



Processo nº	11060.723079/2013-85
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	1402-004.964 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	15 de setembro de 2020
Recorrente	FLAVIO LUIZ LUCHESE & CIA LTDA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

SIMPLES NACIONAL. NOTIFICAÇÃO DE PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO DE SPE. DESNECESSIDADE. EXCLUSÃO.

A notificação de exclusão do Simples Nacional pelo fato haver sócio não optante pelo Simples em Sociedade de Propósito Específico, onde todos os sócios deveriam ser optantes pelo citado Regime, não requer notificação anterior que aponte a irregularidade nem a concessão de prazo para regularização.

INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTENÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 136 DO CTN. MANUTENÇÃO DA SANÇÃO.

De acordo com o art. 136 do CTN a intenção não se constitui requisito para a responsabilização por infrações. Assim, havendo a infração deve o agente responder por ela.

PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO. INFRAÇÃO ESTENDIDA NO TEMPO. DIFERENÇA. PUNIBILIDADE.

A prática reiterada de infração não se confunde com a infração estendida no tempo. A primeira, prevista no art. 29, V da LC 123/06, é punível com o impedimento previsto § 1º do mesmo artigo e se caracteriza com a realização de mais de uma infração à Lei Complementar em questão. Já a infração estendida no tempo é aquela em que ocorre uma infração, mas esta se perdura ao longo de um período extenso de tempo, não recaindo, portanto, na punição do art. 29, § 1º da LC 123/06.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, **por unanimidade de votos**, conhecer do Recurso Voluntário, afastar as preliminares e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, de forma a manter a exclusão do Contribuinte do Simples Nacional a partir de 01/08/2009, mas cancelar a sanção que lhe proibia de reingressar no sistema nos próximos três anos.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luciano Bernart - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogerio Borges, Leonardo Luis Pagano Goncalves, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Wilson Kazumi Nakayama (suplente convocado), Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart, Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de Recurso Voluntário (fls. **332-350** e docs. anexos), interposto em face de Acórdão de DRJ/BEL (fls. **320-327**), por meio do qual o referido órgão julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade (fls. **311-315** e docs. anexos antes e depois da Manifestação) do Contribuinte, de forma a manter a exclusão do Manifestante do Simples Nacional, em conformidade com o Termo de Exclusão do Simples Nacional e sua notificação (fls. **148-149**).

I. Termo de Exclusão do Simples Nacional

2. Em 13 de dezembro de 2013, foi lavrado Termo de Exclusão do Simples Nacional, o qual declarou a exclusão do Contribuinte do Regime Simplificado a partir de 01/02/2010, conforme prevê o art. 3º, § 6º e art. 29, § 1º da LC 123/06, sendo ainda impedida nova opção pelo Regime pelos próximos três anos. O motivo da exclusão se deu em virtude da pessoa jurídica ter participado de sociedade de propósito específico, que não teria cumprido as condições previstas no art. 56 da LC nº 123/06, o que poderia ser confirmado na documentação constante no processo administrativo nº 13005.720095/2011-44. O fundamento normativo, segundo o termo, para a exclusão se encontra no art. 29, V da LC nº 123/06.

II. Manifestação de Inconformidade (MI) e DRJ

3. Irresignado com a exclusão, o Contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade, na qual, em síntese, alegou que: **a**) a exclusão do Simples não procede, pois o Contribuinte estaria totalmente adequado à legislação do Simples; **b**) o contribuinte participou do quadro societário da empresa REDE CASANOVA DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA-SPE, durante o período de 29/01/2010 a 04/01/2013, e até o momento não havia sido notificada de qualquer irregularidade, mas nunca participou de pessoa jurídica que não fosse a SPE, conforme contrato social e 4^a alteração anexos; **c**) no contrato social da REDE CASANOVA conta que as sociedades resolvem constituir uma sociedade de propósito específico, de forma a proporcionar uma “central de compras para MEs e

EPPs”, em conformidade com o art. 56, § 1º, § 2º, inciso II, alínea “a” da Lei Complementar 123/06; **d)** a REDE CASANOVA podia possuir microempresas ou empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional como sócias; **e)** o parágrafo 5º do art. 3º da LC 123/06 autoriza que os optantes pelo Simples participem de sociedade de propósito específico, inclusive, em central de compras; Ao final requereu o acolhimento de sua Manifestação, com a consequente procedência, de forma que seja anulada a sua exclusão do Simples Nacional, pois seus atos estão de acordo com a legislação do Simples Nacional.

4. A DRJ julgou pela IMPROCEDÊNCIA da Manifestação de Inconformidade nos seguintes termos da transcrição da 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

5. Em síntese, com fundamento na representação fiscal de fls. 145 e 146, bem como a documentação constante nos autos, os julgadores entenderam que o Contribuinte integrou sociedade de propósito específico que não atendia aos requisitos previstos no art. 56, § 1º da LC 123/06, pois a sociedade CASANOVA COMERCIAL DE TINTAS LTDA – CNPJ nº 07.410.299/0001-00, que também era sócia em conjunto com o Requerente na sociedade REDE CASANOVA – DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA, participou do seu quadro societário e nunca foi optante do Simples Nacional, o que justifica a manutenção da atuação autoridade fiscal.

III. Recurso voluntário

6. Inconformado com a decisão, o Contribuinte interpôs Recurso Voluntário, por meio do qual alegou, em suma, que: **a)** Recorrente ingressou para o quadro societário da REDE CASANOVA em 29/01/2010, sendo que esta sociedade sempre cumpriu seu propósito específico e exigiu de todos os sócios a apresentação de suas opções pelo Simples Nacional, assim, foi ela (REDE CASANOVA) constituída exclusivamente por micro e pequenas empresas que fizeram a opção pelo Regime Simplificado; **b)** a partir de 2012, todas as pessoas jurídicas saíram do quadro de “associadas”, integrando a partir daí apenas pessoas físicas, sendo que a

REDE CASANOVA deixou de ser sociedade de propósito específico (SPE), conforme alteração contratual arquivada no órgão competente; **c)** a SPE não teve nem tem acesso à contabilidade ou às informações internas de seus “associados”, por serem estes independentes. Nem tampouco os associados sabem de tais informações uns dos outros; **d)** seria necessário um prazo concedido pela Receita para que a SPE, após informação de irregularidade de algum de seus “associados”, para que esta sociedade pudesse tomar as medidas estatutárias necessárias, o que nunca ocorreu. Por este motivo o Recorrente, ao tomar conhecimento de sua exclusão, se sente lesado; **e)** a sociedade sócia da REDE CASANOVA que não faria parte do Simples seria a CASANOVA, a qual, conforme informações prestadas em declaração, esteve inativa desde sua constituição até ano base de 2011. Em 2012 houve movimentação na empresa com atividades não vedadas ao Simples Nacional, contudo não realizou a ratificação da opção pelo Simples Nacional em tempo hábil. Tal sócia também não teria comunicado ao contador de sua atividade; **f)** a sócia CASANOVA não teria tido qualquer benefício por não ter ratificado a opção pelo Simples nem por fazer parte da SPE, pois nunca comprou ou se envolveu em movimentação perante a SPE; **Preliminarmente, g)** não é possível a exclusão, uma vez que o Contribuinte não tinha conhecimento da situação de outra “associada”, bem como pelo fato da CASANOVA estar inativa nos anos de 2010 e 2011, além de ter realizado suas atividades dentro dos limites do Simples, apesar de não ter feito a ratificação da opção ao Regime; **h)** a REDE CASANOVA conta com o incentivo do Executivo e Legislativo do Município, demonstrando assim a boa-fé; **i)** A Constituição assegura o contraditório e ampla-defesa aos litigantes em processo administrativo e judicial, sendo que pelo fato do Contribuinte não ter tido conhecimento de qualquer irregularidade, nem se manifestar sobre elas, geraria uma infringência ao contraditório e à ampla defesa; **no Mérito j)** as atitudes do Recorrente foram realizadas de acordo com a legislação do Simples, sendo que, durante sua participação da REDE, não foi notificado em qualquer momento sobre a qualquer irregularidade; **k)** pelo fato de constituírem contrato social de SPE, todos os sócios confirmaram sua participação no Simples, sendo que até o presente momento nunca foi tal sociedade contestada, inclusive pela Receita; **l)** são 28 empresas “associadas”, portanto, não há como se acessar as informações internas de cada uma delas; **m)** seria constitucional o ato da Receita, pois não comunicou à REDE nem a seus “associados” do problema; **n)** não haveria como ter a exclusão retroativa; **o)** se estava irregular, a Receita não deveria ter aceitado o registro da sociedade. Ao final, requer a procedência do Recurso, com o cancelamento do Termo de Exclusão do Simples Nacional e sua consequente manutenção no Regime.

7. Não foram apresentadas contrarrazões pela Fazenda Nacional.
8. É o relatório.

Voto

Conselheiro Luciano Bernart, Relator.

IV. Tempestividade e admissibilidade

9. Com base no art. 33 do Decreto 70.235/72 e na constatação da data de intimação da decisão da DRJ (fl. **329 – 12/08/14**), bem como do protocolo do Recurso Voluntário (fl. **332 – 09/09/14**), conclui-se que este é tempestivo.

10. Tendo em vista que o Recurso Voluntário atende aos demais requisitos de admissibilidade, o conheço e, no mérito, passo a apreciá-lo.

V. Identificação de fatos

11. Conforme se verifica da documentação anexa aos autos é fato que o Recorrente participou do capital social da Sociedade REDE CASANOVA - DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA durante o período de 29/01/2010 a 04/01/2013. Tal confirmação pode ser feita por meio da análise de cópia do contrato social e de suas alterações às fls. 76, 80, 83, 84, 91, 95, 102, 103, 110, 119 e 135. É de se ressaltar também que o Recorrente não nega que a Sociedade Casanova, que também era sócia da REDE CASANOVA, não era optante pelo Simples Nacional.

PRELIMINARMENTE

VI. Constatação e exclusão do Simples

12. O Recorrente alega que sua exclusão do Simples não seria possível porque não tinha conhecimento da situação de outra associada, bem como pelo fato da sociedade CASANOVA estar inativa nos anos de 2010 e 2011, além de ter, em 2012 efetuado suas atividades dentro dos limites do Simples, apesar de não ter ratificado sua opção pelo simples. Há ainda declaração do sócio da CASANOVA às fls. 369-371 afirmado que nem ele tinha conhecimento que sua sociedade não estaria inserida no Simples Nacional, quanto mais os outros “associados”.

13. Cumpre destacar alguns dispositivos legais que tratam das questões indicadas. Seriam eles o art. 5º, II da Constituição da República, o art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657/42, os arts. 16 e 56, § 1º (à época da exclusão do Contribuinte) da LC 123/06 e o art. 136 do CTN, os quais são respectivamente transcritos a seguir.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Art. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

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.

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

14. Entende-se que, com base nestes dispositivos, é possível analisar as indagações do Recorrente. Primeiramente não é possível alegar desconhecimento da situação de outro sócio para fins de estabelecimento de SPE apenas com optantes pelo Simples em virtude do art. 136 do CTN dispor que a responsabilidade é objetiva, ou seja, ocorrendo a situação prevista na lei, aplica-se a sanção, independente da intenção do agente. Assim, mesmo não conhecendo a situação dos outros sócios, a responsabilidade permanece sendo a do Recorrente.

15. Neste caso a lei prevê que os requisitos para que sociedades optantes dos Simples possam participar de SPE é que todos os sócios também sejam optantes pelo Regime, ou seja, é um critério objetivo. Os sócios podem ou não estar no Simples, se houver apenas um sócio que não seja optante, então todos os sócios que sejam optantes devem responder pela situação, tendo em vista o disposto na LC 123/06, sendo que tal punição se dá com sua exclusão. A alegação de desconhecimento também não pode ser acolhida, pois o art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB - Decreto-Lei nº 4.657/42) prevê que ninguém pode alegar desconhecimento da lei, além disto, o art. 16 da LC 123/06 é claro ao definir que ao Comitê Gestor incumbe estabelecer a forma pela qual as microempresas (MEs) e empresas de pequeno porte (EPPs) optarão pelo Simples. Disto se extrai que a criação de MEs e EPPs com o devido registro nas juntas comerciais não as torna automaticamente optantes pelo Simples, opção esta que deve ser exteriorizada, mediante requerimento específico, nos termos da lei. Igualmente o fato de estar inativa, ou pelo menos não desenvolver atividades por um tempo, no caso, nos anos de 2010 e 2011, ou se nunca comercializou não constituem relevância para a

presente situação. A questão chave é se a sociedade CASANOVA era ou não optante pelo Simples enquanto sócia de SPE. Como não foi demonstrado que esta sociedade estava no Regime, diferente do comprovado pela autoridade fiscal, não devem ser acolhidos os argumentos do Recorrente relativos a tais questões.

VII. Apoio público, boa-fé, contraditório e ampla defesa

16. O Recorrente alega que a proposta de montar uma SPE para facilitar a oferta de produtos a micro e pequenas empresas tem apoio dos Poderes Executivo e Legislativo municipais, e, portanto haveria boa-fé por sua parte e dos outros sócios.

17. Certamente a iniciativa proposta pelos sócios para a formação da sociedade de vendas REDE CASANOVA deve ter papel importante para o comércio e para os comerciantes da região em que atua, contudo, como apontado no tópico anterior a responsabilidade é objetiva quanto à infrações, mesmo quando não haja intenção. Neste sentido, não há como eximir o Recorrente de tal situação com base nos argumentos indicados.

18. O mesmo se aplica ao contraditório e à ampla defesa, princípios basilares da democracia e que estão sendo observados na medida em que o Contribuinte está tendo a possibilidade de se manifestar, apresentando todos os argumentos e provas que entende adequados ao caso. Inclusive, a apreciação destes argumentos e das provas está sendo feita em conformidade com o sistema jurídico posto. Por este motivo tais princípios estão sendo aplicados.

19. É de se ressaltar também que o fato de não ter tido qualquer notificação da Receita Federal, antes de sua exclusão, não fere nem o contraditório nem a ampla defesa. Isto porque não se trata de responsabilidade das autoridades administrativas apontar se a sociedade está com conformidade com o que a lei prevê para que esta funcione, mas sim fiscalizar para identificar se está havendo o efetivo cumprimento da lei. Neste contexto legislativo cabe aos sócios identificar com quem estão firmando a sociedade, devendo estabelecer regras próprias de verificação, se assim for o entendimento deles, de acordo com a liberdade individual e coletiva. Ou seja, a autoridade fiscal observou o procedimento de maneira adequada.

MÉRITO

VIII. Requisito legal e consumação da infração

20. O Contribuinte alega que seria necessário um prazo para que depois de tomado o conhecimento da infração lhe pudesse ser dado prazo para regularização. A sistemática prevista na LC 123/06 não dispõe sobre a existência de prazo, mas que tão somente identificada a infração, que se consuma com o estabelecimento de vínculo social com pessoas não optantes pelo Simples, o que acarreta em sua exclusão do Sistema simplificado. E foi o que ocorreu, por isto é de se afastar os argumentos do Recorrente quanto a este assunto.

21. Outro argumento apresentado pelo Requerente é que pelo fato de terem constituído uma SPE, conforme previsto na LC 123/06, todos automaticamente seriam optantes do Simples. Tal afirmação também não merece ser acolhida, uma vez que a própria lei, em seu art. 56, § 1º, dispõe que para o permissivo do caput do artigo seja aplicado, não podem integrar a SPE pessoas não optantes pelo Simples.

IX. Exclusão retroativa

22. É de se reconhecer que pode haver a exclusão retroativa, uma vez que a aceitação ao ingresso no Simples é situação precária, que pode ser negada desde que constatada a realização de infração por parte do beneficiário. É o que prevê o art. 3º, § 6º da LC 123/06, cuja transcrição do texto se faz a seguir.

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:

[...]

§ 6º Na hipótese de a microempresa ou empresa de pequeno porte incorrer em alguma das situações previstas nos incisos do § 4º, será excluída do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, bem como do regime de que trata o art. 12, com efeitos a partir do mês seguinte ao que incorrida a situação impeditiva.

X. Sanções impostas e sua previsão

23. O termo de exclusão impõe ao Contribuinte duas sanções (fl. 148, item 2). A primeira, que seria a exclusão retroativa, dá-se em virtude do fato de sociedade (CASANOVA), que não é optante pelo Simples, participar de SPE (REDE CASANOVA). Tal situação caracterizaria uma infração ao art. 56, § 1º, o que incorreria na aplicação do art. 3º, § 4º e 6º todos da LC 123/06.

24. A segunda sanção, também identificada no item 2 do Termo de Exclusão de fl. 148, seria a impossibilidade do Contribuinte optar pelo Simples Nacional nos próximos 3 (três) anos-calendário. De acordo com a autoridade administrativa, o fundamento para tal penalidade estaria no art. 29, V e § 1º da LC 123/06, bem como no art. 76, inciso IV, alínea “d” da Resolução CGSN nº. 94/2011. Transcreve-se a seguir respectivamente os textos normativos citados, com a redação à época dos fatos.

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

[...]

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

[...]

§ 1 Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

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

[...]

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

[...]

d) tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

[...]

25. Em análise às sanções, entende-se que a exclusão do Simples se dá de forma fundamentada, sendo a subsunção adequada, nos termos do art. 3º, § 6º e também do § 4º, VII do mesmo artigo, todos da LC 123/06. Entretanto, ao analisar a segunda sanção, a de ficar três anos sem poder participar do Simples após a exclusão, parece que esta não possui as mesmas condições da primeira, uma vez que o inciso V do art. 29 da LC 123/06 e a alínea “d” do inciso IV da Resolução, que preveem a “prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar” não se configuram no caso em questão.

26. A infração do Contribuinte foi a de participar de sociedade na qual havia sócio não optante do Simples Nacional. Tal participação se deu apenas uma vez, ou seja, o Contribuinte ingressou em apenas uma sociedade com estas características. Ressalta-se que não há de se confundir a quantidade de infrações com a duração de uma infração. É verdade que a sua permanência na sociedade irregular foi duradoura, de 2010 a 2013, mas isto não significa que houve mais de uma infração, pois ela se configura na participação de SPE, na qual nem todos os sócios são optantes pelo Simples, o quê, repete-se, ocorreu apenas uma vez. Desta forma, a aplicação da segunda sanção não se apresenta nos termos da LC 123, nem da Resolução CGSN nº. 94/2011, devendo ser cancelada.

27. Este entendimento está em consonância com o art. 29, § 9º da LC 123/06, cuja redação trata da prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput do art. 29. Assim dispõe o parágrafo.

Art. 29.

[...]

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

28. Em análise à conduta do Recorrente, percebe-se que ela não se enquadra em nenhuma das situações previstas no parágrafo nono, não devendo ser aplicada, portanto, a sanção prevista no inciso quinto do art. 29.

XI. Conclusão

29. Diante do exposto, voto no sentido de conhecer o Recurso Voluntário, para, depois de superadas as preliminares, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, de forma a manter a exclusão do Contribuinte do Simples Nacional a partir de 01/08/2009, mas cancelar a sanção que lhe proibia de reingressar no Sistema nos próximos três anos.

(documento assinado digitalmente)

Luciano Bernart