



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13046.720002/2014-48
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-001.899 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 02 de setembro de 2020
Recorrente VITÓRIA COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

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

A Lei Complementar nº 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.

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

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Bárbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Wilson Kazumi Nakayama, Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 01-30.671, proferido pela 2ª Turma da DRJ/BEL, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade interposta pela Recorrente.

Por bem descrever os fatos e por julgar suficientes as informações constantes no Relatório do acórdão recorrido, adoto-o abaixo:

Trata o presente processo sobre Manifestação de Inconformidade ao TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, fl 11, 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 inciso V do caput do art. 29 da LC 123/2006, bem como no art. 76, inciso IV, alínea “d” da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, pelo fato de ter participado de SPE que não cumpriu as condições previstas no art. 56 da LC 123, de 14/12/2006, que a comprovação da referida infração é confirmada pelos documentos anexos à REPRESENTAÇÃO FISCAL DRF/SCS/SAORT nº 28, de 07/11/2013, da Delegacia da Receita Federal de Santa Cruz do Sul, tratada no presente processo administrativo e efetuada com base no processo administrativo nº 13005.720095/2011-44, **com efeitos a partir de 01/02/2010**, impedindo nova opção pelo referido regime pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes, conforme determinam o parágrafo 6º, do art. 3º e artigo 29, parágrafo 1º da LC 123/06, bem como o art. 76, inciso IV da resolução CGSN nº 94/2011, com ciência através da Notificação DRF/STM/Saort nº 644, de 13 de dezembro de 2013, fl 10.

2. Consta do processo a INFORMAÇÃO – REPRESENTAÇÃO FISCAL DRF/SCS/SAORT Nº 28, de 07 DE NOVEMBRO DE 2013, que versa sobre o seguinte, fls 226 e 227, com documentos comprobatórios anexados ao processo da Representação, que foram juntados a este processo por esta julgadora, fls 168 a 229, e assim, faz menção às fls do processo nº **11060.723066/2013-14**:

-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 01.269.615/0001-80 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 01.269.615/0001-80, 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. Inconformado o sujeito apresentou Manifestação de Inconformidade, protocolada na data de 07/01/2014, fls nº 2, 4 a 8, com as seguintes argumentações, em resumo:

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 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;

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 nº 123/2006;

d) 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;

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:

“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:

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;

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:

“§ 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.

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 REDECASANOVA 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 habilitada ao Simples Nacional como sempre foi desde 01/07/2007, 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.

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

-Contrato Social da Requerente, fls 12 a 14;

-Primeira Alteração Contratual da Requerente, fls 15 a 17;

-Segunda Alteração Contratual da Requerente, fl 18;

-Contrato Social da Empresa Rede Casanova – Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda, fls 19 a 32;

-1ª Alteração Contratual da Empresa Rede Casanova – Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda, fls 33 a 40;

-2ª Alteração Contratual da Empresa Rede Casanova – Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda, registrada na Junta Comercial, na data de 29/01/2010, fls 41 a 70;

-3ª Alteração Contratual da Empresa Rede Casanova – Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda, fls 71 a 108;

-4ª Alteração Contratual da Empresa Rede Casanova – Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda, fls 109 a 160.

5. É o que importa relatar.

A 2ª Turma da DRJ/BEL negou provimento à manifestação de inconformidade, mantendo a exclusão da contribuinte dos regimes simplificados de tributação. Ementa segue abaixo:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

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

A contribuinte foi cientificada do acórdão da DRJ no dia 02/02/2015 (e-fl. 239) e apresentou recurso voluntário (e-fls. 240 a 262 e documentos às e-fls. 263 a 456) no dia 19/02/2015, destacando, em apertada síntese, o que segue:

Alega a Recorrente ter sido constituída em 19/06/1996 e, em 29/01/2010, ingressou no quadro societário da empresa Rede Casanova - Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda., esta última inscrita no CNPJ sob o nº 10.984.726/0001- 60, constituída sob a forma de sociedade de propósito específico - SPE. Informa que na constituição da SPE, foi exigido de todas as empresas a declaração da opção pelo Simples Nacional. Que, em 2012, todas as empresas saíram do quadro societário da Rede Casanova, passando a integrar o quadro societário pessoas físicas e deixando de ser uma SPE.

Em 2014, a Recorrente recebeu notificação do Fisco 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.

A Recorrente declara que não foi notificada ou tomou conhecimento de qualquer irregularidade em relação às empresas associadas na SPE ou qualquer irregularidade na SPE, contudo a decisão da DRJ estava fundamentada no fato da sócia Casanova Comercial de Tintas Ltda (CNPJ 07.410.299/0001-00) não ser optante do Simples Nacional.

Após esse fato, foi verificado que sócia Casanova Comercial de Tintas, desde sua constituição até o ano de 2011, estava inativa. Em 2012, a citada empresa apresentou faturamento em atividades não vedadas pelo Simples Nacional, contudo, informa que tal empresa, de forma equivocada – por erro de fato -, não realizou a ratificação pelo Simples Nacional e nem comunicou esse fato ao contador. Alega, porém, que a empresa Casanova Comercial de Tintas demonstra interesse inequívoco de ser optante pelo Simples Nacional, em razão da declaração registrada na junta comercial.

Defende que a decisão de excluir a Recorrente do Simples Nacional é desproporcional e injustificável do ponto de vista da segurança jurídica, isso porque a Recorrente não sabia do fato gerador, expos que, na realidade, nem a Rede Casanova tinha ciência desse ato praticado pela também associada Casanova Comercial de Tintas Ltda — ME, pois não havia acesso à contabilidade dos demais sócios.

Preliminarmente, afirmou que a Recorrente não poderia ser penalizada de forma retroativa, sem aviso prévio de irregularidade, ademais explica que os órgãos de registro da SPE, incluindo a Receita Federal, aceitaram as declarações enviadas pelas empresas sócias para a criação da SPE. Diante disso, entende ser nulo o ADE por cerceamento do direito de defesa, pois em nenhum momento tomou ciência de qualquer irregularidade.

Explanou quanto à regularidade de sua participação no Simples Nacional, em razão de fazer parte de uma SPE legalmente constituída com empresas que, na constituição, eram optantes do Simples Nacional.

Reitera a alegação de manifestação inequívoca da empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda — ME pelo Simples Nacional e a necessidade de considerá-la integrante do

sistema simplificado, porque essa não teria obtido 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 se envolveu em qualquer movimentação perante a SPE que somente incentivou na construção/viabilização), pois estava inativa nos anos de 2010 e 2011, tendo iniciado as atividades somente em 2012, as quais era compatíveis com o Simples Nacional.

A Recorrente defende, em razão das peculiaridades do caso (28 empresas integrantes e um, por erro, não estava enquadrada), ser desproporcional e desarrazoada a decisão de exclusão dela e das demais empresas do Simples Nacional, considerando a finalidade a que se presta a Lei Complementar 123/2006 e o interesse público. Outrossim, ainda que se entenda dever ser excluída do Simples, isso não deve ocorrer de forma retroativa, pois as 27 das 28 empresas da SPE agiram de boa-fé e dentro dos limites legais.

Por fim, requereu a procedência do recurso voluntário, para o fim de anular e tornar sem efeito o Ato Declaratório Executivo - ADE DRF/SCS 28/2013, e seus respectivos efeitos da exclusão, afastando ainda eventuais débitos fiscais oriundos da diferença da substituição da categoria do Simples Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Bárbara Santos Guedes, Relator.

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

A empresa Recorrente foi intimada de sua exclusão do Simples Nacional em razão de sua participação societária no capital da pessoa jurídica Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda, CNPJ n.º 10.984.726/000160, vide abaixo trecho do ADE (e-fl. 228):

O Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil abaixo identificado, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 6º, inciso I, alínea “b”, da Lei n.º. 10.593, de 06/12/2002, com redação dada pelo artigo 9º da Lei n.º. 11.457, de 16/03/2007, e das que lhe foram delegadas pelo artigo 5º, inciso II da Portaria DRF/STM n.º. 10, de 21/02/2011, publicada no DOU de 22/02/2011, Seção 2, páginas 43 e 44, DECLARA:

1) EXCLUÍDA do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional a empresa VITÓRIA COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA, CNPJ 01.269.615/0001-80, 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 28, de 07/11/2013, 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;

A Recorrente apresentou manifestação de inconformidade e defendeu que a empresa Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda. era uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), formada por micro empresas todas do Simples Nacional, o que era permitido pela legislação.

A DRJ, no julgamento da manifestação de inconformidade apresentada, negou provimento sob o fundamento de que para poder estar no Simples Nacional a SPE só poderia ser composta por outras empresas também optantes do mesmo regime de tributação simplificada, contudo a SPE (Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda, CNPJ n.º 10.984.726/000160), possuía entre suas sócias a empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda-ME CNPJ n.º 07.410.299/000100, que, segundo a DRJ, nunca foi optante pelo Simples Nacional.

Inconformada com a decisão, a Recorrente apresentou o recurso voluntário.

As Sociedades com Propósitos Específicos são muito utilizadas para setores da Construção Civil e em projetos de Parceria Público Privada (PPP), mas o Estatuto Nacional da Micro e Pequena Empresa também permite que as Micro e Pequenas Empresas (MPE), ainda que optantes pelo Simples Nacional, possam constituir Sociedade de Propósito Específico com a finalidade especificada na lei (art. 56, LC n.º 123/2006).

É de destaque que a LC n.º 123/2006 veda expressamente que empresas optantes do Simples Nacional participem do capital de outra pessoa jurídica (art. 3º, §4º, VII), contudo a participação em uma SPE é uma exceção a esta regra (art. 56, *caput*), diante disso apresenta algumas limitações, como por exemplo impede que empresas não optantes participe da SPE formada por empresas optantes (§ 1º do art. 56), dentre outras regras (§§ 2º e 5º do art. 56).

PRELIMINARMENTE

Preliminarmente, a Recorrente defende o cerceamento do direito de defesa, sob o fundamento de que não foi intimada em nenhum momento em relação a quaisquer irregularidades com a SPE, como também pelo fato de ser a SPE formada por 28 empresas autônomas e independentes e que, na sua constituição, todas as empresas teriam apresentado declaração de que eram optantes do Simples Nacional e, na época, todos os órgãos de registro, incluindo a Receita Federal, não se opuseram às documentações apresentadas.

Para que haja cerceamento de defesa, é necessário que seja obstaculado o amplo direito à defesa do contribuinte. O processo de exclusão da Recorrente do Simples Nacional inicia-se a partir da emissão do Ato Declaratório de Exclusão (ADE), caso seja identificado alguma irregularidade por parte do Fisco.

Logo, a partir da ciência do ADE, abre para o contribuinte o prazo para eventual regularização e ou impugnação. Apresentada a impugnação, inicia-se o processo administrativo, o qual deve oferecer aos sujeitos oportunidades de apresentar sua defesa, suas provas, de contrapor seus argumentos a outros, enfim, poder exercer, sem limitações, os direitos que a legislação vigente lhes assegura. O devido processo legal desdobra-se, sobretudo, nas garantias do contraditório e da ampla defesa.

Por todo o exposto no presente processo, entendo que a Recorrente não sofreu qualquer cerceamento ao seu direito de defesa, visto que teve acesso aos autos, tomou conhecimentos dos fatos que levaram a sua exclusão, pode apresentar defesa e provas desde o início do processo, etc. O fato de não ter sido intimada sobre a irregularidade na SPE não torna sem efeito ou anulável o ADE, visto que esse foi expedido exatamente em razão da irregularidade e, a partir dele, a Recorrente iniciou o processo administrativo com plena capacidade de defender-se.

Diante disso, a emissão do ADE foi feita regularmente e foi assegurado à Recorrente seu direito à defesa e apresentação de provas. Logo, entendo não estar configurado o cerceamento ao direito de defesa questionado.

No tocante ao argumento quanto à regularidade na formação da SPE, por se confundir com o mérito, será tratado mais adiante neste voto.

DO MÉRITO

Como já exposto, a Recorrente é uma dentre as 28 empresas autônomas e independentes que formaram a SPE. Relembra que, na constituição da SPE, todas as empresas apresentaram declaração de que eram optantes do Simples Nacional e, na época, todos os órgãos de registro, incluindo a Receita Federal, aceitaram as documentações. Diante disso, entende que a Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda. (SPE) foi regularmente constituída.

Acrescenta que, por serem empresas independentes, a Recorrente não sabia o que se passava com as outras empresas do grupo e entende estar sendo penalizada com a exclusão do Simples Nacional de forma desproporcional e desarrazoada. Sobre a Casanova Comercial de Tintas Ltda-ME, empresa que não pertencia ao Simples, defende a Recorrente que ela estava inativa desde a sua constituição (em 2011), apenas em 2012, a citada empresa apresentou faturamento em atividades não vedadas pelo Simples Nacional. Continua argumentando que a empresa não ratificou sua opção pelo Simples Nacional por erro de fato, haja vista que demonstra interesse inequívoco de ser optante pelo Simples Nacional.

Em relação às questões ventiladas sobre a empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda-ME, essas devem ser discutidas em autos próprios, visto que foge ao objeto do presente processo. Contudo, por respeito ao debate e aos argumentos da Recorrente, destaca-se que, no recurso voluntário, a Recorrente juntou às e-fls. 276 a 281, declarações de inatividade da empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda-ME entre 2008 e 2010 e, a partir do ano calendário de 2011, junta comprovantes de envio da DIPJ - Declaração de Rendimentos da Pessoa Jurídica. Ora, tais documentos não corroboram as alegações da Recorrente, isto porque não há, por esses documentos, quaisquer comprovações de interesse inequívoco da Recorrente pelo Simples Nacional.

As empresas do Simples Nacional devem apresentar a DASN – Declaração Anual do Simples Nacional, contudo só foi colacionado aos autos recibos de envio de DIPJ. Por esses documentos, não há como concluir opção inequívoca por parte da empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda-ME, muito menos erro de fato pela não ratificação da opção, pelo contrário, demonstra que ela tinha total conhecimento de que não estava enquadrada no Simples Nacional.

A alegação de que, a partir do exercício 2012 ela teve faturamento originado de atividades permitidas pelo Simples Nacional também não está demonstrada no processo, a simples declaração da empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda-ME juntada aos autos não tem o condão de comprovar tais atividades.

Outrossim, eventual enquadramento da Casanova Comercial de Tintas Ltda-ME como optante do Simples de forma retroativa deve obedecer processo próprio e não pode ser declarada nesses autos.

Entendo a dificuldade, enquanto sócia, de ter acesso a informações de outras empresas independentes, contudo era dever dos responsáveis pela administração da SPE certificar-se de que todas as empresas estavam cumprindo com as regras do Simples Nacional para evitar prejuízos à SPE.

É importante destacar que esse não é um dever do Fisco, não cabe a esse ficar fiscalizando para ver se as empresas estão cumprindo com as regras para se manterem no Simples ou manterem seu status de SPE de empresas optantes, como faz crer a Recorrente quando reclama de não ter sido a SPE intimada sobre qualquer irregularidade. O obediência às normas era dever da própria SPE.

Uma vez identificada a irregularidade, caso tivesse havido erro por parte da fiscalização, a SPE poderia demonstrar que cumpria com todos os requisitos da Lei Complementar e não o fez. É importante perceber que as empresas devem demonstrar a regularidade na opção pelo Simples no início de criação da SPE, mas também as empresas sócias devem manter suas atividades, faturamentos e observância das normas legais no decorrer da existência da SPE e esse controle é ônus da Sociedade de Propósito Específico.

Outrossim a alegação de que a empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda-ME não fez vendas é irrelevante para a solução da lide, visto que a Lei Complementar proíbe a participação de empresa não optante ao Simples Nacional, independente dela atuar ou não.

Sobre as declarações de opção pelo Simples Nacional realizadas no ato do registro da SPE, primeiramente é oportuno observar que as declarações para registro são de enquadramento como micro ou pequenas empresas. Mesmo que tenha sido apresentada uma declaração formal de opção pelo Simples Nacional pelas sócias, a empresa em debate estava inativa e declarou como tal, destacando que ela não fez a opção pelo Simples Nacional desde a sua constituição. Retomada as atividades, a empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda-ME deveria ter feito o procedimento regular de opção pelo Simples Nacional.

Isto significa que não houve erro ou omissão por parte dos órgãos responsáveis pelo registro, ou mesmo pela Receita Federal, pois no ato de constituição da SPE, a empresa se enquadrava como micro empresa e estava inativa, fato que perdurou até 2011.

Logo, a partir das provas colacionadas ao processo, não há como concluir que a Casanova Comercial de Tintas Ltda-ME, de fato, atendia a todos os requisitos para ser enquadrada no Simples Nacional.

Outrossim, a ação do Fisco ao excluir a Recorrente do sistema simplificado não foi desarrazoado ou desproporcional, visto que aquele se limitou ao descrito em lei, uma vez identificada irregularidade para a adesão ou permanência no Simples Nacional. A atividade das autoridades administrativas devem ser vinculadas à norma, haja vista o dever de estar vinculado

à legalidade estrita, conforme art. 41, inciso IV, do Anexo II do atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015.

Em relação à retroatividade do Ato Declaratório, esse é determinado por Lei e a decisão obedeceu a norma legal (inciso VIII do art. 15, da Lei Complementar n.º 123/2006 c/c arts. 73 e 76 da Resolução n.º 94/2011).

No tocante às arguições de inconstitucionalidade no decorrer do recurso voluntário, esse Colegiado não pode se pronunciar, nos moldes da Súmula Carf n.º 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Oportuno esclarecer ainda que outras empresas sócias da mesma SPE objeto deste processo já tiveram seu recurso voluntário julgado através dos acórdãos n.ºs 1002000.322 e 1002000.328, ambos da 1ª Turma Extraordinária da 1ª Seção, Relator Aílton Neves da Silva, dos quais declaro concordância com os fundamentos de fato e de direito ali aduzidos e abaixo descritos:

(...)

participação societária no capital da pessoa jurídica Rede Casanova Distribuidora Mercantil de Materiais de Construção Ltda, CNPJ n.º 10.984.726/000160, da qual também era sócia a empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda ME CNPJ n.º 07.410.299/000100, 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 n.º 10.984.726/000160, 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 n.º 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 (efls.16), constato que, de fato, a empresa Casanova Comercial de Tintas Ltda ME CNPJ n.º 07.410.299/000100, 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 n.º 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 vênias 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):

(...)

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, darseá:

DF CARF MF Fl. 581 16 (...)

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 n.º 123/2006, art. 30, inciso II) Redação dada pela Resolução CGSN n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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.

Isto posto, voto por rejeitar a preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes