



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13977.000215/2007-10
Recurso Voluntário
Resolução nº 1003-000.194 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 05 de agosto de 2020
Assunto DILIGÊNCIA
Recorrente VIVATUR TURISMO 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 01.07.2007, qual seja, aquela descrita no CNAE 4924-8/00, 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, Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça e Wilson Kazumi Nakayama.

Relatório

Termo de Indeferimento de Opção

A Recorrente foi notificada do Termo de Indeferimento da Opção ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados que justificaram o desatendimento registrado em 30.07.2007, e-fl. 14:

Com fundamento no parágrafo 6º do artigo 16 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no artigo 8º da Resolução CGSN nº4, de 30 de maio de 2007, fica a pessoa jurídica acima identificada impedida de optar pelo Simples Nacional por incorrer na(s) seguinte(s) situação(ões):

-Atividade econômica vedada: 4922-1/01 Transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerário fixo, intermunicipal, exceto em região metropolitana e

Fundamentação Legal: Lei Complementar nº123, de 14/12/2006, art. 17, inciso VI.

A pessoa jurídica poderá impugnar o indeferimento da opção pelo Simples Nacional no prazo de trinta dias contados da data em que for feita a intimação deste

Fl. 2 da Resolução n.º 1003-000.194 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13977.000215/2007-10

Termo. A impugnação deverá ser dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento com jurisdição sobre o domicílio tributário do contribuinte e protocolada em qualquer unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme disposto nos arts. 5º, 15, 17 e 23 do Decreto n.º 70,235, de 6 de março de 1972.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado no voto condutor do Acórdão da 4ª Turma DRJ/FNS/SC n.º 07-22.1836, de 12.11.2010, e-fls. 16-18:

O comprovante de inscrição e de situação cadastral do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica — CNPJ, emitido em 30/08/2007, traz os códigos de atividades CNAE relacionados às atividades acima descritas: CNAE 4924-8/00 — "transporte escolar municipal" (principal); CNAE 4929-9/04 e CNAE 4929-9/99 — "organização de excursões em veículos rodoviários próprios, intermunicipal, interestadual e internacional" e "outros transportes rodoviários de passageiros não especificados anteriormente", respectivamente (secundárias). [...]

Verifica-se que, entre os códigos de atividades de CNAE impeditivos ao ingresso no Simples, encontram-se os códigos CNAE 4929-9/04 e CNAE 4929-9/99 - relacionado às atividades de organização de excursões em veículos rodoviários próprios, intermunicipal, interestadual e internacional e transporte rodoviário de passageiros municipal, respectivamente, atividades estas constantes do objetivo social da empresa, como secundárias.

Assim, embora a contribuinte tenha feito a alteração contratual e na sua situação cadastral de pessoa jurídica, ainda constam do seu objetivo social atividades secundárias que, da mesma forma, não permitem o seu ingresso no Simples Nacional de acordo com a legislação mencionada neste voto.

Diante do exposto, manifesto-me por considerar a manifestação de inconformidade improcedente.

Recurso Voluntário

Notificada em 21.12.2010, e-fl. 20, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 14.01.2011, e-fls. 21-23, 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:

DOS FATOS E DIREITO

A Recorrente constituiu-se como sociedade empresária limitada com início das atividades em 27/07/1999. Desde sua abertura a Recorrente esteve cadastrada no Simples Federal Lei n.º 9.317, de 5/12/1996, sistema de tributação que foi extinto em 1/7/2007, conforme disposto no art. 89 da Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006, quando foi instituído novo regime para as microempresas e empresas de pequeno porte denominado "Simples Nacional", sendo que os optantes do Simples Federal permaneceram no regime até 30/06/2007.

Após ocorrer a mudança legislativa acima citada, a Recorrente objetivando manter o mesmo sistema de tributação formalizou pedido de migração para o novo regime, o Simples Nacional, sendo indeferido a migração em virtude da atividade econômica da requerente até então - CNAE 4922-1/01 I ser vedada pelo artigo 17 inciso VI da lei complementar 123 de 14/12.2006.

Na verdade, esta vedação somente ocorreu pelo fato de no ano de 1999 quando a Recorrente iniciou suas atividades o CNAE 4922-1/01 era o mais próximo possível das

Fl. 3 da Resolução n.º 1003-000.194 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13977.000215/2007-10

atividades que a Recorrente iria desempenhar, porém não correspondia exatamente aos objetivos sociais da empresa, haja vista que não possuía, como não possui até os dias atuais itinerário fixo, não sendo empresa de transporte coletivo, tendo na realidade desde o início das suas atividades aquela descrita no CNAE 4924-8/00, que por sua vez não consta no rol de atividades impeditivas para adesão ao Simples Nacional.

Ademais, a Recorrente buscou regularizar sua situação em tempo hábil, já que os interessados pela opção ao Simples Nacional teriam até a data de 15 de agosto de 2007 para requerer tal benefício, conforme se verifica a Recorrente sanou a irregularidade existente em seu contrato social em 01 de agosto de 2007, quinze dias antes do término do prazo, vindo em ato contínuo requerer sua migração ao Simples Nacional, sendo negada com base no contrato social antigo.

O resultado da solicitação de opção remete a contrariedades, pois gerado em 07 de agosto de 2007, data que o novo contrato social já aguardava registro na junta comercial do estado de Santa Catarina que foi efetuado em 15 de agosto de 2007.

Em 01.01.2008 a Recorrente finalmente teve deferida sua opção pelo simples nacional, contudo sem efeitos retroativos a 01/07/2007.

Cabe ressaltar que o deferimento deveria retroagir a data de 01.07.2007 na medida em que a Recorrente, atendeu dentro do prazo estabelecido pela lei complementar n.º 123 a alteração de seu objeto social, cuja alteração foi registrada na junta comercial do Estado de Santa Catarina em 15 de agosto de 2007, em suma a empresa continuou como desde o início de suas atividades exercendo "transporte escolar municipal", como principal atividade, devidamente inscrita no CNAE 4924-8/00, a qual não é atividade impeditiva para opção do simples nacional.

A questão colocada sob análise é fonte de um grande contra senso, pois carece de fundamento lógico a Recorrente não poder gozar dos benefícios do Simples Nacional pelo período de 01.07.2007 à 31.12.2007, pois já era participante do extinto Simples Federal, perdeu o direito ao benefício com a revogação da lei, e seis meses após pode voltar ao *status* de origem.

Com a devida vênia se existe alguma irregularidade certamente não foi criada pela Recorrente, que sempre exerceu as atividades permitidas no programa, sendo prejudicada por um erro administrativo passível de correção.

Ilustre julgador, outro ponto nebuloso no acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis (SC), diz respeito as atividades secundárias exercidas pela Recorrente, no acórdão recorrido ficou consignado que tais atividades causam impedimento a adesão ao simples caso estejam relacionadas no rol de atividades impeditivas do art. 17 da lei complementar 123/2007.

Porém, este entendimento adotado no acórdão recorrido causa prejuízos a Recorrente ao não ter nenhum respaldo legal, tendo adotado o julgador a quo uma interpretação extensiva do artigo legal, sem observar, contudo, sua verdadeira finalidade.

Ademais os impedimentos previstos no Art. 17 são aplicáveis apenas à atividade principal exercida, até por que uma empresa com rendimentos baixos necessita vez ou outra, realizar alguns serviços que não correspondam a sua real atividade econômica, porém, de forma alguma esses serviços extras podem ser equiparados à atividade exercida todos os dias e que caracteriza razão de existir da Recorrente.

No que concerne ao pedido conclui que:

Ante o exposto Requer:

Fl. 4 da Resolução n.º 1003-000.194 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13977.000215/2007-10

Que o Recurso seja conhecido e dado total provimento para ao final determinar que os efeitos da inclusão no Simples Nacional em 01.01.2008 sejam retroativos a 01.07.2007.

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 n.º 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.

Atividade Econômica de Transporte Rodoviário de Passageiros e de Carga

A Recorrente discorda do procedimento fiscal ao argumento de que “continuou como desde o início de suas atividades exercendo "transporte escolar municipal", como principal atividade, devidamente inscrita no CNAE 4924-8/00, a qual não é atividade impeditiva para opção do 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 n.º 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).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irrevogável 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. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. 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

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 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.

Fl. 5 da Resolução n.º 1003-000.194 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13977.000215/2007-10

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).

Verificada a ocorrência em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o indeferimento da opção é formalizado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente (art. 16 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

A Recorrente foi notificada do Termo de Indeferimento da Opção ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional motivado nos fundamentos de fato e de direito que justificaram o desatendimento, e-fl. 14.

Houve a alteração da natureza jurídica que a Recorrente diz ser a correta para o CNAE “4924-8/00 Transporte escolar”, indicado no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, e-fls. 26-27.

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

4924-8/00 Transporte escolar [...]

Esta subclasse compreende:

- o transporte especializado na locomoção de estudantes da rede pública ou privada

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 4924-8/00 Transporte escolar. Porém, consta no Anexo II onde estão listados os códigos ambíguos. No presente caso, o deferimento da opção 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 e ainda “que exerce apenas atividades permitidas” (art. 149 do Código Tributário Nacional).

Consta no manual Perguntas e Respostas Simples Nacional³:

2.23. Posso prestar serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros e optar pelo Simples Nacional?

Depende. De modo geral, o serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros é vedado aos optantes do Simples Nacional. No entanto, a partir de 1º de janeiro de 2015, ele é permitido quando for prestado na modalidade fluvial ou, nas demais modalidades, quando possuir características de transporte urbano ou metropolitano ou realizar-se sob fretamento contínuo em área metropolitana para o transporte de estudantes ou trabalhadores.

Para esses efeitos, considera-se transporte urbano ou metropolitano o que, cumulativamente:

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 Nacional. Simples Nacional. Manuais. Perguntas e Respostas Simples Nacional. Disponível : <<http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

Fl. 6 da Resolução n.º 1003-000.194 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13977.000215/2007-10

- for realizado entre municípios limítrofes, ainda que de diferentes estados, ou obedeça a trajetos que compreendam regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios, instituídas por legislação estadual, podendo, no caso de transporte metropolitano, ser intercalado por áreas rurais;
- possuir caráter público coletivo de passageiros entre municípios, assim considerado aquele realizado por veículo com especificações apropriadas, acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e horários previamente estabelecidos, viagens intermitentes e preços fixados pelo Poder Público.

E considera-se fretamento contínuo em área metropolitana para o transporte de estudantes ou trabalhadores o que, cumulativamente:

- for realizado sob a forma de fretamento contínuo, assim considerado aquele prestado a pessoa física ou jurídica, mediante contrato escrito e emissão de documento fiscal, para a realização de um número determinado de viagens, com destino único e usuários definidos;
- obedecer a trajetos que compreendam regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, instituídas por legislação estadual.

(Base normativa: art. 15, XVI e §§ 4º e 5º da Resolução CGSN n.º 140, de 2018) [inciso VI do art. 17 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006] [...]

5.2. Em que Anexo devo tributar as atividades exercidas pelas ME e EPP? [...]

São enquadradas como prestação de serviços não sujeitos ao fator “r” e tributados pelo Anexo III da LC 123, de 2006, as seguintes atividades: [...]

- transporte municipal de passageiros e de cargas em qualquer modalidade [...]

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 n.º 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. [...]

2.5. A ME ou a EPP inscrita no CNPJ com código CNAE correspondente a uma atividade econômica secundária vedada pode optar pelo Simples Nacional?

Fl. 7 da Resolução n.º 1003-000.194 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13977.000215/2007-10

Não. A Lei Complementar n.º 123, de 2006, prevê que o exercício de algumas atividades impede a opção pelo Simples Nacional. Elas correspondem a códigos da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) estabelecidas por uma Comissão do IBGE.

Os códigos CNAE impeditivos ao Simples Nacional estão listados no Anexo VI da Resolução CGSN n.º 140, de 2018, e os códigos CNAE que abrangem concomitantemente atividades impeditivas e permitidas (CNAE ambíguas)

constam do Anexo VII da mesma Resolução – ver Pergunta 2.4.

O exercício de qualquer das atividades vedadas pela ME ou EPP impede a opção pelo Simples Nacional, bem como a sua permanência no Regime, independentemente de essa atividade econômica ser considerada principal ou secundária.

No Contrato Social da Recorrente consta como objeto, e-fls. 03-05:

CLÁUSULA II: A sociedade tem por objetivos sociais:

- TRANSPORTE ESCOLAR MUNICIPAL;
- ORGANIZAÇÃO DE EXCURSÕES EM VEÍCULOS RODOVIÁRIOS PRÓPRIOS, INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E INTERNACIONAL;
- TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS MUNICIPAL.

O código CNAE informado no cadastro da Recorrente estando relacionado como CNAE 4924-8/00 Transporte escolar que é ambígua, seu ingresso no Simples Nacional está condicionado a declaração que exerce apenas atividades permitidas.

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 n.º 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 n.º 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 01.07.2007, qual seja, aquela descrita no CNAE 4924-8/00, 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 circunstanciado 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 4924-8/00 Transporte escolar que é ambígua para opção do Simples Nacional,

Fl. 8 da Resolução n.º 1003-000.194 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13977.000215/2007-10

oportunidade em que a Recorrente deve apresentar declaração de “que exerce apenas atividades permitidas” para fins de análise do Termo de Indeferimento de Opção.

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