



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11070.721917/2013-67
Recurso Voluntário
Resolução nº **1402-001.727 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 16 de março de 2023
Assunto SIMPLES NACIONAL
Recorrente SCHWADE & SCHWADE LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Junia Roberta Gouveia Sampaio - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogerio Borges, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocado(a)), Luciano Bernart, Alexandre Iabrudi Catunda, Jandir Jose Dalle Lucca, Antonio Paulo Machado Gomes, Paulo Mateus Ciccone (Presidente). Ausente(s) o conselheiro(a) Evandro Correa Dias, substituído(a) pelo(a) conselheiro(a) Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

Trata o presente processo sobre Manifestação de Inconformidade ao ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/SAO nº 019, de 18 de novembro de 2013, **fl nº 147, referente à exclusão do SIMPLES NACIONAL, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006**, em razão de ter participado do capital social de outra empresa, além da falta de comunicação de exclusão obrigatória, na forma do disposto no art. 29, inciso I da Lei Complementar nº 123, de 2006, consoante informações contidas no processo administrativo nº 11070.721917/2013-67, com efeitos para o período de 1º de fevereiro de 2010 a 31 de dezembro de 2012, com ciência pessoal, na data de 29/01/2014,

Inconformado o sujeito apresentou Manifestação de Inconformidade, protocolada na data de 12/02/2014, fls nº 153 a 162, com as seguintes argumentações, em resumo

Fl. 2 da Resolução n.º 1402-001.727 - 1ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11070.721917/2013-67

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 4ª 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.

Em 15 de setembro de 2020, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém (PA), negou provimento à manifestação de inconformidade. A decisão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010, 2011

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.

Nulidade

É inaceitável a tese de nulidade, quando o processo administrativo fiscal cumpre todos os ritos necessários à sua lavratura, inclusive pela competência da autoridade administrativa.

Cientificada, a contribuinte apresentou o Recurso Voluntário de fls. 614/636 o qual reitera as alegações já suscitadas quando da manifestação de inconformidade.

É o relatório

Voto

Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio - Relatora

O recurso preenche os pressupostos legais de admissibilidade, motivo pelo qual, dele conheço.

Fl. 3 da Resolução n.º 1402-001.727 - 1ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11070.721917/2013-67

1) PRELIMINAR – NULIDADE POR OFENSA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

Em sua defesa, a contribuinte **preliminarmente** sustenta que o ato de exclusão é nulo uma vez que não foi cientificada da existência de qualquer irregularidade, e nem foi chamada a se manifestar antes de sua expedição, ferindo preceito constitucional do contraditório e ampla defesa.

Incorretas as alegações da Recorrente. Como bem apontado pela decisão recorrida, a atividade de lançamento tem natureza inquisitorial, não se sujeitando, portanto, aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Tais princípios são aplicáveis a partir do momento que existe lide, vale dizer, lançamento. Como esclarece JAMES MARINS:

Na etapa fiscalizatória, não há porém, processo, exceto quando já se chegou à etapa litigiosa, após o ato de lançamento ou de imposição de penalidades e sua respectiva impugnação. Nesse caso, por já estar configurada a litigiosidade diante da pretensão estatal (tributária ou sancionatória) poderá haver fiscalização com o objetivo de carrear provas ao Processo Administrativo. A fiscalização levada a efeito como etapa preparatória do ato de lançamento tem caráter meramente procedimental. Disso decorre **que as discussões que trazem à etapa anterior ao lançamento questões concernentes a elementos tipicamente processuais, em especial as garantias do due process of law, confundem momentos logicamente distintos.** Primeiramente, não há processo, há procedimento que atende a interesses da Administração. O escopo de tal procedimento é justamente fundamentar um ato de lançamento e, em certos casos, instruir um eventual processo futuro.

“O procedimento administrativo fiscalizador interessa apenas ao Fisco e tem finalidade instrutória, estando fora da possibilidade, ao menos enquanto mera fiscalização, dos questionamentos processuais do contribuinte. É justamente a presença, ou não, de uma pretensão deduzida ante ao contribuinte, que separa o procedimento, atinente exclusivamente ao interesse do Estado, do processo, que vincula, além dos Estados, o contribuinte.” (grifamos)

A característica inquisitorial do lançamento é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa pela ementa abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ARBITRAMENTO. AFERIÇÃO INDIRETA. IRREGULARIDADE NA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou, com base na prova dos autos, que "o procedimento administrativo tributário, antes da consumação do lançamento fiscal, é eminentemente inquisitório, já que o contribuinte deve apenas suportar os poderes de investigação do fisco e colaborar com a prestação de informações e documentos, justamente para que a verdade material seja alcançada. Após a notificação do contribuinte acerca do lançamento, abre-se a possibilidade de contraditório e de ampla defesa, o que de fato foi oportunizado à empresa embargante. Conquanto esse momento seja próprio para que o contribuinte apresente as provas e os documentos hábeis a refutar os vícios e as falhas na contabilidade que ensejaram o arbitramento, a empresa, na via administrativa, não cumpriu com o seu ônus a contento. Tentou suprir a falha na via judicial, juntando a este processo balancetes mensais e GRPS, contudo, não é possível, pelo simples exame desses elementos de prova, constatar que a desconsideração da contabilidade da empresa resulta da simples escrituração errônea de alguns fatos contábeis" (fl. 627, e-STJ).

2. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.

Fl. 4 da Resolução n.º 1402-001.727 - 1ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11070.721917/2013-67

3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.445.477 – S, Relator: Ministro Herman Benjamin, DJ 24/06/2014)

Sendo assim, 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.

Em face do exposto, rejeito a alegação de nulidade.

2) MÉRITO

2.1) DA IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO RETROATIVA

Em sua manifestação de inconformidade e recurso voluntário, a contribuinte alegou, fundamentalmente, a impossibilidade do ADE produzir efeitos retroativos e que o mencionado ato teria sido atingido pela preclusão.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.124.507/MG, submetido ao rito dos recursos repetitivos previstos no art. 543- C do CPC/73 reconheceu a natureza do ADE que promove a exclusão do SIMPLES, e, conseqüentemente, a sua eficácia retroativa, conforme se verifica pela ementa abaixo transcrita:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. LEI 9.317/96. SIMPLES. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 15, INCISO II, DA LEI 9.317/96. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Controvérsia envolvendo a averiguação acerca da data em que começam a ser produzidos os efeitos do ato de exclusão do contribuinte do regime tributário denominado SIMPLES. Discute-se se o ato de exclusão tem caráter meramente declaratório, de modo que seus efeitos retroagiriam à data da efetiva ocorrência da situação excludente; ou desconstitutivo, com efeitos gerados apenas após a notificação ao contribuinte a respeito da exclusão.

2. Não merece conhecimento o apelo especial quanto às alegações de contrariedade aos artigos 458 e 535 do CPC, porquanto a recorrente apresentou argumentação de cunho genérico, sem apontar quais seriam os vícios do acórdão recorrido, que justificariam sua anulação. Incidência da Súmula 284/STF.

3. No caso concreto, foi vedada a permanência da recorrida no SIMPLES ao fundamento de que um de seus sócios é titular de outra empresa, com mais de 10% de participação, cuja receita bruta global ultrapassou o limite legal no ano-calendário de 2002 (hipótese prevista no artigo 9º, inciso IX, da Lei 9.317/96), tendo o Ato Declaratório Executivo n. 505.126, de 2/4/2004, da Secretaria da Receita Federal, produzido efeitos a partir de 1º/1/2003.

4. Em se tratando de ato que impede a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES em decorrência da superveniência de situação impeditiva prevista no artigo 9º, incisos III a XIV e XVII a XIX, da Lei 9.317/96, seus efeitos são produzidos a partir do mês subsequente à data da ocorrência da circunstância excludente, nos exatos termos do artigo 15, inciso II, da mesma lei. Precedentes.

Fl. 5 da Resolução n.º 1402-001.727 - 1ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11070.721917/2013-67

5. O ato de exclusão de ofício, nas hipóteses previstas pela lei como impeditivas de ingresso ou permanência no sistema SIMPLES, em verdade, substitui obrigação do próprio contribuinte de comunicar ao fisco a superveniência de uma das situações excludentes.

6. Por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte, é que a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão.

7. No momento em que opta pela adesão ao sistema de recolhimento de tributos diferenciado pressupõe-se que o contribuinte tenha conhecimento das situações que impedem sua adesão ou permanência nesse regime. Assim, admitir-se que o ato de exclusão em razão da ocorrência de uma das hipóteses que poderia ter sido comunicada ao fisco pelo próprio contribuinte apenas produza efeitos após a notificação da pessoa jurídica seria permitir que ela se beneficie da própria torpeza, mormente porque em nosso ordenamento jurídico não se admite descumprir o comando legal com base em alegação de seu desconhecimento.

8. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (grifamos)

Em face do exposto, rejeito a alegação

2.2) DA POSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO NO SIMPLES NACIONAL DE EMPRESAS QUE PARTICIPEM DE SPE NOS TERMOS DA LC 123/06

De acordo com a autoridade competente da DRF/SCS responsável pela exclusão, no período entre 29/01/2010 a 04/01/2013, a pessoa jurídica interessada participou do capital da sociedade denominada REDE CASANOVA – DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA., CNPJ nº 10.984.726/0001-60, formalmente uma SPE, mas que não era integrada exclusivamente de pessoas jurídicas optantes pelo Simples Nacional, visto que, 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, sem nunca ter optado pelo Simples Nacional.

Regra geral, não poderá se beneficiar do Simples Nacional a pessoa jurídica que integrar o quadro societário de outra pessoa jurídica, incorrendo na vedação contida no inciso VII do § 4º do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, abaixo reproduzida:

Art. 3º ...

[...]

§ 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;

[...]

O § 5º desse mesmo art. 3º estabelece hipótese de exceção, afastando da vedação em tela, entre outras hipóteses, o caso em que a “outra pessoa jurídica” é central de compras

Fl. 6 da Resolução n.º 1402-001.727 - 1ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11070.721917/2013-67

constituída sob a forma de sociedade de propósito específico, em conformidade com a previsão contida no art. 56 da mesma Lei Complementar.

§ 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.

Por sua vez, estabelece o art. 56 da mesma Lei Complementar :

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

§ 1º Não poderão integrar a sociedade de que trata o **caput** este artigo pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

A recorrente alega que era impossível a cada uma das sócias da SPE ter acesso a informações internas das demais integrantes do quadro societário da central de compras, razão pela qual não poderia sofrer as consequências de um desvio praticado por terceiros.

No entanto, para o fim de permanecerem no regime simplificado, a cada uma das sócias era perfeitamente possível se assegurar de que as demais integrantes do quadro societário da SPE atendiam ao requisito legal de serem, todas elas, optantes do Simples Nacional. A condição de optante do Simples Nacional não corresponde a “informação interna” a cada sócia, conforme afirma a recorrente. Trata-se de uma informação pública que poderia ser compartilhada entre os parceiros no empreendimento.

De acordo com o relatório fiscal, no período de 22/07/2009 a 04/01/2013, verifica-se que a pessoa jurídica CASANOVA COMERCIAL DE TINTAS nunca foi optante pelo SIMPLES Nacional.

A Recorrente, por sua vez, afirma que a ausência de opção formal pelo SIMPLES decorreu do fato de que a mencionada empresa se encontrava inativa até 2012, conforme fazem provas as declarações apresentadas às fls. 638/640 abaixo reproduzidas:

Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - Inativa 2009

Identificação

CNPJ : 07.410.299/0001-00

Nome Empresarial : CASANOVA COMERCIAL DE TINTAS LTDA.

Período : 01/01/2008 a 31/12/2008

Retificadora : Não

Declaração de Inatividade

A pessoa jurídica acima identificada, por seu representante legal, declara que permaneceu, durante todo o período de 01/01/2008 a 31/12/2008 sem efetuar qualquer atividade operacional, não operacional, financeira ou patrimonial: Sim

Dados do Representante da Pessoa jurídica

Nome : GILMAR FERREIRA DOS PASSOS

CPF : 416.690.100-15

Fl. 7 da Resolução n.º 1402-001.727 - 1ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11070.721917/2013-67

RS: GILMAR FERREIRA DOS PASSOS - ME
Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - Inativa 2010

Fl. 639

Identificação

CNPJ : 07.410.299/0001-00

Nome Empresarial : CASANOVA COMERCIAL DE TINTAS LTDA.

Período : 01/01/2009 a 31/12/2009

Retificadora : Não

Declaração de Inatividade

A pessoa jurídica acima identificada, por seu representante legal, declara que permaneceu, durante todo o período de 01/01/2009 a 31/12/2009 sem efetuar qualquer atividade operacional, não operacional, financeira ou patrimonial: **Sim**

Dados do Representante da Pessoa jurídica

Nome : GILMAR FERREIRA DOS PASSOS

CPF : 416.690.100-15

Recibo de Entrega da Declaração de Inatividade 2010

Declaração entregue com sucesso em 21/01/2010 às 09:31:46 horas.

Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - Inativa 2011**Identificação**

CNPJ : 07.410.299/0001-00

Nome Empresarial : CASANOVA COMERCIAL DE TINTAS LTDA.

Período : 01/01/2010 a 31/12/2010

Retificadora : Não

Declaração de Inatividade

A pessoa jurídica acima identificada, por seu representante legal, declara que permaneceu, durante todo o período de 01/01/2010 a 31/12/2010 sem efetuar qualquer atividade operacional, não operacional, financeira ou patrimonial: **Sim**

Dados do Representante da Pessoa jurídica

Nome : ANA PAULA ANDERSON PASSOS

CPF : 016.799.070-50

Recibo de Entrega da Declaração de Inatividade 2011

Declaração entregue com sucesso em 07/01/2011 às 11:05:58 horas, Horário de Brasília.

Imprima ou grave esta tela ou ainda, anote o número do recibo de sua declaração 963485490027.

   

No entanto o próprio contribuinte junta cópia das DIPJs relativas aos anos-calendários 2011, 2012 e 2013. Confira-se:

Fl. 8 da Resolução n.º 1402-001.727 - 1ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11070.721917/2013-67

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL		RECIBO DE ENTREGA DA DIPJ 2012 - VERSÃO 1.0	
DECLARAÇÃO DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS DA PESSOA JURÍDICA - DIPJ 2012			
VERSÃO 1.0			
CNPJ: 07.410.299/0001-00		Ano-calendário: 2011	
Nome Empresarial: CASANOVA COMERCIAL DE TINTAS LTDA.-ME			
Declaração Retificadora: NÃO			
PJ Sujeita à Alíquota da CSLL de 15%: NÃO			
Inclusão no Simples Nacional: NÃO			
Período: 01/01/2011 a 31/12/2011		Refis: NÃO	Paes: NÃO
Forma de Tributação do Lucro: Lucro Presumido			
Forma de Escrituração: Contábil			
Qualificação da Pessoa Jurídica: PJ em Geral			
Administradora de Fundos e Clubes de Investimento: NÃO			
Participações em Consórcios de Empresas: NÃO			
Operações com o Exterior: NÃO			
Doações a Campanhas Eleitorais: NÃO			
Ativos no Exterior: NÃO		Apuração e Informações de IPI no Período: NÃO	
Participação Permanente em Coligadas ou Controladas: NÃO		PJ Comercial Exportadora: NÃO	
PJ Efetuou Vendas a Empresa Comercial Exportadora com Fim Específico de Exportação: NÃO			
Rendimentos Recebidos do Exterior ou de Não Residentes: NÃO			
Pagamentos ao Exterior ou a Não Residentes: NÃO			
INFORMAÇÕES ECONÔMICAS			
Comércio Eletrônico e Tecnologia da Informação: NÃO			
Royalties Recebidos do Brasil e do Exterior: NÃO			
Rendimentos Relativos a Serviços, Juros e Dividendos Recebidos do Brasil e do Exterior: NÃO			

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL		RECIBO DE ENTREGA DA DIPJ 2013 - VERSÃO 1.0	
DECLARAÇÃO DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS DA PESSOA JURÍDICA - DIPJ 2013			
VERSÃO 1.0			
CNPJ: 07.410.299/0001-00		Ano-calendário: 2012	
Nome Empresarial: CASANOVA COMERCIAL DE TINTAS LTDA.-ME			
Declaração Retificadora: NÃO			
PJ Sujeita à Alíquota da CSLL de 15%: NÃO			
Inclusão no Simples Nacional: NÃO			
Período: 01/01/2012 a 31/12/2012		Refis: NÃO	Paes: NÃO
Forma de Tributação do Lucro: Lucro Presumido			
Forma de Escrituração: Contábil			
Qualificação da Pessoa Jurídica: PJ em Geral			
Administradora de Fundos e Clubes de Investimento: NÃO			
Participações em Consórcios de Empresas: NÃO			
Operações com o Exterior: NÃO			
Doações a Campanhas Eleitorais: NÃO			
Ativos no Exterior: NÃO		Apuração e Informações de IPI no Período: NÃO	
Participação Permanente em Coligadas ou Controladas: NÃO		PJ Comercial Exportadora: NÃO	
PJ Efetuou Vendas a Empresa Comercial Exportadora com Fim Específico de Exportação: NÃO			
Rendimentos Recebidos do Exterior ou de Não Residentes: NÃO			
Pagamentos ao Exterior ou a Não Residentes: NÃO			
INFORMAÇÕES ECONÔMICAS			
Comércio Eletrônico e Tecnologia da Informação: NÃO			

Esta turma já se manifestou pela irrelevância da declaração de inatividade no julgamento do Acórdão nº 1402-004.964 de relatoria do Conselheiro Luciano Bernardt, em que se discutia a exclusão de outra empresa participante da mesma SPE em discussão no presente processo, o qual recebeu a seguinte ementa:

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.

Fl. 9 da Resolução n.º 1402-001.727 - 1ª Seção/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11070.721917/2013-67

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.

Do voto do Conselheiro Relator Luciano Bernardt verifica-se que turma entendeu que o fato da empresa estar inativa no período era irrelevante. Confira-se:

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 afirmando que nem ele tinha conhecimento que sua sociedade não estaria inserida no Simples Nacional, quanto mais os outros “associados”

(...)

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.

Na ocasião, acompanhei o voto do Relator. No entanto, analisando melhor a questão, entendo que o fato da empresa estar inativa no ano não é irrelevante. Isso porque os dispositivos que determinam que todas as empresas que compõem a SPE devem estar inscritas no SIMPLES visa ser coerente com o dispositivo que prevê como hipótese de exclusão o fato da empresa participar de outra pessoa jurídica exatamente para não permitir as empresas burlarem o limite legal do SIMPLES. Sendo assim, se a Recorrente comprovou que estava inativa no período fiscalizado não haveria sentido manter a exclusão relativamente a esse período. Esse foi o posicionamento adotado 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção no Acórdão nº 1201.004.432, cuja a ementa é a seguinte:

Fl. 10 da Resolução n.º 1402-001.727 - 1ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11070.721917/2013-67

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

SIMPLES NACIONAL. HIPÓTESE DE EXCLUSÃO. CENTRAL DE COMPRAS INTEGRADA POR PESSOA JURÍDICA NÃO OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL.

1. A microempresa ou empresa de pequeno porte que participe do capital de outra pessoa jurídica está impedida de se beneficiar do Simples Nacional, exceto no caso em que participar do capital de Sociedade de Propósito Específico (SPE - central de compras) integrada exclusivamente por empresas optantes do regime simplificado.
2. Desse modo, quando do capital da central de compras há participação de pessoa jurídica não optante do Simples Nacional, a ressalva legal não se configura, e a hipótese de vedação torna-se aplicável.
3. Tal regramento não se aplica aos casos em que a empresa participante esteve inativa durante o período de apuração (grifamos).

Do voto do conselheiro Relator Ricardo Antonio Carvalho Barbosa transcreve-se o seguinte trecho:

Desta forma, nos períodos em que a pessoa jurídica esteve inativa é razoável supor que não houve transgressão à regra estabelecida no já citado § 1º do art. 56 da Lei Complementar nº 123, de 2006. No caso em litígio, tal entendimento tem reflexos nos efeitos da exclusão para o ano-calendário de 2010, uma vez que a partir do ano-calendário de 2011 a empresa CASANOVA COMERCIAL DE TINTAS LTDA – ME foi optante pelo lucro presumido.

No entanto, ao contrário da conclusão adotada no trecho do voto acima transcrito, entendo que a mera apresentação da DIPJ (juntada pela Recorrente) não é suficiente para demonstrar que a empresa não estava inativa nos períodos em que ela foi apresentada. Isso porque, as DIPJs não foram juntadas em sua integralidade. Sendo assim, nada impede que as referidas DIPJs tenham sido apresentadas sem qualquer movimentação. Vale dizer, a simples apresentação da DIPJ não é suficiente para comprovar que a empresa não estava inativa.

Sendo assim, entendo que o processo deve ser baixado em diligência para que a autoridade de origem informe se nas DIPJs juntadas aos autos, relativas aos anos-calendários de 2011, 2012 e 2013 foi declarado faturamento, e, em caso positivo, se o mencionado faturamento supera o limite estabelecido para opção ao SIMPLES nos respectivos anos calendário. Em seguida, manifeste em relatório conclusivo e dê vista a contribuinte para, querendo, se manifestar no prazo de 30 dias.

(Assinado digitalmente)

Junia Roberta Gouveia Sampaio