



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

CARF

Processo nº 13839.000717/2010-21

Recurso Voluntário

Resolução nº 1003-000.192 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária

Sessão de 04 de agosto de 2020

Assunto DILIGÊNCIA

Recorrente FIPAVA TELECOMUNICAÇÕES 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 contidos nos 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 01.01.2010, qual seja, aquela descrita no CNAE 6190/06-99, 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 01.01.2010

A Recorrente formalizou o pedido de inclusão retroativa baseado em situação jurídica preexistente a 01.01.2010 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. 03-07, motivada nos fundamentos de fato e de direito indicados:

FIPAVA TELECOMUNICAÇÕES LTDA., CNPJ-07.523.850/0001-13, endereço somente para correspondência, consta pendências fiscais junto ao Estado de São Paulo, mas as mesmas não procedem, pois trata de uma empresa prestadora de serviços internos, na área de configuração técnica, colocação em operação de equipamentos, portanto não estando sujeito ao [Cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo-DECA].

Pelo exposto, solicitamos que seja analisado o referido pedido e a empresa seja enquadrada no Simples Nacional.

Despacho Decisório

Está registrado no Despacho Decisório DRF/Jundiaí/SP, de 03.08.2007, e-fls. 37-38:

O interessado manifestou, tempestivamente, a intenção de ingressar no Sistema Integrado de Imposto e Contribuições da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte - SIMPLES (LC nº 123/2006). Da análise preliminar da opção, foi apontada pendência cadastral com o Estado de São Paulo, fls. 14.

Inconformado, manifestou-se ao argumento de que sua atividade não requer o registro na DECA por parte do Estado, porquanto apresentou cópia da Certidão, Pis 13, que confirma que o CNPI em questão não Inscrição Estadual, bem assim não acusa a existência de quaisquer débitos do âmbito Estadual.

Não obstante a regular situação cadastral perante o Estado de São Paulo, o caput da Cláusula Terceira do Contrato Social, fls. 06, apresenta-se com o seguinte texto:

A sociedade terá por objeto social: os serviços técnicos de configuração, programação, manutenção, treinamento e colocação em operação de equipamentos e ou sistemas de telecomunicações; e; a participação em outras empresas como acionista ou sócio.

A ocorrência de uma atividade impeditiva no objeto social impede que o interessado possa optar pelo Simples Nacional, nos termos do § 8º, do Art. 18, da Resolução CGSN nº 04/2007.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado na ementa do Acórdão da 6^a Turma DRJ/CPS/SP nº 05-31.311, de 09.11.2010, e-fls. 41-45:

SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA. IMPEDIMENTO À OPÇÃO. CONTRATO SOCIAL. ALTERAÇÃO DE OBJETO SOCIAL. IRRETROATIVIDADE.

O exercício de atividade vedada constitui impedimento à opção pelo Simples Nacional.

A alteração do contrato social, no que concerne à mudança do objeto social da sociedade empresária, não tem efeito retroativo a validar a opção pelo Simples Nacional.
[...]

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 30.12.2010, e-fl. 49, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 31.01.2011, e-fls. 50-74, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

A polêmica envolve o suposto exercício de uma atividade que a Lei Complementar 123/06 considera como impeditivo à opção pelo Simples Nacional. Nesse sentido, do objeto social da Recorrente constava o seguinte: " A sociedade terá por objeto social: os serviços técnicos de configuração, programação, manutenção, treinamento e colocação em operação de equipamentos e ou sistemas de telecomunicações; e a participação em outras empresas como acionista ou sócio."

A decisão recorrida sustentai que "há que se indagar qual a atividade empresarial a ser considerada há que se conferir juízo de certeza e efetividade sobre a atividade social constante do contrato social, pois este é o instrumento adequado à definição do objeto social, isto é, da real atividade do empresário".

E concluiu: "Assim, a previsão no contrato social da possibilidade de participação em outras sociedades, na condição de sócio ou acionista, é expediente suficiente ao impedimento de opção ao Simples Nacional" Ora, a atividade da Recorrente é a prestação de serviços técnicos de configuração, programação, manutenção, treinamento e colocação em operação de equipamentos e ou sistemas de telecomunicações. De feito, em seu contrato social constava a possibilidade de participação societária em outras empresas. Entretanto, tal possibilidade nunca se concretizou.

Tanto é que o objeto social da Recorrente foi alterado, com a exclusão de tal possibilidade.

Nessa linha, junta cópia de seu balancete, comprovando a assertiva.

A Lei é clara: não poderá se beneficiar cí o SIMPLES NACIONAL a pessoa jurídica que participe do t4ital de outra empresa.

A vedação não está no condicional, ou seja, para que não possa aderir ao SIMPLES, a Recorrente DEVE participar do capital de outra pessoa jurídica.

Todavia, do exame pormenorizado de todo o processado, o que se verifica é que esta prova não foi feita.

Na hipótese destes autos caberia à fiscalização fazer prova inequívoca de suas alegações, respeitando assim, os princípios fundamentais do Direito Tributário.

Mas não o fez. Assim, ao que tudo indica, não tem o mesmo condições de prosperar. [...]

In casu, A RECORRENTE NÃO PARTICIPOU, TAMPOUCO PARTICIPA DO CAPITAL DE OUTRA EMPRESA.

PORTANTO, COMO A CIRCUNSTÂNCIA EXCLUDENTE NÃO OCORREU, SEQUER HAVERIA MARCO INICIAL PARA A CONTAGEM DOS EFEITOS DECORRENTES. [...]

A Recorrente é empresa que se enquadra nessa definição, devendo fazer jus ao regime diferenciado.

Ademais, desde a sua opção ao SIMPLES vêm regularmente adimplindo -suas obrigações tributárias.

Portanto, vêm atendendo aos objetivos do programa, não havendo que falar em sua exclusão, cujos efeitos daí decorrentes são gravíssimos.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

No que concerne ao pedido conclui que:

EX POSITIS

Ante ao sumariado, requer o devido processamento deste Recurso, na forma da lei, para que seja revista a decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas, com seus desdobramentos de praxe.

Para exercício de seu direito constitucional à ampla defesa, requer seja-lhe deferida SUSTENTAÇÃO ORAL, intimando-se para tanto o subscritor da presente, com

escritório na Rua Tabatinguera, no. 140, 9º, andar, cjs. 901/903, Centro, São Paulo, Capital, CEP 01020-901.

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.

Notificação

A previsão legal é de que o sujeito passivo seja intimado validamente no domicílio tributário por ele eleito (incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 127 do Código Tributário Nacional e art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). Nesse sentido, a Súmula CARF nº 110, que é de aplicação obrigatória, determina que "no processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo", (art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF).

Pedido de Inclusão Retroativa Baseado em Situação Jurídica Preexistente

A Recorrente discorda do procedimento fiscal ao argumento de que por erro de fato no cadastro da RFB constou que tem "participação em outras empresas como acionista ou sócio" e defende que esta circunstância não ocorreu, inclusive já excluída do contrato social, e por isso 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).

Verifica-se que a Recorrente dedica-se à prestação de “serviços técnicos de configuração, programação, manutenção, treinamento e colocação em operação de equipamentos e ou sistemas de telecomunicações”, conforme objeto constante no Contrato Social, e-fls. 27-33.

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

6190-6/99 Outras atividades de telecomunicações não especificadas anteriormente [...]

Esta subclasse compreende:

- os revendedores de outorgados dos serviços de telecomunicações - as atividades de rede e circuito especializado - RCE, que correspondem a submodalidades do serviço limitado especializado - SLE, exploradas como serviços de telecomunicações, desde que sejam prestados a uma mesma pessoa ou grupo de pessoas físicas ou jurídicas, caracterizados pela realização de atividades específicas que envolvem aplicações ponto a ponto, multiponto ou entre pontos distribuídos, cujas modalidades são:
 - o serviço de circuito especializado fixo, para suporte à interligação de redes, PABX, etc.
 - o serviço de rede especializado, para provimento de serviços de comunicações de voz, dados, imagens, etc.
 - o serviço de estabelecimento de redes de telecomunicações para grupos de pessoas jurídicas com atividade específica - as atividades de instalação e manutenção das conexões de terminais telefônicos às redes de telecomunicações públicas em prédios residenciais, comerciais e industriais
 - as atividades de serviços especiais - SE, explorados como serviços de telecomunicações que têm por finalidade o atendimento de necessidades de comunicações de interesse geral, não abertos à correspondência pública
 - as atividades de uso de satélite para rastreamento (tracking)
 - as atividades de comunicações por telemetria
 - as atividades de operação de estações de radar
 - as atividades de serviço limitado privado - SLP, explorado como modalidade de serviço limitado de interesse restrito, quando destinado ao uso próprio do executante, seja este uma pessoa física ou jurídica

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.

- as atividades de serviços público-restritos, explorados como serviços de telecomunicações destinados ao uso de passageiros dos navios, aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público em localidades ainda não atendidas pelo serviço público de telecomunicações
- os serviços de recarga de telefones celular
- a compra e venda da capacidade de rede, sem prestação de outros serviços

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 cujos Anexos I e II, que tratam, respectivamente, dos códigos expressamente impeditivos e ambíguos não se encontra o CNAE 6190/6-99 - Outras atividades de telecomunicações não especificadas anteriormente. 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 Nacional ³:

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:

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.

2. Os códigos CNAE que se referem apenas a atividades vedadas são listados no Anexo VI. Por isso, se o código CNAE informado no cadastro da empresa estiver relacionado nesse Anexo, seu ingresso no Simples Nacional será vedado.

3. Os códigos CNAE ambíguos, que abrangem concomitantemente atividades impeditivas e permitidas, são listados no Anexo VII. Por isso, se o código CNAE informado no cadastro da empresa estiver relacionado nesse Anexo, seu ingresso no Simples Nacional será condicionado a que a empresa declare, no momento da opção, que exerce apenas atividades permitidas.

Por fim, caso a empresa exerça, em qualquer montante, uma atividade vedada abrangida por código CNAE não informado em seu cadastro, seu ingresso no Simples Nacional também é vedado. [...]

12.8. Em que situações ocorrerá a exclusão automática do Simples Nacional?

Será considerada uma comunicação obrigatória da ME ou EPP e ensejará exclusão automática do Simples Nacional, a partir de 26/04/2012, a alteração de dados no CNPJ que importe em: [...]

- inclusão de sócio pessoa jurídica; [art. 3º e art. 30 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006]

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

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.

possa aprofundar na averiguação do pleito, e-fls. 58-78 (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 contidos nos 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 01.01.2010, qual seja, aquela descrita no CNAE 6190/06-99, 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 01.10.2010, se o CNAE 6190/6-99 - Outras atividades de telecomunicações não especificadas anteriormente que não é vedada para opção do Simples Nacional para fins de análise do pedido de inclusão retroativa.

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