



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

Processo nº 10425.001468/2004-16
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº **1802-000.921 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 29/06/2011
Matéria SIMPLES
Recorrente FRANCINEIDE DE OLIVEIRA QUEIROZ
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano calendário: 2002, 2003

Ementa: SIMPLES – PROCEDIMENTO DE OFÍCIO – TRIBUTAÇÃO NA SISTEMÁTICA DO SIMPLES QUANDO ULTRAPASSADO O LIMITE LEGAL PARA ENQUADRAMENTO DA PESSOA JURÍDICA NA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA (ME).

Ultrapassado o limite para enquadramento da pessoa jurídica na condição de microempresa (ME), correto o procedimento fiscal ao exigir do contribuinte os tributos pela sistemática do Simples, na condição de empresa de pequeno porte (EPP).

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

Exige-se mediante lançamento de ofício as diferenças apuradas relativas a recolhimentos ou valores declarados a menor em face de utilização de alíquota inferior a efetivamente aplicável.

DILIGÊNCIA - A admissibilidade de diligência, depende do livre convencimento da autoridade julgadora como meio de melhor apurar os fatos, podendo como tal dispensá-la quando entender desnecessária ao deslinde da questão, diante dos documentos juntados aos autos, em consonância com o artigo 29 do Decreto nº 70.235/72.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(Documento Assinado Digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa – Presidente e Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz Corrêa, Marco Antônio Nunes Castilho, Nelso Kichel, André Almeida Blanco e Gilberto Baptista.

Relatório

Trata o processo de lançamentos decorrentes do SIMPLES para exigência de crédito tributário referente aos fatos geradores de 09/2002 a 12/2003, de: Imposto de Renda Pessoa Jurídica – Simples, fl.03, Contribuição para o PIS - Simples, fl.11, Contribuição Social sobre o Lucro – Simples, fl.19, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Simples, fl.27, Contribuição para a Seguridade Social (INSS - Simples), fl.35, no montante de R\$ 344.862,51, acrescidos de multa de ofício e juros de mora calculados até 29/10/2004 (fls.02/58). O Termo de Encerramento e Resumo da Ação Fiscal que faz parte integrante dos Autos de Infração consta das fls.59/61. As diferenças de base de cálculo e insuficiência de recolhimentos constam dos Demonstrativos de fls.138/144.

Por economia processual e bem resumir a lide adoto parte do Relatório da decisão recorrida (fls.151/152) que transcrevo a seguir:

Os referidos autos de infração são decorrentes de ação fiscal efetuada junto à contribuinte, na qual a fiscalização constatou infrações à legislação do SIMPLES descritas em cada auto de infração. Os enquadramentos legais encontram-se discriminados nos autos de infração, que passam a integrar a presente decisão como se aqui transcritos fossem. As irregularidades constatadas e suas conseqüências podem ser assim resumidas:

DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO E INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO — FATOS GERADORES DE 30/09/2002 A 31/12/2003.

Apurou a fiscalização diferenças entre os valores declarados/pagos pela contribuinte e os valores apurados com base na receita bruta escriturada no Livro de apuração do ICMS. As diferenças encontradas estão demonstradas nos quadros às fls. 135 a 144.

Decorrente da apuração da infração de diferença de base de cálculo também foi apurada a insuficiência de recolhimento do SIMPLES.

Devidamente notificada, e não se conformando com o procedimento fiscal, a contribuinte apresentou, tempestivamente, as suas razões de defesa, às fls.147 e 148, na qual questiona integralmente os autos de infração, alegando em síntese o seguinte:

- Afirma a contribuinte que não compra e vende produtos, na verdade os valores das entradas são idênticos aos das saídas de mercadorias, ou seja, a empresa apenas repassa os produtos.

- Alega que o tipo de contrato entre o fabricante de cigarros e a empresa autuada é atípico, figura como uma parte da fabricação, no qual, o fabricante confere ao associado e

colaborador a distribuição de seus produtos em determinada área, atribuindo-lhe vantagens especiais que são as comissões.

- Continua afirmando que a receita da empresa não seriam as faturas emitidas pela Souza Cruz S/A e sim os rendimentos recebidos em comissão. Requer a realização de perícia contábil para comprovar sua alegação.

Requer ao final que a empresa seja reenquadrada no Simples, que seja deferido o pedido de realização de perícia contábil e sejam considerados improcedentes os autos de infração do presente processo.

A empresa foi cientificada da decisão de primeira instância proferida mediante o Acórdão nº 11-19.619, de 13/07/2007, fls.150/153, DRJ/Recife/PE, conforme o Aviso de Recebimento (AR), fl.161, em 26/07/2007, e, interpôs recurso ao Conselho de Contribuintes, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, em 27/08/2007, fls.167/180, apresentando, essencialmente, as mesmas razões constantes da impugnação que, em sínteses, são as seguintes:

- que, houve um erro na descrição das atividades da empresa no Contrato Social registrado na Junta Comercial, que teve de ser registrado como Comércio e distribuição de cigarros, biscoitos e miudezas (Anexo I), em virtude de a repartição fiscal do Estado da Paraíba não concordar que, no exercício da atividade de representação comercial, o contribuinte operasse com notas fiscais de compra e venda dos produtos representados. Sendo assim, não lhe restou outra solução, a não ser registrar a empresa para poder estabelecer contrato com a SOUZA CRUZ S/A;

- que, este Conselho, por meio de suas decisões, reiteradamente tem reconhecido que a atividade fática de empresa é o fator evidente para fins de tributação, não sendo absoluta a descrição das finalidades da empresa, quando de sua constituição, por meio do Contrato Social;

- que, a omissão do agente fiscalizador em não verificar a atividade fática do contribuinte e ainda, a negativa da vistoria solicitada em defesa, além de ter cerceado o direito de defesa do contribuinte, ensejando ilegalidade, foi de encontro com a jurisprudência administrativa, que é pacífica em tributar diante da verdadeira atividade exercida por uma empresa;

- que, a atividade exercida por meio de contrato é pertinente ao de Representante Comercial, através da constituição de pessoa jurídica;

Para provar que não desenvolve atividades de revendedor ou distribuidor, a recorrente destaca :

1- Inexistência de valor agregado, ou seja, inexistência de lucro mediante revenda (Por força contratual, é obrigado a repassar a mercadoria pelo mesmo preço que recebe, tanto que, as notas fiscais de entrada e de saída foram emitidas nos mesmos valores).

2- Receita bruta mediante comissão - contrato estabelecido entre a Souza Cruz S/A; e que a prova maior do pagamento das comissões era feito mediante depósito na própria conta do contribuinte, conforme o destaque do extrato (fl.175)

3- A inexistência de depósito para o estoque de mercadorias; e que, o endereço da empresa é o mesmo da residência do contribuinte, não havendo, sequer depósito para as mercadorias, já que as entregas são feitas imediatamente;

4- Empresa sem funcionários contratados.

A recorrente argumenta que não existiu o fato gerador, pois, não existiu a venda; diz que, se não ocorreu a venda, não houve base de cálculo e sem esta, não há de se falar em alíquota, não se configurando assim o crédito tributário. Portanto, desfalece o lançamento de ofício. Não existe a venda, não existe a alíquota nem , a base de cálculo.

A recorrente alega que foi excluída do Simples indevidamente da modalidade Microempresa. Pois, sem averiguar a receita bruta real do contribuinte, o auditor fiscal a excluiu do regime alegando extrapolação. Em segunda instância, o acórdão ainda alegou, equivocadamente, que na qualidade de representante comercial, o contribuinte não poderia se enquadrar no regime destinado às microempresas.

Finalmente requer:

1- O reconhecimento da atividade fática do contribuinte, qual seja, Representante Comercial, conforme atividades comprovadas na descrição dos fatos, bem como nos dispositivos legais da Lei Federal nº. 4.886/65, art. 1º e art. 32, §4º e ainda, conforme jurisprudência administrativa deste Conselho de Contribuintes (Acórdãos 303-30743 e 303-31.472);

2- A declaração de insubsistência e conseqüente arquivamento dos Autos de Infração, anulando a exigência dos créditos tributários, por total improcedência no lançamento de ofício, tendo em vista;

a) total improcedência da base de cálculo estabelecida sob a receita bruta apurada pelo auditor fiscal, posto que o pequeno empresário não obtém lucro ou valor agregado, vivendo das comissões, que são a sua receita bruta real, proveniente da prestação dos serviços (o § 2º do art. 2º da lei 9.317/96) estabelecidos em contrato com a SOUZA CRUZ S/A;

b) a inexistência de vendas e de valor agregado, NÃO APRESENTANDO-SE FATO GERADOR para substanciar a natureza jurídica específica do tributo, conforme art. 4º do Código Tributário Nacional. Não há, portanto, de se falar em incidência, base de cálculo, tampouco em configuração de crédito tributário.

c) falta de documentos comprobatórios necessários ao lançamento (art. 9º do Dec. 70.235/72);

É o relatório.

Voto

Conselheira Ester Marques Lins de Sousa

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72, dele conheço.

Conforme relatado, os autos de infração são decorrentes de ação fiscal na qual a fiscalização constatou INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO e DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO apurada a partir dos Livros de Registro de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS do contribuinte, conforme Termo de Encerramento e Resumo da Ação Fiscal folhas, fls.59 a 61.

Consta do mencionado Termo de Ação Fiscal que a empresa foi constituída em 14 de maio de 2002, atuando no comércio varejista em domicílio e adotou a forma de tributação pelo SIMPLES, como Microempresa. Entretanto, a empresa ultrapassou o limite de MICROEMPRESA já no ano calendário de 2002, tendo em vista que faturou em 2002, R\$ 295.082,44, portanto, acima do limite legal de R\$ 120.000,00, conforme Composição da Base de Cálculo, folha 138.

Afirma o autuante que, o contribuinte se enquadrou erradamente na condição de MICROEMPRESA, no ano calendário de 2003, conforme Declaração Anual Simplificada, pois, considera-se Empresa de Pequeno Porte — EPP, para efeito do SIMPLES, a pessoa jurídica que tenha auferido no ano calendário anterior, receita bruta superior a R\$ 120.000,00. Portanto, na impossibilidade do contribuinte, continuar como Microempresa, para efeito de tributação foi considerada a opção como Empresa de Pequeno Porte — EPP, com aplicação dos percentuais inerentes ao tipo.

Em síntese, consta dos demonstrativos (fls.138/139) que:

- no período de setembro (início da atividade) a dezembro de 2002 o contribuinte auferiu receita bruta de R\$ 295.082,44, portanto extrapolado o limite legal de R\$ 120.000,00 para permanência no Simples na condição de Microempresa “ME”, e,
- em 2003 o contribuinte auferiu receita bruta de R\$ 1.956.165,42, portanto, superior ao limite legal de R\$ 1.200.000,00 para permanência no Simples na condição de Empresa de Pequeno Porte – EPP em 2004.

Havendo a pessoa jurídica extrapolado o limite legal de R\$ 120.000,00, em 2002, deveria ter comunicado tal fato à Receita Federal (órgão ao qual compete as atividades de arrecadação, cobrança, fiscalização e tributação dos impostos e contribuições pagos de conformidade com o SIMPLES) e efetivado a alteração cadastral em janeiro de 2003 para permanência no Simples na condição de Empresa de Pequeno Porte – EPP.

Outrossim, havendo a pessoa jurídica extrapolado o limite legal de R\$ 1.200.000,00, em 2003, deveria ter comunicado tal fato à Receita Federal (órgão ao qual compete as atividades de arrecadação, cobrança, fiscalização e tributação dos impostos e contribuições pagos de

conformidade com o SIMPLES) e efetivado a alteração cadastral em janeiro de 2004 para sua EXCLUSÃO do Simples.

Não efetuadas as comunicações acima explicitadas caberia a aplicação da multa regulamentar conforme prevista no artigo 21 da Lei nº 9.317/96.

Ainda que não aplicada tal penalidade, tendo em vista que a pessoa jurídica ultrapassou o limite da condição de ME em 2002 e 2003, a fiscalização considerou a pessoa jurídica na condição de EPP a partir de setembro de 2002 a 31/12/2003.

Não consta dos autos que fora expedido o Ato Declaratório de exclusão do Simples, porém consta da decisão recorrida (fl.153) a informação de que o ato de exclusão consta do processo nº 10425.001406/2004-12, que por falta de litígio está arquivado na DRF de Campina Grande-PB.

Nesse passo, nos presentes autos não se discute o Ato Declaratório de Exclusão mas tão-somente os autos de infração com exigências pelo Simples.

Basicamente a defesa gira em torno da atividade desenvolvida pela autuada.

A recorrente alega que a descrição das finalidades da empresa, quando de sua constituição, por meio do Contrato Social, *teve de ser registrado como Comércio e distribuição de cigarros, biscoitos e miudezas, em virtude de a repartição fiscal do Estado da Paraíba não concordar que, no exercício da atividade de representação comercial, o contribuinte operasse com notas fiscais de compra e venda dos produtos representados. Sendo assim, não lhe restou outra solução, a não ser registrar a empresa para poder estabelecer contrato com a SOUZA CRUZ S/A.*

Como se vê, não se trata de erro na descrição das atividades da empresa no Contrato Social registrado na Junta Comercial. A atividade da recorrente, considerando a sua própria argumentação, não é de simples representação comercial e sim de natureza mercantil (compra e venda), conforme espelhado nos Livros Fiscais em que são registradas as operações de entradas de mercadorias e as saídas por vendas e, apuração do ICMS.

A recorrente na tentativa de provar que a natureza de sua relação com a empresa Souza Cruz S/A é de representação comercial, transcreve à fl.169 e 173 as seguintes cláusulas:

5.1. O preço dos produtos ofertados pela vendedora ao(a) comprador será de livre negociação por atacado, calculado com base no valor destinado ao consumidor final e deduzido de um percentual variável, a título de desconto, a ser negociado caso a caso, tempo a tempo, e que dependerá, mas não se limitando a, das flutuações de mercado.

8. NATUREZA DO CONTRATO

8.1. O presente contrato tem natureza pura e estritamente mercantil, sem gerar, sob nenhum aspecto e/ou hipótese, quaisquer espécies/tipos de obrigações de subordinação, direta e/ou indireta, sem exclusividade de atuação e/ou qualquer monodependência econômica entre as partes, não se configurando, em qualquer hipótese como relação/vínculo empregatício.

Não vislumbro nas mencionadas cláusulas qualquer prova que conduza o contribuinte à condição de representante comercial. Ao contrário, o tratamento dado entre ambas é de *vendedor/comprador*. Ademais, adquirir produto com desconto e revendê-lo não tem à negociação a mesma natureza de intermediação na venda mercantil como pretende fazer crer a recorrente.

A recorrente sequer juntou aos autos cópia do inteiro teor do alegado contrato nem tampouco juntou qualquer nota de prestação de serviços de sua emissão. Apenas juntou um extrato ilegível (fl.175) no qual com esforço se vê que contém um lançamento referente a uma certa Nota Fiscal – Souza Cruz, não se sabendo a origem desse lançamento, podendo, inclusive se tratar de devolução de recursos. Portanto, não há prova cabal que demonstre ser a atividade da recorrente configurada em representação comercial e remuneração mediante comissão.

A recorrente requer a improcedência da base de cálculo estabelecida sob a receita bruta apurada pelo auditor fiscal, alegando que não obtém lucro ou valor agregado, vivendo das comissões, que são a sua receita bruta real, proveniente da prestação dos serviços (o § 2º do art. 2º da lei 9.317/96) estabelecidos em contrato com a SOUZA CRUZ S/A.

De acordo com os autos, constata-se que a recorrente optou por se inscrever no Simples tendo o benefício do cálculo simplificado do valor a ser recolhido, apurado com base na aplicação de alíquotas unificadas e progressivas, fixadas na Lei nº 9.317/96, incidentes sobre a receita bruta mensal.

As operações realizadas pela empresa, registradas no Livro de Apuração do ICMS referente às entradas e saídas de mercadorias, com certeza, não se coadunam com a atividade de representação comercial descrita no artigo da Lei Federal nº. 4.886/65, a que alude o contribuinte.

À luz dos documentos apresentados pelo contribuinte consubstanciados nos Livros de Entradas, Saídas, Apuração do ICMS e planilhas/demonstrativas (fls.138/144) não resta dúvida que a aplicação de alíquotas unificadas e progressivas deve incidir sobre a receita bruta (produto da venda de mercadorias) nas operações de conta própria, tal como disposto no § 2º do art. 2º da lei 9.317/96.

Diferentemente seria o tratamento se o contribuinte tivesse adotado a tributação das receitas com base no lucro real apurado a partir do lucro líquido. Não foi essa a opção do contribuinte.

Assim, as alegações da recorrente de *(Inexistência de lucro mediante revenda já que as notas fiscais de entrada e de saída foram emitidas nos mesmos valores; Receita bruta mediante comissão; Inexistência de depósito para o estoque de mercadorias já que as entregas são feitas imediatamente; Endereço da empresa é o mesmo da residência do contribuinte, sem funcionários contratados)* não ilidem a prova inequívoca da venda de mercadorias registrada nos Livros de Entradas, Saídas e de Apuração do ICMS.

A recorrente alega que houve omissão do agente fiscalizador em não verificar a atividade fática do contribuinte e ainda, a negativa da vistoria solicitada em defesa, além de ter cerceado o direito de defesa do contribuinte, ensejando ilegalidade, foi de encontro com a jurisprudência administrativa, que é pacífica em tributar diante da verdadeira atividade exercida por uma empresa.

Sobre tal argumentação, não merece censura à ação fiscal na medida em que o autuante descreveu os fatos de acordo com a realidade do contribuinte registrada nos livros fiscais retro mencionados os quais demonstram a atividade exercida pela empresa e, tributada a receita

bruta mensal de acordo com o § 2º do art. 2º da lei 9.317/96 por haver o contribuinte optado pelo Simples.

Assim, ultrapassado o limite para enquadramento da pessoa jurídica na condição de microempresa (ME), correto o procedimento fiscal em recompor o resultado do período e tributar o valor apurado de acordo com os percentuais progressivos fixados em relação à receita bruta acumulada e exigir do contribuinte os tributos pela sistemática do Simples, na condição de empresa de pequeno porte (EPP).

Desse modo, é de se exigir mediante lançamento de ofício as diferenças apuradas relativas a recolhimentos ou valores declarados a menor em face de utilização de alíquota inferior a efetivamente aplicável.

Outrossim, não há falar em cerceamento ao direito de defesa quando o órgão julgador de primeira instância indefere pedido de diligência considerado prescindível.

A diligência requerida pela recorrente não tem qualquer fundamento, pois, no procedimento fiscal os documentos apresentados pela autuada, a partir do Contrato Social o qual descreve o objeto da pessoa jurídica e os documentos fiscais (Livros de Registro de Entrada e Saída e Apuração do ICMS demonstram que a empresa compra e vende mercadorias.

A empresa apesar de alegar que recebe apenas comissão não demonstrou possuir a documentação capaz de comprovar a receita bruta relativa à prestação de serviços, que se diga, de simples verificação. Portanto, desnecessária qualquer diligência específica para juntada de documentos necessários ao lançamento (art. 9º do Dec. 70.235/72).

Ademais, a admissibilidade de diligência, depende do livre convencimento da autoridade julgadora como meio de melhor apurar os fatos, podendo como tal dispensá-la quando entender desnecessária ao deslinde da questão, em consonância com o artigo 29 do Decreto nº 70.235/72.

Nessa ordem de idéia, e, analisados os fatos, conforme registrado acima, há de se concluir serem os elementos acostados aos autos suficientes para a análise conclusiva da lide e comprovação do ilícito tributário. Portanto, a diligência requerida pela recorrente tem efeito meramente protelatório e o indeferimento não enseja cerceamento ao direito de defesa na medida em que o contribuinte dispôs de todos os meios para apresentar a documentação necessária a comprovar a alegada prestação de serviços (representação comercial). Não o fez, o que revela o pedido de diligência prejudicial ao andamento do processo.

Diante do exposto voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso.

(Assinado Digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa

