



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13005.721719/2013-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1302-005.730 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 16 de setembro de 2021
Recorrente AMANDA A. PASSOS COMERCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUCAO EIRELI - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. EMPRESA OPTANTE COM PARTICIPAÇÃO NO CAPITAL DE OUTRA EMPRESA.

De forma excepcional, o artigo 56 da Lei Complementar nº 123/2006 autoriza que empresas optantes do Simples Nacional participem do capital de outras empresas. Entretanto, a inobservância dos requisitos previstos naquele dispositivo legal, que desnatura a Sociedade com Propósito Específico, implica na exclusão do sistema simplificado de tributação da entidade que tem participação societária em SPE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade, e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

FLávio Machado Vilhena Dias - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ricardo Marozzi Gregorio, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Andreia Lucia Machado Mourao, Flavio Machado Vilhena Dias, Cleucio Santos Nunes, Marcelo Cuba Netto, Fabiana Okchstein Kelbert, Paulo Henrique Silva Figueiredo.

Relatório

Trata-se, o presente processo administrativo, de ADE – Ato Declaratório Executivo expedido pela DRF em Santa Cruz do Sul (RS), através do qual o contribuinte AMANDA A. PASSOS COMERCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI - ME, ora Recorrente, foi excluído do regime simplificado de tributação (SIMPLES NACIONAL), pelo

fato de “*ter participado do capital de outra pessoa jurídica: REDE CASANOVA - DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA, CNPJ n.º 10.984.726/0001-60, no período de 29/01/2010 a 04/01/2013*”.

Pelo o que se denota da Informação fls. 142 e 143, a acusação fiscal é de que “*no período de 29/01/2010 a 04/01/2013, o estabelecimento da interessada CNPJ n.º 94.380.904/0001-33 participou do capital da pessoa jurídica: REDE CASANOVA – DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUCAO 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*”. A acusação fiscal, dentro outros dispositivos legais e infra-legais, está arrimada no não cumprimento do que dispõe o artigo 56, § 1º da Lei Complementar 123/2006.

Devidamente intimado, o Recorrente apresentou Impugnação, alegando, tal como consta no acórdão proferido pela DRJ de Belém (PA), o seguinte:

- a) Que o fato constante no ADE não procede, pois a requerente está totalmente adequada à Lei Complementar 123/2006;
- b) Que a requerente participou do quadro societário da empresa REDE CASANOVA DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA – SPE – CNPJ n.º 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;
- c) 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 n.º 123/2006;
- d) Contudo a empresa REDE CASANOVA DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA era regida pelo Art. 56, da LC n.º 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:
(...)
- e) Que perante tal permissão contida no art. 56 da LC n.º 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;
- f) 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;
- g) Que o artigo 3º, parágrafo 4º, da LC 123/2006, informa quem não poderá beneficiar-se do tratamento jurídico diferenciado:
(...)
- h) 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:

(...)

i) 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, exclusivo para optante pelo Simples Nacional;

j) 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;

k) Que, portanto, a requerente deve permanecer com todos os efeitos e benefícios do Simples Nacional, desde 01/07/2007 ATÉ 31/12/2012, não perdendo sua condição, que não cometeu nenhuma infração e enquadramento correto e legal, conforme legislação em vigor;

l) Finalmente requereu a apreciação da contestação apresentada em tempo hábil e que tornem sem efeito o ADE.

Posteriormente, nos termos do relatório daquela DRJ, o Recorrente foi intimado a apresentar cópia do seu contrato social em vigor. Intimação esta atendida, de acordo com petição acostada aos autos. Ainda, o Recorrente apresentou esclarecimentos, assim resumidos pela instância de julgamento *a quo*:

5. Na data de 04/02/2014, o sujeito passivo protocolou correspondência para declarar que o Sr. Gilmar Ferreira dos Passos é titular da requerente e sócio da empresa CASA NOVA COMERCIAL DE TINTAS LTDA – CNPJ nº 07.410.299/0001-00, que durante o período de sua permanência naquela empresa como sócio, foi enquadrada como MICRO EMPRESA, por ocasião de sua constituição e registro perante a Junta Comercial, e que tinha convicção de que aquela empresa também teria sido enquadrada no SIMPLES NACIONAL, para fins de pagamento de tributos, pelos fatos que se seguem até fins de 2012, em resumo, fls 174 e 175:

1) Que a atividade era compatível com o SIMPLES;

2) Que não tinha impedimento para que não fosse enquadrada no SIMPLES;

3) Que não tinha faturamento, pois se tratou de um projeto para futura loja de tintas, que ainda não foi viabilizado;

4) Que a empresa enquanto sócia estava INATIVA;

4.1 – Que mesmo quando ativada não realizou nenhum negócio com a Central, que portanto, somente Mês e EPPs optantes pelo Simples Nacional efetuaram negócios com a central de compras.

6. A Delegacia de Origem juntou ao processo a Relação de processos para exclusão do Simples Nacional, das 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, fl nº 160.

7. Vale ressaltar que a denominação da empresa foi alterada de GILMAR FERREIRA DOS PASSOS & CIA LTDA, para AMANDA ^a PASSOS COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA, conforme ficha de alteração de dados cadastrais obtida dos Sistemas desta Secretaria, na data de 31/01/2014, fl 184.

Ao analisar o apelo do contribuinte, entretanto, aquela DRJ entendeu por bem manter o ADE expedido. O acórdão proferido 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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Não concordando com a decisão da Turma de Julgamento *a quo*, o Recorrente, ao ser intimado do teor do acórdão proferido, apresentou extenso Recurso Voluntário, no qual repisa, em síntese, os argumentos apresentados em sede de Manifestação de Inconformidade, invocando, em suas razões recursais a aplicação do princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Posteriormente, os autos foram remetidos ao CARF e distribuídos a este conselheiro para julgamento.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro FLávio Machado Vilhena Dias, Relator.

DA TEMPESTIVIDADE

Como se denota dos autos, o Recorrente foi intimado do teor do acórdão recorrido em 13/08/2014 (AR de fls. 194), apresentando o Recurso Voluntário ora analisado no dia 10/09/2014 (comprovante fl. 196), ou seja, dentro do prazo de 30 dias, nos termos do que determina o artigo 33 do Decreto n.º 70.235/72.

Por outro lado, após apresentação do apelo, o Recorrente foi intimado a apresentar nos autos os documentos da signatária do Recurso Voluntário, o que foi prontamente atendido, sendo confirmada, pela Unidade de Origem, a autenticidade da assinatura da representante legal.

Portanto, sem maiores delongas, é tempestivo o Recurso Voluntário apresentado pelo Recorrente e, por isso, uma vez cumpridos os demais pressupostos para a sua admissibilidade, deve ser analisado por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA

Em sede preliminar, invocando o disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, o Recorrente afirma, em síntese, que teve cerceado o seu direito de defesa, na medida em que não foi notificado previamente das irregularidades constatadas em uma das empresas – Casa Nova Comercial de Tintas (CNPJ n.º 07.410.299/0001-00) – que participava do capital social da SPE REDE CASANOVA – Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda. (CNPJ n.º 10.984.726/0001-60).

Neste sentido, alega que não poderia ser penalizada de forma retroativa, “*sem aviso prévio da irregularidade que pudesse causar a exclusão do Simples Nacional*”.

Não assiste razão ao Recorrente, uma vez que não se vislumbra, no presente processo, qualquer cerceamento no direito de defesa do Recorrente. Explica-se.

Em primeiro lugar, não se pode imputar uma responsabilidade à administração de intimar previamente o contribuinte de eventuais irregularidades identificadas em outras sociedades, em especial, quando estas sociedades tem uma ligação societária com o contribuinte.

Neste sentido, com toda venia, como participava de capital social de uma SPE, cabia ao Recorrente e as demais sócias daquela entidade acompanhar e zelar pelo cumprimento da legislação da empresa em que detinham uma participação societária.

Por outro lado, com a expedição do ADE, o Recorrente pode apresentar sua defesa dentro do prazo legal, podendo carrear aos autos todas as provas que julgava necessárias à comprovação das suas alegações. Não houve, em nenhum momento, qualquer ato da administração que pudesse, de alguma forma, cercear o exercício pleno de defesa garantido aos contribuintes pelo Texto Constitucional.

Desta forma, o simples fato de não ter sido intimado previamente sobre as irregularidades na SPE, em que detinha uma participação societária, não torna nulo o ADE expedido.

Portanto, REJEITA-SE a preliminar de cerceamento de defesa.

DO MÉRITO. DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA IRREGULAR DO RECORRENTE.

Como demonstrado no relatório acima, o presente processo administrativo versa sobre ADE que, motivado na constatação de que “*no período de 29/01/2010 a 04/01/2013, o estabelecimento da interessada CNPJ nº 94.380.904/0001-33 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*”, excluiu o Recorrente do SIMPLES NACIONAL.

A acusação fiscal é no sentido de que a um dos integrantes do capital social da REDE CASANOVA – Casanova Comercial de Tintas Ltda. (CNPJ nº 07.410.299/0001-00) – nunca foi optante pelo Simples Nacional, o que desvirtuaria os contornos da legislação, notadamente os dispositivos da Lei Complementar nº 123/06, que autorizam os optantes do Simples Nacional a participarem do capital social de outras entidades.

De fato, a LC nº 123/06 autoriza, em caráter excepcional, a participação de empresas optantes do Simples Nacional no capital social de outras entidades. Notadamente, os artigos 3º, §§ 4º e 5º e 56 daquela Lei Complementar trazem esse regramento. Confira-se:

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:

(...)

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. 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.

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

Nos apelos apresentados pelo Recorrente, este não nega a participação no capital social da Rede Casanova – Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda. (CNPJ nº 10.984.726/0001-60), que havia sido constituída como uma SPE, mas que acabou sendo descaracterizada pela fiscalização, na medida em que constatou-se que uma das empresas que compunham o capital social daquela entidade – Casanova Comercial de Tintas Ltda. (CNPJ nº 07.410.299/0001-00) - nunca foi optante do Simples Nacional.

Neste sentido, não se pode dar guarida ao argumento do Recorrente de que a sua participação societária na SPE estaria dentro da exceção previamente definida pelo legislador.

A leitura dos dispositivos legais, não deixa dúvidas de que as sociedades de propósito específico não poderão ter como sócios pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional. No presente caso, a fiscalização demonstrou que a SPE, que o Recorrente detinha uma participação social, tinha como uma sócia não optante pelo sistema simplificado de tributação.

Por outro lado, no apelo apresentado, o Recorrente alega que a empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda. (CNPJ nº 07.410.299/0001-00) teria optado pelo Simples Nacional e que, por um erro de fato, não teria feito a opção em tempo hábil. Neste sentido, argumenta que aquela empresa estaria inativa em 2011 e que, em 2012, exerceu apenas atividades não vedadas pelo Simples Nacional.

Entende-se, neste ponto, entretanto, que a discussão quanto ao enquadramento ou não daquela entidade no Simples Nacional não pode ser objeto de discussão no presente processo, uma vez que não é objeto do ADE, em que pese ter sido um dos fundamentos de exclusão do Recorrente.

Ademais, mesmo que se admitisse essa discussão no presente processo administrativo, a documentação apresentada pelo Recorrente no apelo (fls. 233 a 417), não comprova que aquela empresa tinha interesse inequívoco na opção do Simples Nacional.

Não se pode deixar de destacar que, com a apresentação de documentação, pelo Recorrente, de documentos e declarações emitidos pela empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda. (CNPJ nº 07.410.299/0001-00), fica contraditório o argumento apresentado no Recurso Voluntário de que o Recorrente não teria como controlar e “fiscalizar” as condutas das demais empresas que compunham o capital social da SPE. Ora, se o Recorrente teve acesso a estes documentos, porque não foi diligente para identificar que uma das empresas sócias da SPE não cumpria os requisitos previamente estabelecidos pelo legislador?

No tocante aos argumentos do Recorrente para se aplicar, *in casu*, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como sabido, este colegiado não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, nos termos já definidos pela súmula CARF n.º 02.

Por fim, cumpre ressaltar que o CARF já enfrentou, em outros processos, a discussão travada no presente PA, quando analisou a exclusão do Simples Nacional de outras entidades que detinham parte do capital social da Rede Casanova – Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda. Neste sentido, cita-se ementa de recente julgado proferido, cuja relatoria coube à Conselheira Bárbara Santos Guedes:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. EMPRESA OPTANTE COM PARTICIPAÇÃO NO CAPITAL DE OUTRA EMPRESA.

A Lei Complementar n.º 123/2006, veda que empresas optantes do Simples Nacional participem do capital de outras empresas. Exceto para os casos previstos no § 5º do art. 3º da dita Lei Complementar. A inobservância dos requisitos previstos no art. 56, desnatura a Sociedade com Propósito Específico para fins de adequação à norma geral do Simples Nacional (Acórdão n.º 1003-001.899 – Sessão de 02/09/2020)

Por todo exposto, vota-se por **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

FLávio Machado Vilhena Dias