



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10380.731289/2017-95
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1002-001.846 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 02 de dezembro de 2020
Recorrente J F CAVALCANTE FILHO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Período de apuração: 01/01/2013 a 31/12/2014

SIMPLES. INDEFERIMENTO DA OPÇÃO DO SIMPLES NACIONAL.
ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE.

Subsistindo os motivos que ensejaram o indeferimento de inclusão da contribuinte ao Regime Tributário do Simples Nacional, ratificar o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional é medida que se impõe.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Aílton Neves da Silva, Rafael Zedral, Marcelo José Luz de Macedo e Thiago Dayan da Luz Barros

Relatório

Em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, transcrevo o relatório produzido no Acórdão nº 04-46.211 da 4ª Turma da DRJ/CGE de 16 de julho de 2018 (fls. 566 a 577):

Trata-se de manifestação de inconformidade em face da decisão da DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM FORTALEZA - ATO DECLARATÓRIO

EXECUTIVO Nº 02 DE 05 DE JANEIRO DE 2018, que excluiu do SIMPLES NACIONAL o empresário individual J F CAVALCANTE FILHO – ME.

Na manifestação de inconformidade de fls 521 a 556, a empresário individual alega, em síntese, que:

- *Confunde-se a fiscalização autuante, ou melhor, faz uma verdadeira confusão entre obrigação principal e obrigação acessória, como se esta fosse a essência da obrigação tributária ou mesmo exigir o tributo na forma que melhor convier para o Fisco, isto exigir o tributo pelo modo ou sistema mais oneroso e não aquele que a lei faculta ao contribuinte.*

- *Observa-se que a principal assertiva constante da peça acusatória fiscal foi a ausência de emissão de documento fiscal naquele período, ou seja, as notas fiscais que efetivamente não puderam ser emitidas em razão de problemas na geração de arquivo magnético exigido pela Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará (SEFAZ/CE), bem como as dificuldades desta de recompor o seu sistema contábil e adequá-lo as exigências fiscais, ficando bloqueada a emissão das notas fiscais eletrônicas por aquela repartição fiscal (SEFAZ/CE).*

- *As demais ilações são passíveis de apuração regular com base nos informes contábeis ou, mais eficientemente, os extratos bancários, dos quais se concentram e evidenciam toda movimentação financeira da empresa, tendo em vista se tratar de microempresa, cujos recebimentos e pagamentos assim se operavam — fatos econômicos, tendo como único cliente a referida empresa tomadora.*

- *Por outro lado, se havia apenas o contrato de facção com a empresa tomadora, fonte da única receita/faturamento naquele período, não seria difícil a apuração da receita bruta, como também dos custos dos serviços de facção. Todos os lançamentos contábeis/fiscais se observava o regime de caixa sejam as receitas, como as também custos/folha de pagamento e despesa*

iii) a empresa não emitir reiteradamente documento fiscal de prestação de serviço, o que se mostra meio fraudulento, com o fim de induzir a fiscalização em erro e de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo."

- *A primeira hipótese, conforme já abordada, é desprovida de fundamento fático e jurídico na medida que é próprio da atividade de confecções a contratação, com custos menores, de empresa de facção que utiliza espaço interno do estabelecimento industrial tomador, com área e estoques segregados, para a realização da atividade de facção.*

- *O fato de haver utilização das instalações dos recursos existentes no estabelecimento da empresa tomadora, além de indispensável para a execução dos trabalhos propostos e consecução a contento dos serviços, não se confunde com as atividades sociais de cada estabelecimento, segregadas, autônomas e independentes, objetivando a qualidade dos serviços e preços competitivos, por sinal muito comum na atividade de confecção naquele período da chamada "desoneração da folha de pagamento", repetimos.*

- *A segunda hipótese, é a suposta ausência de alguma informação do Livro Caixa não inviabiliza sua correção e ajustes mediante apuração adequada pela fiscalização ou mediante perícia ou reconstituição, uma vez que, a rigor, esta é convalidada pela demonstração da atividade financeira oriunda das suas contas bancárias, ou seja, os tais fatos econômicos (verdade material).*

- *Por fim, e aqui está onde a fiscalização procura a todo custo fundamentar a penalização da defendente, que seria a ausência de emissão de documentos*

fiscais da prestação dos serviços prestados de facção, como se inexistentes o contrato de facção, os recebimentos e pagamentos regulares mediante lançamentos bancários, sob de regime de caixa, as informações fiscais PGDASD, e as do Simples Nacional, não sustentam, d. v., as impropriedades "mostra meio fraudulento, com afim de induzir a fiscalização em erro e de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo". Afinal, qual foi a fraude apontada?

- *"In casu", na verdade, com a alteração da legislação tributária incidente sobre as contribuições previdenciárias, visando uma política de geração de empregos, criada pela Lei nº 12.546/2011, a CPRB — Receita Bruta, objetivando a desoneração da folha de pagamento e consequentemente estimular a manutenção do pleno emprego, já que a economia sinalizava retração da atividade econômica, por conta de políticas econômicas equivocadas, principalmente as atividades que demandavam mão-de-obra, como é o caso da atividade da indústria de confecções, sendo obrigatória até 30/11/2015, e com advento da Lei nº 13.161/2015, passou a ser facultativa aos contribuintes o recolhimento da contribuição previdenciária sobre o faturamento,*

- *Ocorre, porém, que com a majoração da alíquota da CPRB a partir de agosto de 2014, muitas empresas da indústria de confecções passaram a optar pela contratação de pessoal próprio para a realização integral de serviços industriais, os quais até então viabilizavam os custos dos serviços de facção.*

- *Com isso, não só a exponente, como tantas outras empresas de facções passaram a sofrer pressão das grandes empresas industriais da atividade de confecção, inviabilizando os custos dos serviços até então beneficiados pela política da desoneração inicial da folha de pagamento.*

- *Neste ponto, vejam só a contradição da autuação, pois se a empresa defendente, no período fiscalizado, 2013 e 2014, estaria sujeito ao recolhimento sobre a receita bruta (CPRB), por qual razão entendeu de tributar pela forma mais onerosa, por sinal, não aplicável ao caso, o que, tanto num como noutro, haverá recolhimento a maior com tributo a restituir, uma vez que o percentual no Simples Nacional, incidente sobre o faturamento/receita bruta é superior ao da tributação no regime normal, naquele período (1% s/CPRB).*

- *É que a atividade de tributação é resultado. Isto quer dizer que embora determinado contribuinte tenha apurado o imposto de forma incorreta, informando erroneamente ou deixando de encaminhar a obrigação acessória informativa, mas recolheu o imposto devido, satisfazendo a obrigação principal, não há o que falar sobre falta de recolhimento do imposto ou penalidade eventualmente incidente sobre o mesmo, o que no mais a penalização incidente apenas em relação a obrigação acessória, passível de correção a qualquer tempo. É o caso dos autos.*

- *Seria desproporcional a penalidade do contribuinte que, recolhendo regularmente o tributo devido, vir a ser excluído de um regime tributário sobre o qual norteia a simplificação da tributação, como é o caso do Simples Nacional, destinado aos pequenos negócios e que unifica oito impostos em uma única guia de recolhimento.*

- *A penalidade, como se pode verificar, é desproporcional a falta cometida, de ordem formal, sendo injustificável as razões que levaram a exclusão da defendente do Simples Nacional, uma vez que restou cumprida a obrigação principal a qual estava sujeita.*

- *Ademais, para efeito de exclusão do Simples Nacional, a classificação entendida pela fiscalização autuante como "cessão ou locação de mão-de-obra", exatamente em razão de se encontrar elencada como vedada na legislação do*

Simples Nacional, quando na verdade tal classificação, "ad argumentandum tantum", não poderia, como não pode, configurar simples cessão ou locação de mão-de-obra, na medida que a empresa contratada recebe os materiais e produtos para execução de tais serviços — verdadeiros serviços de industrialização, passíveis de enquadramento no Simples Nacional

• Esta é a realidade da economia, a qual seu caminho segue o mesmo de um rio, as atividades econômicas para sobreviverem não é diferente do percurso de um rio desde a nascente até a sua foz. Não se vê rio subindo morro e nem empresa optando pelo que lhe seria mais oneroso. No caso em questão, a exponente, na condição de empresa de facção, celebrou contrato para execução de trabalhos de facção proposto em área interna disponibilizada, mas apartada da tomadora PSA IND E COM DE CONFECÇÕES S/A, cliente de longa data, por força de exigência da SEFAZ/CE, de forma a segregar os estoques das duas empresas, bem como para redução dos custos dos serviços em relação ao preço praticado no mercado local.

• Com a inviabilização econômica dos serviços de facção, foi proposto pela tomadora PSA Ind e Com de Confeções, de sorte a evitar solução de continuidade dos serviços, a contratação de todo o pessoal da defendente e assunção dos encargos sociais e trabalhistas, além de problemas administrativos e fiscais, uma vez que não teria condições de arcar com tais custos, e a tomadora já estava utilizando-se de serviços de outras empresas para atender sua demanda, o que não lhe restou outra alternativa.

• Assim, não resta outra alternativa senão pedir a nulidade e/ou improcedência da apressada e deliberada decisão objurgada, proferida ao arrepio das regras de direito pertinentes, pois em seu cerne apresenta uma premissa equivocada que não deve e nem pode prevalecer.

A DRJ, por meio de referido Acórdão, julgou improcedente a manifestação de inconformidade da recorrente, mantendo, portanto, a validade do Ato Declaratório Executivo n.º 02, de 05 de janeiro de 2018 (fl. 493), cujos dispositivos encontram-se mencionados a seguir:

Art. 1º Fica EXCLUÍDA do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica J F CAVALCANTE FILHO - ME, CNPJ n.º 02.802.870/0001-00, em virtude de haver sido constatada, em procedimento fiscal, infração ao disposto no Art. 29, incisos I, VIII “in fine” e XI, e §9º, inciso II, da Lei Complementar n.º 123/2006, conforme Representação Fiscal contida no processo administrativo n.º 10380-731.289/2017-95.

Parágrafo Único. Tal fato implica na sua exclusão de ofício, por força do que dispõe o Art. 28, parágrafo único, e Art. 29, incisos I, VIII “in fine” e XI, e §9º, inciso II, da Lei Complementar n.º 123/2006, c/c o Art. 75, inciso I, da Resolução CGSN n.º 94, de 29 de novembro de 2011.

Art.2º Os efeitos da exclusão serão considerados a partir de 01/01/2013, conforme disposto no Art. 29, §1º, da Lei Complementar n.º123/2006, c/c o Art. 76, inciso IV, alínea “g”, item “2”, e alínea “j”, da Resolução CGSN n.º 94, de 29 de novembro de 2011.

Art.3º A pessoa jurídica poderá apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste ADE, manifestação de inconformidade dirigida ao Delegado da Receita Federal de Julgamento em Fortaleza/CE nos termos do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972 – Processo Administrativo Fiscal – PAF.

Art. 4º Não havendo apresentação de manifestação de inconformidade no prazo de que trata o Art. 3º acima, a exclusão tornar-se-á definitiva.

Face ao referido Acórdão da DRJ, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 370 a 375), argumentando que o acórdão recorrido era análogo a outros 4 acórdãos da mesma contribuinte em que teve seus pedidos julgados procedentes (fl. 372) e que teria apurado corretamente o saldo negativo de IRPJ bem como teria ocorrido a prescrição (fl. 374).

Por fim, no mérito, a empresa requer o provimento do recurso (fl. 375).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Thiago Dayan da Luz Barros, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 2º e do art. 23-B do Anexo II da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), atualizada pela Portaria MF nº 329/2017, considerando-se tratar de exclusão no regime de tributação pelo Simples Nacional, desvinculada de crédito tributário com cobrança em curso.

Além disso, observo que o recurso é tempestivo, na medida que foi interposto em 05 de novembro de 2018, conforme Termo de Juntada (fl. 582), face à data da ciência em 16 de outubro de 2018 (fl. 581), e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Mérito

Prefacialmente, cumpre esclarecer que o presente Acórdão, referente ao processo em apreço de nº 10380.731289/2017-95, versa exclusivamente sobre a exclusão do contribuinte do Regime Especial do Simples Nacional. Assim, os Recursos Voluntários interpostos nos

processos 10380.720350/2018-50 e 10380.720351/2018-02 serão decididos posteriormente pela sessão competente.

Dessa forma, quanto ao mérito da presente demanda, necessário esclarecer que a contribuinte foi excluída do Simples pelo Ato Declaratório Executivo nº 02, de 05 de janeiro de 2018 (fl. 493), face infração ao disposto no artigo 29, incisos I, VIII “*in fine*” e XI, e §9º, inciso II, da Lei Complementar nº 123/2006, conforme Representação Fiscal contida no processo administrativo nº 10380-731.289/2017-95:

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

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

[...]

VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

[...]

XI - houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26;

[...]

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

[...]

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

Não obstante as provas apresentadas pelas Autoridades Tributárias, o contribuinte não apresenta documentos pertinentes a corroborar com o que alega, se limitando a mencionar genericamente, em síntese, que:

A ação fiscal, mais parece uma show de pirotecnia fiscalista, desprovida de fundamento jurídico, com fatos que efetivamente não poderiam ensejar, direta ou indiretamente, a falta de recolhimento dos tributos, muito^{mais} a exclusão da ora recorrente da sistemática do Simples Nacional, pois os fatos econômicos são os que dizem e evidenciam a verdade material.

[...]

A exclusão da Contribuinte, ora recorrente, é indevida e injusta, bem como a improcedência das autuações fiscais é de evidência manifesta.

Nesse sentido, importa mencionar que, por força o artigo 16 do Decreto 70.235 de 1972, é determinado que a impugnação/manifestação de inconformidade deve ser instruída com a prova documental do direito alegado, que assevera:

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

III – os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir:

[...]

§ 4.º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

(grifos nossos).

Corroborando com o exposto, os artigos 319, inciso VI, bem como 373, inciso I, ambos do Código de Processo Civil, diploma aplicado de forma suplementar ao processo administrativo, disciplinam ser do autor (no presente caso o sujeito passivo da obrigação tributária) o ônus de comprovar seu direito alegado:

Art. 319. A petição inicial indicará:

[...]

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

[...]

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

Não menos importante é o que estabelece a Lei 9.784 de 1999, que diz ser incumbência da parte interessada fornecer os elementos materiais que comprovem o direito que pretende ver reconhecido:

Art. 4º São deveres do administrado:

[...]

IV – prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos;

[...]

Art. 40 Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação do pedido formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo.

Sendo ônus do contribuinte comprovar seu direito e considerando que a mesma dispõe de melhores condições para o esclarecimento dos fatos com provas hábeis por ela produzidas, o deferimento de seu pedido, dependeria, portanto, da conexão lógica entre as explicações e referências da empresa contribuinte com os documentos por ela apresentados, o que não aconteceu.

Ademais, como bem menciona o Douto Relator do Acórdão nº 04-46.211 recorrido, Autoridade Tributária comprovou as irregularidades que o contribuinte cometeu, por meio dos documentos comprobatórios anexos aos autos (fls. 19 a 491).

Acerca do Livro Caixa apresentado pelo contribuinte, a Autoridade Lançadora constatou que estavam com dados insuficientes de suas movimentações financeiras, bancárias e tributárias.

Dessa forma, considerando que o contribuinte não trouxe documentos comprobatórios que confrontem os fundamentos fáticos e jurídicos insertos na Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional (fls. 02 a 18), não há como acolher os argumentos de sua manifestação de inconformidade.

Nesse sentido, cumpre ainda demonstrar o entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais sobre a falta de apresentação de documentos pelo contribuinte, *in verbis* (grifos nossos):

Acórdão: 2301-008.225

Número do Processo: 10725.000486/2007-49

Data de Publicação: 26/11/2020

Contribuinte: EDUARDO TEIXEIRA PINHEIRO

Relator(a): Não informado

Ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Exercício: 2006

ÔNUS DA PROVA. RECURSO VOLUNTÁRIO. PROVAS MATERIAIS INSUFICIENTES. A apresentação de documentação deficiente autoriza o Fisco a lançar

o tributo que reputar devido, recaindo sobre o sujeito passivo o ônus da prova em contrário. **O Recurso pautado unicamente em alegações verbais, sem o amparo de prova material, não desincumbe o Recorrente do ônus probatório imposto pelo art. 33, §3º, in fine da Lei nº 8.212/91, eis que alegar sem provar é o mesmo que nada alega.**

Nesses termos, subsistindo os motivos que ensejaram a exclusão da empresa contribuinte do Regime Tributário do Simples Nacional, quase sejam, falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária bem como houver descumprimento reiterado da obrigação de emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor, a continuidade de tal determinação é medida que se impõe.

Dispositivo

Posto isso, subsistindo os motivos que ensejaram a exclusão da empresa contribuinte do Regime Tributário do Simples Nacional, torna-se inviável o reconhecimento da pretensão pleiteada no pelo contribuinte, não havendo motivos para a reforma do Acórdão da Delegacia de Julgamento pelos motivos anteriormente expostos.

Nesse sentido, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo integralmente a decisão de piso, reconhecendo o Ato Declaratório Executivo nº 02, de 05 de janeiro de 2018, e os atos administrativos ulteriores que o ratificaram.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros