Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO N° 127.761.2015-0
Recurso VOL/CRF N.º 290/2015
IMPUGNANTE: ALMEIDA SARMENTO & CIA. LTDA.
IMPUGNADO: GERÊNCIA OPER. DE INFORM. ECONÔMICO-FISCAIS – GOIEF
Preparadora: RECEBDEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA
Autuante:
Relatora: CONSª. MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA

SIMPLES NACIONAL. EMPRESA COM SÓCIO EM COMUM COM OUTRA, TAMBÉM CONTRIBUINTE DO REGIME SIMPLIFICADO DE TRIBUTAÇÃO. RECEITA BRUTA GLOBAL. EXCLUSÃO REGULAR. EFEITOS TEMPORAIS A PARTIR DO ANO-CALENDÁRIO SEGUINTE. PROCEDÊNCIA DO TERMO DE EXCLUSÃO.

Não pode se beneficiar da sistemática de tributação pelo Simples Nacional a pessoa jurídica de cujo capital participe pessoa física que seja sócia de outra empresa que receba o mesmo tratamento jurídico diferenciado e que obtenham, ambas as empresas, Receita Bruta Global superior ao limite legal, no ano-calendário considerado, devendo, a empresa, ser excluída do Simples Nacional. Os efeitos dessa medida devem se produzir a partir de janeiro do ano-calendário seguinte ao da ultrapassagem, tendo em vista o fato de o excesso de receita não transpor o percentual de 20% (vinte por cento) do mínimo legal previsto para a permanência do contribuinte no referido regime simplificado de tributação.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora**,** pelo recebimento da **IMPUGNAÇÃO ao Termo de Exclusão do Simples Nacional,** por regular e tempestiva e, no mérito, pelo seu desprovimento, para **DECLARAR** excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) o contribuinte **ALMEIDA SARMENTO & CIA. LTDA. (EPP),** inscrito no CCICMS sob o nº **16.045.171-0**, devidamente qualificado nos autos, devolvendo-se estes à Gerência Operacional de Informações Econômico-Fiscais – GOIEF – Núcleo do Simples Nacional para as providências

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

cabíveis.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 25 de janeiro de 2016.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima

Consª. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante

Presidente

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, GLAUCO CAVALCANTI MONTENEGRO, FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO .

Assessora Jurídica

Relatório

Em análise, impugnação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional interposta pela empresa encimada contra o ato da Gerência Operacional de Informações Econômico-Fiscais – GOIEF que a excluiu do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

O motivo da exclusão se deu por Ato Administrativo praticado pelo Estado da Paraíba, de acordo com a Notificação nº 00050274/2015 (fl. 2 do Processo nº 111.235.2015-1, apensado ao processo de impugnação acima citado, em razão de haver sido constatado pela Fiscalização que:

a) *"A pessoa física participante de capital de empresa mercantil também é sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos da Lei Complementar nº 123/2006".*

(b) *"O somatório do faturamento das empresas optantes pelo Simples Nacional, com mesmo sócio, excede o limite de faturamento para efeito de enquadramento no Simples Nacional, caracterizando hipótese de vedação ao ingresso no Simples Nacional, conforme previsto no art. 3º, § 4º, inciso III da Lei Complementar nº 123/2006 c/c o art. 15, inciso IV da Resolução CGSN nº 94/2011 e art. 14, § 4º do Decreto Estadual nº 28.576/2007".*

Consoante, ainda, a citada notificação, os efeitos da exclusão de ofício do Simples Nacional ocorrem *"a partir do momento em que foi constatado o excesso de faturamento, em atenção ao disposto no art. 31, inciso II da Lei Complementar nº 123/2006 c/c o art. 76, § 5º da Resolução CGSN nº 94/2011",* caso em que o excluído deverá *"refazer a escrita fiscal para cumprir as obrigações principais e acessórias relativas ao regime de apuração normal, a partir dos efeitos da exclusão do Simples Nacional de ofício, no prazo de 90 (noventa) dias contados da ciência desta [notificação], de*

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

acordo com o disposto no art. 14, § 3º, inciso III do Decreto Estadual nº 28.576/2007", diz a notificação.

A ciência da notificação do ato de exclusão se deu em 17/8/2015, conforme atesta a observação posta ao pé da respectiva notificação, tendo a empresa apresentado impugnação, na data de 16/9/2015, assinalada na etiqueta posta na capa do Processo nº 127.761.2015-0 (Impugnação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional).

Em sua peça impugnatória (fls. 3 a 9) a empresa alega que:

- O Sr. Renné Almeida Sarmento, que também é sócio da empresa Creative Ophtalmica Ltda., ingressou na sociedade da empresa Almeida Sarmento em 6/1/2011, conforme confirma o Oitavo Aditivo Contratual, da respectiva sociedade.

- A empresa Creative foi excluída do Simples Nacional em 1/1/2011, por opção do contribuinte, consoante o Termo de Opção que se anexa, e só reintegrou o Simples Nacional em 1/1/2012, permanecendo até os dia atuais.

- O capital social da empresa Creative, na época do ingresso do sócio Renné, era de R$ 800.000,00, conforme o Quarto Aditivo Contratual que se anexa, era distribuído com os sócios Renné Sarmento, Lucas Sarmento e Suzanne Sarmento, consoante os valores de R$ 23.002,00, R4 350.998,00 e R$ 426.000,00, respectivamente, na data do ingresso em 18/6/2010.

- A partir de 28/10/2014 o capital social passou ao valor de R$ 2.902.000,00, conforme Décimo Aditivo Contratual, que se anexa, e está distribuídos entre os sócios remanescentes, Renné Sarmento e Suzanne Sarmento, respectivamente nos valores de R$ 1.218.840,00 e R$ 1.683.160,00.

- O sócio Renné Sarmento se retirou da sociedade pertencente à empresa Almeida Sarmento & Cia. Ltda. em 9/7/2015, conforme Décimo Segundo Aditivo Contratual, registrado na JUCEP em 9/7/2015, ficando o capital social da referida empresa no valor de R$ 3.030.000,00 e está distribuído entre os sócios remanescentes, Michelle Sarmento e Lucas Sarmento, segundo os valores respectivos de R$ 2.915.769,00 e R4 114.231,00.

- Somente a partir de 1/1/2012 é que as duas empresas, Creative e Almeida Sarmento, devem considerar a soma dos seus faturamentos dos últimos doze meses, para o fim de determinação do limite máximo para participação do SN.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

- Somente em 10/2013 foi que a soma da receita acumulada dos últimos doze meses das duas empresas atingiu o teto superior a R$ 3.600.000,00, e segundo a LC nº 123/2006 os efeitos da exclusão do SN se verificam a partir do dia 1º de janeiro do exercício seguinte, quando a empresa excede o limite de R$ 3.600.000,00, então, a partir dessa data apenas uma das empresas deve ser excluída do SN, jamais as duas.

- Como a Creative foi a última empresa a ingressar no SN, em 1/1/2012, somente esta deve excluída do regime de tributação diferenciado.

- A RFB deveria ter negado o pedido da Creative para ingressar no SN, ante o fato de ter em comum com Almeida Sarmento, que já era beneficiária do referido regime, um dos sócios, todavia, não o fez e agora não pode se locupletar da sua própria torpeza, excluindo as duas empresas, e não apenas uma, em prejuízo da Almeida Sarmento.

Com essas considerações, a impugnante requer que seja considerada apenas parcialmente a notificação de exclusão do SN, a fim de ser excluída do SN a empresa Creative, permanecendo no SN a empresa Almeida Sarmento & Cia Ltda., durante todo o período citado, e que a Creative seja autorizada a refazer sua escrita fiscal (EFD) a partir de 1/1/2014, para apurado do ICMS segundo a sistemática normal de tributação, compensando-se os valores pagos ao SN, durante todo om período em que foram recolhidos indevidamente.

Pugna, ainda, pela concessão do prazo de 90 (noventa) dias a partir do trânsito em julgado da decisão de exclusão do SN, a fim de que a empresa impugnante possa refazer sua EFD, a partir de 1/1/2014 e solicita a procedência da peça impugnatória.

Acosta documentos às fls. 11 a 72.

À fl. 73 consta despacho de encaminhamento dos autos processuais à GEJUP, que requereu sua remessa a este Conselho de Recursos Fiscais, mediante o despacho de fl. 74.

Encaminhados a esta eg. Corte de Julgamento, os autos me foram distribuídos para apreciação e decisão, oportunidade em que fi-los retornar em diligência, mediante o despacho de fl. 76, objetivando a emissão de parecer da GOIEF, relativamente aos fatos constantes nos autos, acompanhados, se possível, de planilha relacionada aos valores que determinaram a exclusão do contribuinte do SN.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Dando atendimento à requisição acima citada, a GOIEF proferiu o Despacho 236/2015 - ND/Simples nacional, de fls. 79 a 82.

Eis o relatório.

VOTO

A apreciação da impugnação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional por este Colegiado tem previsão no art. 14, §6°, II do Decreto Estadual n º 28.576, de 14 de setembro de 2007, e alterações posteriores, senão vejamos:

Art. 14. Na exclusão de ofício das empresas, inscritas neste Estado, optantes pelo Simples Nacional, nas hipóteses previstas no art. 29 da Lei Complementar nº 123/06, será emitido Termo de Exclusão do Simples Nacional pela Secretaria de Estado da Receita.

(...)

§ 6º A empresa optante pelo Simples Nacional poderá, no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da ciência do Termo de Exclusão do Simples Nacional, apresentar impugnação protocolizada, preferencialmente, na repartição preparadora de seu domicilio fiscal, acompanhada de, pelo menos, cópia do referido termo de exclusão, cópia do documento de identificação do titular ou dos sócios da empresa, da procuração, com firma reconhecida, se for o caso, os motivos de fato e de direito em que se fundamentam os pontos de discordância e as razões e provas que possuir, a fim de que se processe o julgamento:

I – pelas instâncias julgadoras instituídas para dirimir as controvérsias relativas às infrações à legislação do ICMS, quando vinculado a lançamento apurado em auto de infração;

II - pelo Conselho de Recursos Fiscais - CRF, nas demais hipóteses, podendo proferir sua decisão com base em parecer da Gerência Executiva de Arrecadação e de Informações Fiscais – GEAIF.

Considerando que o fato motivador da exclusão do contribuinte do Simples Nacional não se vincula a auto infracional, confirma-se, efetivamente, que se trata de matéria cuja decisão é da exclusiva competência desta egrégia Corte, visto consistir de fato não vinculado a auto infracional (Aplicação do art. 39 da LC nº 123/2006 c/c o art. 14, § 6º, II, do Dec. estadual nº 28.576/2007, alterado pelo Dec. Estadual n 33.982/2013 – DOR de 1º/6/2013). Razão por que, passo ao exame da questão.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

A insurgência do contribuinte reside no fato de a exclusão do regime simplificado de tributação do imposto, Simples Nacional, não deveria se efetuar com relação as duas empresas: ela, impugnante, e a Creative Ophtalmica Ltda., que possui um sócio em comum.

A seu ver, a medida excludente deveria alcançar apenas uma das empresas com sócio em comum, no caso, a Creative Ophtalmica Ltda, por ter sido esta a última a aderir ao referido regime de tributação, o que teria ocorrido em 1º//1/2012, diferentemente dela, impugnante, que desde 1º/7/2007 se aderira ao regime simplificado em comento.

Defende, ainda, que em face do disposto na LC nº 123/2006 os efeitos dessa exclusão devem se verificar a partir de 1º de janeiro de 2014, porquanto somente a partir de 10/2013 a soma da receita acumulada dos últimos doze meses das duas empresas foi superior ao teto legal de R$ 3.600.000,00.

Com efeito, a Lei Complementar nº 123/2006 estabelece vedação à inclusão do contribuinte no regime simplificado do Simples Nacional, consoante a dicção do art. 3º, § 4º, III:

“Art. 3º (...)

I - (...)

II – no caso da empresa de pequeno porte, auferir, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

§ 4º. Não poderá se beneficiar do tratamento diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

III – de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo”.

No caso dos autos, Renné Almeida Sarmento desde 18/6/2010 integrava o quadro societário da

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Creative Ophtalmica Ltda. e ingressou na sociedade, denominada Almeida Sarmento & Cia. Ltda., em 6/1/2011, passando, a partir de então, à posição de sócio em comum das duas sociedades.

Além disso, a receita bruta anual auferida pela impugnante consiste de R$ 2.171.646,04, e a receita bruta anual da Creative Ophtalmica Ltda., no mesmo período, atingiu o patamar de R$ 1.650.223,98, conforme informam as Declarações PGDAS-D de 11/2013, de fl. 3 e 5, totalizando, ambas, a receita bruta global de R$ 3.821.870,02, incidindo, assim, na vedação ínsita no art. 3º, § 4º, III da LC nº 123/2006, *in verbis*:

"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 da empresa de pequeno porte, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

§ 4º. Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

III – de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos da Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata om inciso II do ***caput*** *deste artigo".*

(Grifos não constantes do original).

Portanto, não há dúvidas sobre a regularidade da exclusão da impugnante, do regime simplificado do Simples Nacional, inclusive do ato que a notificou dessa medida, apesar de este ter se equivocado quanto ao período a partir do qual se verificariam os efeitos dessa exclusão.

Efetivamente, quanto às pessoas, os efeitos da exclusão atingem ambas as empresas que se encontram inseridas no contexto da descrição dos dispositivos legais acima transcritos, não havendo respaldo legal para excluir apenas uma delas. Razão por que indefiro o pleito da impugnante que pretendeu que os efeitos da exclusão do referido regime de tributação se estendessem apenas à empresa Creative Ophtalmica Ltda., e não a ela própria, impugnante.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Quanto ao período a partir do qual se verificam os efeitos da exclusão, acolho o Despacho 236/2015 – ND/Simples Nacional, de fls. 79 a 82, segundo o qual deve ser aplicada a disposição do art. 3º, § 9º da LC 123/2006, consoante se infere do referido despacho, que este inicialmente faz referência à Consulta COSIT nº 95/2010, originária da Receita Federal do Brasil, abaixo transcrita:

"MINISTÉRIO DA FAZENDA – SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL – SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 95, de 7 de Abril de 201. ASSUNTO: Simples Nacional. EMENTA: SIMPLES NACIONAL. SÓCIO. RECEITA BRUTA GLOBAL. EFEITOS DA EXCLUSÃO. Não pode ser optante pelo Simples Nacional a empresa cujo titular ou sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada pela Lei Complementar nº 123, de 2006, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de R$ 2.400.000,00 no ano-calendário imediatamente anterior. Essa vedação possui dois requisitos cumulativos: (a) o societário e (b) o da ultrapassagem de limite de receita bruta global no ano calendário anterior. Isso significa que essa vedação só incide quando ambos estiverem presentes. Consequentemente, na prática, os efeitos da exclusão são determinados de acordo com o critério utilizado para o requisito implementado por último. Assim, se ocorrer por último a inclusão de sócio com participação maior que 10% do capital (ou aumento de sua participação para mais de 10% do capital), a exclusão produzirá efeitos a partir do mês seguinte ao da inclusão (ou aumento de participação). Todavia, se ocorrer por último a ultrapassagem de limite de receita bruta global, o que só é apurado ao final do ano (i.e., independentemente do mês em que ela ocorra), a exclusão produzirá efeitos a partir de janeiro do ano-calendário seguinte ao da ultrapassagem. Dispositivos legais: Resolução CGSN nº 4, de 2007, art. 12, I, V; Resolução CGSN nº 15, de 2007, art. 6º, II, IV".

Na sequência, o mencionado Despacho assim se manifesta:

"É possível fazer uma nova interpretação dessa consulta a partir da LC nº 139/2011 e da Resolução 94/2011 do CGSN, que revogou as Resoluções nº 4 e nº 15, para que o segundo critério possa ser aferido mês a mês, ou seja, durante o ano-calendário, como é caso dos autos (art. 3º, § 9º da LC 123/2006):

Art. 3º (...)

§ 9º. A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita brutal anual previsto no inciso II do caput deste artigo fica excluída, no mês subsequente à ocorrência do excesso, do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que o art. 12, para todos os efeitos legais, ressalvado o disposto nos §§ 9º, 10 e 12.

§ 9º-A. Os efeitos da exclusão prevista no § 9º dar-se-ão no ano-calendário subsequente se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) do limite referido no inciso II do ***caput"****.*

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Portanto, quanto aos efeitos temporais da exclusão do Simples Nacional, deve-se considerar que a condição de sócio em comum das duas empresas beneficiárias do Simples Nacional existiu a partir de 6/1/2011, com o ingresso de Renné Almeida Sarmento, e assim perdurou até 9/7/2015 (Décimo Segundo Aditivo Contratual, de fls. 36 a 54).

Durante esse período a Receita Bruta Global (soma da Receita Bruta Anual das duas empresas que tinham um sócio em comum) atingiu o patamar de R$ 3.821.870,02, ultrapassando, em 11/2013 o limite o limite de R$ 3.600.000,00, prevista no art. 3º, II, da LC nº 123/2006, o que atrai à impugnante a sua exclusão do Simples Nacional.

Assim, considerando a sistemática da exclusão por excesso de faturamento mês e mês, com tolerância de 20%, seus efeitos temporais se verificam a partir de 2014, ano-calendário subsequente, tendo e vista que o excesso de faturamento, no caso em questão, não ultrapassou o limite de R$ 4.320.000,00, que é o resultado prático da aplicação dos § 9º e 9º-A do art. 3º da LC nº 123/2006, acima transcrito.

Com efeito:

R$ 3.600.000,00 x 20% = R$ 720.000,00

R$ 3.600.000,00

R$ 720.000,00

Total = R$ 4.320.000,00

Então, considerando que a diferença de R$ 221.870,02, existente entre o faturamento real (R$ 3.821.870,02) e o legal (R$ 3.600.000,00) é inferior a 720.000,00 (20% do faturamento legal), a situação se coaduna com a hipótese do § 9º-A, acima citado. Logo, os efeitos da exclusão da impugnante se verificam a partir de 2014, consoante a previsão do § 9º-A, acima citado.

Diante destas constatações,

VOTO pelo recebimento da **IMPUGNAÇÃO ao Termo de Exclusão do Simples Nacional,** por regular e tempestiva e, no mérito, pelo seu desprovimento, para **DECLARAR** excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) o contribuinte **ALMEIDA SARMENTO & CIA.**

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

LTDA. (EPP), inscrito no CCICMS sob o nº 16.045.171-0, devidamente qualificado nos autos, devolvendo-se estes à Gerência Operacional de Informações Econômico-Fiscais – GOIEF – Núcleo do Simples Nacional para as providências cabíveis.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 22 de janeiro de 2016.

MARIA DAS GRAÇAS D. OLIVEIRA LIMA
Conselheira Relatora

Phoca PDF