



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16613.720013/2012-72
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-002.518 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 15 de julho de 2021
Recorrente HIPERPLAN LOGÍSTICA LTDA. - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. DESPESAS SUPERIORES ÀS RECEITAS.

Quando 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, deve haver a exclusão da optante do Simples Nacional, nos termos do inciso IX, do artigo 29 da LC nº 123, de 14/12/2006.

EXCLUSÃO. EFEITOS.

Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de janeiro de 2008, conforme art. 29, § 1º da Lei Complementar nº 123/2006, impedindo-se nova opção pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Bárbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Carlos Alberto Benatti Marcon, Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 15-36.690, 12 de setembro de 2014, proferido pela 4ª Turma da DRJ/SDR, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo a Recorrente excluída do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/01/2008.

Fazendo um breve relato dos fatos, tem-se que a exclusão da Recorrente do Simples Nacional deu-se em razão de o valor das despesas pagas durante o ano calendário de 2008 superar em 20% (vinte por cento) o valor dos ingressos de recursos no mesmo período, com fundamento no art. 29, IX da Lei Complementar no 123/2006.

Tal exclusão foi precedida pela Representação Administrativa para fins de Exclusão do Simples Nacional, de acordo com o constante às e-fls. 2 e seguintes.

Desta feita, consoante dito anteriormente, acatando as conclusões da Representação, houve a emissão do Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/EQRES nº 026/2012 (e-fls. 221), conforme reprodução adiante:

Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/EQRES nº 026/2012

Declara excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, a pessoa jurídica que menciona.

O CHEFE DA EQRES/DIORT/DERAT, no uso das atribuições que lhe confere a Portaria de Delegação de Competência nº 425, de 16 de agosto de 2011, declara:

Art. 1º Fica a pessoa jurídica, a seguir identificada, excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), a partir de 01/01/2008, pela ocorrência da situação excludente abaixo indicada.

Nome Empresarial: HIPERPLAN LOGÍSTICA LTDA – ME

CNPJ: 04.852.100/0001-05 Data da opção pelo Simples Nacional: 01/07/2007 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 : 31/01/2008

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.

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de janeiro de 2008, conforme art. 29, §1º da Lei Complementar nº 123/2006, regulamentada pela Resolução CGSN nº 94/2011 em seu artigo 76, IV, impedindo-se nova opção pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes.

Art. 3º A pessoa jurídica poderá, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste Ato, manifestar sua inconformidade, por escrito, nos termos do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, e suas alterações posteriores, relativamente à exclusão do Simples Nacional, ao Delegado da Receita Federal de Julgamento de sua jurisdição, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Art. 4º Não havendo apresentação de manifestação no prazo previsto no artigo anterior, a exclusão tornar-se-á definitiva.

Cientificada, a Recorrente interpôs manifestação de inconformidade, alegando, em síntese, que:

Preliminarmente:

a) o ADE é nulo por ter sido emitido antes da regulamentação pelo Comitê Gestor do Simples Nacional, contrariando o artigo 2º, § 6º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, apresentando, assim, manifesta ilegalidade, de modo a extrapolar a competência funcional;

b) é direito líquido e certo da impugnante que seja respeitado o devido processo legal, tendo em vista que preenche todos os requisitos para permanecer no Simples Nacional e, no caso em exame, os fatos que deram suporte ao ato declaratório, bem como às circunstâncias materiais do fato, levam a concluir que podem remanescer dúvidas no tocante às razões que culminaram na determinação da exclusão do regime, aplicando-se ao caso o princípio do "*in dubio contra fisco*" previsto no artigo 112 do Código Tributário Nacional, que caminha em conjunto com o entendimento dos Tribunais Administrativos.

Mérito:

a) o ADE sequer se prestou a perquirir os motivos da "momentânea" ocorrência, já que trata-se de empresa sólida com condições evidentes de recuperação a curtíssimo prazo e o auditor fiscal apega-se a um evento isolado pertinente ao ano de 2008, ou seja, há 3 (três) anos, num cenário de crise, para tecer conclusões quanto aos dias atuais, penalizando a contribuinte por ser uma boa pagadora;

b) a maior parte de suas despesas está atrelada à folha de pagamento e ao recolhimento de tributos, estando-se diante do esdrúxulo cenário no qual a impugnante está sendo penalizada por cumprir suas obrigações, inclusive perante o próprio Fisco, razão pela qual o ADE não pode prosperar, sob pena de violar o nosso ordenamento pátrio;

c) a sanção/exclusão não pode ser por presunção e deve-se apoiar em fatos reais, ou seja;

d) a exigência do Fisco em fixar limites de despesa empresarial culmina em ato tendente a se imiscuir na esfera da autonomia privada, e, mediante o estabelecimento desta condição como requisito para o enquadramento ao regime, o Fisco chega ao despautério de interferir na maneira como a empresa deve ser gerida;

e) a Autoridade Fiscal deixou de trabalhar dentro da legalidade estrita prevista no Direito Tributário, utilizando-se de suposições e raciocínio próprio para "tentar" justificar a prática de ato administrativo ilegal.

Ao apreciar a questão, 4ª Turma da DRJ/SDR julgou improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo a exclusão do Simples Nacional da Recorrente, cuja decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO.

Sujeita-se à exclusão de ofício do Simples Nacional a pessoa jurídica cujas despesas pagas durante o ano-calendário superam em vinte por cento o valor de ingressos no mesmo período.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Irresignada com o r. acórdão Recorrente, ofereceu recurso voluntário ratificando os argumentos já elencados em sede de manifestação de inconformidade. Portanto, as razões recursais da Recorrente, tanto preliminarmente, quanto as de mérito, são as mesmas já apresentadas.

É o relatório.

Voto

Conselheira Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III, do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Preliminar

Em sede recursal, a Recorrente alegou estar o Ato de Exclusão do Simples Nacional eivado de vício de nulidade. Isso porque, de acordo com a Recorrente, o ADE em discussão teria sido emitido sem bases materiais e antes ser regulamentado pelo Comitê Gestor do Simples Nacional, em desacordo com o artigo 2º, § 6º da LC nº 123/2006, extrapolando, destarte, a competência funcional sua emissão.

Porém, razão não lhe assiste visto que, como constou no acórdão de piso, o Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) tem competência para regulamentar a opção pelo Simples Nacional, conforme previsão expressa contida no § 6º do art. 2º e no art. 16 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006 (lei que instituiu o Simples Nacional), exercida por meio de resoluções, conforme disposto na Resolução CGSN nº 1, de 19/03/2007.

Neste sentido, cita-se trecho da decisão recorrida:

A interessada equivocou-se ao alegar que o supracitado § 3º prevê que o Comitê Gestor tem que regulamentar cada uma das exclusões de ofício das empresas. Na verdade cabe ao Comitê Gestor regulamentar as regras gerais de exclusão, e assim o fez por meio da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, cujos artigos a seguir transcritos versam exatamente sobre a situação ora em comento:

Art. 75. *A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)*

I - da RFB;

(...)

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

§ 3º Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º)

§ 4º Não havendo impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

(...)

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;

(...)

§ 3º A ME ou EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 32, **caput**)

§ 4º Para efeito do disposto no § 3º, nas hipóteses do § 1º do art. 3º, a ME ou EPP excluída do Simples Nacional ficará sujeita ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos tributos, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, tão-somente, de juros de mora, quando efetuado antes do início de procedimento de ofício, ressalvada a hipótese do § 2º do art. 3º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 32, § 1º)

(...)

Assim, o Ato Declaratório Executivo foi lavrado por servidor competente que verificando 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.

Logo, as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos. 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 (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridades fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não pode ser ratificada.

Neste sentido, cito ementa de julgado exemplificando a posição deste Tribunal:

NULIDADE. DESCABIMENTO. Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Havendo nos autos prova de que o contribuinte foi devidamente cientificado do ato de exclusão do Simples Nacional e lhe foram entregues todos os relatórios, contendo os fundamentos para a exclusão e para a correta apuração do crédito tributário, bem como os dispositivos legais violados, não ocorre cerceamento de defesa.(...) – (Acórdão nº 1001-000.790, Relator: Lizandro Rodrigues de Sousa. Data da Sessão: 11/11/2018)

Ademais, ao contrário do aduzido pela Recorrente, o ADE DERAT/SP nº 026, de 2012. Fundamentou-se em conjunto probatório robusto, e não em meras presunções, como se comprova pela Representação Fiscal (e-fls. 02/04), na qual restou comprovado que durante o ano-calendário de 2008 o valor das despesas pagas superou em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período.

Logo, cabe rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas pela Recorrente.,

No Mérito

Conforme já relatado, o presente processo versa acerca de hipótese de exclusão da Recorrente do Simples Nacional, com fundamento no art. 29, IX e § 1º a 3º da LC nº 123/2006, *in verbis*:

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.

Isso porque restou constatado que a massa salarial declarada, pela Recorrente em GFIP ultrapassou em 20% (vinte por cento) o valor da receita bruta informada em DASN, no período de 2008 a 2011. Para comprovação da situação excludente do Simples Nacional, aos autos foram juntados os seguintes documentos comprobatórios: Declaração Anual do Simples Nacional - DASN ano-calendário 2008 (e-fls. 05/10), DASN ano 2009 (e-fls. 11/13), DASN ano 2010 (e-fls. 14/21), DASN ano 2011 (e-fls. 22/29) e Relatório Analítico dos Trabalhadores declarados em GFIP, período de 2008 a 2011 (e-fls. 30/211).

De fato, como constou na Representação Administrativa para fins de Exclusão do Simples Nacional (e-fls. 2 e segtes), a Recorrente declarou em Declaração Anual do Simples Nacional (DASN) e em GFIP os seguintes valores (conforme cópias da DASN e relatório de valores pagos a empregados às fls. 05 a 211):

(1) Ano	(2) Receita Bruta declarada em DASN	(3) Massa Salarial declarada em GFIP	(4) Massa salarial supera em 20% a receita bruta?
2008	R\$ 0,00	R\$ 5.910.527,23	SIM
2009	R\$ 0,00	R\$ 3.599.372,96	SIM
2010	R\$ 0,00	R\$ 4.506.871,53	SIM
2011	R\$ 0,00	R\$ 6.561.902,68	SIM

Tabela 1: Cruzamento de dados entre a DASN e a GFIP.

A partir dos dados da tabela reproduzida, é possível concluir que durante vários anos o contribuinte ultrapassou o limite de 20%, expresso pela legislação de regência. Noutras palavras, a Recorrente informou não ter auferido receita bruta nos anos calendário de 2008 a 2011, conforme DASN – Declaração Anual do Simples Nacional (e-fls. 05/29), ao passo em que informou nas GFIP massa salarial (soma de remuneração de salário, 13º salário e remuneração de contribuinte individual) variando entre R\$3.599.372,96 e R\$6.561.902,68 (fls. 30/211), a depender do ano calendário.

Assim, demonstra-se correta a exclusão da Recorrente do Simples Nacional a partir do primeiro ano-calendário em que a Recorrente informou em DASN a receita bruta zerada, ou seja, ano-calendário 2008, o mês em que o valor das despesas com massa salarial declarada em GFIP ultrapassou, em vinte por cento, o valor da receita bruta informada como auferida na DASN, 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.

Em complemento as minhas razões de decidir, no tocante aos efeitos da exclusão da Recorrente do Simples Nacional, adoto os fundamentos do despacho de e-fls. 218-220, cujo trecho segue copiado:

“(…) De acordo com a Representação de fls. 02/04 e a DASN (fls. 05/29), o contribuinte informou receita bruta zerada nos anos-calendário de 2008 a 2011, representativa da ausência de ingresso de recursos, enquanto, no mesmo período, declarou, em GFIP, despesas relativas à massa salarial no montante de R\$ 5.910.527,23, R\$ 3.599.372,96, R\$ 4.506.871,53 e R\$ 6.561.902,68, respectivamente, caracterizando a hipótese de exclusão prevista no art. 29, IX e §§1º e 3º da LC nº 123/2006 combinado com o art. 76, IV, “h”, § 2º, § 3º, § 4º, § 6º e § 7º da Resolução CGSN nº 94/2011, como relatado pela autoridade fiscal representante.

Com o objetivo de identificar o termo inicial a partir do qual surtirão os efeitos da exclusão, apuramos, em relação ao primeiro ano-calendário que o contribuinte informou em DASN a receita bruta zerada, ou seja, ano-calendário 2008, o mês em que o valor das despesas com massa salarial declarada em GFIP ultrapassou, em vinte por cento, o valor da receita bruta informada como auferida na DASN.

Em consulta efetuada no sistema deste órgão, Plenus/CCORGFIPI (fls. 217), constata-se que na competência janeiro/2008 o interessado declarou, em GFIP, despesas com massa salarial (soma da remuneração e 13º salário) no

valor de R\$ 463.219,07, ultrapassando, portanto, em mais de vinte por cento a receita bruta zerada informada em DASN para o mesmo ano-calendário (2008).

Sendo assim, deve ser considerado o mês de janeiro de 2008 como o da ocorrência da hipótese de exclusão de que trata o inciso IX do art. 29 da LC n.º 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 n.º 123/2006, e inciso IV do art. 76 da Resolução CGSN n.º 94/2011.”

Ante o exposto, oriento meu voto no sentido de rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário mantendo a decisão recorrida.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça