



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10746.720546/2020-72
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.560 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 11 de agosto de 2021
Recorrente LM PROJETOS ENGENHARIA EM MEIO AMBIENTE LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2020

SIMPLES NACIONAL. INDEFERIMENTO DA OPÇÃO. PARTICIPAÇÃO EM CONSÓRCIO. POSSIBILIDADE.

A Lei Complementar nº 123/2006, art. 50, permite a formação de consórcios para acesso a serviços especializados em medicina e segurança do trabalho. Em análise ao artigo, a Receita Federal emitiu entendimento de que outros consórcios são possíveis, desde que obedecidos os artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes - Relator

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

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 12-116.110, de 29 de abril de 2020, da 3ª Turma da DRJ/RJO, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade da contribuinte.

Por bem descrever os fatos e por economia processual, adoto o relatório da decisão da DRJ, nos termos abaixo, que será complementado com os fatos que se sucederam:

1 Trata-se de Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional para o ano-calendário de 2020 (e-fls.63):

Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional

(Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006)

DADOS DA MATRIZ:

CNPJ: 02.988.106/0001-70
NOME EMPRESARIAL: LM PROJETOS ENGENHARIA EM MEIO AMBIENTE LTDA
DATA DA SOLICITAÇÃO DE OPÇÃO: 27/01/2020
DATA DE ABERTURA DA EMPRESA CONSTANTE NO CNPJ: 26/01/1999

Com fundamento no parágrafo 6º do artigo 16 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, fica a pessoa jurídica acima identificada impedida de optar pelo Simples Nacional por incorrer na(s) seguinte(s) situação(ões):

Estabelecimento CNPJ: 02.988.106/0001-70

- Pessoa jurídica participa do capital de outra pessoa jurídica. CNPJ:28.518.338/0001-59
Fundamentação legal: Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 3º, § 4º, inciso VII.

A pessoa jurídica poderá impugnar o indeferimento da opção pelo Simples Nacional no prazo de trinta dias contados da data em que for feita a intimação deste Termo. A impugnação deverá ser dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento com jurisdição sobre o domicílio tributário do contribuinte e protocolizada em qualquer unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Considera-se feita a intimação no dia em que o sujeito passivo consultar a mensagem disponibilizada em seu Domicílio Tributário Eletrônico do Simples Nacional (DTE-SN). Se a consulta se der em dia não útil, a comunicação será considerada realizada no primeiro dia útil seguinte. A consulta deverá ser feita em até 45 (quarenta e cinco) dias contados da data da disponibilização deste Termo no Portal do Simples Nacional, sob pena de ser considerada realizada na data de encerramento desse prazo.
(Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, artigo 16, § 1º-B, incisos IV e V, § 1º-C)

NOME: JOSE MARCIO BITTES
CARGO: AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL BRASIL
MATRÍCULA: 0129284
LOCAL: GABIN DRF PALMAS, PALMAS, TO

NÚMERO DO RECIBO: 00.11.53.37.53
DATA DO REGISTRO DESTE TERMO: 11/02/2020 16:24:42
(Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, artigo 39, § 4º)

2 O fato que deu causa ao indeferimento foi a participação no capital de outra pessoa jurídica:

Estabelecimento CNPJ: 02.988.106/0001-70

- Pessoa jurídica participa do capital de outra pessoa jurídica. CNPJ:28.518.338/0001-59
Fundamentação legal: Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 3º, § 4º, inciso VII.

3 O interessado tomou ciência do indeferimento em 13.02.2020 (e-fls.64):

Domicílio Tributário Eletrônico - Simples Nacional

CNPJ: 02.988.106/0001-70

Assunto: TERMO DE INDEFERIMENTO DA OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL DRF/PAL, de 12 de Fevereiro de 2020

Número de Controle: 2020/000000007314966

Data de Envio: 13/02/2020

Data da Primeira Leitura: 13/02/2020

Data de Ciência: 13/02/2020

Data de Exclusão:

Mensagem:

Nome Empresarial: LM PROJETOS ENGENHARIA EM MEIO AMBIENTE LTDA
Número de Inscrição no CNPJ: 02.988.106/0001-70

4 Em petição protocolada em 31.01.2020 (sic), às e-fls.2, o interessado diz que a pessoa jurídica da qual participa é um consórcio, cuja participação não está vedada ao regime:

4. Razões Apresentadas

A consultante informa que fez a solicitação de inclusão no simples nacional em 27/01/2020, portanto tempestivamente, mas está sendo impedida de ingressar no SIMPLES NACIONAL, devido a pendência cadastral conforme a Lei Complementar 123/2006, art. 3º, § 4º, inciso VII com a alegação de que a referida pessoa jurídica participa do capital de outra pessoa jurídica do CNPJ: 28.518.338/0001-59

No entanto a referida empresa da qual a recorrente participa, trata-se de um consórcio, constituído cujo objetivo é uma união de interesses e responsabilidades para prestação de serviços.

A constituição de consórcio é amparada pela lei 6.404 em seu artigo 278 e 279, bem como previsto na IN RFB 1199/2001 e alterações posteriores, sendo que o consórcio NÃO TEM PERSONALIDADE JURÍDICA e também não é uma pessoa jurídica nova distinta e não há a constituição de sociedade civil ou comercial no referido consórcio.

Conforme solução de consulta nº 224 – Cosit de 29 de outubro de 2015, entende-se que as empresas que participam de consórcios não podem ser impedidas de ingressar no simples nacional, de acordo o art. 3º, § 5º da lei complementar 123/2006.

5 Pede o deferimento da opção.

6 Com a petição, vieram os documentos às e-fls.3/61.

7 A DRF não se manifestou sobre o feito.

8 Nesta Turma, foram juntadas as consultas-RFB às e-fls.88/117.

9 Relatados.

A 3ª Turma da DRJ/RJO julgou improcedente a manifestação de inconformidade, indeferindo a inclusão da Recorrente no Simples Nacional, pelos seguintes motivos principais:

33 Os documentos que o interessado junta aos autos se referem a empreendimento, que, pelo prazo contratado, já estaria concluído desde setembro de 2019, não podendo ser invocado para a opção pelo Simples Nacional em 2020.

34 Ainda que fosse diferente, não foi juntado aos autos o Termo de Contrato propriamente dito, com o seu correspondente assentamento em registro público.

35 A participação em consórcio não tem o condão de afastar as vedações ao Simples Nacional erigidas pela Lei Complementar nº 123, de 2006, dentre elas, o volume das receitas brutas auferidas.

36 Com efeito, ainda que afastadas as apontadas inconsistências, o preço do contrato a ser executado em 20 (vinte) meses é de R\$ 26.460.842,90, o que equivaleria, para o período (hipoteticamente, porque o interessado não juntou o termo de contrato contendo a forma de participação dos consorciados), à receita anual superior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) para cada uma das duas pessoas jurídicas consorciadas.

37 Tal valor, por si só, excederia o limite anual de receita bruta em vigor – R\$ 4.800.000,00 – e poderia impedir a opção e a permanência no regime.

38 Além de outra sociedade consorciada (Eletro Hidro Ltda, CNPJ 03.114.011/0001-19), cabe observar que o consórcio tem em seu quadro societário um sócio pessoa física (e-fls.84): (...)

A contribuinte tomou ciência do acórdão da DRJ através de abertura de mensagem eletrônica no dia 03/09/2020 (e-fls. 134), porém havia apresentado o recurso voluntário no dia 13/07/2020 (e-fls. 138 e 139), com os fatos e fundamentos abaixo:

I — Os Fatos

A empresa, LM PROJETOS ENGENHARIA EM MEIO AMBIENTE LTDA vem respeitosamente apresentar recuso voluntário ao julgamento improcedente da manifestação de inconformidade do TERMO DE INDEFERIMENTO DA OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL, tendo em vista que as alegações da turma julgadora não merecem prosperar, como iremos relatar a seguir:

Na cessão do dia 29 de abril de 2020 a 3ª turma julgadora da DRJ/RJO manteve o INDEFERIMENTO DA OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL que se deu pela alegação de que a empresa recorrente PARTICIPA DO CAPITAL SOCIAL DE OUTRA PESSOA JURÍDICA de nome CONSORCIO CHAPADA DE AREIA, CNPJ:

28.518.338/0001-59 com fundamentação legal na Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006, Art. 3, § 4º, Inciso VII.

Mesmo após a recorrente apresentar documentos comprovando que o CNPJ do qual tem participação, se trata de um CONSORCIO e que pela legislação os consórcios não tem PERSONALIDADE JURÍDICA, não foi acolhido o pedido da manifestação de inconformidade causando muitos transtornos e enormes prejuízos financeiros à empresa.

II — O Direito

2 — MÉRITO

1 — Que pelo prazo do contrato o empreendimento deveria ter sido concluído em SETEMBRO DE 2019.

Com relação ao prazo, informamos que todos os serviços pertinentes à empresa recorrente já foram entregues, mas o empreendimento ainda não foi concluído conforme relatórios em anexo, por esse motivo o consórcio ainda não foi encerrado.

2— Que não foi juntado aos autos o contrato social do CONSORCIO CHAPADA DE AREIA

Segue em anexo aos autos o contrato de constituição onde demonstra os percentuais de participação de cada sócio no CAPITAL DO CONSORCIO.

3 — Que o valor do contrato é de R\$ 26.460.842,90 a ser executado em 20 (vinte)

meses, o que equivaleria para o período uma receita superior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) para cada uma das partes e assim tal valor seria superior ao valor da receita bruta permitida para permanência no SIMPLES NACIONAL que é de R\$ 4.800.000,00 por ano.

Cabe ressaltar que a participação da empresa ora recorrente é de somente 7,5% (sete e meio) do capital social do CONSORCIO CHAPADA DE AREIA o que dá apenas um valor de R\$ 1.984.563,22 durante os 20 meses de duração do contrato, que ao ano ficaria uma receita de R\$ 1.190.737,93 muito a baixo do limite de exclusão do simples nacional que é de R\$ 4.800.000,00

III — A CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência do indeferimento da manifestação de inconformidade, espera e requer a recorrente seja acolhido o presente recurso para o fim de assim ser decidido, pela inclusão da empresa no simples nacional.

A Recorrente juntou ao recurso voluntário documentos de mérito às e-fls. 140 a

É o relatório.

Voto

Conselheiro Bárbara Santos Guedes, Relator.

O recurso é tempestivo e cumpre com os demais requisitos legais de admissibilidade, razão pela qual deles tomo conhecimento e passo a apreciar.

O objeto do presente processo trata do indeferimento da Opção pelo Simples Nacional ocorrida para o ano-calendário de 2020.

Conforme descrito no Relatório deste acórdão, a Recorrente recebeu Termo de Indeferimento – e-fls. 63 – em razão da pendência abaixo:

Estabelecimento CNPJ: 02.988.106/0001-70

- Pessoa jurídica participa do capital de outra pessoa jurídica. CNPJ:28.518.338/0001-59

Fundamentação legal: Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 3º, § 4º, inciso VII.

Conforme análise dos autos, a Recorrente fazia parte de um consórcio.

Sobre a possibilidade de uma empresa optante do Simples Nacional participar de consórcio, a DRJ acertadamente conclui pela possibilidade, vejamos a fundamentação extraída do voto do acórdão recorrido, argumentos dos quais, desde já, acolho como fundamentos deste voto:

13 De acordo com o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional, o interessado participa do capital da pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob o nº 28.518.338/0001-59 (nossos itens 1/2).

14 O interessado alega, em síntese, que a pessoa jurídica da qual participa – CNPJ 28.518.338/0001-59 - é um consórcio.

15 A Lei Complementar nº 123, de 2006, veda o Simples Nacional à pessoa jurídica que participa do capital de outra pessoa jurídica (nosso item 12). Todavia, afasta tal vedação em alguns casos, entre eles o da participação no consórcio referido no art. 50 da dita lei, desde que tenha como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte, ressalte-se:

Art 3º

§ 5º O disposto nos incisos IV e VII do § 4º deste artigo não se aplica à participação no capital de cooperativas de crédito, bem como em centrais de compras, bolsas de subcontratação, no consórcio referido no art. 50 desta Lei Complementar e na sociedade de propósito específico prevista no art. 56 desta Lei Complementar, e em associações assemelhadas, sociedades de interesse econômico, sociedades de garantia solidária e outros tipos de sociedade, que tenham como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte.

16 O mencionado art. 50 da Lei Complementar nº 123, de 2006, se refere, especificamente, a consórcios para acesso a serviços especializados em segurança e medicina do trabalho:

Art. 50. As microempresas e as empresas de pequeno porte serão estimuladas pelo poder público e pelos Serviços Sociais Autônomos a formar consórcios para acesso a serviços especializados em segurança e medicina do trabalho.

17 A Solução de Consulta Cosit n.º 224, de 29 de outubro de 2015, desta RFB, conclui que os consórcios referidos no art.50 da Lei Complementar n.º 123, de 2006, não são apenas aqueles consórcios para acesso a serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho:

12. O primeiro aspecto a ser observado é que o art. 50 da Lei Complementar n.º 123, de 2006, revela a preocupação do legislador com a proteção da saúde e da segurança do trabalhador, razão pela qual a lei determina o estímulo à formação de consórcio pelas microempresas e empresas de pequeno porte para fins de aquisição de serviços especializados na área da segurança e medicina do trabalho, e esclarece, desde logo, que a formação desses consórcios não representa impedimento à opção pelo Simples Nacional.

13. Contudo, não é possível extrair do referido dispositivo que somente tais consórcios estariam ressalvados do disposto nos incisos IV e VII do § 4º do art. 3º da Lei Complementar n.º 123, de 2006. (grifos nossos)

14. Adotada a premissa acima, cumpre registrar que o consórcio constituído nos termos dos arts. 278 e 279 da Lei n.º 6.404, de 1976, não possui personalidade jurídica:

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: (Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009)

15. A Instrução Normativa RFB n.º 1.470, de 2014, em seu art. 4º, inciso III, obriga o consórcio de sociedades a se inscrever no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), contudo, a referida obrigação acessória certamente não atribui personalidade jurídica ao consórcio.

16. Como corolário desse entendimento, tem-se que a microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP) que participe de consórcio constituído nos termos dos arts. 278 e 279 da Lei n.º 6.404, de 1976, não incide nas vedações previstas nos incisos IV e VII do § 4º do art. 3º da Lei Complementar n.º 123, de 2006, podendo optar pelo Simples Nacional, desde que não incorra em nenhuma outra vedação constante da legislação de regência do regime.

18 Por isso, a dita Solução de Consulta Cosit afasta a restrição quanto à modalidade de consórcio e conclui que pode optar pelo Simples Nacional a pessoa jurídica que participa de consórcio constituído nos termos dos artigos 278 e 279 da Lei n.º 6.404, de 1976, desde que, evidentemente, não incorra em qualquer hipótese de vedação ao regime:

Conclusão 18. Diante do acima exposto, conclui-se que a microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP) que participe de consórcio constituído nos termos dos arts. 278 e 279 da Lei n.º 6.404, de 1976, poderá optar pelo Simples

Nacional, desde que não incorra em nenhuma outra vedação constante da legislação de regência do regime.

19 A mencionada Solução de Consulta Cosit, publicada no Diário Oficial da União (DOU), de 3 de dezembro de 2015 (Seção 2, página 30), foi assim emendada:

Assunto: Simples Nacional OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. PARTICIPAÇÃO EM CONSÓRCIO. POSSIBILIDADE.

A microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP) que participe de consórcio constituído nos termos dos arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 1976, poderá optar pelo Simples Nacional, desde que não incorra em nenhuma outra vedação constante da legislação de regência do regime.

Dispositivos Legais: Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 3º, § 4º, incisos IV e VII; Lei nº 6.404, de 1976, arts. 278 e 279.

20 Nos termos do artigo 9º da Instrução Normativa RFB nº 1.396, de 16 de setembro de 2013, a Solução de Consulta Cosit tem, a partir da data de sua publicação, efeito vinculante no âmbito desta RFB:

Art. 9º A Solução de Consulta Cosit e a Solução de Divergência, a partir da data de sua publicação, têm efeito vinculante no âmbito da RFB, respaldam o sujeito passivo que as aplicar, independentemente de ser o consulente, desde que se enquadre na hipótese por elas abrangida, sem prejuízo de que a autoridade fiscal, em procedimento de fiscalização, verifique seu efetivo enquadramento.

21 Posto isso, tem-se que, na forma da citada Solução de Consulta Cosit-RFB, a participação em consórcio não impede o ingresso ou a permanência no Simples Nacional, desde que observadas duas condições:

- a) a pessoa jurídica não pode incorrer em vedação ao Simples Nacional;
- b) o consórcio tem que observar o disposto nos artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Contudo, apesar de entender ser possível a Recorrente participar consórcio, julgou improcedente a manifestação de inconformidade pelos seguintes fundamentos principais: (i) não foi juntado o Termo de Contrato e a obra teria finalizado em 2019; (ii) receita bruta superior ao limite legal; e (iii) pessoa física no quadro social do consórcio.

Desde já, entendo que os fundamentos (ii) e (iii) fogem ao objeto deste processo, visto que o Termo de Indeferimento apenas aponta como fator impeditivo de opção a Recorrente participar do capital de outra pessoa jurídica (CNPJ 28.518.338/0001-59 – consórcio). Entendo tratar-se de inovação para corroborar a conclusão de improcedência da defesa da Recorrente.

Diante disso, para evitar nulidade processual e cerceamento do direito de defesa e em obediência ao devido processo legal, esse julgamento limitar-se-á a análise em relação a ter a Recorrente atendido às observações da DRJ quanto à participação no consórcio (pessoa jurídica com participação do capital de outra pessoa jurídica (CNPJ 28.518.338/0001-59).

No recurso voluntário, a Recorrente, dialogando com a decisão de primeira instância, rebate os argumentos apontados pela DRJ e junta aos autos cópia do contrato social do “CONSORCIO CHAPADA DE AREIA” (e-fls. 141 a 148).

Através desse contrato, é possível verificar que o percentual da Recorrente na participação das despesas e lucros é de 7,5%. Tal fato demonstra que a Recorrente não irá ultrapassar o limite da receita bruta imposta pela Lei Complementar nº 123/2006, conforme apontado pelo Ilmo. Relator no r. acórdão. Ainda que fuja do escopo do processo, verifica-se ter a Recorrente demonstrado que atenderia à determinação legal.

O acórdão recorrido ainda destacou que o consócio, pelos documentos juntados à manifestação de inconformidade, encerraria em 2019 e não poderia ser utilizado como argumento para 2020. Entendo, porém, que esse argumento milita em favor da Recorrente, visto que, considerando esse entendimento, em 2020 (ano calendário do pedido de opção pelo Simples Nacional) ela já não estaria mais obrigada pelo Consócio.

Independente disso, a Recorrente juntou documento às e-fls. 140 demonstrando que as atividades do consócio ainda estavam ativas e afirma que sua parte do contrato já foi concluído.

Considerando tudo que fora exposto acima, não há motivos para manutenção do Termo de Indeferimento à opção pelo Simples Nacional para o ano calendário de 2020.

Isto posto, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes