

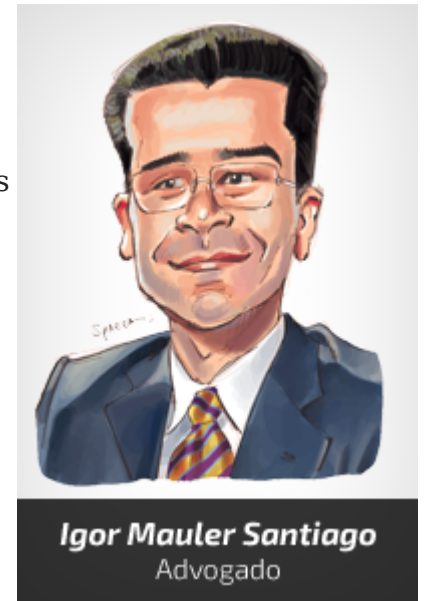
Lei do Simples cria obstáculo à extinção de empresas

01/10/2014

Spacca

A redação original do artigo 9º da Lei Complementar 123/2006 já previa que:

- o registro, em órgãos de qualquer nível da Federação, da constituição, das alterações e da extinção de empresários individuais e pessoas jurídicas prescindiria da prova de regularidade fiscal do empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores e das empresas de que participem (caput);
- a baixa do registro de empresário individual ou de sociedade não impediria o lançamento posterior de tributos e penalidades relativos a fatos anteriores, praticados pelas entidades extintas ou por seus titulares, sócios ou administradores (parágrafo 4º); e
- a solicitação de baixa do empresário individual ou da pessoa jurídica importaria responsabilidade solidária dos empresários, dos titulares, dos sócios e dos administradores no período de ocorrência dos fatos geradores em questão (parágrafo 5º).



Os parágrafos 4º e 5º devem ser lidos em conjunto: o primeiro autoriza a formalização futura de débitos de tributos e penalidades, e o segundo aponta contra quem tais lançamentos deverão ser dirigidos.

Esses comandos foram reescritos, sem impacto substancial, pelo artigo 1º da Lei Complementar 147/2014, cuja única inovação relevante foi a revogação do parágrafo 3º do artigo 9º, que submetia a um certo período de inatividade a baixa da microempresa e da empresa de pequeno porte — mas não do microempreendedor individual (parágrafos 10 a 12) — com débitos tributários em aberto.

Além disso, ao acrescentar o artigo 7º-A à Lei 11.598/2007, a Lei Complementar 147/2014 (agora por seu artigo 7º) universalizou estas regras para os empresários individuais e as pessoas jurídicas em geral, ainda que não elegíveis ao Simples Nacional.

Quadro anterior

A exigência de prova de regularidade fiscal em momentos críticos da vida da empresa individual e da pessoa jurídica fundou-se, no decorrer do tempo, pelo menos nos seguintes dispositivos legais:

- artigo 62 do Decreto-lei 147/67: inclusão da certidão negativa de dívida ativa da União, expedida pela PGFN, em todos os casos onde a lei impuser a prova de quitação de tributos

federais;

- artigo 1º, inciso V, do Decreto-lei 1.715/79 (tributos administrados pelo Ministério da Fazenda): extinção ou redução de capital da sociedade ou firma individual;
- artigo 47, inciso I, alínea d, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.528/97 (tributos então administrados pela Seguridade Social): redução de capital ou extinção de firma individual ou sociedade comercial ou civil; cisão total ou parcial ou transformação de entidade, sociedade comercial ou civil; transferência de controle de cotas de sociedade de responsabilidade limitada;
- artigo 27, alínea d, da Lei 8036/90 (FGTS): alteração ou distrato que importe modificação da estrutura jurídica ou extinção do empregador.

Mais radical era o artigo 1º, III, da Lei 7.711/88, que reclamava a “quitação” de tributos federais e respectivas penalidades, e não apenas a prova de regularidade fiscal (pagamento ou pendência do prazo para tanto, penhora em execução ou em cautelar antecipatória¹, ou suspensão da exigibilidade — CTN, artigos 205 e 206), para o registro de contrato social, alteração contratual e distrato perante o órgão competente (exceto se praticado por microempresa).

O comando foi declarado inconstitucional pelo STF na ADI 173², tendo o voto condutor anotado que a regra supõe “obrigação constitucional ao sucesso financeiro” e “não leva em consideração o direito do contribuinte à discussão judicial da validade das normas que instituem o tributo e permitem sua cobrança”.

Como se verifica, nunca se exigiu certidão dos administradores, titulares e sócios, ou das outras empresas de que estes acaso participassem, para a constituição, as alterações e mesmo a extinção de empresa individual ou pessoa jurídica (hipótese na qual se impunha a prova de regularidade fiscal da própria entidade a ser extinta, mas não dos terceiros com ela relacionados).

Tampouco se fazia necessária a comprovação da regularidade fiscal da própria entidade na hipótese de alteração dos seus estatutos sociais, a menos que esta levasse — a depender do Fisco interessado — à redução do seu capital, à sua cisão ou transformação ou, em lance mais genérico, à alteração de sua estrutura jurídica.

Tais restrições nem sempre eram observadas de forma voluntária pelos órgãos de registro, o que levou o STJ a determinar, no Recurso Especial 1.103.009/RS³, a inscrição no CNPJ de sociedade nova, apesar de ter como sócio pessoa que participava do capital de empresa devedora do Fisco.

A desordem era agravada pela indevida miscigenação, por parte da Receita Federal, da entidade devedora com as pessoas físicas e jurídicas a ela de algum modo relacionadas, aqui também impondo-se a atuação corretiva do STJ. Nesse sentido, a título de exemplo:

- o Recurso Especial 996.613/ES⁴, no qual se determinou a expedição de certidão negativa em favor do sócio (não incluído na CDA como coobrigado) de empresa com dívidas tributárias em aberto;
- o Recurso Especial 493.135/ES⁵, no qual se determinou a expedição de certidão negativa em

favor de sociedade que tinha sócio comum com outra empresa, esta detentora de débitos tributários em aberto. Peculiar, a respeito, a decisão proferida no Recurso Especial 650.852/MG⁶, que manteve a negativa da certidão para a segunda empresa, mas por terem as instâncias ordinárias declarado que se confundia com a primeira (total identidade de sócios e de objeto), sendo a segregação decorrente de ato simulado;

● o Recurso Especial 117.359/ES⁷, no qual se determinou a expedição de certidão negativa em favor de sociedade, sem embargo de um dos seus sócios ter dívidas tributárias em aberto.

Foi nesse contexto que se editou a Lei 8.934/94, que dispõe sobre o registro público das empresas mercantis. Pois bem: o seu artigo 37 traz lista exaustiva dos documentos necessários à constituição, alteração e extinção de empresas individuais, sociedades mercantis, cooperativas, consórcios, grupos de sociedades e microempresas, não aludindo a certidão de regularidade fiscal de qualquer ordem (caput e parágrafo único).

Bem por isso, no recentíssimo Recurso Especial 1.290.954/SC⁸, o STJ declarou a revogação tácita de todos os diplomas anteriores em sentido contrário, reconhecendo, no caso concreto, o direito do contribuinte de registrar ato de incorporação de sociedades independentemente de certidão.

Disciplina das Leis Complementares 123/2006 e 147/2014

Tendo em vista a evolução legislativa e jurisprudencial exposta no tópico anterior, resulta claro que as duas leis complementares, malgrado toda a propaganda, não trouxeram para o empresário individual e a sociedade empresária de qualquer porte nenhuma vantagem quanto ao tema deste artigo, limitando-se a afastar equívocos anteriores e, sobretudo, a reiterar o que já vigorava desde a Lei 8.934/94.

Ao contrário, o que instituíram, na hipótese específica e exclusiva da extinção de empresas — extinção regular, note-se — foi regime draconiano que, a ser considerado válido, anulará todo o benefício consistente na dispensa de certidão de regularidade fiscal.

É certo que a extinção da empresa que possa ter ou certamente tenha débitos tributários inadimplidos supõe cautela, a fim de evitar a frustração do legítimo direito de crédito do Fisco.

Tal cuidado já ficaria atendido, contudo, com a transferência aos sócios (ou ao titular da empresa individual) da responsabilidade pelas dívidas atribuíveis à entidade extinta, no limite do valor dos bens que dela tivessem recebido em devolução de capital, à semelhança do que se passa no artigo 130, inciso II, do CTN — pois é de sucessão, e não de responsabilidade de terceiros (que sempre decorre de uma infração) que aqui se trata.

Com efeito, a menos que haja causa para o acionamento da responsabilidade pessoal de terceiros (CTN, artigo 135, inciso III), nada justifica a atribuição da responsabilidade aos sócios pelo pagamento integral da dívida, com comprometimento de seu patrimônio preexistente, e muito menos a atribuição de qualquer responsabilidade ao administrador não-sócio, que nada recebeu quando da extinção da empresa.

De lembrar que a responsabilização de terceiro por dívida fiscal alheia, sem que lhe seja imputável nenhuma irregularidade, tem sido objeto de censura no STF, como se depreende dos

seguintes trechos da ementa do Recurso Extraordinário 562.276/PR⁹:

- “4. (...) O ‘terceiro’ só pode ser responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, (...) e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte.*
- 5. O artigo 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos (...) o que resguarda a pessoalidade entre o ilícito (má gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade.*
- 6. O artigo 13 da Lei 8.620/93 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do artigo 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo artigo 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao artigo 146, III, da Constituição Federal.*
- 7. O artigo 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor desconconsideração ex lege e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os artigos 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição.”*

A desproporção do comando patenteia-se quando se observa que os seus efeitos são idênticos aos instaurados em caso de dissolução irregular de sociedade: responsabilização dos sócios (CTN, artigo 134, inciso VII) e dos administradores (Súmula 435 do STJ).

A regra é ainda mais dura do que o duvidoso artigo 207 do CTN, que estende aos “participantes no ato”, mas não a todos os sócios e gestores, a responsabilidade pelos tributos devidos pelo contribuinte de quem, diante da emergência — risco de caducidade de direito, o que afasta a ideia de fraude —, foi dispensada a prova de regularidade fiscal onde normalmente exigível.

Em síntese, concluímos que o artigo 9º, caput e parágrafos 4º e 5º, da Lei Complementar 123/2006 e o artigo 7º-A da Lei 11.598/2007, todos na redação da Lei Complementar 147/2014, não trazem inovação ao dispensar a apresentação de certidão de regularidade fiscal para a constituição, a alteração e a extinção de empresas individuais e pessoas jurídicas.

Temos ainda que, em vez de vantagem, os comandos impõem tratamento hostil aos titulares, sócios e administradores das citadas entidades, quando regularmente extintas com tributos em aberto, na medida em que lhes atribuem o dever de pagar todos esses débitos, ainda que o seu valor supere o que receberam em devolução de capital, violando as premissas que orientam a responsabilização tributária de terceiros, tais como traçadas pelo STF.

Parece-nos por último que, caso não impugnadas ou mantidas pelo Judiciário, as citadas regras ficarão esvaziadas de toda utilidade prática, sendo de supor que ninguém ousará lançar mão da arriscada prerrogativa que conferem.

[1] STJ, 1ª Seção, Recurso Especial 1.123.669/RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 01.02.2010, repetitivo.

[2] Pleno, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe 20.03.2009.

[3] 1ª Seção, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 01.02.2010, repetitivo.

[4] 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 18.03.2008.

[5] 2ª Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 03.08.2006.

[6] 1ª Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 05.09.95.

[7] 2ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 11.09.2000.

[8] 3ª Turma, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 25.02.2014.

[9] Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJe 10.02.2011.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2014-out-01/consultor-tributario-lei-simples-cria-obstaculo-extincao-empresas-qualquer-porte/>