



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10980.008095/2009-13

Recurso Voluntário

Resolução nº 1003-000.186 – 1^a Seção de Julgamento / 3^a Turma Extraordinária

Sessão de 07 de julho de 2020

Assunto DILIGÊNCIA

Recorrente AGE REPOUSO E RECUPERAÇÃO SS LTDA.

Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento do recurso voluntário em diligência a DRF de origem para que a autoridade preparadora intime a Recorrente a apresentar os documentos comprobatórios de qual a atividade econômica que efetivamente obtém receita bruta, bem como faça o confronto com as condições legais e com os dados fornecidas pela Recorrente com os registros internos da RFB para aferir a verossimilhança, a clareza, a precisão e a congruência das alegações constantes na peça recursal de que exerce atividade econômica permitida como situação jurídica preexistente a 01.07.2007, qual seja, aquela descrita no CNAE 8711-5/02, em face de que houve erro de fato nos dados cadastrais originalmente informados.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

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

Relatório

Pedido de Inclusão Retroativa Baseado em Situação Jurídica Preexistente a 01.07.2007

A Recorrente formalizou o pedido de inclusão retroativa baseado em situação jurídica preexistente a 01.07.2007 no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006), e-fls. 03-05, motivada nos fundamentos de fato e de direito indicados:

1) Em julho de 2007, a empresa foi surpreendida com a exclusão da participação do Simples Nacional, por constar no cadastro de atividade econômica, como Laboratório, e que não podia permanecer no Simples Nacional.

2) Acontece que a atividade nunca foi Laboratório, sempre , desde o início da atividade, que foi em novembro de 1984, sempre foi com a atividade de casa de repouso para idosos e continua até hoje, sem qualquer alteração.

3) Em 2008 a Prefeitura Municipal de Curitiba, exigiu que todas as casas de repouso para idosos, passou a classificar a atividade como Instituição de Longa Permanência e não mais como casa de repouso para idosos, assim foi procedido e cumprida a exigência.

4) Com a vigência do novo código civil as Sociedades Civis, tiveram que alterar seus contratos para sociedade simples, pois não mais existe sociedade civil, isto também foi cumprido.

5) Em todas estas alterações foram diversos transtornos, com Corpo de Bombeiros, Meio ambiente, Licença Sanitária, Cartório de Registro de pessoas jurídicas, sendo que tudo isto demandou muito tempo, para poder solucionar todos as modificações e finalmente tudo foi concluído.

6) Em consequência da exclusão do Simples Nacional, que deveu-se ao equívoco, por constar como laboratório e a sua atividade nunca foi alterada, desde o início da atividade, tanto que anterior a julho de 2007, a empresa era optante pelo simples, recolheu todos os impostos neste sistema.

7) Como não houve alteração de atividade da empresa, não podia ser excluída do Simples Nacional.

8) Requer a reinclusão no Simples Nacional com data retroativa à 01 de julho de 2007, para poder apresentar a declaração do período de 01.07.2007 a 31.12.2007 e 01.01.2008 a 31.12.2008 e poder pagar o valor do Simples Nacional, para poder regularizar sua situação perante a Receita Federal do Brasil e ficar em dia com suas obrigações, pois se não conseguir enquadrar-se no Simples Nacional com data retroativa, com certeza não terá condições de pagar os impostos atrasados e terá que encerrar suas atividades de tantos anos de luta, para conseguir sobrevivência na atividade, até por questão de humanidade, por socorrer pessoas idosas, muitas vezes sem condições de pagar por atendimento.

Despacho Decisório

Está registrado no Despacho Decisório DRF/Curitiba/PR nº 243, de 22.01.2010, e-fls. 41-42:

1. Trata o presente processo de pedido de inclusão retroativa no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, desde 01 de julho de 2007.

2. Segundo o "Histórico da Empresa no Simples Nacional", tela de f1.24 anexa, não consta solicitação de opção pelo interessado para o ano de 2007, 2008, 2009 e também nenhum agendamento para 2010.

3. Importante salientar que a comprovação de solicitação de opção para ingressar no Simples Nacional é condição imprescindível para a inclusão de ofício, conforme Nota Técnica nº 1, de 22 de outubro de 2007, subitem 2.1, c/c o art.7º, da Resolução CGSN de nº 4, de 30/05/2007, que dispõe sobre a opção pelo Simples Nacional e art.1º, da Resolução CGSN de nº 8, de 18/06/2007, que dispõe sobre o Portal do Simples Nacional na internet.

4. A importância de a OPÇÃO seguir com o norteamento acima descrito deve-se ao fato desse regime de tributação ter a gestão compartilhada, que se operacionaliza com a integração efetiva entre União, Estados e Municípios. Uma vez feita a opção, os entes federados verificarão a regularidade fiscal e cadastral do contribuinte, de modo que a opção seja deferida ou não. Detectada alguma pendência, esta deverá ser sanada para que o sistema reconsidere e inclua a empresa no Simples.

5. Essa integração eletrônica de informações é necessária, vez que o Simples Nacional implica o recolhimento mensal de vários impostos e contribuições de competência da União, Estados e dos Municípios, tendo todos participação no montante arrecadado.

6. À vista do exposto, PROponho que se indefira o pedido formulado pela interessada para ingressar no regime diferenciado e favorecido de tributação do SIMPLES NACIONAL desde 01 de julho de 2007. [...]

Concordando com a atual proposição e no exercício da competência delegada pela Portaria DRF/CTA n.º 107, art. 30, inciso IV, de 26 de agosto de 2005, RESOLVO indeferir o pedido de fls. 1/2, podendo o interessado solicitar opção até o último dia útil do mês em curso no PORTAL DO SIMPLES NACIONAL na internet, para surtir efeitos a partir de 01/01/2010.

Encaminhe-se cópia do presente Despacho Decisório ao contribuinte, sendo-lhe facultado apresentar manifestação de inconformidade ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba/PR no prazo de 30 (trinta dias), contado da ciência desta decisão.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado na ementa do Acórdão da 7^a Turma DRJ/CTA/PR nº 06-37.108, de 29.05.2012, e-fls. 108-113:

OPÇÃO SIMPLES. MIGRAÇÃO AUTOMÁTICA.

Somente foram inscritas automaticamente no Simples Nacional a partir de 1º de julho de 2007 as empresas optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, que não estavam impedidas de optar pelo regime especial, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006. Não comprovado que, por ocasião da opção tácita, o contribuinte atendia a todos os requisitos para a opção pelo regime especial, não há que se falar em migração automática.

OPÇÃO SIMPLES. INGRESSO VOLUNTÁRIO.

Para o ano-calendário de 2007, a opção pelo Simples Nacional deveria ser feita por meio da internet, no período compreendido entre o primeiro dia útil de julho e o dia 20 de agosto de 2007. Caso a pessoa jurídica não comprove ter adotado todos os procedimentos previstos para a opção, dentro dos prazos determinados pela legislação, não há amparo legal para atendimento a pedido de inclusão de ofício.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 22.02.2013, e-fl. 133, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 15.03.2013, e-fls. 118-119, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurgue.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

1) Em primeiro lugar, não é pedido de inclusão retroativa no regime especial, com efeitos a partir de 01.07.2007, e sim não se conformando com a exclusão do simples nacional, uma vez que não tinha qualquer impedimento de permanecer no simples nacional, pois a exclusão se deu única e exclusivamente por um cadastro errado que consta na RECEITA FEDERAL, como Laboratório, mas a empresa nunca se cadastrou como laboratório, foi um erro da própria Receita Federal, que cometeu o erro e a empresa vem pagando por isso, pois não podia ser excluída do simples nacional, pois sua atividade sempre foi CASA DE REPOUSO PARA IDOSOS.

2) Não se discute a inclusão retroativa no simples nacional a partir de 01.07.2007 e sim a exclusão indevida, nesta data.

3) Com relação à opção automática, o Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de pequeno porte - CGSN, por meio do art. 18 da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, assim dispôs:

Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 19 de julho de 2007, as ME e EPP regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317 de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por algumas das vedações previstas desta Resolução, como pode-se observar a empresa não estava impedida de migrar automaticamente para o simples nacional.

No que concerne ao pedido conclui que:

4) Conforme pedidos acima, requer seja mantida a opção pelo simples nacional.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Pedido de Inclusão Retroativa Baseado em Situação Jurídica Preexistente

A Recorrente discorda do procedimento fiscal ao argumento de que por erro de fato da atividade econômica registrada no cadastro da RFB como laboratório não houve migração automática para o Simples Nacional em 01.07.2007, defende que como instituição para idosos tem direito de permanecer no Simples Nacional.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal)¹.

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4033/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 15 de setembro de 2010. Publicado no DJe em 07 de fevereiro de 2011. "3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte." Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4033%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4e6u8d>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irretratável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

Trata-se de pedido de inclusão retroativa baseado em situação jurídica preexistente a 01.07.2007 no Simples Nacional em face da alegação de erro de fato nos dados cadastrais (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006), e-fls. 03-05.

A atividade econômica exercida pela Recorrente está regulada pela Portaria do Ministro da Saúde nº 810, de 22 de setembro de 1989, que “aprova normas e os padrões para o funcionamento de casas de repouso, clínicas geriátricas e outras instituições destinadas ao atendimento de idosos, a serem observados em todo o território nacional”, prevê:

NORMAS PARA O FUNCIONAMENTO DE CASAS DE REPOUSO, CLÍNICAS GERIÁTRICAS E OUTRAS INSTITUIÇÕES DESTINADAS AO ATENDIMENTO DE IDOSOS BRASÍLIA - 1989

1. DEFINIÇÃO

Consideram-se instituições específicas para idosos os estabelecimentos, com denominações diversas, correspondentes aos locais físicos, equipados para atender pessoas com 60 anos ou mais de idade, sob regime internato ou não, durante um período indeterminado o que dispõem de um quadro de funcionários para atender as necessidades de cuidados à saúde, alimentação, higiene, repouso e lazer aos usuários e desenvolver outras atividades características da vida institucional.

2. ORGANIZAÇÃO

2.1 - Administração

2.1.1 - Estatutos e Regulamentos

Toda instituição de atenção ao idoso deve ter um estatuto e regulamentos onde estejam explicitados os seus objetivos, a estrutura da sua organização e, também, todo o conjunto de normas básicas que regem a instituição.

2.1.2 - Direção Técnica

As instituições para idosos devem contar com um responsável técnico detentor de título de uma das profissões da área de saúde, que responderá pela instituição junto à autoridade sanitária.

2.1.2.1 - As instituições que tem entre as suas finalidades prestar atenção médico-sanitária aos idosos devem contar em seu quadro funcional com um coordenador médico.

A designação de especialização em geriatria e gerontologia deve obedecer às normas da Associação Médica Brasileira (AMB).

Verifica-se que a Recorrente dedica-se à “repouso especializado em idosos” conforme objeto constante no Contrato Social, e-fls. 07 e 16-34, ou “casa de repouso” de acordo com os alvarás de expedidos pela Prefeitura Municipal de Curitiba/PR, e-fls. 12-14.

A migração automática para o Simples Nacional com efeito a partir de 01.07.2007 pela RFB foi efetuada com base nos registros internos como um procedimento momentâneo. Somente 25.01.2008 houve a alteração da natureza jurídica que a Recorrente diz ser a correta, e-fl. 75, para o CNAE “87.11-5-02 - Instituições de longa permanência para idosos”, indicado no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, e-fl. 15, quando o referido procedimento já havia cessado.

Conforme Classificação Nacional de Atividade Econômica – CNAE² tem-se que

8711-5/02 Instituições de longa permanência para idosos [...]

Esta subclasse compreende as atividades de assistência social a idosos sem condições econômicas para se manterem prestadas em estabelecimentos públicos, filantrópicos ou privados (asilos) equipados para atender a necessidades de alojamento, alimentação, higiene e lazer. Estes estabelecimentos podem oferecer cuidados médicos esporádicos.

Observe-se que vigorava à época a Resolução CGSN nº 06, de 18 de junho de 2007, que dispunha sobre os códigos de atividades econômicas a serem utilizados para fins da opção pelo Simples Nacional, em cujo Anexo I, que trata dos códigos expressamente impeditivos não se encontra o CNAE 8711-5/02 Instituições de longa permanência para idosos. No presente caso, a inclusão retroativa se trata de declaração de uma situação jurídica preexistente em face da alegação da Recorrente de que incorreu em erro de fato nos dados cadastrais originalmente informados (art. 149 do Código Tributário Nacional).

Consta no manual Perguntas e Respostas - Simples Nacional³:

1.8. Como acessar os serviços do Simples Nacional?

O acesso aos serviços do Simples Nacional se dá mediante duas formas: código de acesso ou certificado digital. [...]

2.6. De que forma será efetuada a opção pelo Simples Nacional?

A opção pelo Simples Nacional dar-se-á somente na internet, por meio do Portal do Simples Nacional (em Simples Serviços > Opção > Solicitação de Opção pelo Simples Nacional), sendo irretratável para todo o ano-calendário. [...]

2.4. Se constar no cadastro da empresa no CNPJ alguma atividade impeditiva à opção pelo Simples Nacional, ainda que ela não venha a exercê-la, tal fato é motivo de impedimento à opção?

No cadastro, são informados os códigos CNAE das atividades exercidas pela empresa. E cada código CNAE corresponde a um elenco de atividades, sendo que algumas podem ser permitidas ao Simples Nacional e outras não (ver lista de atividades vedadas na Pergunta 2.2). Sendo assim:

² BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. CONCLA. Disponível em :<<https://concla.ibge.gov.br/concla.html>>. Acesso em 02 jul. 2020.

³ BRASIL. MInistério da Economia. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Simples Nacional. Perguntas e Respostas. Consolidação dos Principais Questionamentos. Disponível em <<http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/Perguntas/Perguntas.aspx>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

1. Os códigos CNAE que se referem apenas a atividades permitidas não são listados na Resolução CGSN nº 140, de 2018. Por isso, se o código CNAE informado no cadastro da empresa não estiver relacionado nos Anexos VI e VII da Resolução, o tipo de atividade não será impedimento para seu ingresso no Simples Nacional.

Em razão dos elementos de defesa trazidos pela Recorrente em face da alegação de erro de fato nos dados cadastrais faz-se necessário o exame das razões recursais para que se possa aprofundar na averiguação do pleito (art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). A Recorrente deve colocar os documentos comprobatórios à disposição da RFB e os autos instruídos com os assentos contábeis obrigatórios acompanhados dos documentos e demais papéis que serviram de base para escrituração comercial e fiscal além daqueles já constantes nos autos e minuciosamente analisados. A possibilidade de verificação de ocorrência de erro de fato nos dados cadastrais, impõe o retorno dos autos a DRF de origem, uma vez que se destina a contrapor fatos ou razões trazidas aos autos. Por conseguinte a autoridade preparadora deve analisar o início de prova relativo ao conjunto probatório produzido nos autos referente ao mérito do pedido, em cotejo com os dados constantes nos registros internos da RFB.

Dispositivo

Tendo em vista o início de prova produzido pela Recorrente e com observância do disposto no art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, voto em converter o julgamento do recurso voluntário em diligência a DRF de origem para que a autoridade preparadora intime a Recorrente a apresentar os documentos comprobatórios de qual a atividade econômica que efetivamente obtém receita bruta, bem como faça o confronto com as condições legais e com os dados fornecidas pela Recorrente com os registros internos da RFB para aferir a verossimilhança, a clareza, a precisão e a congruência das alegações constantes na peça recursal de que exerce atividade econômica permitida como situação jurídica preexistente a 01.07.2007, qual seja, aquela descrita no CNAE 8711-5/02, em face de que houve erro de fato nos dados cadastrais originalmente informados.

A autoridade designada para cumprir a diligência solicitada deverá elaborar o Relatório Fiscal circunstaciado e conclusivo sobre os fatos averiguados, em especial, qual a atividade econômica que efetivamente a Recorrente obtém receita bruta desde 01.07.2007, se o CNAE 8711-5/02 Instituições de longa permanência para idosos que não é vedada para opção do Simples Nacional.

A Recorrente deve ser cientificada dos procedimentos referentes às diligências efetuadas e do Relatório Fiscal para que, desejando, se manifeste a respeito dessas questões com o objetivo de lhe assegurar o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (inciso LV do art. 5º da Constituição Federal e art. 35 do Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011).

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva