



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13005.721733/2013-14
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-004.982 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de novembro de 2020
Recorrente GILNEI POZEBOM & CIA LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2017

NULIDADE.

Rejeitam-se as preliminares de nulidade suscitadas contra o procedimento administrativo fiscal, quando o processo administrativo fiscal obedece as determinações legais e garante ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa, e não foi provada nenhuma violação aos arts. 10 e 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Claudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Nelso Kichel, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Wilson Kazumi Nakayama (suplente convocado), Leticia Domingues Costa Braga, Mauritania Elvira de Sousa Mendonca (suplente convocada), Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente). Ausente o Conselheiro Carlos André Soares Nogueira.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Acórdão DRJ/BEL, que por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade para manter a exclusão no Simples Nacional, com efeitos a partir do dia 1º de fevereiro de 2010.

O ADE DRF/SCS n. 27 (fls. 43), deu-se em virtude de a contribuinte 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.

Cientificada do Termo, a interessada apresentou defesa (fl. 147-151), na qual, em resumo, alegou que está totalmente adequada a lei, que participou do quadro societário da empresa REDE CASANOVA DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA SPE, CNPJ nº 10.984.726/0001-60, durante o período de 29/01/2010 até 04/01/2013, que sequer teve participação em pessoa jurídica que não fosse a SPE – Sociedade de Propósito Específico – CENTRAL DE COMPRAS PARA ME’s e EPP’s e que não foi notificada de qualquer anormalidade.

Afirma que 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 e que perante tal permissão contida no art. 56 da LC nº 123/2006, podia possuir sócias microempresas ou as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional. Assim, coloca 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.

Como o artigo 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, está adequada à legislação e deve ser mantida no SIMPLES. Por tais razões, requereu que o ADE fosse tornado sem efeito.

Apesar das alegações, sua manifestação foi julgada improcedente através do acórdão n. 01-30.216, fls. 242-249 visto que a Lei Complementar nº 123/2006, de 14 de dezembro de 2006, no seu art. 3º, expressa que é vedada a participação de empresa tributada pelo regime do Simples Nacional no capital de outra pessoa jurídica.

A mesma legislação, em seu artigo 56, permite que a empresa optante pelo Simples Nacional participe de Sociedade de Propósito Específico, nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo Federal, devendo esta, no entanto, se balizar por atributos definidos na LC 123/06, particularmente a vedação ao ingresso de pessoas jurídicas não optantes.

No caso em análise, verificou-se que o requisito de contar no seu quadro societário apenas com empresas optantes pelo Simples Nacional não foi observado pela empresa REDE CASANOVA – DISTRIBUIDORA MERCANTIL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA – CNPJ n.º 10.984.726/0001-60, posto que no período de 22/07/2009 a 04/01/2013, a pessoa jurídica CASANOVA COMERCIAL DE TINTAS LTDA – CNPJ n.º 07.410.299/0001-00 participou do seu quadro societário e nunca foi optante do Simples Nacional.

O descumprimento desta exigência, conforme Comitê Gestor do Simples Nacional, na Resolução n.º 94, de 29 de novembro de 2011, tem como consequência a exclusão do SIMPLES, também como consta na Solução de Consulta n.º 119, da SRRF 09/Disit, que concluiu que somente serão consideradas Sociedade de Propósito Específico, quando constituídas exclusivamente por empresas optantes pelo Simples Nacional.

Dessa forma, por entender não ter razão a recorrente, foi julgada improcedente a manifestação de inconformidade.

Inconformada com o resultado do julgamento, interpôs Recurso Voluntário repisando em breve síntese os argumentos da impugnação e argumentou, de forma preliminar, alegou que houve violação ao direito constitucional de ampla defesa, posto que não tinha como saber de infrações administrativas de outra empresa, ainda mais sem aviso prévio para que pudesse buscar sanar a irregularidade, e que quaisquer atos que violem a previsão constitucional são nulos;

É o Relatório.

Voto

Conselheira Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Relatora.

O Recurso Voluntário é tempestivo, preenche os requisitos de admissibilidade, dele conheço.

Preliminar de cerceamento de defesa.

Em preliminar aduz a Recorrente que houve violação ao direito constitucional de ampla defesa, posto que não tinha como saber de infrações administrativas de outra empresa, ainda mais sem aviso prévio para que pudesse buscar sanar a irregularidade, e que quaisquer atos que violem a previsão constitucional são nulos.

Os princípios foram observados na medida em que ao Contribuinte foi permitida 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.

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.

Assim, dada a inexistência de motivos relevantes à anulação do julgamento pretendida pela Recorrente, mantenho o seu indeferimento, tal qual procedido no acórdão de origem, até porque, não se mostra possível o reconhecimento do cerceamento de defesa, sem que seja comprovado o efetivo prejuízo ao exercício desse direito.

Nestes termos, superadas e afastadas as preliminares arguidas, passa-se à apreciação das questões de mérito.

Mérito.

Conforme relatado, o acórdão de origem, manteve o termo de exclusão da Recorrente ao Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/02/2010, pois no caso em exame, a Representação informou baseada em farta documentação anexada ao processo, que a empresa interessada neste processo, participou 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.

Buscando a reforma do julgado, a Recorrente aponta que a respeito da legalidade da participação da Recorrente (empresa optante do Simples Nacional) na SPE, eis que devidamente prevista a hipótese na Lei Complementar 123/06, necessário que se enfrente os argumentos do Fisco de que: a) a empresa associada Casanova Comércio de Tintas Ltda. não teria optado pela tributação pelo Simples Nacional; e, b) os efeitos dessa "não opção" por parte de uma associada são aptos a causar a descaracterização da personalidade jurídica da SPE, transformando-a numa empresa limitada e, por consequência, acarretam na exclusão das demais empresas associadas do regime de tributação diferenciada do Simples Nacional, por vedação expressa.

Para elucidar a questão, traz-se a colação os seguintes dispositivos da lei 123/06.

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 irrevogável 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.

Dada a leitura destes dispositivos tem-se claro que 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.

Além disso, também 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.

CTN. 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.

Diante disso, verifica-se acertado o procedimento da fiscalização na direção de excluir a Recorrente do Simples Nacional.

Da exclusão retroativa.

A Recorrente defende ainda a impossibilidade de sua exclusão retroativa, sob o argumento de que uma vez considerada a empresa Casanova como optante do Simples desde sua instituição, não subsistem motivos para descaracterização de SPE e exclusão retroativa das empresas integrantes, e que entendimento diverso gera prejuízo às demais empresas e pugnou pela aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como da segurança jurídica, colocando ausência de atividade da fiscalização orientadora.

Efetivamente, verificou-se que o Contribuinte estabeleceu vínculo social com sociedade que não era optante pelo Simples, o que faz com que haja a aplicação da previsão de exclusão.

Por isso, há que também 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.

Por essas razões, mantenho a decisão recorrida por seus próprios e acertados fundamentos.

Ante o exposto, afastadas as preliminares, voto por NEGAR provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin.