Abrantes Nunes.

## Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo recorrente em face de decisão proferida pela 1.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro 1 (DRJ/RJ1) mediante o Acórdão n.º 12-34.681, de 09/12/2010 (e-fls. 80 a 83), objetivando a pronúncia de nulidade ou a reforma do referido julgado.

O relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância bem sintetiza o ocorrido, pelo que peço licença para transcrevê-lo, a seguir, complementando-o ao final.

[...]

Através do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/CGZ nº 431176/2010 (fl. 19), o interessado foi excluído do Simples, “em virtude de possuir os débitos deste Regime Especial, com exigibilidade não suspensa, relacionados abaixo, conforme disposto no inciso V do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e na alínea “d” do inciso II do art. 3º, combinada com o inciso I do art. 5º, ambos da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007”, produzindo efeitos a partir de 01/01/2011.

O interessado apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 1/12. Na referida peça alega, em síntese, que:

- durante todo o ano de 2007 apurou e recolheu IRPJ e CSLL pelo lucro presumido, enquanto as contribuições para o PIS e a Cofins foram recolhidas pelo regime comum;
- quando resolveu optar pelo Simples Nacional, descobriu que tal opção já havia ocorrido desde 01/07/2007, migração automática (de forma equivocada);
- como só conseguiu transmitir a DIPJ/2008 com informações do 1º semestre, se viu obrigada a transmitir DASN em relação ao segundo semestre;
- os créditos tributários do Simples do segundo semestre de 2007 são improcedentes e merecem ser desconstituídos.

É o relatório.

Apesar de ausente nos autos o comprovante de ciência, conforme documento de e-fl. 83 a ciência da decisão de primeira instância só pode ter ocorrido no dia 17/12/2010 ou em momento posterior, o que demonstra tempestivo o recurso voluntário apresentado em 27/12/2010 (e-fls. 85 a 94).

No recurso voluntário o recorrente reforça o argumento principal contido na impugnação, que em síntese pugna pela desconsideração da exclusão do SIMPLES, assinalando que:

a) Em preliminar, deve ser anulada a decisão de 1.<sup>a</sup> instância, pois o acórdão recorrido não examinou os argumentos da manifestação de inconformidade por entender que implicaria manifestar-se acerca de desconstituição de crédito tributário, para o que considerou-se incompetente, e isso configurou lesão à ampla defesa.

b) No mérito, são insubsistentes os débitos cadastrados sob o regime simplificado de tributação (SIMPLES NACIONAL), pois decorreram de erro da própria RFB, uma vez que o recorrente havia optado pelo regime de tributação pelo lucro presumido no período.

c) Sua DIPJ informa opção pelo lucro presumido no início de 2007 e seus DARFs foram recolhidos com os códigos próprios do lucro presumido.

d) Fez alteração cadastral informando a exclusão do SIMPLES para o ano 2007, nos termos do art 13, I e § 1.º, da Lei n.º 9.317/96.

e) Não optou pelo SIMPLES para 2007 nem estava enquadrado em hipótese de migração tácita.

f) Não pode haver débitos por falta de recolhimento no SIMPLES, pois recolheu conforme optou, pelo lucro presumido.

É o Relatório.

## **Voto**

Conselheiro Angelo Abrantes Nunes, Relator.

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, que regula o processo administrativo-fiscal (PAF). Dele conheço.

Consideradas as alegações e os argumentos contidos no corpo do recurso, seguem as considerações a respeito.

### **Preliminar de nulidade.**

Argumenta o contribuinte recorrente que a falta de apreciação da circunstância adstrita à inconsistência dos débitos relacionados ao regime simplificado SIMPLES NACIONAL, pela Turma Julgadora de piso, afrontou o princípio da ampla defesa.

Quanto a esta pretensão de nulidade da decisão da DRJ, impõe-se verificar que, a respeito do tema a decisão recorrida manifestou-se por sua incompetência para apreciar pedido de desconstituição de crédito tributário informado em DASN, e relatou que isso foi motivo de discussão em outro processo, já arquivado.

Com base em todos os elementos contidos nos autos, importa admitir prejuízo para a defesa do recorrente advindo dessa posição da DRJ, pois ao não julgar a procedência dos débitos o órgão julgador de 1.<sup>a</sup> instância suprimiu qualquer eventual contestação do recorrente em sede de recurso voluntário com foco nos fundamentos ligados à subsistência ou não dos débitos que ocasionaram diretamente a exclusão do SIMPLES. Dessa maneira, é preciso reconhecer ter havido prejuízo para uma previsível contra-argumentação, em sede de recurso voluntário, acerca das razões que deveriam constar da decisão recorrida.

No entanto, observando o que dispõe o § 3.º do art. 59 do Decreto n.º 70.235/72, transcrito abaixo, será julgado o mérito e não declarada a nulidade da decisão de piso.

*Art. 59. São nulos:*

*(...)*

*II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.*

*(...)*

*§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.*

### **Mérito.**

De início diga-se que não foi encontrada nos autos a alteração cadastral que o recorrente diz ter providenciado informando a sua exclusão do SIMPLES para o ano 2007. Entretanto, esse é um aspecto que se mostrará dispensável para o desembaraço da matéria discutida, diante dos fatos e fundamentos adiante demonstrados.

Entende este relator que o exame da estabilidade dos débitos que fundamentaram o enquadramento na exclusão de que trata o art. 17, V, da Lei Complementar n.º 123 de 2006 é indispensável, dada a relação de dependência entre o ADE DRF/CGZ n.º 431136, de 01/09/2010 e a procedência dos referidos débitos, que deve ser reconhecida se, e somente se, for confirmado o regular enquadramento do contribuinte recorrente no SIMPLES NACIONAL durante o ano-base 2007. O motivo da exclusão apontado no citado ADE foi exatamente a existência destes débitos, com exigibilidade não suspensa. Na forma dos artigos 2.º e 50 da Lei n.º 9.784/99, reproduzidos a seguir, a motivação do ato administrativo é pressuposto de validade do ato.

*(...)*

*Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, **motivação**, razoabilidade,*

*proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

(...)

*Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:*

*I - neguem, limitem ou **afetem direitos ou interesses;***

(...) (grifei).

Isso posto, e como se revela o ponto essencial para a decisão considerarem-se ou não legítimos os débitos ligados ao regime SIMPLES NACIONAL que motivaram a exclusão contestada, resta antes identificar se a migração automática a que foi submetido o recorrente de fato ocorreu na forma da lei, pois, se indevida a migração, assim se caracterizam também os débitos decorrentes regidos pela sistemática do SIMPLES NACIONAL.

Assim determina o RIR/99 sobre a opção pelo lucro presumido:

(...)

*Art. 516. A pessoa jurídica cuja receita bruta total, no ano-calendário anterior, tenha sido igual ou inferior a vinte e quatro milhões de reais, ou a dois milhões de reais multiplicado pelo número de meses de atividade no ano-calendário anterior, quando inferior a doze meses, poderá optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido (Lei nº 9.718, de 1998, art. 13).*

*§ 1º A opção pela tributação com base no lucro presumido será definitiva em relação a todo o ano-calendário (Lei nº 9.718, de 1998, art. 13, § 1º).*

(...)

*§ 4º A opção de que trata este artigo será manifestada com o pagamento da primeira ou única quota do imposto devido correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano-calendário (Lei nº 9.430, de 1996, art. 26, § 1º).*

(...) (grifei).

Essa opção pelo lucro presumido a que se refere o art. 516 e §§ do RIR/99 foi confirmada nos autos com os DARFs pagos sob este regime, e-fls. 37 a 55. Logo, não se pode atribuir ao caso concreto a incidência do art. 16 e seu § 4.º, da Lei Complementar n.º 123/2006, textos abaixo:

(...)

*Art. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irretratável para todo o ano-calendário.*

(...)

§ 4º Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as microempresas e empresas de pequeno porte **regularmente optantes** pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar.

(...) (grifei).

No cenário sob análise, fica confirmado que o recorrente não se revestiu da condição de "regularmente optante", que seria capaz de justificar sua obrigatoriedade de pagar os tributos pelo SIMPLES NACIONAL no segundo semestre de 2007. Por isso não devem ser mantidos os efeitos da exclusão do simples a partir de 01/01/2011, como determina o ADE n.º DRF/CGZ n.º 431176/2010.

### Conclusão

Os vários elementos disponíveis no processo para a formação de convicção apontam para que se conclua que não houve amparo legal para a migração automática que ocorreu, e, conseqüentemente, a formação dos débitos por conta de terem os tributos sido recolhidos segundo o regime de tributação pelo lucro presumido e não pelo SIMPLES NACIONAL originou-se da desacertada associação da declaração da DASN apresentada com a migração indevida. Registre-se que é bem razoável a justificativa trazida pelo recorrente de que o programa gerador de declarações afeto ao período impediu que fossem informados os débitos pelo lucro presumido, provavelmente por cruzar as informações preenchidas pelo declarante com a inexata mantida nos sistemas internos da RFB de que havia opção para o SIMPLES NACIONAL no período.

Por tudo exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso quanto ao mérito, reconhecendo a opção do recorrente pelo lucro presumido válida para todo o ano-calendário 2007, e cancelando o ADE que implementou a exclusão, descabendo a declaração de nulidade da decisão de 1.ª instância administrativa na forma do que dispõe o § 3.º do art. 59 do Dec. n.º 70.235/72.

É como voto.

*(assinado digitalmente)*

Angelo Abrantes Nunes.