



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13819.001634/2003-68
Recurso nº 339.645 Voluntário
Acórdão nº 1402-00.396 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de janeiro de 2011
Matéria Simples- Inclusão Retroativa.
Recorrente SUPPORT COMERCIAL DISTRIBUIDORA E SERVICOS LTDA
Recorrida 1A TURMA - DRJ EM CAMPINAS - SP

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 1999

PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO DE 1ª. INSTÂNCIA. Constatado que a decisão de 1ª. instância não alterou os fundamentos do despacho decisório recorrido, tendo tão somente aprofundado nas razões de decidir, não há que se falar em nulidade.

INCLUSÃO RETROATIVA NO SIMPLES. NÃO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE VEDADA. Comprovado nos autos que a contribuinte não chegou a exercer atividades vedadas, bem com ter realizado regularmente os recolhimentos na aludida sistemática, tendo inclusive apresentado as respectivas declarações à Receita Federal, tempestiva e espontaneamente.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância e, no mérito, dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Ausente momentaneamente o Conselheiro Carlos Pelá, que foi substituído pelo Conselheiro Sérgio Luiz Bezerra Presta.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente

(assinado digitalmente)

Antônio José Praga de Souza – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Albertina Silva Santos de Lima.

Relatório

SUPPORT COMERCIAL DISTRIBUIDORA E SERVICOS LTDA recorre a este Conselho contra a decisão proferida pela DRJ em primeira instância, que julgou procedente a exigência, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Em razão de sua pertinência, transcrevo o relatório da decisão recorrida:

Trata o processo de pedido de enquadramento no Simples com efeitos retroativos a 17/02/1999, tendo a contribuinte se justificado no fato de ter efetuado os recolhimentos e entregado todas as declarações pela sistemática simplificada.

A Delegacia da Receita Federal em São Bernardo do Campo, indeferiu a solicitação, em razão de a contribuinte exercer a atividade impeditiva de telemarketing.

Cientificada do indeferimento de seu pleito, em 02/09/2003 (fl. 69), a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade em 25/09/2003 (fls. 44/60), na qual alega, em síntese, que:

- o despacho decisório da DRF encerra flagrante cerceamento de defesa, violando o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Em observância a esse preceito é indispensável que o despacho decisório seja elaborado de forma clara e exata e imprescindível que estejam presentes todos os elementos identificadores da situação do contribuinte e os motivos que o levem a constatar que houve a exclusão do Simples, motivos esses que não podem ser explicitados apenas por meio de artigos de lei ou citações de decisões administrativas não identificadas;
- a exclusão da empresa do Simples é ato arbitrário do Estado, uma vez que se encontra fundado não na lei, mas em decisão de consulta administrativa à Secretaria da Receita Federal, instruções normativas, ou seja, atos do poder executivo, que não são capazes de inovar o ordenamento jurídico;
- a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, em nenhum momento vedou a opção de empresas que prestem serviços de telemarketing;
- o ato jurídico administrativo de análise das informações enviadas quando da abertura da sociedade, juntamente com o contrato social devidamente registrado na Jucesp, foi perfeito e válido, produzindo efeitos imediatos. Ou seja, houve o ato perfeito e consumado naquele momento, não podendo qualquer outro ato violar a sua certeza e plenitude sob pena de violar o princípio da segurança jurídica. Tanto que a partir desse momento iniciou os recolhimentos referentes ao Simples e a entrega das declarações simplificadas, sem contestação ou recusa por parte do órgão fazendário;
- como ressalta o despacho decisório, a interpretação da Secretaria da Receita Federal apenas se deu no processo de consulta nº 92, que teve a sua publicação no Diário Oficial da União apenas em 11/12/2000, ou seja, quase dois anos após a constituição da empresa;
- excluir a empresa *ex officio* desde a sua constituição fere o disposto no art. 105 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN), c/c arts. 116 e 106 desse mesmo dispositivo legal;
- a exclusão do Simples com base em normas infralegais e ainda de forma retroativa, fere os princípios constitucional da segurança jurídica, da legalidade, da anterioridade. É cabível a não aplicação pela Administração Pública de ato ou norma

inconstitucional. A não apreciação de matéria relacionada com a constitucionalidade ou não de atos normativos caracteriza o desrespeito à Carta Magna, por ferir o princípio da ampla defesa;

- a consulta formulada não vincula o contribuinte à prática dos atos determinados pela SRF. Logo, incabível a aplicação do conteúdo da Consulta Administrativa nº 92, de 2000, já que a Lei nº 9.317, de 1996, não veda a opção das empresas de telemarketing;

- a atividade de telemarketing, ao contrário da de representante comercial, é relacionada com a comunicação entre o cliente e o fornecedor, buscando a melhor forma de manter a relação entre ambos;

- o serviço de telemarketing, com o avanço da tecnologia, não precisa necessariamente estar relacionado com o comércio de mercadorias. Isso porque muitas empresas trabalham no sentido de buscar estreitar os espaços existentes entre consumidor e fornecedor, buscando não a relação de consumo, mas o atendimento após a relação de consumo. Essa atividade se encontra especificada até no CNAE 74993/99: *serviços de telemarketing sem comercialização de mercadorias*;

- nunca prestou serviços de telemarketing, tanto por falta de interesse como por falta de mão-de-obra especializada. Além disso, não há registros dessa atividade perante a Secretaria da Fazenda do Município de São Bernardo do Campo;

Ao final, a interessada requer que seja cancelada sua exclusão do Simples e, caso não seja esse o entendimento, que seja excluída apenas após o trânsito em julgado deste processo administrativo – a partir de setembro/2003 – uma vez que a SRF sabia da previsão no contrato social dos serviços de telemarketing e não recusou a opção no momento devido e, ademais, somente se verifica hipótese caracterizadora de exclusão com data retroativa quando a empresa exceder o limite de receita bruta, nos termos do art. 15, inciso III, da Lei nº 9.317, de 1996.

A decisão recorrida está assim ementada:

Representação Comercial. Telemarketing. A pessoa jurídica que presta serviços de representação comercial e telemarketing não pode optar pelo Simples.

Vedação não mais existente. Nova opção. Possibilidade. Deixando de existir a vedação que impedia a opção pelo Simples, e atendidos os demais requisitos legais, pode a pessoa jurídica optar novamente por essa sistemática a partir do primeiro dia do Ano-calendário seguinte.

Cientificada da aludida decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário, no qual contesta as conclusões do acórdão recorrido, repisa as alegações da peça impugnatória, alega em preliminar mudança dos fundamentos jurídicos do desequadramento pelo julgador de de 1ª instância, junta centenas de notas fiscais de prestação de serviços realizadas pela contribuinte e, ao final, requer o provimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Jose Praga de Souza, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos legais e regimentais para sua admissibilidade, dele conheço.

Em preliminar a contribuinte alega que a decisão de 1ª. instância por ter alterado os fundamentos jurídicos da exclusão da empresa do Simples.

Assim não entendo. Em verdade, a decisão de 1ª. instância não alterou os fundamentos da decisão que negou a inclusão retroativa da empresa no Simples, tendo tão somente aprofundado nas razões de decidir, logo não há que se falar em nulidade.

Não há ato declaratório de exclusão da empresa no Simples, muito menos a contribuinte faz prova nos autos que pleiteou a inclusão tempestiva, ou seja, no cadastramento da empresa junto à Receita Federal. Logo, tanto a DRF quanto a DRJ poderiam negar o pleito mediante fundamentos comuns ou diversos, desde que justificadamente, o que ocorreu no presente caso. Vejamos o preâmbulo do voto condutor da decisão recorrida .

As alegações relativas (i) ao cerceamento de defesa, (ii) à ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica, da legalidade e da anterioridade, (iii) à arbitrariedade do ato do Estado, (iv) ao descumprimento dos arts. 105, 106 e 116 do CTN e (v) à retroatividade revelam-se de plano sem pertinência com o presente processo. Isso porque aqui não se trata, como equivocadamente entendeu o preposto da interessada, de exclusão do Simples promovida pela autoridade administrativa, mas, sim, de pedido da contribuinte para regularizar sua situação cadastral como optante do Simples.

Com efeito, não há nenhuma prova nos autos de que a contribuinte tenha efetivado sua opção pela sistemática simplificada e, por conseguinte, não há que se falar em exclusão de ofício.

Foi, aliás, exatamente nesse sentido que o pedido da interessada foi apreciado pela DRF em São Bernardo do Campo (fl. 40):

Conforme solicitação de fls. 01 e 02, o contribuinte em tela pretende ser incluído no Simples retroativamente a 17/02/1999, data de abertura da empresa. (...)

Por outro lado, não obstante as alegações do representante da contribuinte, não há nada no despacho decisório da DRF, tampouco no restante dos autos, relativo a alguma consulta efetuada.

Desse modo, resta a apreciar a única alegação que seria de fato pertinente ao presente processo, ou seja, a que diz respeito à atividade da interessada.

Rejeito a preliminar de nulidade.

No mérito, a recorrente insiste na alegação que não exerceu atividade vedada, apenas o comércio de lubrificantes.

Desta feita juntou cópia de centenas de notas fiscais dos aludidos períodos de apuração (fls.324 a 2320), tal qual exemplificado nos fundamentos da decisão recorrida:

Apesar de o representante da contribuinte afirmar na manifestação de inconformidade que ela nunca exerceu a atividade de telemarketing, não foram trazidos aos autos nenhum documento que comprovasse tal fato. A inscrição promovida na Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo não tem o condão de fazer essa prova por se tratar de um documento pontual, isto é, somente indica que o cadastramento em 26/04/1999 foi feito apenas com a atividade comercial, mas não diz nada sobre a real atividade da interessada exercida posteriormente.

Ressalte-se que a comprovação de que somente exerce atividades que não vedam a opção pela sistemática simplificada poderia, por exemplo, ser feita por meio de notas fiscais seqüenciais que abrangessem a totalidade de seu faturamento para alguns períodos de apuração.

No que tange especificamente à atividade de telemarketing, é notório que ela pressupõe pagamentos de acordo com as vendas efetuadas, ou seja, que a empresa aufera receita na forma de comissão sobre o preço do produto vendido. Destarte, essa atividade implica a intermediação de negócios, o que se assemelha à representação comercial ou mesmo à corretagem, atividades estas que vedam a opção pelo Simples nos termos do art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, 1996.

Observe-se que a primeira alteração do objeto social da contribuinte vem no sentido de corroborar tal entendimento, uma vez que houve justamente a alteração da expressão “telemarketing” para “representação comercial”.

Não obstante, considerando que está comprovado nos autos que a contribuinte alterou seu objeto social em 29/01/2002, excluindo a atividade vedada, poderia ter então optado pelo Simples a partir do primeiro dia do ano-calendário seguinte.

Pela análise dos autos, formei convencimento de que a contribuinte realmente não chegou a atividade impeditiva, pois, a toda evidência o seu faturamento contabilizado adveio da venda de lubrificantes.

Comprovado nos autos que a contribuinte não chegou a exercer atividades vedadas, cumpre autorizar sua inclusão retroativa no simples em face de ter realizado regularmente os recolhimentos na aludida Sistemática, tendo inclusive apresentado as respectivas declarações à Receita Federal tempestiva e espontaneamente.

Diante do exposto voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância e, no mérito, dar provimento ao recurso, determinando a inclusão retroativa da empresa no Simples à data do início de suas atividades.

(assinado digitalmente)
Antônio José Praga de Souza