



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15504.723050/2018-01
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1001-002.396 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária
Sessão de 05 de maio de 2021
Recorrente MANGABEIRA ALIMENTÍCIA EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/12/2013 a 31/12/2015

SIMPLES NACIONAL. FATOS IMPEDITIVOS Á OPÇÃO PELO REGIME TRIBUTÁRIO DO SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO MANTIDA

Constatando-se a prática, pela empresa contribuinte, de fatos legalmente previstos como impeditivos á opção pelo Simples Nacional, necessária a sua exclusão desse regime tributário.

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)

Sérgio Abelson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Roberto Adelino da Silva, Sérgio Abelson e Thiago Dayan da Luz Barros.

Relatório

Em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, transcrevo o relatório produzido no Acórdão n.º 14-89.269 da 7ª Turma da DRJ/RPO, de 28 de novembro de 2018 (fls. 212 a 219):

O presente processo trata da exclusão da empresa MANGABEIRA ALIMENTÍCIA EIRELI, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), com efeitos a partir de 01/12/2013, através do Ato Declaratório Executivo - ADE DRF/BHE

nº 41, de 15/06/2018, em razão de possuir sócia administradora da fiscalizada em participação societária em outra pessoa jurídica não enquadrada no Simples Nacional, tendo a receita bruta global ultrapassado o limite de que trata o inciso II, do caput do artigo 3º, da Lei Complementar nº 123/2006, bem como constatação de que o valor das despesas pagas pela contribuinte, superou em 20% o valor de ingresso de recursos nos meses de dezembro/2013, 04 e 12/2014, e 03/2015 a 12/2015, incidindo na restrição prevista no inciso IX, do artigo 29 da LC nº 123/2006.

Referida exclusão se deu com base nas disposições contidas na Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional, fls. 02 a 15, que dispõe sobre as razões que levaram a fiscalização a propor a exclusão da empresa do regime diferenciado.

Dispõe a fiscalização na citada Representação Fiscal, que em procedimento constatou que a contribuinte foi optante do Simples Nacional, de 01/07/2007 a 31/12/2010, a qual foi excluída por Ato Administrativo do ente Belo Horizonte MG, tendo reingressado como optante a partir de 01/01/2011.

A auditoria fiscal constatou, com efeitos a partir do mês de janeiro/2015, que a fiscalizada incorreu em situação impeditiva de optante pelo regime diferenciado, prevista no inciso IV, do §4º do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006, pois houve participação, a partir de 12/12/2014, da pessoa física Carolina Tavares Carneiro, CPF nº 060.032.996-81 como sócia administradora da fiscalizada Mangabeira Alimentícia Eireli, CNPJ 19.271.592/0001-04 (empresa enquadrada no Simples Nacional) e participação de 25%, a partir de 04/03/2011, como sócia da empresa Rio de Janeiro Industria e Comércio de Alimentos Ltda, CNPJ 08.638.701/0001-62 (empresa não enquadrada no Simples Nacional) e, o somatório da receita bruta auferida pelas duas empresas no ano de 2014 acima do limite de que trata o inciso II, do artigo 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, conforme quadro demonstrativo, abaixo reproduzido:

RIO DE JANEIRO INDUSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA				
CNPJ 08.638.701/0001-62				
NOME DO SÓCIO	CPF	DATA INCLUSÃO	DATA EXCLUSÃO	Participação na composição societária (%)
Carolina Tavares Carneiro	060.032.996-81	06/02/2007	04/03/2011	30%
Carolina Tavares Carneiro	060.032.996-81	04/03/2011	18/01/2016	25%

RECEITA BRUTA ACUMULADA TOTAL		Ano
Calendário 2014		
MANGABEIRA ALIMENTICIA EIRELI - extraída do PGDASD (A)	RIO DE JANEIRO INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA - extraída do SPED / ECF (B)	RECEITA BRUTA ACUMULADA TOTAL (A + B)
1.512.209,58	7.329.285,44	8.841.495,02

Em seguimento, a auditoria relata que a fiscalizada foi intimada a apresentar demonstrativo da receita bruta de vendas de mercadorias/produtos/serviços, inclusive devoluções, acompanhado de cópia das notas fiscais correspondentes em conformidade com o TIF - Termo de Intimação Fiscal nº 7.

Em resposta, embora a contribuinte afirmou que toda informação relativa à receita bruta de venda de mercadorias/produtos/serviços pode ser extraída dos documentos já apresentados à fiscalização e dos documentos que a Receita Federal do Brasil possui acesso, por expediente de 26/06/2017, apresentou em mídia digital as notas fiscais relativas ao período fiscalizado.

A fiscalização acrescenta que intimou a empresa a apresentar o Livro Caixa, sendo que a fiscalizada entregou os Livros Diário e Razão dos anos de 2013 a 2015, ao passo que confrontou os valores escriturados mensalmente na conta 4.1.1.01.001 – VENDAS DE PRODUTOS com os valores da receita bruta declarada e constante do extrato do Simples Nacional, cujos dados foram informados no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional.

De posse do valor de ingresso de recursos comparou com o valor das despesas pagas no mesmo período e constatou que os valores das despesas com pessoal pagas nos meses de 12/2013, 04/2014, 12/2014 e 03/2015 a 12/2015 superaram em 20% (vinte por cento) o valor do ingresso de recursos (receita bruta com vendas) no mesmo período, conforme quadro demonstrativo reproduzido de sua Representação Fiscal, incorrendo na situação impeditiva especificada do inciso IX do artigo 29 da Lei Complementar 123, de 2006.

Mês	Código de Controle	Dia Envio	Valor base de cálculo mensal (Coluna D)	Valor base de cálculo 13º (Coluna E)	Valor base de cálculo total (Colunas D+E)	RECEITA BRUTA EXTRAÍDA DO PGDAS - D	Razão entre a despesa com mão de obra e a receita bruta
12/2013	IEPjLDNDou0000-2 / DGolnQxeeTp000-9	06/01/2014	101.860,57	1.374,33	182.314,59	119.040,19	153,15
04/2014	FZq4M6t1m0z0000-9	05/05/2014	124.067,81	957,36	125.025,17	97.751,28	127,90
12/2014	Gg5z11p9Pfc0000-1 / 03YxJyxR2880000-7	13/01/2015 / 22/12/2014	121.776,69	1.458,55	218.530,55	151.892,00	143,87
03/2015	OjDTYVGM0VA0000-6	02/04/2015	120.086,21	1.346,46	121.432,67	84.629,25	143,49
04/2015	LzhLmaWjG630000-0	04/05/2015	118.998,04	2.359,20	121.357,24	46.600,14	260,42
05/2015	EvtYVUuLpvX0000-0	02/06/2015	113.084,31	955,08	114.039,39	37.898,68	300,91
06/2015	OUI8BCdBF4Q0000-4	02/07/2015	114.201,26	1.085,67	115.286,93	43.487,00	265,11
07/2015	GWVLC8WXhpM0000-1	03/08/2015	112.636,86	1.044,14	113.681,00	36.161,08	314,37
08/2015	Np2svxcGhnU0000-2	02/09/2015	114.786,58	1.154,21	115.940,79	26.850,23	431,81
09/2015	M6iLTiB8lc0000-5	27/10/2015	113.002,14	3.381,01	116.383,15	31.105,72	374,15
10/2015	FsMyDelyQ7n0000-1	03/11/2015	108.714,56	1.347,29	110.061,85	26.356,27	417,59
11/2015	EYUJfwEeSRb0000-0	01/12/2015	105.762,72	4.848,44	110.611,16	27.459,50	402,82
12/2015	N61A8cDqJGE0000-5 / AuP2QFzQS60000-2	05/01/2016 / 16/12/2015	112.723,28	640,52	206.005,02	45.278,40	454,97

Segundo a representação fiscal tal exclusão teve produção de efeitos a partir do mês de dezembro/2013, nos termos do §1º, do artigo 29 da referida lei.

Ciente do Ato Declaratório Executivo em questão, a contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade, aduzindo em síntese, as argumentações que passamos a descrever.

Da participação da sócia Carolina Tavares Carneiro em duas pessoas jurídicas diferentes: ausência do poder de gerência.

A defendente alega que a sócia Carolina Tavares Carneiro jamais deteve poderes de gerência perante a empresa RIO DE JANEIRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA e que embora ela detivesse 25% das cotas, o fato de ela não ter poderes de gerência equivale a uma participação societária inferior aos 10% exigido pela Lei Complementar nº 123/2006, fato que requer se aplique por analogia, ou que ao menos, a exclusão por apenas um ano, período que permaneceu o impedimento.

A falta desse tipo de prerrogativa faz com que o sócio não tenha nenhum poder de decisão sobre as ações a serem executadas, sendo insignificante ao quadro social, figurando como mero capitalista.

Da realização de gastos em valor superior à receita disponível.

Alega que a exclusão com fundamento no inciso IX, do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006, de superioridade da despesa em relação à receita se deu em meses específicos e esporádicos, não podendo ser usado como fundamento para tão grave medida.

Que trata-se de presunção de que a contribuinte está omitindo receitas, mas que a fiscalização não levantou suspeitas com relação à receita da contribuinte.

Argumenta que resta comprovado que o fato conhecido - margens negativas - não decorre o fato desconhecido - omissão de receita, elidindo, assim, a presunção legal contida no art. 29, inciso IX da LC n.º 123/2006. Que o caso não é de omissão de receitas, mas insolvência e que o prejuízo operacional não pode ser motivo de tamanha penalidade à requerente.

Acrescenta que no caso da Requerente, a desproporção entre receita e despesa se deu de forma esporádica, pois no ano de 2013, a superioridade da despesa se deu em apenas um mês, que foi dezembro de 2013. Durante todo o ano de 2014 a despesa superou a receita em apenas dois meses: abril e dezembro. Sendo assim, não se pode presumir a fraude em razão de situações esporádicas não se revelando uma constante nesses períodos. Todavia, a partir de 2015, a situação financeira da empresa se complicou o que foi determinante para que a despesa superasse a receita.

Do Pedido

Requer cancelamento do Ato Declaratório Executivo em questão.

A DRJ/RPO julgou parcialmente procedente o pedido da empresa recorrente contido em sua manifestação de inconformidade. O contribuinte acima identificado foi excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, por possuir débitos com a Fazenda Pública Federal, com exigibilidade não suspensa:

[...] uma vez demonstrada pela fiscalização a participação de sócia ou titular com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada pela citada lei complementar, com receita bruta global ultrapassando o limite de que trata o inciso II do caput do art. 3º da mesma lei, forçoso reconhecer o impedimento de se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado do Simples Nacional, conforme dispõe o inciso IV, do §4º do art. 3º da LC 123/2006.

[...] cabe razão à impugnante, quando ressalta que a superioridade das despesas em 2013 se deu em apenas um mês, que foi dezembro, e durante o ano de 2014 a despesa superou a receita em apenas dois meses: abril e dezembro e que, não se pode presumir a infração em razão de situações esporádicas, não se revelando uma constante nesses períodos.

[...] No entanto, com relação ao ano calendário de 2015, a partir do quadro demonstrativo da fiscalização, é possível constatar que houve superação das despesas no decorrer do ano calendário para além dos 20%, cujos efeitos da exclusão é o mês de 03/2015, conforme §1º, do art. 29, já citado.

[...] Diante do exposto, VOTO pela procedência parcial da Manifestação de Inconformidade, para reconhecer a exclusão da requerente do Simples Nacional, no entanto, alterar o período dos efeitos de exclusão para 01/2015, que refere-se à primeira situação de infração excludente do regime diferenciado, apurado pela fiscalização, em decorrência de sócio ou titular com participação em mais de 10% do capital de outra pessoa jurídica.

Dessa forma, a 7ª Turma da DRJ/RPO decidiu pela parcial procedência da manifestação de inconformidade, para reconhecer a exclusão da requerente do Simples Nacional, no entanto, alterar o período dos efeitos de exclusão para 01/2015.

Face ao referido Acórdão da DRJ/RPO, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 225 a 245), requerendo que seja revista a exclusão da empresa do regime tributário do Simples Nacional levada a efeito pela autoridade fiscal.

A contribuinte apresenta, ainda, documentos que julga comprovar os argumentos por ela aludidos (fls. 246 a 256).

Por fim, a empresa Recorrente pleiteia a reforma da decisão prolatada pela 7ª Turma da DRJ/RPO, requerendo o acolhimento do Recurso Voluntário interposto.

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 do regime de tributação pelo Simples Nacional desvinculados de exigência de crédito tributário.

Ainda, observo que o recurso é tempestivo (protocolado em 17 de janeiro de 2019, fl. 223, face ao termo de ciência por abertura de mensagem datado de 18 de dezembro de 2018, fl. 221), e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Mérito

Quanto ao mérito da presente demanda, necessário esclarecer que a contribuinte foi excluída do Simples pelo Ato Declaratório Executivo DRF/GHE/Nº 41 de 15 de junho de 2018 (fl. 167), face o inciso II do artigo 3º bem como inciso IX do artigo 29, ambos da Lei Complementar nº 123 de 2006:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

[...]

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

[...]

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;

Os motivos que ensejaram o Ato Declaratório Executivo mencionado estão registrados na Representação Administrativa para Fins de Exclusão do Simples Nacional (fls. 02 a 15), quais sejam:

a) Participação da pessoa física Carolina Tavares Carneiro, CPF 060.032.996-81 como sócia administradora da fiscalizada Mangabeira Alimentícia EIRELI, CNPJ 19.271.592/0001-04 (empresa enquadrada no simples nacional) e participação como sócia da empresa rio de Janeiro Industria e Comércio de Alimentos LTDA, CNPJ 08.638.701/0001-62 (empresa não enquadrada no simples nacional) e somatório da receita bruta auferida pelas duas empresas no ano de 2014 acima do limite de que trata o inciso II, do artigo 3º da lei complementar 123, de 2006;

b) Realização de gastos em valor superior à receita disponível evidenciada pela incompatibilidade entre as despesas com mão de obra e a receita bruta arrecadada e constatação de que no ano calendário de 2013, a partir do mês de 12/2013, o valor das despesas pagas pela fiscalizada superou em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos.

Devidamente intimada a apresentar suas documentações correlatas, o contribuinte apresenta provas que corroboram com o presente na Representação Administrativa para Fins de Exclusão do Simples Nacional, motivo pelo qual foi mantida sua exclusão do Simples Nacional pelo Acórdão n.º 14-89.269 ora recorrido.

Não obstante as provas apresentadas pelas Autoridades Tributárias, o contribuinte se limita a mencionar que (grifos nossos):

[...] Outra questão que deve ser avaliada por essa Delegacia de Julgamento refere-se ao fato de que a sócia Carolina Tavares Carneiro jamais deteve poderes de gerência perante a empresa RIO DE JANEIRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA

[...] Assim, **pode-se afirmar que embora ela detivesse 25% das cotas**, o fato de ela não ter poderes de gerência equivale a uma participação societária inferior aos 10% exigido pela Lei Complementar n.º 123/2006.

[...] conforme ensina James Marins **a empresa deve fazer prova de que, mesmo na hipótese de registro de despesas superiores às receitas (situação de prejuízo contábil), não houve omissão de faturamento.** Esse fato está devidamente comprovado no caso dos autos, uma vez que a i. Sra. Fiscal, em momento algum, levanta suspeitas com relação à receita da contribuinte...

Denota-se que o contribuinte alega que a sócia Carolina Tavares Carneiro não possui poderes de gerência perante a empresa Rio de Janeiro Indústria e Comércio De Alimentos LTDA e que embora ela detivesse 25% das cotas, o fato de ela não ter poderes de gerência equivale a uma participação societária inferior aos 10% exigido pela Lei Complementar n.º 123/2006.

No entanto, tal argumento não merece prosperar, na medida em que 25% das cotas não podem ser entendidos como “inferior a 10%” pela suposta ausência de gerência.

Ainda, constata-se no quadro demonstrativo da fiscalização (fl. 13) que houve superação das despesas no decorrer do ano calendário de 2015 acima do limite legal de 20% que, segundo a inciso IX do artigo 29 da Lei Complementar n.º 123 de 2006, é motivo de exclusão do Simples Nacional.

Importa mencionar que a autoridade administrativa não possui discricionariedade para aplicar penalidade diversa da estabelecida em lei. A atividade administrativa é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Dessa forma, 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.

Ainda, como bem esclarece o acórdão recorrido, deve-se reconhecer a exclusão da contribuinte do Simples Nacional a partir de 01/2015, que se refere à primeira situação de infração excludente do regime do Simples Nacional, apurado pela fiscalização, em decorrência de sócio ou titular com participação em mais de 10% do capital de outra pessoa jurídica cuja a receita bruta global ultrapassa o limite legal.

Nesses termos, subsistindo os motivos que ensejaram a exclusão, não há qualquer correção a ser efetuada no Ato Declaratório Executivo, sendo a exclusão da empresa do Regime Tributário do Simples Nacional a medida que se impõe.

Dispositivo

Posto isso, não havendo motivos para a reforma do Acórdão da DRJ pelos motivos anteriormente expostos, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, mantendo

integralmente a decisão da Delegacia de Julgamento, reconhecendo o Ato Declaratório Executivo DRF/GHE/Nº 41 de 15 de junho de 2018, e os atos administrativos ulteriores que o ratificaram.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros