



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 11080.728896/2013-91
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1002-000.328 – Turma Extraordinária / 2ª Turma
Sessão de 07 de agosto de 2018
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente PR MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Exercício: 2010

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. PARTICIPAÇÃO NO CAPITAL DE EMPRESA SEM QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DE SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. CABIMENTO.

Constatada a participação do contribuinte no capital de outra pessoa jurídica e que esta não tem natureza jurídica de Sociedade de Propósito Específico na forma do artigo 56 da Lei Complementar nº 123/2006, é cabível a exclusão da sistemática do Simples Nacional.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA. MATÉRIA VEDADA À ANÁLISE DO CARF.

De acordo com a Súmula CARF nº 02, o CARF não tem competência para pronunciar-se sobre argüições de inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e Voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva - Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aílton Neves da Silva (Presidente), Breno do Carmo Moreira Vieira, Leonam Rocha de Medeiros e Ângelo Abrantes Nunes.

Relatório

Por bem expressar os fatos ocorridos até o momento processual anterior ao do julgamento da Manifestação de Inconformidade contra a exclusão do Simples, transcrevo e adoto o relatório produzido pela DRJ/BEL:

Trata o presente processo sobre Manifestação de Inconformidade ao ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO – ADE DRF/POA Nº 002, DE 04 DE SETEMBRO DE 2014, fls 157 E 158, por ter participado do capital de outra pessoa jurídica denominada 'REDE CASANOVA –DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA – CNPJ Nº 10.984.726/0001-60, no período de 29/01/2010 a 04/01/2013, emitido com base no art. 56 caput, §§ 1º e 2º, inciso II, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, com as alterações do art. 2º da LC nº 128, de 19 de dezembro de 2008, e art. 1º, caput, do Decreto nº 6.451, de 12 de maio de 2008, arts 1º, inciso I, 2º, inciso I, e parágrafo 6º, 3º, parágrafos 4º, inciso VII, e 5º, 28, 29, inciso I e parágrafo 3º, 30, inciso II e parágrafos 1º, inciso II, e 2º, e 31, inciso II e parágrafo 5º, da LC nº 123/2006, com suas alterações; art. 12, inciso VIII e § 2º, da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, com suas alterações; arts 1º, 2º, 3º, inciso II, alínea “c”, e § 1º, inciso IV; 5º, inciso I; e 6º, inciso IV e § 14, da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, com suas alterações, arts 1º, 15, inciso VIII e § 1º; 73, inciso II, alínea “c”, e § 1º; e 76, inciso I e § 5º, da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, com suas alterações, com efeitos a partir de 01/02/2010, com ciência via postal, na data de 25/09/2014, conforme “AR”, fl nº 162.

2. Consta do processo a INFORMAÇÃO – REPRESENTAÇÃO FISCAL DRF/SCS/SAORT Nº 25, de 7 DE NOVEMBRO DE 2013, que versa sobre o seguinte, fls 148 e 149, com documentos comprobatórios anexados ao processo:

-Que conforme informações do CNPJ, fls 02 a 12, do Portal do Simples Nacional, fls 13 a 49 e 137, da Junta Comercial do Estado 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 Nº 10.984.726/0001-60, e suas alterações, fls 59 a 136, constatou 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 nº 91.617.118/0001-19, participou do capital da pessoa jurídica denominada “REDE CASANOVA – DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA – CNPJ Nº 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 denominada CASANOVA COMERCIAL DE TINTAS LTDA – CNPJ nº 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;

c) Concluiu que cabe a exclusão da interessada do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/02/2010, por seu estabelecimento – CNPJ nº 91.617.118/0001-19, 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 Nº 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 LC nº 123/2006.

3. Que para fins de julgamento uniforme, no caso da presente representação ser acatada e da contribuinte contestar sua exclusão, a fiscalização informou as demais pessoas jurídicas que participaram do quadro societário da pessoa jurídica REDE CASANOVA – DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA – CNPJ Nº 10.984.726/0001-60, que também foram objeto de representação para exclusão do Simples Nacional, pelo mesmo motivo exposto nesta representação, mediante processos discriminados na fl nº 147.

4. Que pelo fato da contribuinte ser domiciliada na jurisdição da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre – RS, fl 138, propôs o encaminhamento do presente processo àquela Delegacia para apreciação desta representação e demais providências de sua alçada.

5. Inconformado o sujeito apresentou Manifestação de Inconformidade, protocolada na data de 17/10/2014, fls nº 165 a 171, com as seguintes argumentações, em resumo:

a) Que a exclusão provém da argumentação de que a empresa PR Material de Construção Ltda participou do capital social de outra pessoa jurídica, qual seja, Rede Casanova – Distribuidora de Materiais de Construção Ltda – SPE – CNPJ nº 10.984.726/0001-60, no período de 29/01/2010 a 04/01/2013, e esta não estava enquadrada ao Simples Nacional;

b) Que na realidade a SRF aponta que uma empresa pertencente à Rede Casanova – Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda (Casanova Comercial de Tintas Ltda), não estava enquadrada ao Regime do Simples Nacional,

consequentemente, todas as demais empresas associadas à Rede deveriam ser descaracterizadas devido a essa situação;

c) Que cabe informar que, desde a constituição da Rede Casanova – SPE por todos seus associados (mais de 29 Micros e Pequenas Empresas) entre estas, não teve e não tem acesso a informações internas da contabilidade e/ou outros dados administrativos da gestão, pois todas empresas associadas a Rede são totalmente independentes, e se alguma empresa deixasse de atender ou praticasse algum ato vedado, esses não estavam e não estariam ao alcance da SPE ou algum associado saber;

d) Que para tanto seria necessário que, caso houvesse alguma irregularidade a SRF comunicasse previamente todos os interessados do fato pelo órgão infringido, que inclusive seria necessário a fixação de um prazo para que então a SPE (quando sabedora de algum fato) pudesse tomar providências estatutárias;

e) Que, entretanto, a SPE nunca foi cientificada de tal inconformidade da Empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda, e questiona como um associado pode sofrer tão lesão, que se vê lesada a partir do momento que teve ciência do ADE da sua exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/02/2010;

f) Que é impossível prosperar a pretensão de exclusão do Simples Nacional, porque não sabia do fato Gerador, que na realidade nem a Rede Casanova tinha ciência desse ato praticado pela também associada Casanova Comercial de Tintas Ltda – ME, que estava inativa nos anos de 2010 e 2011, conforme declaração anexa, e que em 2012 praticou atos enquadrados no Simples Nacional e requereu seja desconstituída a exclusão da recorrente, que caso seja julgada improcedente, que haja a incidência apenas a partir da data da notificação recebida;

g) Que o fato constante no ADE não procede, pois a requerente está totalmente adequada à Lei Complementar 123/2006;

h) Que a requerente 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 até a presente data em nenhum momento foi notificada de qualquer anormalidade e sequer teve participação em pessoa jurídica que não fosse a SPE – Sociedade de Propósito Específico – CENTRAL DE COMPRAS PARA ME's e EPP's, segue em anexo Contrato Social e 4ª Alteração Contratual;

i) Que no Contrato Social da REDE CASANOVA DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA – SPE, após a qualificação das empresas

sócias, consta “resolvem constituir uma Sociedade de Propósito Específico – SPE” Central de Compras, qualificada no art. 56, § 1º, § 2º, inciso II, alínea a, da Lei Complementar nº 123/2006;

j) Contudo a empresa REDE CASANOVA DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA era regida pelo Art. 56, da LC nº 123/2006, constituída para finalidade de Propósito Societário Específico, contemplando seu quadro societário de microempresas e empresas de pequeno porte, na finalidade de negócios de compra para revender às Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) associadas, conforme segue:

“Art. 56. As microempresas ou as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão realizar negócios de compra e venda de bens, para os mercados nacional e internacional, por meio de sociedade de propósito específico, nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo Federal;

§ 1º - Não poderão integrar a sociedade de que trata o caput deste artigo pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional;

§ 2º - A sociedade de propósito específico de que trata este artigo:

I – terá seus atos arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis;

II – terá por finalidade realizar:

a) operações de compras para revenda às microempresas ou empresas de pequeno porte que sejam suas sócias;

b) operações de venda de bens adquiridos das microempresas e empresas de pequeno porte que sejam suas sócias para pessoas jurídicas que não sejam suas sócias;

III - poderá exercer atividades de promoção dos bens referidos na alínea b, do inciso II deste parágrafo;

IV – apurará o imposto de renda das pessoas jurídicas com base no lucro real, devendo manter a escrituração dos livros Diário e Razão;

V – apurará a Confins e a Contribuição para o PIS/Pasep de modo não-cumulativo;

VI – exportará, exclusivamente, bens a ela destinados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que dela façam parte;

VII – será constituída como sociedade limitada;

VIII – deverá nas vendas às microempresas ou empresas de pequeno porte que sejam suas sócias, observar preço no mínimo igual ao das aquisições realizadas para revenda;

e

IX – deverá nas vendas de bens adquiridos de microempresas ou empresas de pequeno porte que sejam suas sócias, observar preço no mínimo igual ao das aquisições desses bens.

§ 3º - A aquisição de bens destinados à exportação pela sociedade de propósito específico não gera direito a créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.

§ 4º - A microempresa ou a empresa de pequeno porte não poderá participar simultaneamente de mais de uma sociedade de propósito específico de que trata este artigo;

k) Que perante tal permissão contida no art. 56 da LC nº 123/2006, a empresa REDE CASANOVA DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA – SPE – podia possuir sócias microempresas ou as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional;

l) Que a partir da 4ª Alteração Contratual registrada na Junta Comercial em 04/01/2013, a empresa REDE CASANOVA DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA, possui em seu quadro social somente Pessoas Físicas como sócios, com respectiva suspensão dos benefícios da SPE – Sociedade de Propósito Específico – CENTRAL DE COMPRAS;

m) Que também o artigo 3º, parágrafo 4º, da LC 123/2006, informa quem não poderá beneficiar-se do tratamento jurídico diferenciado:

“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:

(...)

§ 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:

I – de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II – que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

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;

IV – cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei

Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

V – cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

VI – constituída sob a forma de cooperativa, salvo as de consumo;

VII – que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII – que exerça atividade de banco comercial, de investimentos, e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX – resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X – constituída sob a forma de sociedade por ações;

n) Que, porém, no mesmo art. 3º, da Lei Complementar 123/2006, existe a ressalva do parágrafo 5º, informando que os dispostos nos incisos IV e VII, do § 4º, não se aplicam para às sociedades de propósito específico, conforme segue:

“§ 5º. O disposto nos incisos IV e VII do § 4º deste artigo não se aplicam 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;

o) Que conforme a descrição do disposto acima, a empresa requerente está adequada com a Legislação, pois está explícito que não se aplicam os incisos IV e VII do § 4º, sendo assim nada impedia a requerente ser sócia da empresa 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 de 2013, por não ter mais os benefícios para seus associados e inexequível operacionalmente;

p) *Que de acordo com tais afirmações dos art. 3º, § 5º, e art. 56 da LC 123/2006, o ADE recebido pela requerente, perde o seu efeito, pois está enquadrada nas ressalvas da referida Lei, art. 56, § 2º, II, alínea a, da referida LC;*

q) *Que, no caso em tela aplica-se o princípio norteador previsto no Código Tributário Nacional, em seu art. 112, que a recorrente sempre cumpriu seu papel dentro do enquadramento legal, pertencente ao Simples Nacional vigente, não cabendo a penalidade imposta, que em nenhum momento deu causa, e nem teve como evitar por total falta de comunicação do órgão fiscalizador, sendo a imputabilidade ilegal e injusta, pois não praticou ato de sonegação, assim como nenhum dos associados (28) praticou qualquer ato neste sentido para corresponder à graduação da punibilidade, que está sendo imposta, e transcreveu o art. 112 do CTN, incisos I a IV;*

r) *Que há inconstitucionalidade na LC 123/2006, no que se refere ao desenquadramento de associados de SPE's sem o prévio aviso, e ainda, com efeito em cadeia, no que tange a não comunicação versus direito de receber a informação, existente no caso em tela;*

s) *Transcreveu o art. 16 da LC 123/2006, que trata da comunicação eletrônica;*

t) *Finalmente requereu a manutenção da empresa no Simples Nacional desde o dia 01/02/2010, não perdendo seus efeitos.*

6. *Foram juntados ao processo os documentos referentes a contrato social e alterações do contrato social, a seguir descritos:*

-Alteração e Consolidação de Contrato Social da requerente, fls 177 a 181;

-Contrato Social da Empresa Rede Casanova – Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda, fls 183 a 196;

-1ª Alteração Contratual da Empresa Rede Casanova – Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda, fls 197 a 204;

-2ª Alteração Contratual da Empresa Rede Casanova – Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda, fls 205 a 232;

-3ª Alteração Contratual da Empresa Rede Casanova – Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda, fls 233 a 272;

-4ª Alteração Contratual da Empresa Rede Casanova – Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda, fls 273 a 324;

- Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – Inativa 2009 - da empresa CASANOVA COMERCIAL DE TINTAS LTDA, fl 325;

- *Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – Inativa 2010 - da empresa CASANOVA COMERCIAL DE TINTAS LTDA, fl 326;*

- *Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – Inativa 2011 - da empresa CASANOVA COMERCIAL DE TINTAS LTDA, fl 327;*

- *Recibo de Entrega da Declaração de Informações Econômico – Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ 2012, com opção de tributação pelo Lucro Presumido, exercício 2012, fls 328;*

- *Recibo de Entrega da Declaração de Informações Econômico – Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ 2013, com opção de tributação pelo Lucro Presumido, exercício 2012, fls 329;*

- *Recibo de Entrega da Declaração de Informações Econômico – Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ 2014, com opção de tributação pelo Lucro Presumido, exercício 2012, fls 330.*

7. *É o que importa relatar.*

A manifestação de inconformidade foi indeferida pela DRJ/BEL, conforme acórdão n. 01-31.409, de 20 de fevereiro de 2015 (e-fl. 338), que recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

EMENTA

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.

Irresignado, o Recorrente apresenta o Recurso Voluntário de e-fls. 350, no qual oferece os fundamentos de fato e de direito abaixo sintetizados (grifos do original).

Alega que *"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**".*

Afirma que *"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..."

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

*Ressalva que "no mesmo Artigo 3º, Lei Complementar 123/06, existe a ressalva do parágrafo 5º informando que os dispostos nos incisos IV e VII, do § 4º, não se aplicam para nas sociedades de propósito específico..." e que, por isso, "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 PR Material de Construção ser associada a Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda - SPE (Sociedade de Propósito Especifico), central de compras para seus associados, **legalmente constituída e mantida como tal** ate 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".*

*Contestando os argumentos que sustentam sua exclusão do simples, salienta que "a empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda, CNPJ nº 10.984.726/0001-60, não obteve nenhum benefício, nem pela equivocada não ratificação da opção em janeiro de 2010 (adesão ao simples LC nº 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" e que " 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 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", citando acórdãos do CARF que supostamente corroborariam esta afirmação.*

Registra que "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" porque não 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" e que "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 desarrazoada, 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.

Repisa que "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".

De arremate, afirma que a exclusão do Simples Nacional nos moldes acima relatados viola Princípios e dispositivos Constitucionais, apresentando, ainda, escólio de doutrina e jurisprudência como forma de fundamentar seus argumentos e conclusões, requerendo, ao final, o acolhimento do Recurso Voluntário para o fim de anular e tornar sem efeito o ADE DRF/POA 02/2014.

É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Aílton Neves da Silva, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Para melhor entendimento da matéria, reproduzo o artigo 1º do Ato Declaratório Executivo ADE DRF/POA Nº 002/2014 (e-fls. 157), no qual foram registrados os motivos da exclusão do contribuinte do Simples Nacional a partir de 01/02/2010 (grifos do original):

*Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), com base no **processo nº 11080.728896/2013-91**, a pessoa jurídica, supra identificada, **em virtude de***

a) no período de 29/01/2010 a 04/01/2013, o estabelecimento da interessada CNPJ nº 91.617.118/0001-19 participou do capital da pessoa jurídica: REDE CASANOVA - DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA, CNPJ nº 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;

b) no período de 22/07/2009 a 04/01/2013, a pessoa jurídica: CASANOVA COMERCIAL DE TINTAS LTDA., CNPJ nº 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;

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

Observa-se que a exclusão do contribuinte do Simples Nacional deu-se em razão de sua participação societária no capital da pessoa jurídica Rede Casanova - Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda, CNPJ nº 10.984.726/0001-60, da qual também era sócia a empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda - ME CNPJ nº 07.410.299/0001-00, que, segundo documentos juntados aos autos, nunca foi optante pelo Simples Nacional.

Relativamente aos motivos que geraram a exclusão do Simples Nacional, constato que o próprio Recorrente admite ter participado do quadro societário da 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.

Entretanto, argumenta o Recorrente que a Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda é uma SPE - Sociedade de Propósito Específico constituída por 28 Micro e Pequenas Empresas associadas e que o artigo 56 da Lei Complementar nº 123/2006 autorizava a sua participação no capital deste tipo de sociedade.

Aduz, em suma, que nesse período em nenhum momento foi notificado de qualquer anormalidade; que jamais teve participação em pessoa jurídica que não fosse SPE; que a 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; que no artigo 3º da Lei Complementar 123/06 existe a ressalva do parágrafo 5º informando que os dispostos nos incisos IV e VII, do § 4º, não se aplicam para nas sociedades de propósito específico.

Compulsando os autos (e-fls. 16), constato que, de fato, a empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda - ME CNPJ nº 07.410.299/0001-00, sócia da Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda, nunca foi optante do Simples Nacional:



A constatação de que a empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda - ME não era optante do Simples Nacional inviabiliza a aplicação do § 1º do artigo 56 da Lei Complementar nº 123/2006 à sociedade formada pela Rede Casanova - Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda, eis que a norma é clara ao dispor que as Pessoas Jurídicas integrantes de uma SPE devem ser optantes por aquele sistema de tributação simplificado.

Tampouco a suposta intenção ou interesse inequívoco de ingressar no Simples Nacional manifestada pela empresa Casanova Comercial de Tintas atende o requisito legal do § 1º do artigo 56 da Lei Complementar nº 123/2006 e nem confere sustentação jurídica à tese do Recorrente, segundo a qual essa situação não descaracterizaria a Rede Casanova - Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda como uma SPE.

Assim, todo o conjunto probatório aponta no sentido de que a Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda não possuía natureza jurídica de SPE, tendo sido acertada a exclusão do contribuinte do Simples Nacional fundada na sua participação societária no capital da referida Rede.

Ressalto que essa matéria foi alvo de percuente análise na decisão de primeira instância, razão pela qual peço vênica para, com base no §1º do art. 50, da Lei nº 9.784/1999 e no disposto no §3º do art. 57, do RICARF, adotar os fundamentos nela exarados, transcrevendo abaixo os principais trechos do voto condutor do acórdão recorrido (grifos do original):

12. A Lei Complementar nº 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, senão vejamos:

'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 (Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011):

(...)

§ 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; (negritamos)

13. A mesma Lei, em seu art. 56, com redação dada pela Lei Complementar nº 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.

14. 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, conforme se expõe abaixo:

'Art. 56. As microempresas ou as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão realizar negócios de compra e venda de bens, para os mercados nacional e internacional, por meio de sociedade de propósito específico, nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo Federal;

§ 1º - Não poderão integrar a sociedade de que trata o caput deste artigo pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional; (negritamos)

(...)

15. 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 nº 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 nº 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.

16. Sobre o descumprimento desta exigência, bem como da sanção cabível, o Comitê Gestor do Simples Nacional, na Resolução nº 94, de 29 de novembro de 2011, dispõe:

'Art. 15. Não poderá recolher os tributos na forma do Simples Nacional a ME ou EPP: (Lei Complementar nº 123/2006, art. 17, caput)

(...)

VIII – que participe do capital de outra pessoa jurídica (Lei Complementar nº 123/2006, art. 3º, § 4º, inciso VII)]

'Art. 73. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação da ME ou da EPP, dar-se-á:

(...)

II – obrigatoriamente, quando:

(...)

i) Incorrer nas hipóteses de vedação previstas nos incisos II a XIV e XVI a XXVI do art. 15, hipótese em que a exclusão (Lei

Complementar nº 123/2006, art. 30, inciso II) Redação dada pela Resolução CGSN nº 100, de 27 de junho de 2012)

(...)

17. Somente para corroborar cito a Solução de Consulta nº 119, da SRRF 09/Disit, que concluiu que somente serão consideradas Sociedade de Propósito Específico, quando constituídas exclusivamente por empresas optantes pelo Simples Nacional.

Essa análise reflete o posicionamento deste julgador, não havendo reparos a fazer nos trechos extraídos da decisão exarada pela DRJ/BEL com relação ao tema ora em debate.

Sobre a alegação de que o contribuinte sofreu punição desproporcional e desarrazoada, cumpre observar que a exclusão de ofício do Simples Nacional não tem natureza de penalidade, mas corresponde a uma ação cogente de agente público que constata descumprimento ou violação de requisito obrigatório legalmente previsto para a adesão/permanência naquele sistema optativo de tributação simplificado.

Por isso, as justificativas apresentadas não podem ser aceitas, eis que, como é cediço, a atividade do agente público vincula-se à lei, em respeito ao Princípio constitucional da Legalidade e, em face disso, a única ação cabível à Administração Tributária era excluir o contribuinte do Simples Nacional, diante da constatação da materialização de hipótese legal de vedação à opção prevista no inciso VII do § 4º do artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006.

Aduzo que não compete à RFB notificar empresas de ocorrências relacionadas a eventuais irregularidades cadastrais/fiscais de outros contribuintes, ainda que pertençam a um mesmo grupo econômico ou sociedade, seja por falta de previsão normativa neste sentido, seja em razão do dever legal de sigilo de dados e fiscal que permeia o exercício da atividade administrativa tributária.

A respeito dos efeitos da exclusão, também não prospera a alegação do Recorrente de que *"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"*, eis que, como bem apontado no Acórdão de Impugnação, os efeitos da exclusão estão previstos na Resolução nº 94, de 29 de novembro de 2011, *in verbis*:

'Art. 15. Não poderá recolher os tributos na forma do Simples Nacional a ME ou EPP: (Lei Complementar nº 123/2006, art. 17, caput)

(...)

VIII – que participe do capital de outra pessoa jurídica (Lei Complementar nº 123/2006, art. 3º, § 4º, inciso VII)']

'Art. 73. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação da ME ou da EPP, dar-se-á:

(...)

II – obrigatoriamente, quando:

(...)

i) Incorrer nas hipóteses de vedação previstas nos incisos II a XIV e XVI a XXVI do art. 15, hipótese em que a exclusão (Lei Complementar nº 123/2006, art. 30, inciso II) Redação dada pela Resolução CGSN nº 100, de 27 de junho de 2012)

(...)

2. produzirá efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte ao da ocorrência da situação de vedação; (Lei Complementar nº 123/2006, art. 31, inciso II)'

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

*I – quando verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória, a partir das datas de efeitos previstas no inciso II do art. 73; (Lei Complementar nº 123/2006, art. 29, inciso I; art. 3, incisos II, III, IV, V e § 2º)'.
'*

Acrescento que a sujeição de contribuinte excluído do Simples Nacional às normas de tributação aplicáveis às demais Pessoas jurídicas encontra previsão no artigo 32 da Lei Complementar nº 123/2006:

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.

Por fim, no que toca à violação de Princípios constitucionais argüida pelo Recorrente, reforço que não cumpre ao CARF exercer qualquer forma de controle de constitucionalidade de leis tributárias, havendo, inclusive, enunciado sumular a reger o tema:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Assim, uma vez comprovado nos autos que o contribuinte infringiu o inciso VII do § 4º do artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006, ao manter participação societária no capital de outra pessoa jurídica, conclui-se que a sua exclusão do Simples Nacional foi efetuada em consonância com a legislação em vigor à época dos fatos.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário, mantendo integralmente a decisão de piso.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Processo nº 11080.728896/2013-91
Acórdão n.º **1002-000.328**

S1-C0T2
Fl. 10

Aílton Neves da Silva