



Processo nº 16613.720010/2012-39

Recurso Voluntário

Acórdão nº 1001-002.112 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária

Sessão de 06 de outubro de 2020

Recorrente BUNI METAIS LTDA.

Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

EXCLUSÃO. DESPESAS PAGAS SUPERIORES A 20% DO INGRESSO DE RECURSOS.

Apurado, com base nas declarações da empresa, que o valor das despesas pagas supera em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período, confirma-se a exclusão do Simples Nacional decorrente do art. 29, inciso IX, da Lei nº 123/2006.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INCOMPETÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 2.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária.

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)

Andréa Machado Millan - Relator

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

Relatório

O presente processo trata de exclusão do Simples Nacional. Transcrevo parcialmente, abaixo, o relatório da decisão de primeira instância, que detalha o litígio:

No presente processo a empresa BUNI METAIS LTDA – ME apresenta contestação (fls. 94/124) contra o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DERAT/DIORT/EQRES Nº 041/2012 (fl. 55) que a excluiu do Simples Nacional.

O referido Ato Declaratório apresenta os seguintes fatos que motivaram a exclusão de ofício da empresa:

(...)

Situação excludente: Durante o ano-calendário de 2008, o valor das despesas pagas supera em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período.

Data de ocorrência : 31/05/2008

Fundamentação Legal: Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 28, art. 29, inciso IX, §§1º e 3º, art. 30, inciso II; Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011, art. 75, inciso I, §§1º a 5º, art. 76, inciso IV, alínea “h”, §§3º e 4º.

(...)

O ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DERAT/DIORT/EQRES Nº 041/2012 (fl. 55) foi emitido a partir da análise de dois documentos que constam no processo, conforme abaixo relatado:

1) Representação Fiscal (fls. 41/43) onde o Auditor da RFB propôs a exclusão da empresa do Simples Nacional, baseado nos seguintes dispositivos legais:

Lei Complementar nº 123/2006, que regula o referido Regime, dispõe:

“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.

Resolução CGSN nº 94/2011.

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

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, (...)

h) 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;(...)

§ 7º Para fins do disposto no inciso IV do caput, consideram-se despesas pagas as decorrentes de desembolsos financeiros relativos ao curso das atividades da empresa, e inclui custos, salários e demais despesas operacionais e não operacionais. (Incluído pela Resolução CGSN nº 100, de 27 de junho de 2012)”

De acordo com a Representação (fls. 41/43), a hipótese de exclusão foi constatada através da comparação dos valores de receita bruta informados pelo contribuinte na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN e a massa salarial declarada em GFIP. Na representação, o Auditor Fiscal demonstra e conclui que a massa salarial superou em 20% a receita bruta declarada pelo contribuinte nos anos de 2008 e 2011.

Informação Fiscal (fls. 51/54), da Derat/Diort/Eqres/São Paulo, confirmando as hipóteses de exclusão do Simples Nacional, conforme já tratadas na Representação Fiscal (fls. 41/43), acima citada. O referido documento mantém a proposta de exclusão da empresa do Simples Nacional, em virtude das despesas com massa salarial declaradas pelo contribuinte em GFIP, no ano-calendário de 2008, terem superado em 20% o valor da receita bruta informada na DASN, conforme demonstra Relatório Analítico dos Trabalhadores declarados em GFIP, período de 2008 a 2011 (fls. 09 a 30), Declaração Anual do Simples Nacional DASN ano-calendário 2008 (fls. 02 a 08) e DASN ano-calendário 2011 (fls. 31 a 40). Salienta ainda que, conforme telas CCORGFIP do sistema Plenus (fls. 49 e 50), na competência maio/2008 a soma das despesas com massa salarial declarada em GFIP (soma da remuneração e 13º salário de janeiro a maio) ultrapassou em 20% a receita bruta informada em DASN para o ano-calendário 2008. Assim, conclui que deve ser considerado o mês de maio de 2008 como o da ocorrência da hipótese de exclusão de que trata o inciso IX do art. 29 da LC nº 123/2006, cujos efeitos se dão a partir de então, impedindo-se nova opção pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, como disposto pelo §1º do art. 29 da LC nº 123/2006, e inciso IV do art. 76 da Resolução CGSN nº 94/2011. Encerra propondo a exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional, a partir de 1º de maio de 2008, impedindo-se nova opção nos anos-calendário de 2009, 2010 e 2011.

A proposta de exclusão do Simples Nacional foi acatada conforme despacho à fl. 54.

O contribuinte tomou ciência do Ato Declaratório de Exclusão de ofício do Simples Nacional em 30/01/2013 e ingressou com manifestação de inconformidade em 01/03/2013, conforme a seguir discriminado:

- 1) Insurge-se inicialmente contra o indeferimento do pedido de opção, pelo Simples Nacional pelo Município de Porto Alegre, por ser a empresa devedora de tributo municipal.
- 2) Considera equivocada a decisão de exclusão da empresa do Simples Nacional, da qual foi comunicada em 30/01/2013, inclusive tendo sido retroativa a 31/05/2008.
- 3) Recorre ao art. 179 da Constituição Federal, que dispõe sobre o tratamento diferenciado que os entre federados devem dispensar às microempresas e empresas de pequeno porte.
- 4) Alega a constitucionalidade do art. 29, IX, da Lei Complementar 123/2006, que dispõe sobre a exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional quando for constatado que durante o ano-calendário o valor das despesas pagas supera em 20% valor de ingressos de recursos no mesmo período. Questiona a dificuldade do controle das situações que levariam o valor das despesas a superar em 20% o valor de ingressos de recursos no mesmo período, porque podem ocorrer interferências externas influenciando o citado percentual. Alega ainda que bastaria a empresa

mudar sua política de pagamentos que o percentual estipulado pela Lei poderia ser ultrapassado.

- 5) Argumenta que, para uma decisão precisa e justa, seria necessário que se produzisse prova de avaliação pericial contábil do ano de 2008.
- 6) Frisa os problemas sociais que poderão decorrer da exclusão da empresa do Simples Nacional, por ser contratante de mão de obra e só conseguir coexistir com médias e grandes empresas tendo um tratamento tributário como o do Simples Nacional.

Conclui solicitando o acolhimento de sua manifestação e a revisão do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 041/2012, mantendo-se a sua condição de enquadrada no Simples Nacional e requer o direito de produção de prova via perito contábil, para que se demonstre que as despesas realizadas não excederam o percentual indicado pela Autoridade Fiscal.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza – CE, no Acórdão às fls. 127 a 134 do presente processo (Acórdão nº 08-28.171, de 13/12/2013 – relatório acima), julgou a Manifestação de Inconformidade improcedente. Abaixo, sua ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

HIPÓTESE DE EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL.

Quando for constatado que, durante o ano-calendário, o valor das despesas pagas pela empresa supera em 20% o valor de ingressos de recursos no mesmo período, a empresa deverá ser excluída de ofício do Simples Nacional.

INCONSTITUCIONALIDADE. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. COMPETÊNCIA.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do Fisco.

ATIVIDADE VINCULADA.

Não compete à Autoridade Administrativa apreciar questões relacionadas à situação socioeconômica do Contribuinte Autuado, quando da constituição do Lançamento previsto pela legislação.

O voto da decisão foi dividido em tópicos. O primeiro, sobre o indeferimento da opção pelo Município de Porto Alegre, esclareceu que se deixava de analisar a matéria por não ser objeto do processo, que trata apenas da exclusão do Simples Nacional com base na Lei Complementar nº 123/2006, art. 29, IX.

O segundo, sobre a alegação da empresa de que seria equivocada a decisão de exclusão, ponderou que a Receita Federal havia tomado por base as informações de receita bruta e massa salarial constantes nas declarações DASN e GFIP, entregues pelo próprio contribuinte, referentes aos anos-calendário de 2008 e 2011. E que os dados extraídos dos sistemas da Receita Federal, em 21/11/2013, confirmavam a hipótese de exclusão apontada no Ato Declaratório Executivo à fl. 55. Que, portanto, não havia equívoco na exclusão efetuada.

O terceiro, sobre a alegação de constitucionalidade da legislação aplicada, esclareceu que o controle da constitucionalidade das leis é de competência exclusiva do poder judiciário.

O quarto, sobre alegação de problemas sociais da empresa que poderiam advir da exclusão, esclareceu que a autoridade administrativa cumpre as determinações legais de forma plenamente vinculada.

O quinto e último, sobre a solicitação de realização de perícia, esclareceu que essa não era necessária porque a exclusão havia se apoiado em dados fornecidos pelo próprio contribuinte. Que mesmo que houvesse fato novo a ser anexado, deveria ter sido apresentado em conjunto com a manifestação.

Cientificado da decisão de primeira instância em 05/03/2014 (Termo de Ciência por Decurso de Prazo à fl. 140), o contribuinte apresentou o Recurso Voluntário em 26/03/2014 (recurso às fls. 142 a 160, Termo de Análise de Solicitação de Juntada à fl. 161).

Nele ressalta, novamente, os problemas advindos de sua exclusão. Anexa jurisprudência administrativa. Reclama o direito de produzir provas via perícia contábil. Alega que a despesa com salários de fato não ultrapassou o limite previsto na lei.

Alega que sofreu autuação fiscal por receitas não contabilizadas, baseada em sua movimentação financeira, sendo de ofício tributada pela sistemática do lucro real, aparentemente nos anos de 2005 a 2007, com débitos de IRPJ, CSLL e reflexos no PIS e Cofins, tudo formalizado em outro processo administrativo. Pede que o crédito tributário dela decorrente permaneça suspenso até a solução do presente processo.

Reclama dos efeitos retroativos do ADE. Alega a constitucionalidade do art. 29, inciso IX, da Lei Complementar nº 123/2006.

Conclui pedindo que seja julgado nulo o lançamento de ofício a que se refere e o ADE que o excluiu do Simples, além de que as intimações se façam em nome do advogado.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Andréa Machado Millan, Relatora.

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/1972 e Decreto nº 7.574/2011, que regulam o processo administrativo-fiscal (PAF). Dele conheço.

Sobre a solicitação de que as intimações se façam em nome do advogado, a CARF já se pronunciou sobre a matéria através da Súmula nº 110, vinculante para esse colegiado:

Súmula CARF nº 110

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo. (**Vinculante**, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Sobre a suposta inconstitucionalidade do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006, o CARF também já se pronunciou de forma definitiva, através da Súmula nº 2:

Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Quanto à autuação fiscal sofrida, da qual o contribuinte dá notícia pela primeira vez em seu Recurso Voluntário, conforme seu relato decorre de suposta omissão de receita, não guardando qualquer relação com a exclusão objeto do presente processo, decorrente de excesso de despesa em relação ao ingresso de recursos. Por isso, não será aqui abordada.

Sobre o direito de produzir provas via perícia contábil, os efeitos retroativos e o fundamento do ADE, não há o que reparar na decisão recorrida, cujos fundamentos adoto, nos termos do art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999. Reproduzo, abaixo, os trechos pertinentes do voto:

O motivo da emissão do Ato Declaratório foi a incidência na hipótese de exclusão abaixo transcrita:

Lei Complementar nº 123/2006, que regula o referido Regime, dispõe:

"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.

Passa-se a fazer considerações sobre as afirmações e argumentos apresentados pela empresa em sua defesa (fls.94/97):

(...)

CONSIDERA EQUIVOCADA A DECISÃO DE EXCLUSÃO DA EMPRESA DO SIMPLES NACIONAL.

Conforme já citado, a exclusão do contribuinte do Simples Nacional ocorreu pela incidência na hipótese prevista na Lei Complementar nº 123/2006, art.29, IX.

A Receita Federal tomou por base as informações de receita bruta e massa salarial constantes nas declarações DASN e GFIP, respectivamente, entregues pelo contribuinte referentes aos anos-calendário de 2008 e 2011, tratando-se, portanto, de dados reais informados pelo próprio interessado.

Os dados extraídos dos Sistemas da SRF, em 21/11/2013, confirmam a hipótese de exclusão apontada no ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DERAT/DIORT/EQRES Nº 041/2012 (fl. 55), senão vejamos:

Informações prestadas pelo contribuinte nas Declarações GFIP, RAIS e DASN - AC 2008
Valores em R\$ 1,00

Mês	Massa Salarial Total Informada em GFIP	Massa Salarial informada na RAIS	Receita Bruta Anual Informada na DASN	Massa Salarial Informada em GFIP Acumulada	Massa Salarial em GFIP acumulada/ Total da Receita Bruta Anual em DASN
jan/08	154.561,37	153.987,40	39.840,00	154.561,37	0,26
fev/08	154.271,84	152.429,40	56.550,00	308.833,21	0,51
mar/08	151.773,53	150.927,20	34.500,00	460.606,74	0,77
abr/08	158.164,82	157.492,50	67.200,00	618.771,56	1,03
mai/08	149.726,22	151.246,75	47.440,00	768.497,78	1,28
jun/08	148.670,19	149.466,40	29.750,00	917.167,97	1,53
jul/08	155.808,98	155.371,85	26.590,00	1.072.976,95	1,79
ago/08	149.685,44	149.279,65	79.750,00	1.222.662,39	2,04
set/08	149.963,38	149.512,05	32.615,00	1.372.625,77	2,29
out/08	148.908,23	147.885,25	60.000,00	1.521.534,00	2,54
nov/08	148.949,35	151.155,45	63.230,00	1.670.483,35	2,78
dez/08	140.047,91	279.295,00	62.500,00	1.810.531,26	3,02
13º	136.877,92	0,00	0,00	1.947.409,18	3,25
	1.947.409,18	1.948.048,90	599.965,00		

Informações extraídas do Sistema SIF
RAIS - Relação Anual de Informações Sociais.

Confirma-se portanto a hipótese de exclusão prevista na Lei Complementar nº 123/2006, art.29, IX e também tratada na RCGSN nº 94/2011, conforme artigo abaixo transscrito:

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

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) (...)

h) 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; (...)

§ 7º Para fins do disposto no inciso IV do caput, consideram-se despesas pagas as decorrentes de desembolsos financeiros relativos ao curso das atividades da empresa, e inclui custos, salários e demais despesas operacionais e não operacionais. (Incluído pela Resolução CGSN nº 100, de 27 de junho de 2012).

(grifo da relatora).

Portando, não considero equivocada a decisão da RFB quanto à exclusão do contribuinte do Simples Nacional, uma vez que, conforme demonstrado, a decisão foi baseada em informações prestadas pelo próprio contribuinte.

(...)

SOLICITAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA

O Contribuinte solicita, ao final de sua manifestação, que fosse apurada a verdade dos fatos, inclusive com a realização de perícia.

Julga-se desnecessária a realização de perícia tendo em vista que os dados nos quais se apoiou a Exclusão do Simples Nacional foram prestados pelo próprio contribuinte em GFIP e DASN.

Mesmo se houvesse algum fato novo a ser anexado ao processo, deveria tê-los apresentado em conjunto com a sua manifestação. O Decreto nº 70.235/72, que também se aplica a esse tipo de contencioso, dispõe no seu art. 16, § 4º, que as provas documentais devem ser apresentadas no momento da impugnação, sob pena de preclusão, excetuado fundado motivo para não o ter feito naquela oportunidade.

Só se justifica o deslocamento de um Auditor-Fiscal a uma empresa, para realização de diligência ou perícia, quando a apuração dos dados, por sua natureza, torna inviável a simples anexação de provas pela parte interessada. São exemplos de situações desta natureza: conferência física de estoque; exame pericial em mercadoria; etc.

(...)

Ressalte-se que a interessada, apesar de alegar que há erro no ato de exclusão porque as despesas de fato não ultrapassaram os limites permitidos, não anexou qualquer documento que o comprovasse, ou que indicasse haver erro nas declarações que apresentou (DASN e GFIP), que deram origem ao ADE.

Conclui-se correta a exclusão efetuada com base no art. 29, inciso IX, da Lei Complementar nº 123/2006.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Machado Millan