



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	13807.720113/2016-67
ACÓRDÃO	1401-007.034 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	12 de junho de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	KEZAM COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2011, 2012

LEI COMPLEMENTAR Nº 123. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. FORMAS DE TRIBUTAÇÃO. OPÇÃO

Para ter direito à restituição ou compensação o contribuinte deve optar, nos termos do art. 32 da LC nº 123/06, após a exclusão, por uma das formas de tributação conforme as demais pessoas jurídicas, além da possibilidade de apurar e pagar as diferenças devidas de tributos federais com espontaneidade em função dos efeitos retroativos da exclusão do Simples Nacional.

DESPACHO DECISÓRIO. DESCRIÇÃO COMPLETA DOS FATOS E FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE E DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não há nulidade do despacho decisório proferido em pedido de compensação quando descreve detalhadamente os fatos e a motivação da glosa do crédito tributário pleiteado, além de indicar a fundamentação legal para o indeferimento do pleito. Satisfazendo os requisitos da legislação que rege os atos administrativos e ausente o prejuízo de defesa às partes, razão pela qual cumpriu o ato com a sua finalidade, não há de se falar em nulidade

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2011, 2012

DILIGÊNCIA. DESNECESSIDADE. INDEFERIMENTO.

A diligência desnecessária deve ser indeferida pela autoridade julgadora

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento integral ao recurso para reconhecer o direito creditório pleiteado. Vencido o Conselheiro Fernando Augusto Carvalho de Souza que dava provimento parcial. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente e Redator designado

(documento assinado digitalmente)

Fernando Augusto Carvalho de Souza - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Daniel Ribeiro Silva (Vice-Presidente), Claudio de Andrade Camerano, Fernando Augusto Carvalho de Souza, Andressa Paula Senna Lísias Gustavo de Oliveira Machado (suplente convocado)

RELATÓRIO

O presente julgamento submete-se à sistemática dos recursos repetitivos prevista no art. 87 do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023. Dessa forma, adota-se neste relatório substancialmente o relatado no acórdão paradigma.

Trata-se de RECURSO VOLUNTÁRIO interposto em face do Acórdão nº 106-005.937 proferido pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ06) no qual julgou improcedente a manifestação de inconformidade.

Por bem expressar os fatos, reproduzo o relatório do acórdão de primeira instância:

A contribuinte acima qualificada formalizou, em 06/01/2016, Pedido de Restituição de tributos recolhidos segundo a sistemática do Simples Nacional, relativos aos períodos de apuração de fevereiro de 2011, dezembro de 2011, março de 2012, junho de 2012, agosto de 2012 e novembro de 2012, no valor total de R\$ 114.835,30 (fls. 2 a 3 e 20 a 55). Em seu pedido, a contribuinte informa ter sido excluída do regime simplificado com efeitos a partir de 31/10/2007. Os pagamentos foram realizados entre 17/03/2011 e 20/12/2012 (fls. 14 a 56).

O pedido foi indeferido pela autoridade jurisdicionante, por meio do Despacho de fls. 71 a 72, pelos seguintes fundamentos:

4. Consulta ao sistema “SIMPLES NACIONAL” - Histórico dos Eventos (...) comprova a “Exclusão de Ofício-Prática reiterada de infração” com efeitos a partir

de 01/11/2007 (Processo Administrativo 1000360-485453/2010). Foi identificada a ocorrência de “Omissão de Receitas face às informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito”.

5. Excluído do SIMPLES Nacional o contribuinte, nos anos calendários de 2010/2011/2012, não declarou os rendimentos em qualquer das outras modalidades compulsórias de tributação do lucro (Real/Presumido) conforme consulta ao Portal do IRPJ (...) permanecendo simplesmente omissos.

6. DCTFs relativas aos períodos identificando os valores devidos não foram apresentadas conforme consulta feita no site específico (...).

7. A existência das receitas tributáveis está comprovada nas declarações prestadas pelo próprio contribuinte através das DASN declaradas e DAS recolhidos.

8. DIRFs extraídas para o período comprovam a existência desses valores (...).

9. Em face do exposto e perante à iminente configuração de dano ao erário público, reconheço como legitimamente constituídos os valores originalmente lançados e pagos.

10. Com supedâneo nos autos e nos aspectos legais discutidos, no uso das atribuições do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, prevista no art. 6º, I, “b”, da Lei nº 10.593/2002, com a redação dada pela Lei nº 11.457/2007, INDEFIRO o Pedido de Restituição no montante de R\$73.072,03 (setenta e três mil e setenta e dois reais e três centavos) e determino a consequente desvinculação da disponibilidade constante no SIEF.

Ciente em 30 de abril de 2020 (fls. 73), a contribuinte apresentou, em 27 de maio de 2020 (fls. 74), manifestação de inconformidade a fls. 77 a 89.

Afirma, de início, que em determinado período esteve optante pelo Simples Nacional e, em período subsequente, pelo Lucro Presumido, informando ter protocolizado nos anos de 2015 e 2016 vinte Pedidos de Restituição, “tendo em vista pagamentos indevidos em face de ter sido excluída do Simples Nacional com efeitos a partir de 01/11/2007”.

Menciona o artigo 37 da Constituição Federal, os princípios da verdade material, da razoabilidade, da segurança jurídica, os artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluídos pela Lei nº 13.655, de 2018, os artigos 142 e 165 do Código Tributário Nacional, para contestar a alegação de ocorrência de dano ao Erário Público, argumentando não ter deixado de recolher seus tributos “a tempo e modo as exações englobadas pelo Simples Nacional para o período de apuração objeto do presente pedido de restituição”. Realça que estava de boa-fé no regime do Simples Nacional e procedeu aos recolhimentos nesta sistemática.

Aduz que o direito à restituição independe de regime tributário, não sendo condição imposta pelo artigo 165 do CTN, acrescentando que:

se não houvesse os recolhimentos pelo Simples Nacional nos exercícios de 2010 a 2012, a Receita Federal, dentro do prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, poderia ter fiscalizado a contribuinte, arbitrado o lucro (que é uma forma de apuração da base de cálculo do imposto de renda utilizada pela autoridade tributária ou pelo contribuinte) e autuado a Peticionária, o que não ocorreu no caso concreto, ou seja, a Peticionária protocolizou dentro do prazo legal o pedido de restituição mas, a contrário sensu, para o Fisco decaiu qualquer discussão sobre obrigações principais ou acessórias para o período de 2010 a 2012.

Aponta contradição entre o item 5 do Despacho Decisório, segundo o qual a contribuinte, excluída, não declarou os rendimentos em outras modalidades de tributação do lucro, e o item 7, em que se afirma que a existência de receitas tributáveis está comprovada nas DASN apresentadas.

Aduz que as DCTF não foram apresentadas por estar dispensada de sua entrega nos termos da Instrução Normativa RFB nº 1.110, de 2010.

Pleiteia o reconhecimento da nulidade do Despacho Decisório, alegando que a decisão não estaria devidamente fundamentada, especialmente nos itens 5, 6 e 7, com afronta ao princípio do devido processo legal, com cerceamento de defesa e com violação ainda dos princípios da eficiência e da transparência, nos termos dos artigos 5º, incisos LIV e LV, e 37 da Constituição Federal, colacionando decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Ao final, requer a conversão do julgamento em diligência em razão da alegada nulidade do Despacho Decisório.

O julgamento de primeira instância manteve a decisão do Despacho Decisório, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011, 2012

REPETIÇÃO DO INDÉBITO.

O sujeito passivo tem direito à restituição no caso de 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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Na decisão de primeira instância, houve o afastamento da nulidade por cerceamento do direito de defesa e o indeferimento do pedido de diligência.

No mérito, reconhece que houve apenas cumprimento das obrigações acessórias estabelecidas na legislação para empresas optantes pelo regime simplificado, com a regular

constituição do crédito tributário e sua efetiva quitação no momento adequado e por isso, não há nenhum indébito a ser restituído.

Sob a alegação de que há decadência para lançar diferenças não pagas, o julgador afirma:

Assiste razão à defesa em sua afirmativa de que o Fisco decaiu do direito de lançar as diferenças não pagas pela empresa, em virtude de sua exclusão do regime simplificado; **contudo, tal decadência não torna indevidos os recolhimentos realizados. (Griffou-se)**

Inconformada com a decisão, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário (fls. 124/137), destacando que o Acórdão deve ser reformado por “*violar os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Verdade Material, bem como o disposto na Lei 13.655/2018 (que sequer foi abordada no acórdão o que configura ofensa ao Devido Processo Legal e Cerceamento de Defesa)*”

E passa a elencar os pontos que considera importante para sua pretensão:

- a falta de fundamentação legal no despacho decisório não é suprível por não acarretar prejuízo a compreensão.
- o Acórdão não abordou todos os tópicos trazidos em sede de Manifestação de Inconformidade e isso afronta ao Princípio do Processo Legal e Cerceamento de Defesa.
- Não concorda com a conclusão da autoridade julgadora de que não houve pagamento indevido ou a maior.

Ao final requer que o julgamento seja convertido em diligência em função da, na sua visão, nulidade do Acórdão recorrido.

É o Relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, Relator.

Tendo tomado ciência do Acórdão em 26/05/2021 via correio, e sendo o Recurso interposto em 22/06/2021, é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, por isso dele conheço.

Basicamente, em apertada síntese, o presente processo trata de não homologação de Pedido de Restituição de valores pagos pela Recorrente quando estava sob o regime de apuração do Simples Nacional, sendo o PER efetuado em função da sua exclusão de ofício do regime simplificado com efeitos retroativos.

Desta forma, a Recorrente entende que os valores recolhidos à época em que estava no Simples Nacional seriam pagamento indevidos ou a maior, passíveis de restituição devido essa exclusão de ofício promovida pela Administração Pública.

A Recorrente pleiteia a reforma do acórdão em função de nulidades do despacho decisório, seja por ofensa aos Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade e da Verdade Material, seja por violação aos Princípio do Devido Processo Legal e Cerceamento de Defesa, em função de não ter sido abordada no Acórdão.

Pois bem.

De início, registre-se que a ofensa ao princípio da verdade material não deve implicar a nulidade do ato, senão a sua eventual improcedência. Se constatada, no caso concreto, ofensa a esse princípio, a busca pela verdade, seja material ou qualquer outra deveria ser através da realização de diligências, como requereu a Recorrente, situação que será analisada ao longo do voto.

Em relação aos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, essa questão escapa de uma avaliação administrativa, pois são diretrizes para os legisladores. Estando positivada na norma, não cabe a autoridade tributária avaliar eventual desproporcionalidade de seus reflexos sobre o patrimônio dos contribuintes, principalmente por causa da atividade vinculada e obrigatória de constituição do crédito tributário.

DA NULIDADE PELA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

A Recorrente alega que a ausência de fundamentação legal no despacho decisório seria motivo para declaração de nulidade do ato.

As nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal são tratadas nos artigos 59 e 60 do Decreto n.º 70.235/72, segundo os quais somente serão declarados nulos os atos na ocorrência de (a) ato ou decisão lavrados ou proferido por pessoa incompetente ou do qual (b) resulte inequívoco cerceamento do direito de defesa à parte.

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 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.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

O que se depreende dos dispositivos acima é que a declaração de nulidade está relacionada ao princípio do prejuízo, ou seja, se não for identificado um prejuízo para partes de determinado ato, não há que se falar em sua invalidação.

De fato, no despacho decisório não consta um dispositivo legal referido como enquadramento legal para o indeferimento do pedido de restituição, todavia, entendo que tal fato não trouxe prejuízo para o contribuinte e não prejudicou a eficácia do despacho decisório.

Observa-se no presente caso que o despacho decisório foi pautado em documentos (DCTF, DIRFs, DASN), evidenciando de forma detalhada e completa os motivos do indeferimento, não deixando dúvidas acerca dos fatos.

Desta forma, não deve prosperar a arguição de nulidade suscitada pela Recorrente.

NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

A Recorrente alega que houve cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que o Acórdão de primeira instância *“não abordou todos os tópicos trazidos, pela Recorrente, em sede de Manifestação de Inconformidade”*.

A Recorrente alega que a autoridade julgadora de primeira instância não se manifestou sobre a ocorrência de dano ao erário público (mencionado na ementa e no item 10 do despacho decisório) e sobre não apresentação das DCTFs relativas aos períodos tendo em vista que a Recorrente estava dispensada da entrega dessa declaração.

É cediço que ao julgador é facultado fundamentar suas decisões conforme entender suficiente, não sendo necessário manifestar-se à minúcia acerca de cada um dos argumentos levantados pela parte.

Examinando a decisão recorrida, entendo que a decisão, bem como a sua fundamentação foram satisfatórias para compreensão do caso, não se configurando a hipótese de cerceamento do direito de defesa.

Desta forma, rejeito a presente arguição de nulidade

DOS PRINCÍPIOS DA LEI Nº 13.655/2018

A Recorrente reforça a alegação da necessidade da aplicação dos princípios já evocados ao longo da peça recursal através do disposto nos art. 20 e 21 da Lei 13.655/2018 que alterou a Lei de Introdução à Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

A Lei 13.655/2018 inseriu novos artigos à LINDB visando a segurança jurídica e eficiência na aplicação do direito público, o art. 20 teve por objetivo reforçar a necessidade de que as decisões não sejam vazias ou retóricas, contudo o termo “valores jurídicos abstratos”, carecia de maiores detalhamentos.

Com a edição do Decreto 9.830/2019 regulamentando os novos artigos, as definições de termos como: “valores jurídicos abstratos”, foram sanadas, sendo nesse caso a definição prevista no § 1 do art. 3º do Decreto nº 9.830:

Art. 3º (...)

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

Basicamente, o art. 20 indica que no momento de uma decisão estatal, deve-se avaliar as diversas hipóteses interpretativas de uma determinada norma jurídica e basear-se nos dados presentes no processo, sem o uso de expressões genéricas como “interesse público”, “economicidade” ou “moralidade administrativa”.

O dispositivo não impede que decisões tenham “valores jurídicos abstratos”, apenas que nesses casos, devem ser consideradas as consequências práticas, nos termos do caput do art. 3º:

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão

A Requerente ao invocar o art. 20 da LINDB pretendia reforçar a necessidade de aplicação do Princípio da Proporcionalidade, que determina, em termos genéricos, que a decisão seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

O art. 21 invocado pela Requerente trata da necessidade da decisão que invalidar um ato, sendo esse um fato relevante, que estejam presentes as consequências jurídicas e administrativas imediatas da invalidação. O dispositivo trata de resguardar os direitos impactados pela invalidação de um negócio jurídico

O que se depreende dos argumentos trazidos pela Recorrente referentes aos dispositivos previstos na Lei 13.655/2018, foi no meu entender, apenas reforçar a tese de violação de alguns princípios que poderiam macular o despacho decisório e o Acórdão recorrido, a ponto de torná-los nulo.

Desta forma, não merecem prosperar as pretensões da Recorrente relacionada a Lei 13.655/2018.

DA DILIGÊNCIA

Em relação ao pedido de diligência, a possibilidade está prevista no art. 18 do Decreto nº 70.235/72:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Esse dispositivo deve ser interpretado juntamente com o art. 16 do mesmo diploma legal que trata da impugnação:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Não há dúvidas que a autoridade julgadora na formação de sua livre convicção motivada é que avaliará a necessidade de eventual diligência ou perícia, indeferindo aquelas que forem consideradas desnecessárias.

Logo, o contribuinte tem o ônus de apresentar as provas que possuir, de modo que pedidos de diligência não devem suprir a inércia da parte em apresentar os elementos probatórios que possua.

O indeferimento de diligências consideradas prescindíveis pela autoridade julgadora não configura ofensa aos princípios da verdade material ou do devido processo legal ou cerceamento do direito de defesa. No presente caso, todos os documentos probatórios necessários para dar suporte as alegações foram acostados ao processo sendo suficientes para motivação do voto.

Destarte, entendo que a diligência é desnecessária e, portanto, voto por indeferi-la.

MÉRITO

O cerne da lide no presente processo está na pretensão da Recorrente em reaver, através de restituição, os pagamentos realizados pela sistemática de apuração pelo Simples Nacional relativo aos períodos de apuração de fevereiro de 2011, dezembro de 2011, março de 2012, junho de 2012, agosto de 2012 e novembro de 2012, no valor total de R\$ 114.835,30.

Entende a Recorrente que em função da exclusão de ofício pela administração pública do regime simplificado, todos os pagamentos deveriam ser devolvidos.

Pela cronologia dos fatos, a exclusão do Simples Nacional ocorreu em 13/03/2012 com efeitos retroativos à 01/11/2007, através do Processo Administrativo do Estado de São Paulo nº 1000360-485453/2010 com a ocorrência de “*Omissão de Receitas face às informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito*” pela prática reiterada de infração.

Data do Registro	Tipo do Evento	Natureza do Evento	Data do Fato Motivador	Data Efeito	Código do Período	Número do Processo Judicial	Número do Processo Administrativo	Data do Registro do Processo	Observação	UF	Município	Código da UA da RFB	CPF do Usuário	Endereço IP
13/03/2012 09:51:05	Exclusão de Ofício - Prática reiterada de infração - Impedindo nova opção por 3 anos;	Ato Administrativo	01/11/2007	01/11/2007	1687147		GDOC-1000360-485453/2010		Omissão de receitas face as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.	SÃO PAULO			825.099.998-34	
29/06/2007 18:10:51	Ingresso no Simples Nacional por migração automática	Ato Administrativo		01/07/2007	1687147									

A Seção VIII da Lei Complementar nº 123 de 2006 trata dos casos da exclusão do Simples Nacional, sendo os dispositivos que tratam do presente caso abaixo apresentados:

Seção VIII

Da Exclusão do Simples Nacional

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada **prática reiterada** de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

(...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos **incisos II a XII** do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

§ 9º Considera-se **prática reiterada**, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

(...)

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte **excluídas do Simples Nacional** sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, **às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas**.

§ 1º Para efeitos do disposto no caput deste artigo, na hipótese da alínea a do inciso III do caput do art. 31 desta Lei Complementar, a microempresa ou a empresa de pequeno porte desenquadrada **ficará sujeita ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência**, acrescidos, tão-somente, de juros de mora, quando efetuado antes do início de procedimento de ofício.

§ 2º Para efeito do disposto no caput deste artigo, o sujeito passivo poderá **optar pelo recolhimento do imposto de renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido** na forma do lucro presumido, lucro real trimestral ou anual.

§ 3º Aplica-se o disposto no caput e no § 1º em relação ao ICMS e ao ISS à empresa impedida de recolher esses impostos na forma do Simples Nacional, em face da ultrapassagem dos limites a que se referem os incisos I e II do caput do art. 19, relativamente ao estabelecimento localizado na unidade da federação que os houver adotado. **(Griffou-se)**

Vale ressaltar que a situação presente **não se enquadra** na vedação prevista no inciso XII do § 3º do art. 41 da IN RFB nº 1.300, de 2012 (vigente à época):

CAPÍTULO V

DA COMPENSAÇÃO

Seção I

Das Disposições Gerais sobre a Compensação Efetuada Mediante Declaração de Compensação

Art. 41. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvadas as contribuições previdenciárias, cujo procedimento está previsto nos arts. 56 a 60, e as contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos.

(...)

§ 3º Não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1º:

(...)

XII - os tributos apurados na forma do Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006;

O disposto acima se refere a débitos apurado no “*âmbito do Simples Nacional*” por empresa optante, não se referindo a indébito, quando se aplica o disposto no § 10 do art. 21 da LC nº 123, pois este determina que o contribuinte excluído do regime do Simples Nacional pode compensar o crédito com qualquer outro débito tributário fora do Simples Nacional, pois os pagamentos foram efetuados dentro do regime em uma situação em que já estava excluída, ou seja, efetuados fora do âmbito do Simples Nacional.

Seção IV

Do Recolhimento dos Tributos Devidos

Art. 21. Os tributos devidos, apurados na forma dos arts. 18 a 20 desta Lei Complementar, deverão ser pagos:

(...)

§ 10. Os créditos apurados no Simples Nacional não poderão ser utilizados para extinção de outros débitos para com as Fazendas Públicas, salvo por ocasião da compensação de ofício oriunda de deferimento em processo de restituição ou após a exclusão da empresa do Simples Nacional.

Ocorre que para ter direito a restituição ou compensação o contribuinte deve **OPTAR**, após a exclusão, por uma das formas de tributação conforme as demais pessoas jurídicas, nos termos do art. 32 da LC nº 123/06, além da possibilidade de apurar e pagar as diferenças devidas de tributos federais com espontaneidade em função dos efeitos retroativos da exclusão do Simples Nacional.

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

§ 1º Para efeitos do disposto no caput deste artigo, na hipótese da alínea a do inciso III do caput do art. 31 desta Lei Complementar, a microempresa ou a empresa de pequeno porte desenquadrada ficará sujeita ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, tão-somente, de juros de mora, quando efetuado antes do início de procedimento de ofício.

§ 2º Para efeito do disposto no caput deste artigo, o sujeito passivo **poderá optar** pelo recolhimento do imposto de renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido na forma do lucro presumido, lucro real trimestral ou anual.

§ 3º Aplica-se o disposto no caput e no § 1º em relação ao ICMS e ao ISS à empresa impedida de recolher esses impostos na forma do Simples Nacional, em face da ultrapassagem dos limites a que se referem os incisos I e II do caput do

art. 19, relativamente ao estabelecimento localizado na unidade da federação que os houver adotado. **(Griffou-se)**

Não tendo efetuado a opção, não há que se falar em restituição ou compensação.

Uma das consequências da opção pelo regime de tributação igual as demais pessoas jurídicas é a entrega da DCTF (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais), como a Recorrente não fez a opção, não houve a entrega da supracitada declaração, por isso no Despacho Decisório a autoridade fiscal informou que não constavam nos bancos de dados da Receita Federal.

Concordo com a Recorrente de que o Fisco não pode mais exigir possíveis diferenças entre os valores recolhidas via sistema simplificado em relação as demais formas de apuração de lucro, da mesma forma que a decisão de primeira instância.

Contudo, observa-se dentre os pagamentos efetuados pela Recorrente constatam-se pagamentos após a sua exclusão do Simples:

- março de 2012 – R\$ 17.321,22 – Pagamento dia 20/04/2012 (fls. 21/22)
- junho de 2012 – R\$ 23.545,17 – Pagamento dia 18/07/2012 (fls. 28/29)
- agosto de 2012 – R\$ 15.803,41 – Pagamento dia 13/09/2012 (fls. 37/38)
- novembro de 2012 – R\$ 16.986,87 – Pagamento dia 20/12/2012 (fls. 46/47)

Tendo sido excluída na data de 13/03/2012, entendo que nos casos acima, houve pagamento indevido nos termos do art. 165 do CTN, passível de restituição conforme regras vigentes, desta forma, do total de R\$ 114.835,30, considero que a Recorrente tem direito ao montante de R\$ 73.656,67 por pagamentos efetuados indevidamente.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por voto por rejeitar a preliminar de nulidade, negar o pedido para conversão do julgamento em diligência e, no mérito, **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso voluntário, reconhecendo apenas o montante de R\$ 73.656,67 do direito creditório pleiteado.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Augusto Carvalho de Souza

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Redator Designado.

Em que pesem as sempre brilhantes palavras proferidas pelo Relator, somos da opinião que os pagamentos realizados anteriormente à exclusão de ofício podem ser restituídos à Contribuinte, mormente no caso de exclusão retroativa. Aqui estamos tratando de empresa

excluída do SIMPLES NACIONAL em 13/03/2012, com efeitos retroativos a 01/11/2007. O Relator reconheceu o direito à restituição dos valores pagos após a exclusão, indeferindo aqueles realizados anteriormente à mesma. Ocorre que, s.m.j, a própria norma exposta pelo Relator em seu voto, no meu entendimento, traz a resposta à indagação que surgiu quando da discussão do voto apresentado, senão vejamos:

Lei Complementar nº 123/2006

Seção IV

Do Recolhimento dos Tributos Devidos

Art. 21. **Os tributos devidos, apurados na forma dos arts. 18 a 20 desta Lei Complementar, deverão ser pagos:**

(...)

§ 10. Os créditos apurados no Simples Nacional não poderão ser utilizados para extinção de outros débitos para com as Fazendas Públicas, **salvo por ocasião da compensação de ofício oriunda de deferimento em processo de restituição ou após a exclusão da empresa do Simples Nacional.**

O disposto na norma acima, permite a utilização dos pagamentos realizados na sistemática do SIMPLES NACIONAL para a **compensação de ofício oriunda de deferimento em processo de restituição ou após a exclusão da empresa do Simples Nacional.** Entendo que, a partir do disposto na norma, ao se permitir a compensação de ofício dos tributos pagos na sistemática do SIMPLES NACIONAL, ou após a sua exclusão do sistema, o legislador abarcou a possibilidade de restituição dos valores pagos anteriormente à saída coercitiva da Contribuinte do mesmo.

O fato de a Administração Tributária não ter tomado os cuidados necessários à constituição dos créditos tributários atinentes à sistemática usual das Pessoas Jurídicas (Lucro Real, Presumido, Arbitrado), deixando, inclusive, de utilizar os tributos pagos dentro da sistemática do SIMPLES NACIONAL, não pode ser óbice à restituição (ou mesmo a utilização) dos valores pagos anteriormente à exclusão.

Por essa razão, a maioria de meus pares entendeu ser possível a restituição dos valores pagos relativamente aos períodos de apuração de fevereiro de 2011 (R\$ 16.551,65) e dezembro de 2011 (R\$ 24.526,98), totalizando um direito creditório adicional de R\$41.078,63 além dos R\$73.656,67 já reconhecidos no voto do Relator.

Por todo o exposto, voto por dar provimento integral ao recurso voluntário para reconhecer o direito creditório pleiteado e homologar a compensação requerida até o limite do crédito disponível.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves