



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11060.723080/2013-18
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.851 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 08 de março de 2022
Recorrente MARCOS RICARDO PIRES TEIXEIRA & CIA LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

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.

PARTICIPAÇÃO DO CAPITAL DE OUTRA PESSOA JURÍDICA.

A pessoa jurídica que participa do capital de outra pessoa jurídica não pode recolher tributos na forma do Simples Nacional. A exclusão produz efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva.

SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. ÔNUS DA PROVA.

A Sociedade de Propósito Específico não integrada exclusivamente por optantes pelo Simples Nacional não pode optar pelo Simples Nacional. Incumbe à Recorrente o ônus de produzir um acervo fático-probatório quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo em face do Termo de Exclusão do Simples Nacional.

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 e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Márcio Avito Ribeiro Faria, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

Termo de Exclusão do Simples Nacional

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelo Termo de Exclusão do Simples Nacional DRF/STM/RS de 13.12.2013, com efeitos a partir de 01.02.2010, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fls. 146-147:

1) EXCLUÍDA do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional a empresa MARCOS RICARDO PIRES TEIXEIRA E CIA LTDA, CNPJ 03.668.307/0001-53, de acordo com o disposto no inciso V do caput do artigo 29 da Lei Complementar no. 123, de 14/12/2006, bem como no artigo 76, inciso IV, alínea “d” da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) n.º. 94, de 29/11/2011, pelo fato de a referida empresa ter participado de sociedade de propósito específico que não cumpriu as condições previstas no artigo 56 da Lei Complementar no. 123, de 14/12/2006. A comprovação da referida infração é confirmada pelos documentos anexos à REPRESENTAÇÃO FISCAL DRF/SCS/SAORT n.º 33, de 08/11/2013, da Delegacia da Receita Federal em Santa Cruz do Sul, tratada no presente processo administrativo e efetuada com base no processo administrativo n.º 13005.720095/2011-44;

2) A exclusão do Simples Nacional opera efeitos a partir de 01/02/2010, impedindo nova opção pelo referido regime pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes, conforme determinam o § 6o, do artigo 3º e artigo 29, § 1o, da Lei Complementar no 123/06, bem como o artigo 76, inciso IV da Resolução CGSN n.º 94/2011;

3) Deste Termo de Exclusão do Simples Nacional cabe impugnação dirigida à Delegacia da Receita Federal de Julgamento no prazo de 30 (trinta) dias, contados da sua ciência, nos termos dos artigos 15 a 17 do Decreto n.º 70.235 de 06/03/1972;

4) Não havendo impugnação no prazo acima mencionado, a exclusão tornar-se-á definitiva.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado no Acórdão da 2ª Turma DRJ/BEL/PA n.º 01-29.496, de 26.06.2014, e-fls. 312-319:

Está impedido de se beneficiar do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional a empresa que participe do capital de outra Pessoa Jurídica.

Poderá participar em Sociedade de Propósito Específico, desde que esta seja integrada exclusivamente por empresas optantes do Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 04.09.2014, e-fl. 326, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 19.09.2014, e-fl. 327-349, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

I — OS FATOS

A Recorrente é uma empresa constituída em 19/11/2009 e que em 29/01/2010 ingressou no quadro societário da Rede Casanova - Distribuidora Mercantil de

Materiais de Construção Ltda., esta última inscrita no CNPJ sob o n.º 10.984.726/0001-60, constituída sob a forma de sociedade de propósito específico - SPE, obedecendo a legislação vigente, tanto que no momento da sua constituição foi exigido de todas as empresas pertencentes, a declaração da opção pelo Simples Nacional, e as quais foram devidamente registradas na Junta Comercial. Assim, foi anexada na documentação para registros da Rede Casanova SPE na Junta Comercial/RS, e desta mesma forma fizeram todas as demais empresas.

Assim sendo, a Sociedade de Propósito Específico Central de Compras — Rede Casanova foi constituída exclusivamente por Micro e Pequenas Empresas, onde todas as empresas comprovaram sua opção formalizada pelo Simples Nacional, requisito básico para a respectiva legalização, arquivada na Junta Comercial.

Além do mais, cabe informar que, no ano de 2012, saíram do quadro de associados da Rede Casanova todas as pessoas jurídicas, e integrando, a partir daí, somente as pessoas físicas (conforme alteração contratual em anexo), sendo que voluntariamente a Rede Casanova, abriu mão da modalidade de SPE — Sociedade de Propósito Específica (central de compras), conforme alteração de contrato devidamente arquivado em todos os órgãos competentes.

Ocorre que no final de 2013, a Recorrente recebeu notificação da Recorrida através de um ADE (Ato Declaratório Executivo), informando que a Rede estaria irregular, ou seja, não seria mais uma Sociedade de Propósito Específico e por consequência, esta empresa então notificada não mais se enquadrava ao Simples Nacional, retroativamente para os anos base 2010 à 2013, passando-se a exigir, portanto, as diferenças de créditos previdenciários e fiscais desses sem prévio aviso nem para a Recorrente e nem para a Rede.

Ressalta ainda a Recorrente que a partir da constituição da Rede, exclusivamente pelos seus associados (Micro e Pequenas Empresas), a Sociedade de Propósito Específico não teve, e não têm ainda, acesso a informações internas da contabilidade e/ou outros dados administrativos da gestão, pois todas são totalmente independentes, localizadas em Municípios diversos e se alguma empresa deixasse de atender ou praticasse algum ato vedado, esses não estavam ao alcance da SPE ou dos demais associados.

Ou seja, impossível à Administração da Rede ou seus associados tomar conhecimento antecipadamente, sem uma comunicação prévia do fato pelo órgão fiscalizador, acerca de qualquer irregularidade por parte de um dos associados que conduzisse a uma exclusão do Simples Nacional. Inclusive seria necessário a fixação de um prazo por este órgão no caso a Secretaria da Receita Federal, para que então a Sociedade de Propósito Específico, sabedora de algum fato, pudesse tomar providências estatutárias.

Entretanto, a SPE nunca foi cientificada de tal ato (doc. 02), de modo que não se vislumbra como podem os associados regulares sofrerem tão gravosa punição.

Deste modo, a Recorrente se vê totalmente lesada a partir do momento que soube do fato através do "ADE" da sua exclusão junto ao Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/02/2010.

Deste ato (ADE), a Recorrente apresentou sua inconformidade junto a Secretaria da Receita Federal, que sustenta que a mesma pertenceu ao capital de outra pessoa jurídica (Rede Casanova - Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda.), e a qual tinha como sócia também a Casanova Comercial de Tintas Ltda. (CNPJ 07.410.299/0001-00), a qual a RFB refere que nunca foi optante daquela tributação (Simples Nacional), afastando a caracterização da SPE e, por conseguinte,

em efeito cascata, excluindo do Simples' Nacional retroativamente todas as empresas que a constituíram.

Entretanto, após o fato, foi esclarecido pela Casanova Comercial de Tintas Ltda. que desde a sua constituição até ano base de 2011, esta empresa esteve inativa, conforme comprova através da declaração simplificada da pessoa jurídica —inativa, (doc. 03), em anexo. Também, em 2012 houve movimentação na empresa de faturamento com atividades não vedadas ao Simples Nacional - Lei Complementar n.º 123/06, CNAE: 41.20-4-00, conforme declaração de informações econômica-fiscais da pessoa jurídica — DIPJ 2012.

Mais, constatou-se que a referida empresa, de forma equivocada, não realizou a ratificação da opção ao Simples Nacional em tempo hábil junto a Secretaria da Receita Federal de Santa Cruz do Sul/RS. Portanto, configura-se como um erro de fato, eis que também não comunicou o contador quando ativou sua participação na SPE (comprovação nos IRPJ, pois não consta registro na conta INVESTIMENTOS/SPE — doc. 03).

Não obstante, há demonstração do interesse INEQUÍVOCO de que aquela empresa queria ser optante do SIMPLES (declaração da época, devidamente registrada na Junta Comercial), período em que a Casa Nova Comercial de Tintas não era impedida de fazê-lo.

A Recorrente também foi informada pela empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda. que não obteve nenhum benefício, nem pela não ratificação da opção em janeiro de 2010, adesão ao Simples - Lei Complementar n.º 123, e nem por participar da SPE, pois nunca comprou ou envolveu-se em qualquer movimentação perante a SPE que somente incentivou na construção/viabilização, eis que estava inativa nos anos de 2010 e 2011, entretanto, somente em 2012 com movimentação compatível com o SIMPLES NACIONAL.

Portanto, se mostra desproporcional e injustificável do ponto de vista da segurança jurídica que venha a prosperar a pretensão de exclusão do simples nacional, eis que a Recorrente não sabia do fato gerador, na realidade nem a Rede Casanova tinha ciência desse ato praticado pela também associada Casanova Comercial de Tintas Ltda — ME, pois não havia acesso a contabilidade dos demais sócios.

Ainda, em termos práticos, constata-se que a Casanova Comercial de Tintas estava INATIVA nos anos de 2010 e 2011 e, em 2012, praticou atos enquadrados ao Simples Nacional, bem como manifestou inequívoco interesse de enquadrar-se no Simples Nacional.

Assim sendo, inviável do ponto de vista legal que uma empresa que sempre cumpriu com o previsto na legislação venha a ser excluída do Simples Nacional e sofrer as sanções daí decorrentes, sabidamente muito gravosas, frisando que na realidade nem a Rede Casanova estava ciente que tal fato estava ocorrendo para uma possível justificativa em tempo hábil ou se ainda achasse necessário para a tomada de medidas para a regularização daquela empresa para a MODALIDADE SIMPLES NACIONAL DE FORMA RETROATIVA, uma vez que nada a impedia de fazer esta reparação.

Ante o exposto, requer seja desconstituída a decisão da exclusão da Recorrente do Simples Nacional. De forma sucessiva, caso se mantenha a referida decisão, que se considere a incidência ou os efeitos da exclusão do Simples Nacional apenas a partir da data da notificação recebida.

II— DO DIREITO

2.1. PRELIMINAR — Ampla Defesa.

Primeiramente, cabe ressaltar que os associados da Rede Casanova possuem suas sedes comerciais em lugares distintos e TOTALMENTE INDEPENDENTES, não havendo conhecimento ou controle dos atos dos associados.

Ocorre que nem a Rede Casanova — SPE, nem o próprio eventual Infrator inativo sabiam até a data da notificação de qualquer irregularidade (e a empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda. era apenas mera incentivadora para criação da REDE Mercantil-SPE em prol das ME's e EPP's).

Pelo exposto, a Recorrente (empresa integrante do quadro societário da SPE e sem ingerência sobre os atos das demais integrantes), jamais poderia saber da falta de um ato administrativo de outra empresa (não confirmação, de um único associado INATIVO, a empresa Casanova Comercial de Tintas, pelo suposto "não" enquadramento proposto pela nova lei do SIMPLES NACIONAL em Jan/2010 — LC 123).

Portanto, não se verifica a possibilidade de penalização da empresa de forma retroativa, sem aviso prévio da irregularidade que pudesse causar a exclusão do Simples Nacional. Ademais, a Junta Comercial, a Secretaria da Receita Federal ACEITARAM integralmente OS REGISTROS PÚBLICOS COMO SPE - CENTRAL DE COMPRAS, com todas as exigências cumpridas pela Rede Casanova, sem restrições e ainda incentivos públicos estaduais e municipais consolidadas, conforme documentos comprobatórios em anexo (docs. 04 ao 08).

Pode ser ressaltado ainda, que sendo a Rede a pioneira e referencial no Estado, também contou com incentivos da Prefeitura Municipal, aprovação de Lei Ordinária pela Câmara de Vereadores — Incentivo de aluguel, (docs. 04 ao 08, em anexo), para que esta Rede mercantil pudesse ser viabilizada, demonstrando a total FÉ PÚBLICA sob todos os aspectos e todos os segmentos, com ampla divulgação através de eventos promovidos pelas Universidades, Sebrae, Secretarias do Estado e Prefeitura.

Nessa linha, não há como se admitir a lacônica exclusão da empresa Recorrente do Simples Nacional, por supostamente ter integrado sociedade limitada, quando na realidade integrou uma SPE, descaracterizada pela RFB de forma retroativa, cujos efeitos da decisão conduziram à exclusão do Simples Nacional, igualmente retroativa, de todas as empresas que a integravam. [...]

A Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral a ampla defesa, abrangendo a defesa técnica e a autodefesa.

Segundo Renato Brasileiro de Lima há entendimento doutrinário acerca do tema, no sentido de que também é possível subdividir a ampla defesa em dois aspectos, um positivo, realiza-se na efetiva utilização dos instrumentos, dos meios de produção e o aspecto negativo, que consiste na não produção de elementos probatórios de elevado risco à defesa do réu (2011, p.21).

Assim sendo, deve ser considerado NULO todo e qualquer ato, eis que em nenhum momento pode ter ciência de qualquer irregularidade, bem como se manifestar antes mesmo dessa apresentação de cálculos, ferindo preceito constitucional do contraditório e ampla defesa, eis que a empresa MARCOS RICARDO PIRES TEIXEIRA & CIA LTDA. sempre comprimiu com seu dever dentro da legislação, requerendo assim, seja anulado todo e qualquer ato de lançamento praticado contra a mesma.

2.2. Do perfeito enquadramento da Recorrente no Simples Nacional. Participação em SPE autorizada pela Lei 123/06. Regularidade de sua situação e impossibilidade de exclusão retroativa.

O Ato Declaratório Executivo que determinou a exclusão da Recorrente do Simples Nacional de forma retroativa não merece prosperar, eis que a empresa Marcos Ricardo Pires Teixeira & Cia Ltda., ora Recorrente, sempre esteve totalmente adequada a Lei Complementar nº 123/06, nas ressalvas, como a seguir se demonstrará.

A Recorrente participou do quadro societário da empresa Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda. - SPE, CNPJ nº 10.984.726/0001-60, durante o período de 29.01.2010 até 04.01.2013, e nesse período em nenhum momento foi notificada de qualquer anormalidade. Jamais teve participação em pessoa jurídica que não fosse a SPE — Sociedade de Propósito Específico — CENTRAL DE COMPRAS PARA MEs E EPPs, segue em anexo Contrato Social e 4ª Alteração Contratual (doc. 14 ao 18).

Além do mais, no Contrato Social da Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda., após a qualificação das empresas sócias, consta "... resolvem constituir uma Sociedade Propósito Específico — SPE" Central de Compras, qualificada no artigo 56, §1, § 2, inciso II, aliena a, da Lei Complementar nº 123/06.

Assim, quando da constituição da Rede SPE, todos, os sócios comprovaram seu vínculo com a opção pelo simples vigente, inclusive a Casanova Comercial de Tintas, conforme declaração de opção anexa (docs. 09,10 e 11), e as quais foram devidamente aceitas pela Junta Comercial, e, também, aceitos pela Secretaria da Receita Federal.

A empresa Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda. era regida pelo Artigo 56 da Lei Complementar nº 123/2006, constituída para finalidade do Propósito Societário Específico, contemplando seu quadro societário de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, na finalidade de negócios de compra para revender, as Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) associadas [...].

Perante tal permissão contida no artigo 56, a empresa Rede Casanova - Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda - SPE deveria possuir sócias Microempresas ou as Empresas de Pequeno Porte optantes pelo Simples Nacional, devidamente registradas como tal, inclusive com a opção de Microempresas, com base no Simples Nacional vigente, o que era também a intenção da empresa associada Casanova Comercial de Tintas Ltda.

A partir da 4ª Alteração Contratual (homologada pela Junta Comercial em 04.01.2013) a empresa Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda. teve em seu quadro social somente Pessoas Físicas como sócios, com respectiva suspensão dos benefícios da SPE — Sociedade Propósito Específico — CENTRAL DE COMPRAS.

O artigo 3º, parágrafo 4º, da Lei Complementar 123/06, informa quem não poderá beneficiar-se do tratamento jurídico diferenciado [...].

Porém, no mesmo Artigo 3º, Lei Complementar 123/06, existe a ressalva do parágrafo 52, informando que os dispostos nos incisos IV e VII, do § 4º, não se aplicam para nas sociedades de propósito específico [...].

Conforme dispositivos legais acima referidos a Recorrente está adequada a Legislação, pois está explícito que não se aplicam os incisos IV e VII do § 4º, sendo assim nada impedia a empresa MARCOS RICARDO PIRES TEIXEIRA & CIA LTDA ser associada a Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda. — SPE (Sociedade de Propósito Específico), central de compras para seus associados, legalmente constituída e mantida como tal até dezembro de 2012, excluída desta condição por vontade própria, somente a partir do exercício

2013, por não ter mais os benefícios para seus associados e inexecutável operacionalmente.

Enfim, numa análise dos dispositivos legais aplicáveis, em especial do art. 32, parágrafo 52 e art. 562 da Lei Complementar n.º 123/06, o Ato Declaratório Executivo - Exclusão do Simples Nacional, recebido pela empresa Recorrente, não se sustenta, pois estava a empresa enquadrada nas ressalvas da referida lei.

2.3. Da opção da empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda. pelo regime de tributação do Simples Nacional. Considerações acerca dos efeitos do não enquadramento da empresa no Simples em relação a Rede Casanova —SPE e em relação aos terceiros, demais pessoas jurídicas integrantes da SPE.

Superada essa primeira análise, a respeito da legalidade da participação da Recorrente (empresa optante do Simples Nacional) na SPE, eis que devidamente prevista a hipótese na Lei Complementar 123/06, necessário que se enfrente os argumentos do Fisco de que: a) a empresa associada Casanova Comércio de Tintas Ltda. não teria optado pela tributação pelo Simples Nacional; e, b) os efeitos dessa "não opção" por parte de uma associada são aptos a causar a descaracterização da personalidade jurídica da SPE, transformando-a numa empresa limitada e, por consequência, acarretam na exclusão das demais empresas associadas do regime de tributação diferenciada do Simples Nacional, por vedação expressa.

a) Opção da empresa Casanova Comercial de Tintas pelo Simples:

manifestação inequívoca e necessidade de consideração da mesma como optante do regime diferenciado. Precedentes administrativos.

Combatendo o primeiro argumento que sustenta a exclusão, salienta-se que a empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda., CNPJ n.º 10.984.726/0001-60, não obteve nenhum benefício, nem pela equivocada não ratificação da opção em janeiro de 2010 (adesão ao simples LC n.º 123/06) e nem por participar da SPE, pois nunca comprou ou envolveu-se em qualquer movimentação perante a SPE que somente incentivou na construção/viabilização), eis que estava inativa nos anos de 2010 e 2011, tendo atividades somente em 2012 com movimentação também compatível (IRPJ em anexo — doc. 03).

Igualmente, no ano de 2012 a referida empresa esteve com atividades não vedadas ao Simples.

Mais, constatou-se que a referida empresa, de forma equivocada, não realizou a ratificação da opção ao Simples Nacional em tempo hábil junto a Secretaria da Receita Federal de Santa Cruz do Sul/RS. Não obstante, há demonstração do interesse INEQUIVOCO de que aquela empresa queria ser optante do SIMPLES (declaração da época, devidamente registrada na Junta Comercial), período em que a Casa Nova Comercial de Tintas não era impedida de fazê-lo. [...]

Portanto, manifesta a intenção da empresa Casanova Comercial do Tintas Ltda. de optar pelo regime de tributação simplificado, ainda que não tenha tomado as providências formais adequadas, na ausência de impedimentos no período, há de se reconhecer a sua intenção de adesão e possibilidade de ser considerada para todos os efeitos a sua inclusão no Simples.

Uma vez considerada a empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda. como optante do Simples desde sua instituição, não subsistem as razões para descaracterização da SPE e exclusão retroativa das empresas integrantes da mesma (dentre elas a Recorrente) do regime de tributação do Simples, restando sem fundamento válido a ADE impugnada.

b) Efeitos do entendimento da "não opção" da empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda. pelo Simples. Inviabilidade de descaracterização da SPE. Inviabilidade de efeitos retroativos para exclusão das empresas integrantes da SPE do Simples Nacional. Questões Jurídicas.

Ainda que se considere a hipótese da "não opção" pelo Simples por parte da empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda., tese do Fisco, a constatação tardia realizada por parte da fiscalização não se mostra apta a gerar os nefastos efeitos pretendidos pelo órgão fiscalizador, mormente aqueles retroativos para o fim de desconsiderar a natureza jurídica da SPE e, por conseguinte, excluir do Simples retroativamente as empresas que a integraram.

Há que se atentar para o fato de que tais empresas estarão sendo prejudicadas sem terem dado causa alguma, sem poderem sequer saber deste erro de fato previamente, e agora estão sendo notificados diretamente somente pelos efeitos dos atos sequer tinham como evitar.

Não há possibilidade de se presumir má-fé nos atos praticados pelas empresas integrantes da SPE (dentre elas a Recorrente), pois se trata de uma associação de empresas através de uma Sociedade de Propósito Especifico prevista e incentivada na Lei Complementar 123/06.

Tampouco poderia o Fisco considerar que as demais 27 integrantes da SPE teriam conhecimento de que uma das sócias não teria exercido corretamente a opção de adesão ao Simples. Certamente não seriam tão levianos os empresários a ponto de empenhar esforços e arriscar patrimônio, correndo risco de autuações e multas fiscais, a ponto de constituir uma SPE sabendo que uma das empresas não estava legalmente apta. Evidente que acreditavam na regularidade de todas as integrantes.

Devem, portanto, ser consideradas as questões fáticas e a natureza e extensão dos efeitos do ato em análise, atraindo a regra do artigo 112 do código Tributário Nacional, em aplicação do princípio "in dubio pro contribuinte": [...]

Não se trata apenas de emprestar interpretação favorável ao contribuinte, mas de considerar as peculiaridades de fato existentes no caso em análise, todas já exaustivamente abordadas, mas que se resumem no fato de que a empresa Recorrente, assim como as outras 26 integrantes da SPE não tinham conhecimento, nem meios para conhecer, acerca de eventual irregularidade na opção ou "não opção" ao Simples Nacional da associada Casanova Comercial de Tintas Ltda.

Trata-se, ainda, de aplicar os Princípios Constitucionais da Razoabilidade e da Proporcionalidade ao caso concreto. No caso em análise, deve ser ponderado se o ônus, a limitação imposta ao contribuinte/administrado é compatível com a finalidade a que se presta a Lei e necessária ou útil ao atendimento do interesse público. Não havendo essa compatibilidade, o ato será inconstitucional, violando o princípio da proporcionalidade, que está inscrito na cláusula do "substantive due process of law" (artigo 5º, LIV, CF/88).

Nessa linha, a exclusão do Simples Nacional das empresas que integravam a SPE, por ato ligado a apenas uma empresa (falha formal na "não ratificação da opção" ao Simples), mostrou-se desproporcional e dezarrazoada, tendo em vista a ausência e impossibilidade de participação dessas empresas no ato, bem como a inexistência de fraude ou de qualquer benefício com o ocorrido por parte dessas empresas.

A legislação federal serve de amparo para a tese ora esposada, como se depreende da análise do artigo 2º, parágrafo único, incisos VI e XIII, da Lei n. 9.784/99, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da administração pública federal [...].

Nesse diapasão, considerando as peculiaridades do caso em análise (o que também é previsto no art. 112, II do CTN) e sem perder de vista os preceitos da legalidade, finalidade, proporcionalidade e razoabilidade, informadores de nosso ordenamento jurídico, afigura-se desnecessária e imotivada a exclusão da Recorrente do Simples Nacional, de forma retroativa a 2010 e justificada no fato de uma das 28 integrantes da SPE ter sido excluída do regime de tributação, supostamente gerando a exclusão das demais, efeito que não pode ser admitido, portanto. [...]

Assim, a aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade se revela num importante instrumento de interpretação das leis e na aplicação ao caso concreto. No caso em análise e considerando a situação particular explicitada exaustivamente nos autos, tem-se que não é justificável ou necessária ao atendimento do interesse público exclusão do Simples levada a efeito pelo ADE.

A exclusão do Simples, de todas as empresas que integraram a SPE, pelo fato de uma das empresas apresentar irregularidade, como já se demonstrou representa afronta aos princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, além de clara violação da Segurança Jurídica, pois a Lei Complementar 123/06 previu expressamente e incentivou a criação das SPEs, compostas por empresas optantes do Simples.

Nessa linha, promover a descaracterização da SPE desde o nascedouro e exclusão do Simples de todas as empresas integrantes de forma retroativa a 2010 soa como uma verdadeira armadilha para aquelas empresas que investiram nessa forma legal de incentivo as pequenas empresas, pois não se pode ignorar a realidade de que uma das empresas de uma associação poderia apresentar problemas que acarretem na sua exclusão do simples, que poderiam variar desde o erro involuntário (caso dos autos) a prática de sonegação com supressão de receitas ou a inclusão de atividades vedadas, débitos não adimplidos, enfim, uma infinidades de atos que excluiriam uma empresa do Simples.

E ainda que se considere essa empresa excluída do Simples, por motivos mais ou menos nobres, não se pode pretender dar o alcance almejado pelo Fisco, impingindo efeitos retroativos e a todas as empresas que integraram o quadro social da SPE, pois de nenhuma irregularidade ou ilicitude participaram, salvo se comprovada a má-fé, o que está longe de restar evidenciado no presente feito.

Tais empresas integrantes da SPE poderiam ser punidas na medida de sua participação em eventual ilicitude, na proporção de seu benefício com um ato ilícito, jamais simplesmente por integrarem uma SPE onde uma das empresas se encontrava eventualmente irregular, no caso ainda sem má-fé alguma e sem benefício econômico que se evidencie. Enfim, não obstante o entendimento (considerando a Casanova Comercial de Tintas Ltda. como optante ou não do Simples) a conclusão, não pode ser outra, senão de que as demais empresas integrantes da SPE não podem sofrer efeitos em cascata, sob penas de infringência aos dispositivos legais e princípios constitucionais invocados.

2.4. Demais aspectos relevantes.

Nobres julgadores, a SPE Rede Casanova - Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda., foi exclusivamente constituída pelos seus associados (Micro e Pequenas Empresas), totalizando 28 Empresas associadas, sendo que entre estas é impossível o acesso a informações internas, contabilidade e ou outros dados administrativos de gestão dos demais sócios (associados), pois estes são totalmente independentes, e se alguma empresa deixasse de atender, praticasse algum ato vedado, não estava e não estaria ao alcance da SPE saber antecipadamente sem uma comunicação prévia do fato pelo órgão infringido, e inclusive seria necessário a fixação de um prazo por este órgão no caso (Secretaria da Receita Federal), para que

então a Sociedade de Propósito Específico sabedora de algum fato, pudesse tomar providências estatutárias.

Além do mais, cabe repisar a ilegalidade no que se refere ao desenquadramento de associados de SPE'S sem a prévio aviso, e ainda com efeito em cadeia, no que tange a não comunicação em contraposição ao direito de receber a informação, existente no caso em tela.

Assim sendo, a presente Manifestação de Inconformidade fere o dispositivo Constitucional previsto em seu artigo 5º, inc XXXIII, 170 e 179 [...].

Inviável do ponto de vista da Segurança Jurídica e da Razoabilidade e Proporcionalidade que deve nortear as ações da administração tributária, estender a falha culposa de um Associado (Casanova Comercial de Tintas) aos demais 27, pois estes últimos também estavam enquadrados e desempenhando a sua função dentro da Lei vigente:

Igualmente, para um melhor embasamento faz a juntada do documento impresso do site da própria Receita Federal: (doc. 12) http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/perguntao/SimplesNacional/perguntasresp_ostascontribuinte.pdf.

Também faz-se a juntada de informativo impresso do site da Receita Federal (doc. 13, em anexo) no tocante ao "acesso aos serviços do Simples Nacional", que menciona que, para a REDE e/ou qualquer associado (individualmente) ter acesso a eventuais motivos de exclusão, necessita-se de um CODIGO DE ACESSO para a Empresa, (não disponível para a SPE - Rede Casanova, e nem para seus sócios).

Ainda, conforme disposto frisa que, para a criação do código necessita-se: - número do recibo da declaração do Imposto de Renda da Pessoa Física (sócio gerente), - o número do CPF do sócio gerente, e — o n.º do CNPJ da Empresa. Pelo exposto queremos demonstrar que, cada associado possui o seu contador individualizado, então, como poderia cada empresa acessar os dados no Portal do Simples Nacional referente a outra empresa se não há o acesso (SOMENTE COM CÓDIGO OU CERTIFICADO DIGITAL).

Destarte, mencionamos todo o exposto para que este Conselho verifique que é impossível a Recorrente saber de alguma eventual irregularidade de outro associado. Para isso, seria necessária a informação PRÉVIA da Receita (única que tem o livre acesso de todos), a qual foi INEXISTENTE. Portanto, incabível alguma sanção por algo insabido, e sem previa notificação.

No sentido da comunicação eletrônica, cita-se a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, artigo 16º, e seus parágrafos [...].

Reitere-se que a Sociedade de Propósito Específico Rede Casanova somente tem acesso após EXCLUSÃO EFETIVADA (tarde demais, quando já aconteceu), e isto se fosse entrar continuamente (digamos, diariamente, para requerer negativas)

nos sites da Secretaria da Receita Federal, Fazenda Estadual e/ou Municipal (humanamente impossível) e ainda assim, só se saberia quando já tivesse se implementado o desenquadramento.

Portanto, como falar em penalização retroativa, quando terceiros estão sofrendo os efeitos indevidamente, injustamente, além de não terem sido informados, também não receberam a fiscalização orientadora sempre prolatada, divulgada em todos os lides, tanto na participação, construção da Lei Complementar n.º 123/06, como por todos os órgãos de governos, e publicações.

Publicidade: amplamente difundida a FISCALIZAÇÃO ORIENTADORA para empresas do Simples, que encontrarão o efeito público correspondente, citado em centenas de milhares de vezes, e este direito de receber somente a informação do erro simples, o da formalização, lhes foi privado, direito previsto no artigo 5º CF/88, XXXIII, assim como também para a SPE e para todos seus associados, que também não receberam a informação prévia, somente em finais de 2013, foi constatado este erro de fato cometido por uma associada, erro da não ratificação da intenção de optar pelo SIMPLES, acima comprovado (veja que não tem registro do investimento nos balanços/Casanova Comercial de Tintas/ IRPJ — doc. 03).

Destarte, sua intenção inequívoca também devidamente comprovada (pedido de enquadramento da opção pelo simples devidamente registrada na JUCERS), e somente ter ativado com outras atividades a partir do exercício 2013, e até 2012 não ter praticado nenhuma atividade vedada pelo simples nacional.

Portanto, a empresa MARCOS RICARDO PIRES TEIXEIRA & CIA LTDA. ora Recorrente, deverá permanecer com todos os efeitos e benefícios do Simples Nacional, desde 29/01/2010 até 04/01/2013, não perdendo sua condição, sendo que não cometeu nenhuma infração, eis que devida e legalmente enquadradas, conforme Legislação em vigor, não sendo atingidas por qualquer efeito as demais empresas que integraram a SPE.

De resto, ainda que se considere a Casanova Comercial de Tintas Ltda. não optante do Simples, tal conclusão não é apta a conduzir aos efeitos de exclusão do Simples de todas as demais integrantes da SPE, como já aventado anteriormente. [...]

Pelo exposto, questiona: cadê a FISCALIZAÇÃO ORIENTADORA?

a) Quando sequer cumpriu com os prazos de informações prévia, eis que o Direito a informação prévia lhes foi vedada (notificação antes da penalização), conforme disposto no artigo 5º, inc. XXXVII, da CF;

b) Quando o próprio Órgão Consolidou O REGISTRO DA SPE, e ela como sabedora de que um Associado não migrou automaticamente e/ou não ratificou sua INTENÇÃO PERANTE a SRF para adesão ao NOVO SIMPLES, pela LC n.º 123, quando sua intenção era inequívoca e constava inclusive com Registrado na JURGS;

c) Além de consolidar a Secretaria da Receita Federal não comunicou a SPE (Rede Casanova), e também não o fez com NENHUM ASSOCIADO (terceiros interessados);

d) Quando prevista no artigo 1º, §5º, da própria Lei, que segue [...].

Eis o conjunto de razões que conduz a conclusão de impossibilidade de exclusão da Recorrente do Simples Nacional retroativamente e, por conseguinte, a necessidade de acolhimento do presente recurso para anular ou tornar sem efeito o ADE.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

No que concerne ao pedido conclui que:

III — A CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a recorrente seja acolhido o presente recurso para o fim anular e tornar sem efeito o Ato Declaratório Executivo, e seus respectivos efeitos da exclusão, afastando ainda eventuais débitos fiscais oriundos da diferença da

substituição da categoria do Simples Nacional, opção da Recorrente MARCOS RICARDO PIRES TEIXEIRA & CIA LTDA. - por outra (atribuído pela SRF) na respectiva ação fiscal.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto n.º 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.

Nulidade do Termo de Exclusão do Simples Nacional e da Decisão de Primeira Instância

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos por violação a direitos fundamentais.

O Termo de Exclusão do Simples Nacional 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. A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente, inclusive com base no princípio da persuasão racional previsto no art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972. A Recorrente foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

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 n.º 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto n.º 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 n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n.º 791292/PE, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015:

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Neste sentido, devem ser enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Por conseguinte, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

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.

Diligência

A Recorrente solicita a realização de todos os meios de prova.

Sobre a matéria, vale esclarecer que no presente caso se aplicam as disposições do processo administrativo fiscal que estabelecem que a peça de defesa deve ser formalizada por escrito com inserção de todas as teses de defesa e instruída com os todos documentos em que se fundamentar. Opera-se a preclusão do direito de a Recorrente praticar este ato e apresentar novas razões em outro momento processual, salvo a ocorrência de quaisquer das circunstâncias ali previstas, tais como fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos, nos termos do art. 15, art. 16, art. 17 e art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, que determinam critérios de aplicação do princípio da verdade material.

Assim, tendo em vista o princípio da concentração da defesa, a manifestação de inconformidade deve conter todas as matérias litigiosas e instruída com os elementos de prova em que se justificar, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais. A lei prevê meios instrutórios amplos para que o julgador venha formar sua livre convicção motivada na apreciação do conjunto probatório mediante determinação de diligências quando entender necessárias com a finalidade de corrigir erros de fato e suprir lacunas probatórias.

As autoridades administrativa e julgadora de primeira instância analisaram detidamente todos os elementos constantes nos registros internos da RFB e aqueles colacionados em sede de manifestação de inconformidade. Embora lhe fossem oferecidas várias oportunidades no curso do processo, a Recorrente não apresentou a comprovação inequívoca de quaisquer fatos que tenham correlação com as situações excepcionadas pela legislação de regência.

Cabe a aplicação do enunciado estabelecido nos termos do art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015:

Súmula CARF n.º 163

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

A realização desse meio probante é prescindível, uma vez que os elementos produzidos por meios lícitos constantes nos autos são suficientes para a solução do litígio e formação do livre convencimento motivado do julgador. A justificativa arguida pela Recorrente, por essa razão, não se comprova.

Participação no Capital de Outra Pessoa Jurídica

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal).

A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irrevogável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente. A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às

normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (art. 29 e art. 32 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006).

A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê:

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 n.º 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: [...]

§ 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: [...]

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica; [...]

§ 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. [...]

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á: [...]

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; [...]

§ 1º A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal: [...]

§ 2º A comunicação de que trata o caput deste artigo dar-se-á na forma a ser estabelecida pelo Comitê Gestor. [...]

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos: [...]

II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva; [...]

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. [...]

Analisando o acervo fático-probatório constantes nos autos verifica-se que a pessoa jurídica Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda., CNPJ 10.984.726/0001-60, teve como sócia, entre outras, a Recorrente, Marcos Ricardo Pires Teixeira & Cia Ltda., CNPJ 03.668.307/0001-53, no período de 29.01.2010 a 04.01.2013, e-fl. 12. Nesse sentido, comprova-se que a Recorrente que participou do capital de outra pessoa jurídica. Assim, produzem-se os efeitos da exclusão do Simples Nacional a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva a pessoa jurídica fica excluída do Simples Nacional, ou seja, 01.02.2010. Ademais, a exigência de qualquer crédito tributário devido é imperiosa, mesmo porque o fiscalismo é atividade vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (art. 142 do Código Tributário Nacional).

Está registrado na Representação Fiscal DRF/SCS/SAORT n.º 33, de 08.11.2013, cujos fundamentos de fato e direito amparados no acervo fático-probatório de e-fls. 02-296, são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de

janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015):

Formaliza-se o presente processo a fim de promover a exclusão da pessoa jurídica em epígrafe (interessada), com efeitos a partir de 01/02/2010, do Simples Nacional (Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, de que trata a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, e suas alterações, visto que foi constatado que ela incorreu em hipótese de exclusão do referido regime, relatada abaixo, quando da análise do processo 13005.720095/2011-44, do qual foram copiados os documentos de fls. 2 a 136.

2. Conforme informações do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), fls. 2 a 12, do Portal do Simples Nacional, fls. 13 a 49 e 137, da Junta Comercial do Rio Grande do Sul (JUCERGS), fls. 50 a 58, e do contrato social da pessoa jurídica: “REDE CASANOVA - DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.”, CNPJ n.º 10.984.726/0001-60, e suas alterações, fls. 59 a 136, constata-se que:

a) a interessada é optante do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/07/2007, fl. 137;

b) no período de 29/01/2010 a 04/01/2013, o estabelecimento da interessada CNPJ n.º 03.668.307/0001-53 participou do capital da pessoa jurídica: REDE CASANOVA - DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA., CNPJ n.º 10.984.726/0001-60, fls. 2 a 12 e 50 a 136, que nunca se tratou de uma sociedade de propósitos específicos, apesar de constar em seu contrato social esta pretensão, fl. 61, pois esta sociedade nunca foi integrada exclusivamente de pessoas jurídicas optantes pelo Simples Nacional, visto que:

b.1) no período de 22/07/2009 a 04/01/2013, a pessoa jurídica: CASANOVA COMERCIAL DE TINTAS LTDA., CNPJ n.º 07.410.299/0001-00, participou de seu quadro societário, fls. 8 e 50 a 136, mas nunca foi optante do Simples Nacional, fl. 16;

b.2) a partir de 04/01/2013, participam de seu quadro societário pessoas físicas, fls. 5 a 8 e 50 a 136.

Desta forma, conclui-se que cabe a exclusão da interessada do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/02/2010, por seu estabelecimento, CNPJ n.º 03.668.307/0001-53, no período de 29/01/2010 a 04/01/2013, ter participado do capital da pessoa jurídica: REDE CASANOVA - DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA., CNPJ n.º: 10.984.726/0001-60, que nunca se tratou de uma sociedade de propósitos específicos, conforme exposto no item 2, letra “b”, desta forma a referida participação não está relacionada nas hipóteses previstas no § 5º do art. 3º da Lei Complementar n.º 123, de 2006.

4. Já, para fins de julgamento uniforme, no caso da presente representação ser acatada e da contribuinte contestar a sua exclusão, cabe informar que as demais pessoas jurídicas que participaram do quadro societário da pessoa jurídica: REDE CASANOVA - DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA., CNPJ n.º 10.984.726/0001-60, também foram objeto de representação para exclusão do Simples Nacional, pelo mesmo motivos expostos nesta representação, mediante processos discriminados na relação de fl. 138.

5. Por fim, visto que a contribuinte é domiciliada na jurisdição da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Santa Maria – RS, fl. 139, propomos o encaminhamento do presente processo àquela Delegacia para apreciação desta representação e demais providências de sua alçada.

Todos os documentos constantes nos autos foram regularmente examinados com minudência, conforme a legislação de regência da matéria. Diferente do entendimento da Recorrente, os supostos fatos indicados na peça recursal não podem ser corroborados, nos termos do art. 145 e art. 147 do Código Tributário Nacional, bem como art. 15, art. 16 e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que estabelecem critérios de adoção do princípio da verdade material. O procedimento fiscal decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade tributária (art. 37 e art. 150 da Constituição Federal).

“A responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato” (art. 136 do Código Tributário Nacional). Nesse sentido, não cabe a aplicação da máxima “in dubio pro” contribuinte, dado que há expressa previsão legal sobre a matéria tratada nos autos não havendo que se falar em ausência de disposição expressa (art. 108 do Código Tributário Nacional). Além disso, não existem dúvidas quanto: (a) à capitulação legal do fato, (b) à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos, (c) à autoria, imputabilidade, ou punibilidade ou (d) à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação (art. 112 do Código Tributário Nacional).

Logo, o Termo de Exclusão do Simples Nacional DRF/STM/RS de 13.12.2013, com efeitos a partir de 01.02.2010, e-fls. 146-147, está correto e a sua lavratura ocorreu com observância do princípio da legalidade.

Sociedade de Propósito Específico. Ônus da Prova.

A Recorrente afirma que a Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda., CNPJ 10.984.726/0001-60, tinha como sócias microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional.

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê:

Art. 56. As microempresas ou as empresas de pequeno porte poderão realizar negócios de compra e venda de bens e serviços para os mercados nacional e internacional, por meio de sociedade de propósito específico, nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo federal. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ ° Não poderão integrar a sociedade de que trata o *caput* deste artigo pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional. [...]

§ 5º A sociedade de propósito específico de que trata este artigo não poderá: [...]

III - participar do capital de outra pessoa jurídica;

O Código de Processo Civil (CPC) prevê:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. [...]

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Vale esclarecer que a norma específica que trata do processo administrativo fiscal estabelece que a impugnação, cuja apresentação regular instaura a fase litigiosa no procedimento, deve conter todas as alegações e instruída com os elementos de prova que as justificam, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais (art. 15, art. 16, art. 17 e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

Tendo em vista o princípio da concentração da defesa pela via estreita de dilação probatória que o rege, incumbe à Recorrente o ônus de produzir um acervo fático-probatório quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo em face do Termo de Exclusão do Simples Nacional em relação aos seus argumentos com a finalidade de alterar do ato administrativo, já que a atuação da autoridade julgadora limita-se ao controle da sua legalidade, por expressa previsão legislativa (art. 145 do Código Tributário Nacional).

A Sociedade de Propósito Específico não integrada exclusivamente por optantes pelo Simples Nacional não pode optar pelo Simples Nacional. Incumbe à Recorrente o ônus de produzir um acervo fático-probatório quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo em face do Termo de Exclusão do Simples Nacional.

A pessoa jurídica Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda., CNPJ 10.984.726/0001-60, teve como sócias, entre outras:

- a Recorrente, Marcos Ricardo Pires Teixeira & Cia Ltda., CNPJ 03.668.307/0001-53, no período de 29.01.2010 a 04.01.2013, e-fl. 12; e

- a pessoa jurídica Casanova Comercial de Tintas Ltda., CNPJ n.º 07.410.299/0001-00, no período de 22.07.2009 a 04.01.2013, e-fl. 08.

No presente caso, a autoridade fiscal competente verificou que a pessoa jurídica Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda., CNPJ 10.984.726/0001-60, não se tratava de sociedade de propósito específico, porque há previsão legal no sentido de que uma pessoa jurídica não optante pelo Simples Nacional que não pode integrá-la. Consta expressamente no seu contrato social que tinha como característica se tratar de sociedade de propósito específico, e-fls. 70 e 122.

Restou evidenciado que a Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda., CNPJ 10.984.726/0001-60 tinha como sócia a pessoa jurídica Casanova Comercial de Tintas Ltda., CNPJ n.º 07.410.299/0001-00, no período de 22.07.2009 a 04.01.2013, e-fl. 08. Ocorre que essa última em nenhum momento enquadra-se na condição de optante pelo Simples Nacional na forma, no tempo e no modo previstos em lei, conforme informações constantes nos registros internos da RFB, e-fl. 16. O fato de estar na alegada condição de inativa aperfeiçoa o entendimento de que como tal seria incompatível com a situação fiscal de optante optar pelo regime único de apuração e recolhimento de tributos.

Destaque-se que não compete à RFB notificar a Recorrente de ocorrências relacionadas a eventuais irregularidades cadastrais ou fiscais de outras pessoas jurídicas, ainda que seja sócia, tendo em vista a falta de previsão normativa e em razão do dever legal de sigilo de dados e fiscal que permeia o exercício da atividade administrativa tributária (inciso X e inciso XII do art. 5º da Constituição Federal).

Cabe às pessoas jurídicas interessadas verificarem o atendimento aos requisitos legais para fruição do tratamento fiscal simplificado, diferenciado e favorecido destinado às microempresas e empresas de pequeno porte.

No que se refere à comprovação de que a pessoa jurídica Rede Casanova – Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda., CNPJ n.º 10.984.726/0001-60, teve como sócia não optante pelo Simples Nacional e por essa razão não se caracterizava sociedade de propósito específico, cabe mencionar os seguintes acórdãos do CARF que ratificam essa circunstância: n.º 1002-002.113, de 09.06.2021, n.º 1002-002.116, de 09.06.2021, n.º 1003-002.813, de 03.12.2021, n.º 1003-001.899, de 02.09.2020, n.º 1201-004.431, de 11.11.2020, n.º

1201-004.432, de 11.11.2020, n.º 1201-004.433, de 11.11.2020, n.º 1201-004.469, de 12.11.2020, n.º 1301-005.777, de 19.10.2021, n.º 1302-005.730, de 16.09.2021, n.º 1302-005.259, de 11.02.2021, n.º 1302-005.720, de 16.09.2021, n.º 1302-005.731, de 16.09.2021, n.º 1401-005.882, de 15.09.2021, n.º 1401-005.110, de 10.12.2020, n.º 1401-004.982, de 11.11.2020 e n.º 1401-006.072, de 19.11.2021.

Declaração de Concordância

Consta no Acórdão da 2ª Turma DRJ/BEL/PA n.º 01-29.496, de 26.06.2014, e-fls. 312-319, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015):

7. No que se refere à matéria objeto deste processo, verifica-se que o sujeito passivo questiona a possibilidade de não ser excluído do SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de 01/02/2010.

8. A Representação informou baseada em farta documentação anexada ao processo, que a empresa interessada neste processo, participou do capital de outra pessoa jurídica denominada REDE CASANOVA – DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA – CNPJ N.º 10.984.726/0001-60, no período de 29/01/2010 a 04/01/2013.

9. A Lei Complementar n.º 123/2006, de 14 de dezembro de 2006, no seu art. 3º, expressa que é vedada a participação de empresa tributada pelo regime do Simples Nacional no capital de outra pessoa jurídica [...].

10. A mesma Lei, em seu art. 56, com redação dada pela Lei Complementar n.º 128, de 2008, excepciona o disposto no art. 3º, permitindo que a empresa optante pelo Simples Nacional participe de Sociedade de Propósito Específico, nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo Federal.

11. Esta Sociedade de Propósito Específico, no entanto, deverá se balizar por atributos definidos na LC 123, particularmente a vedação ao ingresso de pessoas jurídicas não optantes [...].

12. No caso sob análise, verificou-se que o requisito de contar no seu quadro societário apenas com empresas optantes pelo Simples Nacional não foi observado pela empresa REDE CASANOVA – DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA – CNPJ n.º 10.984.726/0001-60, tendo em vista que:

a) No período de 22/07/2009 a 04/01/2013, a pessoa jurídica CASANOVA COMERCIAL DE TINTAS LTDA – CNPJ n.º 07.410.299/0001-00 participou do seu quadro societário e nunca foi optante do Simples Nacional;

b) A partir de 04/01/2013, participam de seu quadro societário pessoas físicas.

13. Sobre o descumprimento desta exigência, bem como da sanção cabível, o Comitê Gestor do Simples Nacional, na Resolução n.º 94, de 29 de novembro de 2011, [...].

14. Analisando os documentos acostados ao processo já acima relatados, e a fundamentação legal acima transcrita, verificou-se que não assiste razão ao sujeito passivo, que, portanto, o TERMO DE EXCLUSÃO em questão não merece reparos.

15. Somente para corroborar cito a Solução de Consulta n.º 119, da SRRF 09/Disit, que concluiu que somente serão consideradas Sociedade de Propósito

Específico, quando constituídas exclusivamente por empresas optantes pelo Simples Nacional.

Logo, não cabem reparos ao Acórdão da 2ª Turma DRJ/BEL/PA n.º 01-29.496, de 26.06.2014, e-fls. 312-319.

Jurisprudência e Doutrina

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional).

Inconstitucionalidade de Lei

Atinente aos princípios constitucionais, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade (art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF n.º 2).

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Em assim sucedendo voto, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva