



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11060.722105/2017-81
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.094 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 03 de dezembro de 2020
Recorrente GRIESANG E LENZ TRANSPORTES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013, 2014

SIMPLES. EXCLUSÃO. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INEXISTÊNCIA.

Não se verifica a ofensa a princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pois desde a origem do presente processo, cujo contencioso foi inaugurado com a apresentação da impugnação, a contribuinte teve amplo direito a defesa e ao contraditório, como o demonstram as peças de defesa apresentadas. A exclusão foi lavrada por autoridade com competência legal para o ato, que tendo verificado a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a contribuinte pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente e da qual a pessoa jurídica foi regularmente cientificada. Portanto, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

SIMPLES. EXCLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INCOMPETÊNCIA DE APRECIÇÃO PELO CARF.

Não cabe às instâncias administrativas pronunciar-se sobre inconstitucionalidade de lei, competência exclusiva do Poder Judiciário. Tal entendimento é pacífico neste Conselho conforme inteligência exarada na Súmula CARF nº 2.

SIMPLES. EFEITO SUSPENSIVO.

Os efeitos da exclusão, conforme o § 5º do art. 75 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011 acima, dar-se-ão após a decisão administrativa final, contudo o marco temporal de início da exclusão será o definido no § 1º art. 29 da Lei Complementar nº 123 de 2006, no caso de restar definitiva administrativamente a exclusão.

SIMPLES. VALOR DE DESPESAS PAGAS SUPERAR EM 20% OU MAIS O VALOR DOS INGRESSOS NO MESMO PERÍODO.

Constatado que o valor das despesas pagas supera 20% dos ingressos no mesmo período, incide na vedação prescrita no inciso IX do art. 29 da Lei Complementar nº 123 de 2006. Dessa forma há que ser excluída do SIMPLES no termos do § 1º do mesmo dispositivo legal.

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)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Bárbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Wilson Kazumi Nakayama e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente)

Relatório

A contribuinte em epígrafe foi excluída do SIMPLES Nacional por meio do Termo de Exclusão do SIMPLES Nacional DRF/SCS de 03/08/2017 (e-fl. 152).

A exclusão foi decorrente do Relatório Fiscal de Exclusão do SIMPLES Nacional (cópia às e-fls. 2-3) lavrado pela autoridade fiscal, que constatou que a contribuinte incorreu na situação fática descrita no inc. IX do art. 29 da Lei Complementar nº 123 de 2006, ou seja, que o valor das despesas pagas no ano-calendário teria superado em 20% o total de ingressos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade.

Contra a exclusão a contribuinte apresentou impugnação, onde alegou que a exclusão violaria princípios constitucionais, que o inciso IX do art. 29 da Lei Complementar nº 123 de 2006 seria inconstitucional e que o entendimento da fiscalização estaria eivado de equívocos, eis que, segundo a mesma, estaria adimplente em todas as suas obrigações. O fato de ter apurado mais despesas do que receitas seria decorrente, segundo a contribuinte, da crise econômico-financeira que assolava a economia brasileira. Requereu a suspensão da exclusão enquanto não proferida decisão administrativa definitiva e o cancelamento da exclusão.

A 5ª Turma da DRJ/BSB, por meio do acórdão 03-081.104, de 14 de agosto de 2018 julgou improcedente a impugnação. A ementa do acórdão, abaixo reproduzida, resume os motivos da decisão:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2013 e 2014

HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. VALOR DAS DESPESAS PAGAS NO ANO CALENDÁRIO SUPERA EM 20% (VINTE POR CENTO) O VALOR DE INGRESSOS DE RECURSOS NO MESMO PERÍODO.

Uma vez constatados fatos impeditivos ao enquadramento da pessoa jurídica no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, de que trata a Lei Complementar nº 123/2006, de 14 de dezembro de 2006, a autoridade administrativa deverá formalizar a representação para fins da edição do competente Ato Declaratório de Exclusão de ofício.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS.

A ME ou EPP excluída do Simples sujeitar-se-á às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão.

O Termo de Exclusão do Simples Nacional ou Ato Declaratório Executivo determina o período a partir do qual a empresa está excluída do regime especial de tributação, surtindo efeitos a partir de então.

INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO. DESCABIMENTO DE APRECIÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

A contribuinte tomou ciência do acórdão por meio eletrônico em 25/09/2018 (e-fl. 196).

Irresignada com o r. acórdão a contribuinte, ora Recorrente, apresentou recurso voluntário em 23/10/2018 (e-fls. 198-208) onde repisa os mesmos argumentos apresentados na manifestação de inconformidade, quais sejam, violação de princípios constitucionais, inconstitucionalidade do inciso IX do art. 29 da Lei Complementar nº 123 de 2006, e no mérito alega que nos anos em que foi verificada a suposta infração apurou prejuízo contábil que seria comprovado pelas Demonstrações do Resultado do Exercício e Balanço Patrimonial dos anos calendários 2013 e 2014 que, segundo a mesma, deveriam ser levados em consideração por esta Turma julgadora.

Requer ao final que seja suspenso a exclusão até a decisão administrativa definitiva e que seja provido o recurso voluntário.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Wilson Kazumi Nakayama, Relator.

O recurso voluntário atende aos requisitos formais de admissibilidade, assim dele tomo conhecimento.

A Recorrente pleiteia a suspensão da exclusão até o trâmite final do presente processo. O efeito suspensivo de um ato administrativo deve ser definido quando expressamente previsto em lei. Esse o ensinamento de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 19a ed., 2006, p. 697)

O efeito suspensivo, como o próprio nome diz, suspende os efeitos do ato até a decisão do recurso; ele só existe quando a lei o preveja expressamente. Por outras palavras, no silêncio da lei, o recurso tem apenas efeito devolutivo

Esse princípio está estampado na legislação do processo administrativo federal, através da Lei n.º 9.784, de 1999, que assim dispõe em seu artigo 61:

Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

A legislação que trata do SIMPLES Nacional, Lei Complementar n.º 123 de 2006 define que no caso de contencioso administrativo a competência será do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício. Também delegou competência para o CGSN – Comitê Gestor do Simples Nacional para disciplinar procedimentos e prazos, bem como, no processo de exclusão, prever efeito suspensivo na hipótese de apresentação de impugnação, defesa ou recurso. Confira-se (grifos adicionados):

Art.39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

§ 1 O Município poderá, mediante convênio, transferir a atribuição de julgamento exclusivamente ao respectivo Estado em que se localiza.

§ 2 No caso em que o contribuinte do Simples Nacional exerça atividades incluídas no campo de incidência do ICMS e do ISS e seja apurada omissão de receita de que não se consiga identificar a origem, a autuação será feita utilizando a maior alíquota prevista nesta Lei Complementar, e a parcela autuada que não seja correspondente aos tributos e contribuições federais será rateada entre Estados e Municípios ou Distrito Federal.

§ 3 Na hipótese referida no § 2º deste artigo, o julgamento caberá ao Estado ou ao Distrito Federal.

§ 4 A intimação eletrônica dos atos do contencioso administrativo observará o disposto nos §§ 1A a 1D do art. 16.

§ 5 A impugnação relativa ao indeferimento da opção ou à exclusão poderá ser decidida em órgão diverso do previsto no caput, na forma estabelecida pela respectiva administração tributária.

§6 Na hipótese prevista no § 5º, o CGSN poderá disciplinar procedimentos e prazos, bem como, no processo de exclusão, prever efeito suspensivo na hipótese de apresentação de impugnação, defesa ou recurso.

O contencioso administrativo no âmbito federal é regulamentado pelo Decreto n.º 70.235/72 em que estão disciplinados os procedimentos de fiscalização, de julgamento e de

consulta e subsidiariamente pela Lei n.º 9.784/99 que regula o processo administrativo na esfera federal. Não se constata no Decreto n.º 70.235/72 a disciplina quanto a processo de exclusão de optantes do SIMPLES.

Contudo, os processos de exclusão do SIMPLES são apreciados pela 1ª Seção do CARF, conforme o disposto no inciso V do art. 2º do Anexo II do RICARF – Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Dessa forma devem seguir as determinações contidas no Decreto 70.235/72 quanto a apreciação de impugnações a atos de exclusão de ofício do SIMPLES.

Nos termos do art. 14 do Decreto 70.235/72 a impugnação instaura a fase litigiosa do procedimento, e assim a manifestação de inconformidade contra a exclusão inaugura a fase litigiosa do procedimento de exclusão, passando a obedecer os ritos e prazos definidos no Decreto 70.235/72.

Portanto a efetividade do ato de exclusão só ocorre quando findo a discussão na esfera administrativa.

Contudo, constata-se que o § 5º do art. 75 da Resolução CGSN n.º 94, de 29 de novembro de 2011, com a redação dada pela Resolução CGSN n.º 121, de 08 de abril de 2015 (vigente à época da exclusão) definiu que o registro da exclusão de ofício será feito no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, após vencido o prazo de impugnação estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, no caso de interposição tempestiva, ou, caso interposto tempestivamente, após a decisão administrativa definitiva desfavorável à empresa, ficando os efeitos dessa exclusão, observado o disposto no art. 76, condicionados a esse registro.

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 29, § 3º)

[...]

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, após vencido o prazo de impugnação estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou ao processo, sem sua interposição tempestiva, ou, **caso interposto tempestivamente, após a decisão administrativa definitiva desfavorável à empresa, ficando os efeitos dessa exclusão, observado o disposto no art. 76, condicionados a esse registro.** (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º) (Redação dada pelo(a) Resolução CGSN n.º 121, de 08 de abril de 2015) (grifei)

Observe-se que **os efeitos da exclusão, conforme o § 5º acima, dar-se-ão após a decisão administrativa, contudo o marco temporal será o definido no artigo subsequente, os quais reproduzem o marco temporal de início de exclusão definido no art. 29 da Lei Complementar nº 123 de 2006.**

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

I - quando verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória, a partir das datas de efeitos previstas no inciso II do art. 73; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, inciso I; art. 31, incisos II, III, IV, V e § 2º)

II - a partir do mês subsequente ao do descumprimento das obrigações de que trata o § 8º do art. 6º, quando se tratar de escritórios de serviços contábeis; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 22-C; art. 31, inciso II)

III - a partir da data dos efeitos da opção pelo Simples Nacional, nas hipóteses em que:

a) for constatado que, quando do ingresso no Simples Nacional, a ME ou EPP incorria em alguma das hipóteses de vedação previstas no art. 15; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 16, caput)

b) for constatada declaração inverídica prestada nas hipóteses do § 4º do art. 6º e do inciso II do § 3º do art. 8º; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 16, caput)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

[...]

Depreende-se, portanto, da leitura de todo o acima exposto, que os efeitos da exclusão encontrar-se-ão suspensos até a decisão administrativa final, da qual não caiba mais recurso. **Contudo, os efeitos da exclusão, caso a decisão seja desfavorável à Recorrente, dar-se-ão a partir de 1º de janeiro de 2013, conforme determina o § 1º do art. 29 da Lei Complementar nº 123 de 2006, conforme consta no ADE.**

Quanto as arguições de ofensa a princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, constato que desde a origem do presente processo, cujo contencioso foi inaugurado com a apresentação da impugnação, a Recorrente teve amplo direito à defesa e ao contraditório, como o demonstram as peças de defesa apresentadas.

A Recorrente irressignada contra o acórdão afirma que “excluir de ofício uma empresa do sistema do Simples Nacional, com base na aplicação literal da norma prevista no inciso IX, do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, sem levar-se em conta o caso em concreto, constitui violação aos princípios supramencionados, motivo pelo qual o presente recurso deve ser provido para manter a empresa no regime do Simples Nacional.

Ora, a exclusão foi lavrada por autoridade com competência legal para tal, delegado da Receita Federal do Brasil em Santa Cruz do Sul /RS, que tendo verificado a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal.

A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente e da qual a pessoa jurídica foi regularmente cientificada.

Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas. Ademais os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos. O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância.

Quanto a alegação de inconstitucionalidade do inciso IX do art. 29 da Lei Complementar nº 123 de 2006, não cabe às instancias administrativas pronunciar-se sobre tal matéria, competência exclusiva do Poder Judiciário. Tal entendimento é pacífico neste Conselho conforme inteligência exarada na Súmula CARF nº 2, que reconhece que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Rejeito portanto as arguições de ofensa a princípios constitucionais.

Quanto ao mérito, constato que a Recorrente repisa os mesmos argumentos apresentados na manifestação de inconformidade, os quais foram de plano rechaçados pela 1ª instância. Como a Recorrente não apresenta novos argumentos ou provas para contrapor à decisão da DRJ, e por este Relator concordar com os motivos da decisão *a quo*, arrimado na faculdade prevista no § 3º do Art. 57 do Regimento Interno do CARF eu os reproduzo como razões de decidir:

Do Simples Nacional

Alega a Impugnante que preenche os requisitos da Lei Complementar nº 123/2006 e, portanto, deve manter-se enquadrada como optante do Simples Nacional. Sustenta que, no seu caso, teve, de fato, prejuízo contábil nos anos fiscalizados.

Tal alegação não será acolhida, tendo em vista que nos anos 2013 e 2014 as despesas ultrapassaram o limite de 20% dos ingressos de recursos, previsto no inciso IX, do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, conforme quadro demonstrativo constante no Relatório Fiscal de Exclusão do Simples Nacional (fl. 04).

Nesse particular, entendo que a forma de exclusão do Simples Nacional imposta pela norma trata-se de uma opção legislativa, cabendo ao Fisco apenas a análise do percentual previsto.

Com relação ao suposto prejuízo alegado na peça de defesa, cuida-se apenas de uma questão interna da administração da empresa não ressalvada pela legislação quando estabeleceu a forma de exclusão do Simples Nacional em tela.

De acordo com o artigo 136 do CTN, as normas tributárias não devem levar em conta quaisquer aspectos subjetivos que ocorrem no gerenciamento da empresa. O dispositivo aplicado para desenquadrar a Impugnante do Simples Nacional se atém apenas a questões fáticas contábeis relativas ao percentual de despesa pagas em relação ao ingresso de recursos no ano-calendário fiscal 2013 e 2014. Preocupa-se apenas com a externalização dos atos e fatos contábeis da empresa.

Nessa sentido, o Fisco trouxe um resumo das informações relevantes para a exclusão do contribuinte e as apresentou no item 5 do Relatório fiscal (fl. 4).

RELAÇÃO DESPESAS COM A FOLHA DE PAGAMENTO – MASSA SALARIAL/RECEITA BRUTA DA EMPRESA GRIESANG e LENZ TRANSPORTES LTDA. NO PERÍODO FISCALIZADO:			
ANO CALENDÁRIO	2012	2013	2014
DESPESA - MASSA SALARIAL DECLARADA NAS GFIPs	R\$ 1.739.392,47	R\$ 1.789.792,49	R\$ 1.828.446,67
RECEITA BRUTA MASSA SAL/REC BRUTA (%)	R\$ 2.305.322,99 75,45	R\$ 579.259,33 308,97	R\$ 368.665,50 495,96

Observa-se do quadro acima que as despesas, em relação às receitas, nos anos de 2013 e 2014 superaram, com muita folga, os 20% permitidos pela legislação para a permanência da empresa no Simples Nacional.

As alegações da peça de impugnação, por sua vez, não trazem qualquer informação que contradiga os números apresentados. Mencionam apenas questões subjetivas referentes a aspectos de justiça, com relação à aplicação no caso concreto.

Dessa forma, impõe-se reconhecer a aplicação literal da norma prevista no inciso IX, do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006.

Ressalte-se, ainda, que a auditoria fiscal, ao aplicar a legislação, não tem faculdade discricionária, somente a vinculada, conforme disciplina o artigo 142, parágrafo único, do CTN.

Por todo o acima exposto, voto em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama