



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 16613.720009/2012-12  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** **1001-002.003 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária**  
**Sessão de** 06 de agosto de 2020  
**Recorrente** DI GIAIMO COMERCIAL LTDA - EPP  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

**EXCLUSÃO. VALOR DAS DESPESAS SUPERA EM 20% INGRESSOS.**

Não pode recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte cujo valor das despesas pagas durante o ano-calendário supere em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade. 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Abelson – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Abelson (Presidente), José Roberto Adelino da Silva, Andréa Machado Millan e André Severo Chaves.

Fl. 2 do Acórdão n.º 1001-002.003 - 1ª Sejul/1ª Turma Extraordinária  
Processo n.º 16613.720009/2012-12

## Relatório

Trata o presente processo de exclusão do regime do Simples Nacional, por meio do Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/EQRES Nº 034/2012 (folha 58), a partir de 01/01/2008 e impedindo a opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário seguintes, conforme art. 29, § 1º da Lei Complementar nº 123/2006, em virtude da constatação de que, no ano-calendário de 2008, o valor das despesas pagas supera em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período, hipótese de exclusão prevista no art. 29, inciso IX da referida Lei Complementar.

O referido ADE originou-se da representação às folhas 50/52 e decorreu do despacho decisório às folhas 55/57. Da referida representação consta que a contribuinte declarou em Declaração Anual do Simples Nacional que obteve receitas no valor de R\$ 0,00 durante o ano calendário de 2008 (conforme cópias da DASN às folhas 02/07) e declarou em GFIP que pagou remunerações no valor total de R\$ 2.099.896,85, no mesmo ano calendário (conforme relatório de valores pagos a empregados às folhas 08/41). Consta, ainda, que tal situação inclusive voltou a ocorrer no ano de 2011, em que o contribuinte pagou, somente em salários, o valor de R\$ 3.660.066,22 (conforme relatório às folhas 08/41), valor acima de 20% do valor da receita bruta declarada em DASN para o mesmo ano (R\$ 0,00, conforme cópia da DASN às folhas 42/49).

Em sua impugnação (folhas 61/66), a contribuinte apresentou as alegações assim sintetizadas no relatório do acórdão recorrido:

O ato administrativo está eivado de NULIDADE, porque lastreado em ERRO SUBSTANCIAL.

Se o ato declaratório parte da premissa de que o motivo da exclusão ocorreu DURANTE O ANO CALENDÁRIO DE 2008, não se concebe a ideia de DATA DA OCORRÊNCIA EM 31 DE JANEIRO DO MESMO ANO.

Isto porque em 31 de janeiro o ano-calendário está apenas se iniciando, tendo-se superado apenas e tão somente o primeiro mês enquanto o TERMO FINAL DO ANO CALENDÁRIO somente ocorrerá dali a onze (11) meses, ou seja, em 31 de dezembro.

Consequentemente, no dia 31 de janeiro de qualquer exercício NÃO EXISTEM, AINDA, as condições temporais indispensáveis para se aferir o que, precisamente, ocorrerá ao longo de um ano que ainda se inicia e que terá onze meses pela frente até seu término.

Portanto, ante a EVIDENTE IMPOSSIBILIDADE FÁTICA E. PORTANTO JURÍDICA, resta inverídica a afirmação de que em 31/01/2008 o órgão tenha, efetivamente, constatado DURANTE O ANO-CALENDÁRIO DE 2008 qualquer ocorrência em relação à ora Impugnante nem mesmo em relação a qualquer outra pessoa independentemente de qualquer que seja a constatação, pois o "durante" ainda não existia em 31 de janeiro de 2008.

Não tendo havido o transcurso natural do tempo, não se pode deduzir nem concluir que um fato tenha ou não ocorrido, quando se reporta a um MOMENTO FUTURO E INCERTO.

Especialmente quando se refere a despesas e receitas ao longo de todo um ano-calendário que podem gerar prejuízos para o Contribuinte com sua exclusão de um regime tributário especial.

Assim, diante do erro material quanto ao momento de apuração de uma ocorrência (apesar de INEXISTENTE), o ato declaratório é NULO de pleno direito, por ofender ao PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, que norteia TODOS OS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

#### DA INOCORRÊNCIA DO FATO ALEGADO PARA A EXCLUSÃO DA IMPUGNANTE DO SIMPLES NACIONAL

Neste caso concreto, além de haver o ERRO MATERIAL, no que concerne à data da ocorrência, há também ERRO SUBSTANCIAL, pois NÃO HOUVE, NO EXERCÍCIO DE 2008, DESPESA SUPERIOR EM 20% À ENTRADA DE RECURSOS NO MESMO PERÍODO.

A Declaração Anual do Simples Nacional DASN Ano Calendário 2008, Exercício 2009 segue em sua íntegra (doc. 05) para comprovar esse fato.

Com efeito, consta da referida declaração:

"1.2 Contribuinte declara que permaneceu, durante o ano de 2008, sem efetuar qualquer atividade operacional, não operacional, financeira ou patrimonial SIM".

Não existe receita bruta auferida no período de 01/2008 a 02/2008 (tópico 2. Resumo da Declaração).

É bem verdade que constam Rendimentos tributáveis pagos ao sócio pela empresa no total de R\$ 28.200,00 (página 1 doc. 05), porém, pagos com a disponibilidade do CAPITAL SOCIAL DA EMPRESA, que é de R\$ 500.000,00 (Quinhentos mil reais).

A Ficha Cadastral Completa (doc.06) fornecida pela JUCESP comprova, de forma inequívoca, o CAPITAL DE R\$ 500.000,00 TOTALMENTE INTEGRALIZADO, desde a constituição da empresa, ora Impugnante.

Nada há de irregular na utilização do capital social para custeio de despesas, especialmente quando a empresa enfrenta período de inatividade e dificuldades financeiras.

Foi o que fez a Impugnante, não subsistindo a conclusão a que chegou a DERAT - Delegacia Especial de Administração Tributária, por intermédio da EQRES Equipe de Regimes Especiais e Isenções Tributárias.

Se, entre 01/01/2008 e 31/12/2008 não há receita, também não existe despesa, pois os pagamentos foram custeados pela disponibilidade do Capital Social da Empresa.

Consequentemente, ante dos esclarecimentos prestados e documentos ora juntados, não há que se falar em pagamento de despesas DURANTE O ANO-CALENDÁRIO DE 2008 em montante 20% superior o valor de ingresso de recursos.

Inaplicável, pois, à espécie, a hipótese de exclusão do SIMPLES NACIONAL com base nos fundamentos apresentados pelo órgão, uma vez inexistentes os fatos alegados como suscetíveis de concretizar a hipótese legal invocada, já que,

efetivamente, não houve despesas superiores à receita no ano-calendário de 2008 e sim utilização do capital social para suprir a necessidade da empresa, quanto ao pagamento de pró-labore de seu sócio.

#### QUANTO AO TRANSCURSO DO PRAZO

A intimação do ato declaratório efetivou-se em 30/11/2012, e reporta-se a uma hipotética ocorrência registrada em 01/01/2008.

Verifica-se o transcurso de mais de quatro (04) anos e dez (10) meses entre o fato noticiado e a efetiva intimação da Impugnante.

No que concerne ao ato praticado, A FINALIDADE ERA INTIMAR A ORA IMPUGNANTE DE SUA EXCLUSÃO NO SIMPLES NACIONAL. Entretanto, a intimação e o ato declaratório a que se refere NÃO CONTÉM DATA DE EXPEDIÇÃO, o que contraria frontalmente os princípios que regem os atos administrativos, com destaque especial para o que dispõe o DECRETO 70.235, de 06 de março de 1972 e suas alterações posteriores.

Em se tratando da notícia de um fato – inconsistente, lembre-se, como já exposto acima – e que supostamente teria ocorrido em 31 de janeiro de 2008, a Autoridade Administrativa deveria ter praticado o ato, no máximo em trinta dias após a constatação de eventual inconsistência ou irregularidade.

Os servidores responsáveis pela execução da ordem administrativa, especificamente no que tange à intimação da ora Impugnante deveriam ter providenciado o necessário em oito dias.

Referidos dispositivos legais não foram observados neste caso concreto, pois a edição do ato declaratório demorou nada menos que quatro (04) anos e dez (10) meses para chegar ao conhecimento da empresa-contribuinte, que ora se insurge contra a decisão.

A omissão importa prejuízo ao Contribuinte, que, depois de quase cinco anos, depara-se com sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, sem que lhe tenha sido concedida oportunidade de esclarecer eventuais dúvidas, que poderiam ser suscitadas pelo órgão competente mas não foram.

Também negou-se à Impugnante a possibilidade de suprir possíveis falhas, por meio de retificação da Declaração Anual do Simples Nacional DASN ou outras medidas de regularização da situação fiscal, o que configura arbitrariedade e CERCEAMENTO DE DEFESA.

#### DO PEDIDO

Por todas as razões acima expostas e, ante os documentos ora apresentados, é a presente IMPUGNAÇÃO para requerer, digne-se esse respeitável órgão RECONHECER A NULIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS que materializaram a intimação do ato declaratório de exclusão do SIMPLES NACIONAL, seja pelo ERRO de que se revestem, ao mencionar a ocorrência de um fato em 31/01/2008, adotado como causa de decidir pela exclusão relativa ao Ano-Calendário de 2008, seja pela falta de observância dos prazos legais para a prática dos atos a cargo da Administração Pública.

Caso, porém, restem superadas as questões relativas à nulidade dos atos administrativos ora impugnados o que se admite apenas para argumentar requer, a ora Impugnante, seja DECLARADO INCONSISTENTE o Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/EQRES n. 034/2012, por INEXISTENTE O ALEGADO PAGAMENTO DE DESPESAS EM VALOR 20% (VINTE POR CENTO) SUPERIOR À ENTRADA DE RECURSOS NO MESMO PERÍODO, pois, como já exposto, o único pagamento feito pela Contribuinte de 01/01/2008 a 31/12/2008 refere-se a rendimento tributado pago ao sócio, com valores provenientes do CAPITAL SOCIAL DE R\$ 500.000,00 totalmente integralizado, desde a sua constituição, consoante comprova a documentação que instrui a presente, e determinando, por consequência, a manutenção da Impugnante como optante pelo SIMPLES NACIONAL.

No acórdão *a quo* (folhas 179/185), a manifestação de inconformidade foi considerada improcedente, com os argumentos transcritos a seguir:

Tratando-se o processo de exclusão do SIMPLES NACIONAL, vejamos a fundamentação que o embasa:

*Lei Complementar 123/06*

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

*IX – for constatado que durante o ano-calendário o valor das despesas pagas supera em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade;*

*§ 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.*

*§ 3o A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.(grifei)*

A postulação de nulidade do ato declaratório, apresentada pelo contribuinte, é equivocada, pois a ocorrência da infração observada pela fiscalização, de fato se deu no mês de janeiro de 2008. Concordamos com o despacho que orientou a confecção do combatido ato declaratório, principalmente quando observa o seguinte:

*Em consulta efetuada ao sistema deste órgão, Plenus/CCORGFIP (fl.54), verifica-se que na competência janeiro/2008 a interessada declarou, em GFIP, despesas com massa salarial (soma da remuneração e 13o salário) no valor de R\$ 166.418,37, ultrapassando ,portanto, em mais de vinte por cento a receita bruta zerada informada em DASN para o mesmo ano-calendário (2008).*

Conforme é cristalina a constatação, a empresa em epígrafe, declarou zerada sua receita bruta, enquanto mantinha folha salarial superior a R\$100.000,00, já no mês de janeiro de 2008.

Ressalte-se que basta esta constatação para tornar improfícua a alegação de que: *constam Rendimentos tributáveis pagos ao sócio pela empresa no total de R\$*

28.200,00 (página 1 doc. 05), porém, pagos com a disponibilidade do CAPITAL SOCIAL DA EMPRESA, que é de R\$ 500.000,00 (Quinhentos mil reais).

A despesa com massa salarial, somente no mês de janeiro de 2008, é muito superior à informada pelo contribuinte em sua impugnação (R\$28.200,00), fato este já asseverado pela DELEGACIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, fl.57.

[...]

Cabe ainda observar, que o Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/EQRES n.º 034/2012, foi acertado ao considerar a exclusão a partir do mês em que ocorrida a infração, sendo este, janeiro de 2008, como ordena o §1º, do inciso IX, art.29.

Porém, conforme já destacou a Representação de fls.50/52, a empresa declarou em GFIP que pagou remunerações no valor total de R\$ 2.099.896,85, no mesmo ano calendário (conforme relatório de valores pagos a empregados às fls. 08/41).

Se declarou receitas zeradas no ano-calendário 2008, e pagou remunerações no valor total de R\$ 2.099.896,85, está mais do que comprovada a infração cometida e corretamente enquadrada pelo Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/EQRES n.º 034/2012, seja esta a de Durante o ano-calendário de 2008, o valor das despesas pagas ter superado em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período.

Quanto à data da intimação do ato declaratório, que foi cientificado ao contribuinte em 29/11/2012, fl.60, não há qualquer ilegalidade no procedimento adotado.

Senão vejamos o que diz a Lei Complementar N.123/06:

*Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:*

*II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou*

Verificada a falta incorrida pelo contribuinte, descrita na Lei Complementar 123/06, Art. 29, IX, a fiscalização emitiu o Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/EQRES n.º 034/2012, que ao contrário do que defende a impugnante, contém numeração e data de ciência regular pelo contribuinte, sendo esta em 29/11/2012, fl.60.

É completamente descabida a tese defendida de que a fiscalização deveria ter praticado o ato, no máximo em trinta dias após a constatação de eventual inconsistência ou irregularidade, e que os servidores responsáveis pela execução da ordem administrativa, especificamente no que tange à intimação da ora Impugnante deveriam ter providenciado o necessário em oito dias.

A base legal aventada pelo contribuinte, o Decreto N.70.235/72, em seus artigos 3º e 4º, não se refere a este procedimento de fiscalização que visa identificar infrações cometidas por empresas que se beneficiam de um regime tributário diferenciado, mas a atos processuais, passos de um processo em curso. Se fosse válida esta tese apresentada pelo impugnante, a fiscalização teria apenas 30 dias para identificar a

infração ora constatada, não podendo fazê-lo sequer no mês de abril de 2008. No mesmo sentido, não identifica-se no processo qualquer ofensa ao art.4º do Decreto N.70.235/72. A intimação de fls.59, que informa ao contribuinte sobre sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, é consequência da fiscalização que culminou com a conclusão de que a empresa infringiu o inciso IX, do art.29, da Lei Complementar N.123/06. O contribuinte foi regularmente cientificado, de acordo com o AR, fl.60, respeitando-se seu direito de defesa.

Não há qualquer embasamento legal na alegação referente ao transcurso de prazo. No caso em espécie, não há sequer o impeditivo temporal da decadência quinquenal, visto não tratar-se de lançamento de tributos. Ainda que houvesse esta decadência, o próprio contribuinte já observou que o ato declaratório demorou quatro (04) anos e dez (10) meses para chegar ao seu conhecimento, ou seja, ainda assim estaria dentro do limite de cinco anos utilizado para o lançamento de tributos.

Neste sentido, entende-se que não foi cerceada a defesa do contribuinte, ao qual foi assegurada no conteúdo do ato combatido, a oportunidade de apresentar suas razões, como assim o fez.

#### DO JULGAMENTO

Em face do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE, mantendo a exclusão do SIMPLES NACIONAL determinada pelo Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/EQRES n.º 034/2012.

Ciência do acórdão DRJ em 12/02/2014 (folha 104). Recurso voluntário apresentado em 05/03/2014 (folha 106).

A recorrente, às folhas 106/113, em síntese, alega:

I – Que as disposições contidas na Lei Complementar n.º 123/06 nas quais se baseia o ADE combatido contrariam o princípio da irretroatividade disposto no art. 5º, incisos XXXVI e XL, combinado com art. 150, inciso III, da Constituição Federal;

II – Que o ADE combatido importa frontal ofensa à garantia insculpida no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal: o de que a lei não prejudicará ato jurídico perfeito;

III – Que a aplicação dos prazos do Decreto n.º 70.235/72 aos atos processuais do contribuinte mas não ao prazo para emissão do ADE, contraria o princípio da impessoalidade;

IV – Que o ADE é nulo por partir da premissa de que o motivo da exclusão ocorreu durante o ano-calendário de 2008, “já homologado tacitamente”, além de ferir o direito adquirido.

É o relatório.

Fl. 8 do Acórdão n.º 1001-002.003 - 1ª Sejul/1ª Turma Extraordinária  
Processo n.º 16613.720009/2012-12

## Voto

Conselheiro Sérgio Abelson, Relator

O recurso voluntário é tempestivo, portanto dele conheço.

Preliminarmente, a contribuinte alega ser nulo o ADE em questão por motivo sem qualquer relação com as hipóteses de nulidade previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72. Aduz que o ano-calendário de 2008 estava “*homologado tacitamente*”, em afirmação sem fundamentação legal ou mesmo fática, bem analisada no acórdão recorrido no trecho reproduzido a seguir, o qual adoto como razão de decidir:

Não há qualquer embasamento legal na alegação referente ao transcurso de prazo. No caso em espécie, não há sequer o impeditivo temporal da decadência quinquenal, visto não tratar-se de lançamento de tributos. Ainda que houvesse esta decadência, o próprio contribuinte já observou que o ato declaratório demorou quatro (04) anos e dez (10) meses para chegar ao seu conhecimento, ou seja, ainda assim estaria dentro do limite de cinco anos utilizado para o lançamento de tributos.

No mais, as insurgências da recorrente resumem-se a considerar inconstitucionais procedimentos e critérios expressamente previstos em lei utilizados na exclusão em questão. Atinente a tais alegações, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade (art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF nº 2).

Pelo exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, negar provimento ao recurso.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Abelson