



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

Processo nº 10530.722654/2009-08
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-00.901 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de fevereiro de 2012
Matéria Auto de Infração. Simples Federal
Recorrente João Alves da Silva Filho de Juazeiro
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2005

Ementa

NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO POR QUEM DEU CAUSA.

A nulidade se decreta em favor daquele que sofreu as consequências do ato praticado por outrem sem que fossem observadas as formalidades legais. Verificado que a parte que tinha obrigação de requerer sua exclusão do SIMPLES por passar a exercer atividades vedadas, assim não procedeu, não lhe é lícito alegar nulidade para afastar a exigência do imposto lançado pela sistemática do SIMPLES, que ela própria optou.

REGULARIDADE DOS LIVROS FISCAIS. VALORES REGULARMENTE ESCRITURADOS COMO RECEITA DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE DE SE ATRIBUIR OS VALORES AO SUJEITO PASSIVO SEM QUE EXISTAM PROVA EM CONTRÁRIO.

A autoridade fiscal não reconheceu os valores regularmente escriturados como sendo receitas de terceiros, objeto de intermediação praticada pelo recorrente, sob o argumento de que este estava classificado no CNAE como “comércio atacadista de frutas, verduras, raízes, tubérculos, hortaliças e legumes frescos”; que não possuía contrato ou documento que provasse as atividades de intermediação e tampouco tinha inscrição no Conselho de Representantes Comerciais. Ocorre que os elementos formais apontados não se sobressaem sobre a realidade dos fatos. Não colheu a autoridade fiscal uma única prova que pudesse sustentar que os valores informados como sendo receitas de terceiros, decorrentes das atividades de intermediação, assim não fossem. A prova colhida pela autoridade fiscal dá conta de que o recorrente exercia atividade de intermediação na compra e venda de produtos agrícolas e também exercia, em nome próprio, atos de comércio. Existe prova nos autos de que houve omissão de receita decorrente de compra e venda, mas não

existe prova de que os valores escriturados como de terceiros, oriundos da atividade de intermediação, pudessem pertencer ao recorrente.

Porém, ainda que se exclua da tributação os R\$ 15.475.507,39 correspondente à receita de terceiros, resta um saldo de R\$ 1.429.372,10. O recorrente declarou apenas R\$ 305.068,54, o que demonstra omissão no valor de R\$ 1.124.303,56, cujos tributos devem ser exigidos.

Recurso Voluntário Parcialmente Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para reduzir a base de cálculo do item 1 do auto de infração para o valor de R\$ 1.124.303,56, bem como cancelar a multa por falta de comunicação de exclusão do Regime do Simples, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Ausente momentaneamente, o Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente

(assinado digitalmente)

Moisés Giacomelli Nunes da Silva - 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, Albertina Silva Santos de Lima e Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

JOAO ALVES DA SILVA FILHO DE JUAZEIRO, firma individual, já qualificada nos autos, com fundamento no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF), recorre da decisão de primeira instância, que julgou procedente a exigência.

Pelo que consta da fl. 26 dos autos, tratam-se três infrações ocorridas no ano-calendário de 2005, assim descritas:

- a) omissão de receita, depósitos bancários não escriturados;
- b) insuficiência de recolhimento;
- c) falta de comunicação da exclusão da empresa do SIMPLES.

A infração descrita na letra “a” tem como fundamento legal o art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995; arts. 2º, § 2º, 3º § 1º, alínea “art. 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317, de 1996; art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998 e arts. 186 e 189 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999.”

A infração descrita na letra “b”, anteriormente referida tem por fundamento legal o art. 5º da lei nº 9.317, de 1996, combinado com o art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998 e arts. 186 e 189, do Regulamento do Imposto de Renda de 1999.

A infração descrita na letra “c” tem como fundamento legal o artigo 13, II e XXI, da Lei nº 9.317, de 1996.

Segundo consta da fl. 75 que integra o Termo de Verificação Fiscal,

“A análise do livro razão juntamente com os extratos bancários apurou que a escrituração está correta. Por amostragem, foi verificada que as operações de entrada e de saída de recursos nas contas correntes estão escrituradas. Razão pela qual, a análise das receitas pelos extratos bancários foi dispensada.”

...

O fiscalizado recebeu no ano-calendário de 2005 receitas no total de 16.905.879,49 (dezesesseis milhões novecentos e cinco mil oitocentos e setenta e nove reais e quarenta e nove centavos). Desse total, R\$ 1.429.372,10 (um milhão quatrocentos e vinte e nove mil, trezentos e setenta e dois reais e dez centavos) foram classificadas como receitas próprias e R\$ 15.475.507,39 (quinze milhões, quatrocentos e setenta e seis mil, quinhentos e sete reais e trinta e nove centavos) foram classificados como receita decorrente da atividade comercial.

Segundo consta das planilhas de fls. 76 e 77, especificada no termo de verificação fiscal, que a fiscalizada declarou, na condição de optante pelo SIMPLES, receita de

apenas R\$ 305.068,54. Desta forma, ainda que os R\$ 15.475.507,39 se constituíssem em receita de terceiros haveria omissão de R\$ 1.124.303,56, assim demonstrada:

$$16.905.879,49 - 15.475.507,39 = 1.429.372,10$$

$$1.429.372,10 - 305.068,54^1 = 1.124.303,56$$

À fl. 1.077, a fiscalização intimou o contribuinte para:

- 1) descrever qual a relação comercial que mantém com os fornecedores e clientes;
- 2) apresentar contratos que comprovam as relações comerciais;
- 3) especificar os produtos que são comercializados;
- 4) informar como se dá o fornecimento de mercadorias, como recebe e repassa os pagamentos, prazo médio destes e a receita proveniente de tal operação mercantil;
- 5) apresentar os nomes e os números dos CPFs de todos os fornecedores.

Em resposta aos termos de intimação à fl. 1.079 o contribuinte esclareceu que:

a) há dois momentos de operação, a primeira é a venda de produtos adquiridos e comercializados pela empresa, configurando receita própria, das quais foram emitidas suas notas fiscais;

b) a segunda foi operação em que a empresa efetuou intermediação comercial, onde esta agenciou a negociação entre o produtor (vendedor) e o comprador, restando-lhe uma participação percentual sobre a operação efetivada a média de 03% (três por cento);

c) que neste tipo de operações de intermediação não existe contrato escrito, pois isto se dá na base da confiança, em especial porque muitos dos produtores sequer têm condições de interpretar um contrato;

d) a relação dos produtores consta das fls. 1.081 e seguintes, sendo que à fl. 1.083 a autoridade fiscal intimou o recorrente a apresentar cópia dos cheques e o efetivo repasse dos valores aos 04 (quatro) maiores produtores, deduzindo o percentual da intermediação.

Em atenção à intimação de fl. 1.083, o recorrente apresentou a planilha de fls. 1.088/1.091, relacionando 186 (cento e oitenta e seis) cheques pagos ao produtor JOÃO BATISTA BEZERRA TENÓRIO, totalizando R\$ 631.356,30; e número mais ou menos semelhantes aos produtores JONAS GONÇALVES BORGES (fls. 1.092/1.096), totalizando R\$ 731.989,00; LORISVALDO COSTA DA SILVA (fls. 1.097/1.100), totalizando R\$ 568.479,00 e ALFREDO JORGE BRASILEIRO DA CUNHA (fls. 1.101/1.103), totalizando R\$ 409.599,40).

Além das planilhas acima, solicitadas pela Fiscalização, a partir da fl. 1.104 o contribuinte apresentou, mês a mês, planilhas sintetizando o Livro Razão na CONTA 10101 e Contra-partida 41010, referente à venda de mercadorias escrituradas, totalizando no ano R\$ 1.429.372,10 (fl. 1.117).

As fl. 1.118 e seguintes o recorrente apresentou planilhas intituladas “Livro Razão – Bancos Conta Movimento”, citando a CONTA 10206 – Banco SICOOB, com movimentação anual de R\$ 1.695.520,98; a conta 10205 do Banco Itaú com movimentação anual de R\$ 10.168.477,71 (fl. 1.143); a conta 10203 do Bradesco com movimentação anual de R\$ 2.043.491,52; a conta 10201 do Banco do Brasil com movimentação anual de R\$ 1.569.017,18 (fl. 1.157). A síntese, com valores mensais e total anual das contas aqui referidas, no montante de R\$ 16.905.879,49 está na fls. 76 e 1.158 dos autos.

Dos quatro produtores inicialmente relacionados, estabelecidos em Pernambuco, a autoridade fiscal intimou três para prestarem esclarecimentos. Dos três dois atenderam à intimação feita pela fiscalização.

O produtor João Batista Bezerra Tenório (fl. 144), na conta de quem foram creditados 186 (cento e oitenta e seis) cheques no valor total de R\$ 631.356,30, informou, em síntese:

I – que desenvolve a atividade de produtor rural voltado ao plantio e à venda de cebolas;

II – que a comercialização é realizada tanto nas próprias roças, como em um Box que mantém junto ao CEAPE de Petrolina/PE;

III – que o referido comércio é predominantemente informal, isento do pagamento de ICMS, nos Estados de Pernambuco e da Bahia, fazendo com que o produtor fique desobrigado de emitir nota fiscal do produtor;

IV – que no ano de 2005 realizou vendas de mercadorias à mencionada empresa, mas que em face aos esclarecimentos especificados no item anterior não dispõe de elementos que possibilitem essa comprovação;

V – quanto ao fornecimento das mercadorias, o produtor esclareceu que de modo geral ficava acertado se o “transporte” pegaria a mercadoria no próprio local do plantio ou no Box, sendo o pagamento normalmente realizado em cheques, quase sempre depositados em sua conta bancária.

A fl. 147 Alfredo Jorge Brasileiro da Cunha, produtor de Juazeiro/BH foi intimado para prestar esclarecimentos sobre as transações realizadas com o recorrente, sendo que à fl. 151 informou que a firma individual de JOÃO ALVES DA SILVA atuava como intermediária na colocação de seus produtos, sendo tais transações realizadas de maneira muito precária e informal, mas na base da estrita confiança e credibilidade.

Do termo de esclarecimentos prestados pelo produtor Alfredo pode ser destacado, entre outros, os seguintes trechos:

- Na qualidade de produtor seu âmbito de conhecimento do mercado consumidor limita-se a própria cidade....

- Nessas condições, sabedor que a empresa individual JOÃO ALVES DA SILVA, pelo vasto conhecimento de mercado a nível nacional, atuava na região como intermediário para diversos produtores, o procurou colocando a sua produção à disposição da empresa, nos moldes em que desenvolvia as suas atividades, ou seja, a empresa Individual JOÃO ALVES DA SILVA procurava o comprador que oferecesse maior vantagem, tanto no que se refere ao preço, como ao modo de pagamento e com ele acertava os detalhes da transação comercial, ficando inclusive, responsável pela emissão da Nota Fiscal.”

- Por ocasião da prestação de contas, a Empresa Individual João Alves da Silva dava conhecimento do quanto foi gasto com transporte, embalagens, eventuais perdas e após abater o percentual da comissão que lhe era devida, efetuava o pagamento.

- Que a transação é feita na base da confiança.

- No caso em espécie, como já mencionado, a empresa individual JOÃO ALVES DA SILVA, ficava responsável pela emissão das Notas Fiscais, em assim sendo, as que nos foram entregues, estamos anexando a pressente, ressaltando, entretanto, que o próprio apresentou a relação das Notas Fiscais emitidas no ano de 2005 que já foram solicitadas as segundas vias, conforme faz prova documento anexo.

Ao informar como se dá o fornecimento das mercadorias, o produtor noticiou que “encontrado o comprador, o fato é comunicado de imediato ao produtor que envia a mercadoria para o depósito da Empresa Individual JOÃO ALVES DA SILVA, que se encarrega de adotar todos os procedimentos, inclusive da emissão de Nota Fiscal.”

- Quando o comprador efetua o pagamento, o faz na conta da Empresa Individual de JOÃO ALVES DA SILVA que por sua vez abate as despesas efetuadas bem como o percentual da comissão a ele pertencente e o saldo remanescente é entregue como forma de pagamento ao produtor.

Ao valorar as informações prestadas por Alfredo, a autoridade fiscal concluiu que este “contradiz a afirmação da fiscalizada ao afirmar que a responsabilidade pela emissão das notas fiscais era da empresa JOÃO ALVES DA SILVA FILHO DE JUAZEIRO.”

A autoridade fiscal não reconheceu a atividade de intermediação comercial realizada pelo recorrente com base nos seguintes fundamentos:

a) consulta ao CNAE da empresa, informa que a atividade foi classificada como “comércio atacadista de frutas, verduras, raízes, tubérculos, hortaliças e legumes frescos.” Não há menção alguma à prestação de serviços de intermediação comercial.

b) intimado a apresentar documentos hábeis a fazer prova da referida prestação de serviços, o recorrente não apresentou documentos e nem demonstrou sua inscrição junto ao Conselho de Representantes Comerciais – CRC, conforme exige os artigos 1º e 27 da Lei nº 4.886, de 1965.

c) que está claro que não basta que o contribuinte declare-se como representante comercial. As formalidades disciplinadas em lei devem ser cumpridas.

d) ademais, a Lei nº 9.317, de 1996, veda expressamente a tributação de representantes comerciais pela sistemática do SIMPLES.

Assim, a tese de que as receitas foram declaradas por não serem receitas próprias, e sim de terceiros, proveniente de representação comercial, foi descartada.

A título de informações complementares, específico que da decisão recorrida consta o seguinte relato:

Trata-se de autos de infração contra a empresa retroidentificada (fls. 2/74), na forma do SIMPLES FEDERAL, exigindo o crédito tributário no montante de R\$ 3.821.065,24, relativamente aos períodos de apuração de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2005, conforme Demonstrativo Consolidado à fl. 02 do processo.

Os lançamentos contemplam o valor dos tributos devidos, acrescidos da multa de ofício no percentual de 75% e dos juros de mora. Foi lançada ainda a multa isolada de R\$ 19.331,19, por falta de comunicação obrigatória da exclusão da pessoa jurídica (PJ) do SIMPLES, cujo valor integra o montante do crédito tributário exigido.

...

(ii) Em 18/02/2009, o procurador esteve na DRF/FSA/BA, informando que a PJ desenvolvia atividade de representação/intermediação comercial na região de Juazeiro/Ba. A empresa receberia dos pequenos produtores da região os produtos que seriam comercializados e aquela ficaria responsável pela distribuição nos grandes mercados. Pela suposta intermediação, a empresa cobraria um percentual em torno de 3% do valor dos produtos vendidos. Questionado sobre os valores que transitaram pelas contas da empresa, foi posto que a empresa recebia as mercadorias, sem fazer qualquer pagamento aos pequenos produtores, as comercializava, recebia os pagamentos dos clientes em suas contas correntes, e depois repassava os valores, com o desconto da comissão, para os produtores. Questionado pelos contratos de prestação do serviço de intermediação comercial, o procurador afirmou que todas as operações foram executadas informalmente, sem qualquer registro legal. O atendimento foi encerrado com uma intimação, para que a contribuinte formalizasse tudo aquilo que foi dito.

(iii) Confirmando o que foi dito verbalmente, foi apresentada a descrição do suposto modo de operação da empresa. As notas fiscais, que totalizavam 20 talões, teriam sido emitidas para acompanhar a venda de mercadorias próprias, configurando suas receitas escrituradas no livro razão, com o código 41010 (vendas de mercadorias à vista) e lançadas à débito na conta caixa. Estes valores foram escriturados e somaram R\$ 1.441.897,51. A segunda parte das receitas foi classificada como proveniente de intermediação comercial com comissão média de 3%. A análise do livro razão aponta que tais receitas foram lançadas com o código 45004 (intermediação administrativa da receita alheia) e lançadas na conta Bancos Conta Movimento, com subclassificação dos bancos por onde transitaram. A análise das operações que tem como contra-partida a conta 45004 demonstram que as entradas são provenientes de TEC, DOC, depósitos on-line ou cheques e foram escrituradas a débito. As saídas foram escrituradas a crédito e são em quase sua totalidade movimentadas através de cheques. Foi posto que as notas fiscais avulsas, apresentadas como sendo dos produtos comercializados através da intermediação comercial, eram emitidas diretamente pelo produtor, nos postos da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

...

(v) Foi exigida a apresentação de todos os nomes e números dos CPFs de todos os fornecedores que fizeram parte da transação comercial. Foram apresentados 111

nomes, alguns em duplicidade. Porém, levantamento executado no livro razão apresentado, conforme planilha, revela que o número de envolvidos em tais operações é de 450 pessoas físicas e/ou jurídicas.

(vi) As três pessoas que foram escrituradas como os maiores fornecedores foram intimados a se manifestar sobre as relações comerciais que mantinham com a fiscalizada, quais seriam os produtos comercializados, como se executava o fornecimento das mercadorias, como recebia os pagamentos e apresentar os comprovantes de recebimentos.

(vii) Dois dos três intimados foram localizados. Esses responderam que não possuíam quaisquer contratos ou documentos que comprovem a relação de intermediação comercial. Não apresentaram recibos. Afirmaram que os acordos eram verbais e que os pagamentos a eles efetuados eram executados através de cheques depositados em suas contas-correntes, inexistindo emissão de recibos ou qualquer outro documento legalmente aceito. Em sua resposta, o Sr. Alfredo Jorge Brasileiro da Cunha, CPF 131.605.085-87, contradiz a afirmação da fiscalizada ao afirmar que a responsabilidade pela emissão das notas fiscais era da empresa JOÃO ALVES DA SILVA FILHO DE JUAZEIRO.

(viii) Assim, com base nos dados coletados, foram analisadas as contas correntes de quatro bancos utilizados pela fiscalizada: Banco Bancoop-Sicoop, c/c 1.022-7, classificada sob o código 10206; Banco Itaú, c/c 10525-5, classificada sob o código 10205; Banco Bradesco, c/c 688-2 e 2.131-8, classificadas sob os códigos 10203 e 10207, respectivamente, e Banco do Brasil, c/c 30.338-0, classificada sob o código 10201.

(ix) Então, uma planilha foi construída e todas as receitas que tinham como contra-partida as contas 41010 e 45004 foram classificadas diariamente e somadas mensalmente. As operações que se referiam a cheques devolvidos, depósitos cancelados ou valores lançados em duplicidade foram desconsiderados. Após a consolidação dos valores chegou-se à conclusão de que apesar de a empresa ter tido entradas de recursos no valor total de R\$ 16.905.879,49, apenas R\$ 305.068,54 foram declarados.

(x) Em 02/04/2009, a contribuinte foi intimada, pelo prazo de 10 dias, a apresentar as cópias dos cheques e/ou comprovantes de depósitos que comprovassem o efetivo depósito, deduzido do percentual de intermediação dos negócios, entre os produtores e os quatro maiores clientes. Novo prazo foi solicitado e concedido. Em sua resposta, não foram apresentados os documentos solicitados. Apenas uma planilha contendo a data, o nome do produtor, o número do cheque e o valor da transação foram enviados.

...

Em 31/08/2009, protocolou a impugnação de fls. 1162/1173, baseando-se a defesa nos seguintes pontos:

(i) Em preliminar, requer a nulidade dos autos de infração ora impugnados, alegando que, no AC/2005, a empresa não poderia aderir ao Simples por exercer atividade assemelhada à de representação comercial. Justifica que a impugnante é uma firma individual que atua no ramo de comercialização própria e de terceiros de produtos hortícolas e frutas. No início de suas atividades produzia os seus produtos e os comercializava, auferindo receitas próprias. No entanto, em virtude da modernização e crescimento do mercado, se viu obrigada a procurar produtores (pessoas físicas e jurídicas) que produziam esses produtos, para que pudesse atender ao

mercado. Neste ínterim, a impugnante ajusta com o produtor rural o valor da sua comissão, que via de regra é de 3% (três por cento) calculada sobre o valor bruto da comercialização.

(ii) Afirma que é impossível obter documentos que comprovem tais operações, pois os produtores rurais são pessoas de baixa ou nenhuma escolaridade, que, na maioria das vezes, sequer sabem escrever o seu nome, sem nenhuma capacidade de firmar um contrato escrito ou emitir uma nota fiscal ainda que avulsa.

(iii) Logo, considerando que a atividade exercida pela impugnante tem previsão expressa no art. 693 do Código Civil, não havendo dúvidas de que é assemelhada à representação comercial, pois é remunerada mediante comissões, a impugnante não poderia se submeter ao regime do SIMPLES, por afrontar o disposto no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 1996, caberia ao Auditor Fiscal excluir a PJ do Simples, nos termos do art. 15, inciso II, da mesma Lei, ou seja, a partir de Janeiro/2005, e não, a partir de Janeiro/2006.

(iv) Insiste que se a atividade exercida pela Impugnante não pode se submeter ao Simples, caberia ao Auditor Fiscal efetuar sua exclusão e, conseqüentemente, calcular os tributos com base no Lucro Real, Presumido ou Arbitrado, tal como determina o art. 16 da Lei nº 9.316, de 1996, do contrário seria legalizar o ilegal.

(v) Ainda que a Impugnante não realizasse a intermediação comercial, ainda assim o Auto de Infração seria totalmente nulo. Isto porque, aduziu o Autuante que a contabilização das receitas estava correta e ao mesmo tempo desconsiderou tais receitas, a pretexto de que "... a tese de que as receitas não foram declaradas por não serem receitas próprias, e sim de terceiros, provenientes de representação comercial, foi descartada". Indaga, a propósito, como pode a contabilização das receitas estar correta e ao mesmo tempo ser desconsiderada? Tal fato, só faz comprovar a NULIDADE do feito, por estar impreciso.

(vi) Imaginando que a Impugnante pudesse ser optante pelo SIMPLES - o que de fato não é - há de se considerar que o conceito de receita bruta previsto no art. 2º, § 2º da Lei nº 9.317/96 citado pelo próprio Auditor Fiscal faz prova contra si próprio. Pois, segundo o Autuante, só se pode excluir da composição da receita bruta as devoluções e vendas canceladas. Acontece que este não é o caso, pois o resultado em conta alheia, previsto naquele dispositivo, não foi considerado pelo autuante, maculando de nulidade o procedimento.

(vii) O feito também seria passível de nulidade no tocante às contribuições para o PIS e a Cofins, uma vez que com o advento das Leis nº 10.147, de 21/12/2001; nº 10.147, de 21/12/2001; nº 10.485, de 03/07/2002; nº 10.865, de 30/04/2004, as alíquotas de ambas contribuições foram reduzidas para zero. Como essas duas últimas leis não fizeram qualquer referência às empresas optantes pelo Simples, há de se entender que a redução das alíquotas para 0% também se estendeu para as empresas inscritas no referido sistema.

(viii) Alega que a multa de ofício no percentual de 75% é confiscatória, à luz dos artigos 145, §1º e 150, inciso IV, da Contribuição Federal de 1988 (CF/88) e da vasta jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal - STF.

(ix) Em razão de tudo o que foi exposto, a Impugnante pede e espera que a DRJ/SDR/BA se digne de conhecer e dar total provimento à presente impugnação para que seja determinada a anulação/desconstituição total dos Autos de Infração ora questionados, por ser a única e melhor forma de se fazer justiça.

A decisão recorrida está assim ementada:

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

Ano-calendário: 2005

LANÇAMENTO. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Mantém-se o lançamento com base em depósitos bancários em conta-corrente da pessoa jurídica, que, embora contabilizados no livro razão, não foram declarados na Declaração Anual Simplificada entregue pela titular.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

A insuficiência de recolhimento de tributos apurada em procedimento fiscal enseja o lançamento de ofício com os acréscimos legais.

SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. LIMITE DE RECEITA BRUTA. MULTA ISOLADA. PROCEDÊNCIA

Uma vez comprovado que a pessoa jurídica ultrapassou o limite de receita bruta previsto para a empresa de pequeno porte no ano-calendário de 2005, impõe-se a exclusão de ofício com efeito a partir de 1º/01/2006, sendo procedente a exigência da multa isolada por falta de comunicação de exclusão obrigatória.

BASE DE CÁLCULO DO SIMPLES. RECEITA BRUTA

A base de cálculo do Simples é a receita bruta auferida pela pessoa jurídica optante, proveniente da venda de bens e serviços prestados, excluídas somente as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. INEXISTÊNCIA

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade fiscal apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu, afastando-se arguições de inconstitucionalidade ou confisco.

CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA VIGENTE. COMPETÊNCIA

Na instância administrativa não se discute a constitucionalidade de atos legais, por ser uma competência exclusiva do Poder Judiciário.

NULIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA

Inexiste nulidade quando o auto de infração se encontra revestido das formalidades legais e foi garantido o direito de defesa na impugnação.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL EQUIVOCADA. INOCORRÊNCIA. FALTA DE PROVA

Incabível a pretensão de nulidade do lançamento sob o fundamento de ocorrência de equívocos e inobservância dos requisitos legais no procedimento fiscal, dada a ausência de provas de tais alegações.

Em 15/03/2010, conforme demonstra o AR de fl. 1.209, a parte recorrente foi intimada do acórdão antes referido e em 23/03/2010 ingressou com o recurso de fl. 1.210, destacando os seguintes pontos para reforma da decisão recorrida:

I – Nulidade do auto de infração por impossibilidade de adesão ao SIMPLES pelo fato da recorrente exercer atividade assemelhada as do representante comercial;

II – Contradição na lavratura do auto de infração;

III – nulidade da infração relativa à contribuição do PIS e da COFINS, pois a Lei nº 10.865, de 2002, reduziu a 0 (zero) as alíquotas.

IV – aplicação de multa confiscatória.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Relator.

O recurso é tempestivo, na conformidade do prazo estabelecido pelo artigo 33, do Decreto nº. 70.235 de 06/03/1972, foi interposto por parte legítima, está devidamente fundamentado e preenche os requisitos de admissibilidade. Assim, conheço-o e passo ao exame da matéria.

Conforme destaquei no relatório, além dos aspectos atinentes à nulidade do auto de infração; alegação de confisco em relação à multa aplicada e incidência de alíquota zero do PIS e da COFINS, a principal questão está relacionada à natureza dos valores escriturados pelo recorrente como sendo receitas de terceiros decorrentes da intermediação da compra e venda de produtos agrícolas.

O item 001 do auto de lançamento, à fl. 26, descreve a infração como sendo “omissão por depósitos bancários não escriturados” e aponta como infração o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, que assim dispõe:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Ocorre que para se formar a presunção de que trata o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, é necessário que a autoridade fiscal relacione, de forma individualizada, todos os depósitos bancários creditados na conta do sujeito passivo e o intime para comprovar a origem dos mesmos. A presunção de omissão de receita somente estará caracterizada nos casos em que o contribuinte não comprovar a origem dos referidos valores.

No caso dos autos, como todos os depósitos bancários estavam contabilizados, a autoridade não os relacionou e destacou textualmente na primeira folha do Termo de Verificação Fiscal:

“A análise do livro razão juntamente com os extratos bancários apontou que a escrituração está correta. Por amostragem, foi verificado que as operações de entrada e de saída de recursos nas contas correntes estão escrituradas. Razão pela qual, a análise pelos extratos bancários foi dispensada.”

Se dispensada a análise dos extratos bancários, cujos depósitos sequer foram relacionados para efeitos de lançamento, a primeira questão a ser enfrentada é se o lançamento atendeu a exigência do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Quanto a este aspecto, em que pese os extratos bancários não constarem dos autos, na segunda folha do Termo de Verificação Fiscal, baseado no que estava escriturado no Livro razão, a autoridade fiscal elaborou planilha contendo as seguintes informações:

	Rendas à Vista (R\$)	Contas/BCM				Total mensal R\$
		Banco do Brasil c/c 30.338.0 Ag. 0089-8 (R\$)	Banco Bradesco c/c 688-2, Ag. 3227-0 (R\$)	Banco Itaú c/c 10525-5 Ag. 1478 (R\$)	Banco Sicoob c/c 1.022-7 Coop 3243-3 RF	
Código Escriturado no Livro Razão	41010	10201	10203	10205	10206	
janeiro	69.915,00	59.712,30	183.458,82	889.386,99	152.046,73	1.354.519,84
fevereiro	40.394,50	39.825,50	128.665,34	682.223,38	59.187,56	950.296,28
março	131.163,10	84.110,18	143.086,87	705.926,65	139.932,30	1.204.218,10
abril	73.443,00	92.637,40	254.647,48	782.889,53	88.704,00	1.292.321,41
maio	101.476,45	179.653,40	101.268,21	1.073.754,24	114.010,26	1.570.162,56
junho	31.774,00	147.088,63	137.720,99	822.828,64	149.429,43	1.288.841,69
(...) por economia de tempo deixo de transcrever os valores relativos aos meses de julho a novembro que constam da segunda folha do TVF. Porém, ao final coloco o montante efetivamente apurados em cada conta, durante todo o ano.						
dezembro	311.966,01	96.246,74	209.137,45	1.0305.735,69	242.471,30	1.895.557,19
subtotal	1.429.372,10	1.569.017,18	2.043.491,52	10.168.477,71	1.695.520,98	
Total Geral Anual 16.905.879,49						

Após ter apurados os valores mensais, conforme planilha acima, a autoridade fiscal assim concluiu:

“O fiscalizado recebeu no ano-calendário 2005 receitas no total de R\$ 16.906.879,49. (dezesesseis milhões novecentos e seis mil oitocentos e setenta e nove reais e quarenta e nove centavos). Deste total, R\$ 1.429.372,10 (um milhão quatrocentos e vinte e nove mil trezentos e setenta e dois reais e dez centavos) foram classificados como receitas próprias e R\$ 15.476.507,39 (quinze milhões quatrocentos e setenta e seis mil quinhentos e sete reais e trinta e nove centavos) foram classificados como receita decorrente de intermediação comercial.”

“A empresa optou por ser tributada pelo SIMPLES, em 2005”. E tributou neste ano-calendário receita acumulada no montante de R\$ 305.085,54.

Após o relato acima, diz a autoridade fiscal que intimou o contribuinte para apresentar em 10 (dez) dias cópias dos cheques e/ou comprovantes de depósitos que comprovassem o efetivo depósito, deduzindo do percentual de intermediação dos negócios, entre os produtores e os quatro maiores clientes, sendo que o fiscalizado apenas apresentou uma planilha contendo a data, o nome do produtor, o número do cheque e o valor da transação. Do exame dos autos não identifiquei a referida planilha, mas sim os registros de fls. 162 a 906, denominado de Razão, como sendo indicativo do Livro Razão do fiscalizado onde constam os registros dos quais a autoridade fiscal se louvou para fazer o lançamento.

De posse dos registros especificados na segunda folha do Termo de Verificação Fiscal, cujo demonstrativo exemplifiquei na planilha acima, a autoridade fiscal, na

folha 04 dos autos, pegou a receita bruta acumulada, mês a mês, e aplicou o respectivo percentual em relação ao IRPJ, seguindo o mesmo procedimento em relação ao PIS, CSLL, COFINS e INSS (fl. 06).

Ao descrever a infração a autoridade fiscal afirma que se trata de “omissão de receita por depósitos bancários não escriturados”. Do exame que faço do auto de infração, mais precisamente à fl. 26, os valores lá contidos são exatamente os especificados na planilha da segunda folha do termo de verificação fiscal, em relação ao qual illustrei, na planilha acima.

Ocorre que para se formar a presunção de que trata o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, apontado pela autoridade fiscal, é necessário que esta relacione, de forma individualizada, todos os depósitos creditados na conta do sujeito passivo e o intime para comprovar a origem dos mesmos. A presunção de omissão de receita somente estará caracterizada nos casos em que o contribuinte não comprovar a origem dos referidos valores. No caso dos autos, não se têm os extratos bancários e nem a relação individualizada dos valores em relação aos quais a autoridade fiscal requereu a comprovação.

Nos casos em que a fiscalização intima o contribuinte para comprovar a origem dos depósitos bancários e este não se desincumbe do encargo, aceita-se que a fiscalização some cada um dos depósitos e destes subtraia o valor declarado. Isto decorre de procedimento lógico, pois não é crível que quem tem por hábito movimentar seus recursos por meio do sistema financeiro deposite os valores que não ofereceu à tributação e não deposite os que foram regularmente declarados. Entender de forma diversa atentaria contra a lógica de como as coisas se passam na vida real. Quem quer sonegar não oculta os valores regularmente tributados e deposita no sistema financeiro somente a receita omitida. A lógica demonstra o contrário. Apesar deste entendimento, sem prévia intimação para comprovar a origem, não é possível tributar com base em presunção de depósitos bancários valores extraídos do livro razão, somados mensalmente. Tal exigência até poderia se dar, mas não com base em depósito bancário.

Ao meu sentir, no caso concreto, se está diante de erro no critério de apuração do tributo.

Apesar do meu do entendimento pessoal acima referido, o colegiado entendeu em não acolher a preliminar de erro no critério de apuração seguindo o entendimento do ilustre Conselheiro Antônio Praga partindo da premissa de que os registros existentes no livro razão correspondiam à relação dos depósitos bancários. Tendo em vista as disposições regimentais que determinam que vencido em relação à preliminar de nulidade o relator deve enfrentar as questões de mérito, ressalvo o meu ponto de vista e, para o caso concreto, sigo o entendimento dos demais pares que não reconheceram a nulidade da autuação em relação ao item 001 do auto de infração. Com tais observações passo ao exame do mérito.

Da natureza dos valores contabilizados pela recorrente

Segundo a autoridade fiscal, o fiscalizado contabilizou no ano-calendário de 2005, 16.905.879,49 (dezesseis milhões novecentos e cinco mil oitocentos e setenta e nove reais e quarenta e nove centavos). Desse total R\$ 1.429.372,10 (um milhão quatrocentos e vinte e nove mil, trezentos e setenta e dois reais e dez centavos) foram classificadas como receitas próprias e R\$ 15.475.507,39 (quinze milhões, quatrocentos e setenta e seis mil, quinhentos e

sete reais e trinta e nove centavos) como receita de terceiros, decorrentes da atividade de intermediação na compra e venda de produtos agrícolas, supostamente realizadas pelo recorrente.

Na análise que realizou no livro-razão e nos extratos bancários (estes não juntado aos autos), concluiu a autoridade fiscal que a escrituração, quanto aos valores e formalidades está correta. O que se discute é a natureza dos valores classificados como receitas de terceiros.

O ato constitutivo de fl. 1.176, acompanhada do cartão do CNPJ de fl. 1.175, indica que em 12/04/1995 o recorrente constituiu firma individual, com sede na Rodovia Juazeiro Curaçá, km 1, nº 58, em Juazeiro, na Bahia, apontando como atividade econômica o “comércio atacadista de frutas, verduras, raízes, tubérculos, hortaliças e legumes frescos.”

Em respostas ao termo de intimação de fl. 1107 para especificar os produtos objeto de transações o contribuinte destacou como sendo “melão, melancia, cebola, goiaba, manga e coco.” (fl. 1.079).

O julgamento do presente caso passa, obrigatoriamente, pela avaliação da prova. Há necessidade de se formar convicção se os valores declarados e escriturados pelo recorrente como sendo “receitas de terceiros decorrente de sua intermediação” efetivamente guardam tal natureza.

Nos termos do artigo 226 do Código Civil “os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.”

O que necessita ser avaliado neste processo são os subsídios necessários à comprovação dos registros contábeis.

Dentre os inúmeros documentos que a fiscalização relacionou ter recebido no termo de fl. 1071, constam:

- a) três (03) pastas tipo AZ contendo notas fiscais avulsas de terceiros, que informa referente aos lançamentos contábeis na “Recursos Consignados de Terceiros”;
- b) oito (08) pastas tipo AZ contendo cópias de “Prestação de Contas ao Produtor”, que informa também referentes aos lançamentos contábeis na “Recursos Consignados de Terceiros”.

Ocorre que a autoridade fiscal, por entender que o autor não estava registrado junto ao Conselho de Representantes Comerciais – CRC, nos termos dos artigos 1º e 27 da Lei nº 4.886, de 1.965, abaixo transcritos, já era o suficiente para não considerar a contabilização de tais valores como sendo receitas de terceiros.

Art. 1º Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

.....

Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão, obrigatoriamente: (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 08.05.1992, DOU 11.05.1992)

- a) condições e requisitos gerais da representação;*
- b) indicação genérica ou específica dos produtos ou artigos objeto da representação;*
- c) prazo certo ou indeterminado da representação;*
- d) indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação; (Redação dada à alínea pela Lei nº 8.420, de 08.05.1992, DOU 11.05.1992)*
- e) garantia ou não, parcial ou total, ou por certo prazo, da exclusividade de zona ou setor de zona;*
- f) retribuição e época do pagamento, pelo exercício da representação, dependente da efetiva realização dos negócios, e recebimento, ou não, pelo representado, dos valores respectivos;*
- g) os casos em que se justifique a restrição de zona concedida com exclusividade;*
- h) obrigações e responsabilidades das partes contratantes;*
- i) exercício exclusivo ou não da representação a favor do representado;*
- j) indenização devida ao representante, pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação. (Redação dada à alínea pela Lei nº 8.420, de 08.05.1992, DOU 11.05.1992)*

§ 1º Na hipótese de contrato a prazo certo, a indenização corresponderá à importância equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão, multiplicada pela metade dos meses resultantes do prazo contratual. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.420, de 08.05.1992, DOU 11.05.1992)

§ 2º O contrato com prazo determinado, uma vez prorrogado o prazo inicial, tácita ou expressamente, torna-se a prazo indeterminado. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.420, de 08.05.1992, DOU 11.05.1992)

§ 3º Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato, com ou sem determinação de prazo. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.420, de 08.05.1992, DOU 11.05.1992).

A obrigatoriedade de registro junto ao CRC para o exercício da atividade de mediador de negócios não quer dizer que esta não exista nos casos em que o mediador não estiver registrado no CRC. O não registro junto ao CRC, conforme prevê o artigo 5º da Lei nº 4.886, de 1995, tem como consequência a vedação do mediador demandar em juízo reclamando remuneração pelos serviços prestados. Assim, tendo a autoridade fiscal encerrado a fiscalização a partir da constatação de que o fiscalizado não estava registrado junto ao CRC,

sem aprofundar-se com a finalidade descaracterizar a atividade de representante, buscando elementos de prova como existência de funcionários, ainda que não registrados, ou diligências junto aos adquirentes das mercadorias para que pudessem esclarecer, com mais precisão, a natureza dos negócios realizados, diante da formalidade dos registros contábeis e do que dispõe a segunda parte do artigo 226 do Código Civil, tenho que no presente caso há que se analisar onde estas transações eram realizadas, como normalmente se dão estas transações, quais as alegações e provas do recorrente quanto à veracidade dos registros contábeis e quais as provas carreadas pela fiscalização para infirmar as alegações e os registros feitos pelo requerente.

Do local das transações

A empresa recorrente, conforme indica seu contrato social, bem como as notificações realizadas pela autoridade fiscal, está localizada na Rodovia Juazeiro Curaçá, km 1, nº 58, em Juazeiro, na Bahia, Município este que faz divisa com a cidade de Petrolina, em Pernambuco. Na verdade, tratam-se de dois municípios que se situam as margens do Rio São Francisco, só que um de cada lado. As diligências realizadas pela fiscalização, às fls. 141 e 147, demonstram que os produtores agrícolas com quem o recorrente negocia possuem lavouras naquela região.

Não se tem notícia de negociações que não sejam oriundas de produtos rurais.

Como normalmente se dão as transações de produtos agrícolas, a partir das lavouras

As transações com produtos agrícolas podem ocorrer de mais de uma maneira. Há situações nas quais o comércio se dá por nota fiscal avulsa e outras onde o produtor possui talonário de notas, com condições de emitir documento fiscal na própria fazenda, ou roça, como denominam. A nota fiscal avulsa tem duas razões de ser: a) evitar que o produtor necessite mandar imprimir um ou mais blocos quando necessita uma ou apenas algumas notas; b) aumentar a eficácia da fiscalização.

Carrega-se o caminhão na propriedade e passa-se no “Posto Fiscal do ICMS” que confere a mercadoria e fornece a nota fiscal avulsa para ser preenchida. Quando a mercadoria sai da fazenda com nota fiscal pronta nada impede que a fiscalização, no trajeto, proceda a competente aferição. Contudo, fica a possibilidade de desvios. Assim, a realidade mostra que há regiões ou produtores cuja comercialização se dá por nota fiscal avulsa e, em outros casos, com notas fiscais com talonários previamente impressos e preenchidos na fazenda. As três pastas tipo AZ, relacionadas à fl. 1.071, contendo notas fiscais avulsas de terceiros indicam que o caso concreto revela procedimento de comercialização com nota fiscal avulsa, isto é, aquela fornecida no posto do ICMS quando a mercadoria já está no caminhão.

Dado a circunstância de que a produção agrícola situa-se em locais afastados dos “Postos de Fiscalização do ICMS”, dificilmente o produtor sai de sua lavoura para acompanhar o caminhão até o “Posto de Fiscalização do ICMS” para emissão da nota fiscal avulsa. Tal situação torna-se mais evidente nos casos em que o comprador ou o intermediário arrecada produtos em mais de uma lavoura. Isto explica a afirmação do agricultor Alfredo Jorge da Cunha dizendo que a responsabilidade pela emissão da nota fiscal ficava a cargo do recorrente. Tal afirmação, que tenho por verdadeira é a que de forma mais crível espelha a realidade de como as coisas se dão na prática, afasta a informação dada pelo recorrente de que as notas fiscais avulsas, apresentadas como sendo dos produtos comercializados através da intermediação comercial, eram emitidas diretamente pelo produtor, nos postos da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. A realidade dos fatos indicando como as operações efetivamente

se dão na vida real nos leva à conclusão de que o normal é o agricultor não sair de sua propriedade para ir até o posto de fiscalização do ICMS para obter nota fiscal avulsa e preencher. Isto, por vezes, fica a cargo do próprio caminhoneiro. Tal realidade não pode ser desconsiderada no presente caso. As três (03) pastas tipo AZ contendo notas fiscais avulsas de terceiros, entregues mas desconsideradas pela fiscalização apenas serve para confirmar a realidade dos fatos.

Das alegações e provas articuladas pelo recorrente quanto à veracidade dos registros contábeis

Segundo o relatório feito pela autoridade fiscal, contabilizando as transações realizadas como compra e venda e as transações registradas como “recursos de terceiros” em face da alegada intermediação somam-se 450 pessoas físicas e/ou jurídicas. As transações registradas como compras e vendas que caracterizam receitas próprias totalizavam 20 talões e foram escrituradas no livro razão, com o código 41010 (vendas de mercadorias à vista) e lançadas a débito na conta caixa. Estes valores foram escriturados e somaram R\$ 1.441.897,51. As operações classificadas como proveniente de intermediação comercial foram lançadas com o código 45004 (intermediação administrativa da receita alheia) e lançadas na conta Bancos Conta Movimento, com subclassificação dos bancos por onde transitaram. “A análise das operações que tem como contra-partida a conta 45004 demonstram que as entradas são provenientes de TEC, DOC, depósitos on-line ou cheques e foram escrituradas a débito. As saídas foram escrituradas a crédito e são em quase sua totalidade movimentadas através de cheques. Foi posto que as notas fiscais avulsas, apresentadas como sendo dos produtos comercializados através da intermediação comercial, eram emitidas diretamente pelo produtor, nos postos da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.”

Se havia prestação de contas ao produtor que ocupavam 08 (oito) pastas AZ, entregues à fiscalização (fl. 1.071), se está diante de mais um elemento indicando que o recorrente exercia atividade de intermediação.

Apesar de ter devolvido as notas fiscais avulsas de terceiros e as pastas de prestações de contas aos produtores (fl. 1071), a autoridade fiscal colheu informações com os produtores João Batista Bezerra e Alfredo Jorge da Cunha, cujos principais pontos seguem transcritos:

Da declaração do produtor João Batista Bezerra Tenório (fl. 144)

Ao ser questionado sobre o que produz, a relação comercial que mantém com a firma individual de João Alves da Silva Filho de Juazeiro, especificar os produtos que são comercializados, como se dá o fornecimento das mercadorias e o pagamento e apresentar comprovantes de pagamentos, o produtor João Batista Bezerra (fl. 144) informou, em síntese:

I – que desenvolve a atividade de produtor rural voltado ao plantio e à venda de cebolas; II – que a comercialização é realizada tanto nas próprias roças, como em um Box que mantém junto ao CEAPE de Petrolina/PE; III – que o referido comércio é predominantemente informal, isento, nas operações internas, do pagamento de ICMS, nos Estados de Pernambuco e da Bahia, fazendo com que o produtor fique desobrigado de emitir nota fiscal do produtor; IV – que no ano de 2005 realizou vendas de mercadorias à mencionada empresa, mas que em face aos esclarecimentos especificados no item anterior não dispõe de elementos que possibilitem essa comprovação; V – quanto ao fornecimento das mercadorias, o produtor esclareceu que de modo

geral ficava acertado se o transporte pegaria a mercadoria no próprio local do plantio ou no Box, sendo o pagamento normalmente realizado em cheques, quase sempre depositados em sua conta bancária.

Da declaração do produtor Alfredo Jorge Brasileiro da Cunha

Dos esclarecimentos prestados pelo produtor Alfredo pode ser destacado, entre outros, os seguintes trechos:

- Na qualidade de produtor.... seu âmbito de conhecimento do mercado consumidor limita-se a própria cidade....”

- Nessas condições, sabedor que a empresa individual JOÃO ALVES DA SILVA, pelo vasto conhecimento de mercado a nível nacional, atuava na região como intermediário para diversos produtores, o procurou colocando a sua produção à disposição da empresa, nos moldes em que desenvolvia as suas atividades, ou seja, a empresa Individual JOÃO ALVES DA SILVA procurava o comprador que oferecesse maior vantagem, tanto no que se refere ao preço, como ao modo de pagamento e com ele acertava os detalhes da transação comercial, ficando inclusive, responsável pela emissão da Nota Fiscal.”

- Por ocasião da prestação de contas, a Empresa Individual João Alves da Silva dava conhecimento do quanto foi gasto com transporte, embalagens, eventuais perdas e após abater o percentual da comissão que lhe era devida, efetuava o pagamento.

- Que a transação é feita na base da confiança, restando.

- No caso em espécie, como já mencionado, a empresa individual JOÃO ALVES DA SILVA, ficava responsável pela emissão das Notas Fiscais, em assim sendo, as que nos foram entregues, estamos anexando a pressente, ressaltando, entretanto, que o próprio apresentou a relação das Notas Fiscais emitidas no ano de 2005 que já foram solicitadas as segundas vias, conforme faz prova documento anexo.

Ao informar como se dá o fornecimento das mercadorias, o produtor noticiou que “encontrado o comprador, o fato é comunicado de imediato ao produtor que envia a mercadoria para o depósito da Empresa Individual JOÃO ALVES DA SILVA, que se encarrega de adotar todos os procedimentos, inclusive da emissão de Nota Fiscal.”

- Quando o comprador efetua o pagamento, o faz na conta da Empresa Individual de JOÃO ALVES DA SILVA que por sua vez abate as despesas efetuadas bem como o percentual da comissão a ele pertencente e o saldo remanescente e entregue como forma de pagamento ao produtor.

Nas declarações que prestou João Batista Bezerra Tenório afirma que vendeu mercadorias ao recorrente, não mencionando qualquer ato quanto à intermediação. Por sua vez, Alfredo informou que o recorrente foi quem intermediou a venda de sua produção, nada informando quanto à venda direta ao recorrente João Alves.

Pelo que se extrai da prova colhida pela autoridade fiscal há uma afirmando a existência somente de venda e outra somente de intermediação. Não se pode dizer que são provas contraditórias é possível que um tenha apenas vendido mercadoria e que outro tenha

apenas contado com os serviços de intermediação do recorrente, em especial quando este afirma exercer e assim declarava as duas atividades.

Dos valores constantes nos registros existentes como compra e venda, quando confrontados com os correspondentes a receitas de terceiros, há um forte indicativo de que o recorrente, para se enquadrar no SIMPLES, registrava sua comissão como sendo compra e venda. Isto, ao meu sentir, torna-se mais evidente quando se verifica na ficha 07 da Declaração Simplificada de que no ano de 2005 o recorrente não teve nenhum empregado. Ainda que comércio atacadista é pouco crível acreditar que alguém pudesse comprar e vender tamanha quantidade de produtos agrícolas, negociando com centenas de produtores, sem contar com um único funcionário. Tal indicativo, somado aos demais, dentre os quais as declarações dos produtores e os registros contábeis nos permite afirmar que os valores informados como sendo oriundos de intermediação, pertencentes a terceiros, assim contabilizados, sejam oriundos de compra.

Dos elementos que levaram a autoridade a desclassificar as receitas como sendo pertencentes a terceiros, oriundas da intermediação do comércio de produtos agrícolas.

Conforme destaquei no relatório, a autoridade fiscal não reconheceu os valores informados como sendo receitas de terceiros, objeto de intermediação praticada pelo recorrente, por estar este classificado no CNAE como “comércio atacadista de frutas, verduras, raízes, tubérculos, hortaliças e legumes frescos”, inexistência de contrato ou documento que provasse as atividades de intermediação de produtos agrícolas; inexistência de inscrição do recorrente no CRC e por ser o contribuinte era optante pelo SIMPLES e a Lei nº 9.317, de 1995, veda a tributação de representantes comerciais pela sistemática do SIMPLES.

Os elementos formais apontados pela autoridade fiscal não se sobressaem sobre a realidade dos fatos. Não colheu a autoridade fiscal uma única prova que pudesse sustentar que o valor informado como sendo receita de terceiros, decorrentes da intermediação, assim não fossem. A prova colhida pela autoridade fiscal dá conta de que o recorrente exercia atividade de intermediação na compra e venda de produtos agrícolas e também de compra e venda. Existe prova nos autos de que houve omissão de receita própria decorrente de compra e venda, mas não existe prova de que os valores escriturados como sendo oriundos de intermediação correspondente à venda que gerou receita a terceiro pudessem pertencer ao recorrente.

Por fim, segundo se demonstrou no relatório, ainda que do valor de R\$ 16.905.879,49 se subtraia R\$ 15.475.507,39 correspondente à receita de terceiros, resta um saldo de R\$ 1.429.372,10. O recorrente declarou apenas R\$ 305.068,54, o que demonstra omissão no valor de R\$ 1.124.303,56, que deve ser mantida.

Da questão relacionada à alegação de nulidade do lançamento em virtude da impossibilidade da empresa ser enquadrada como integrante de SIMPLES

O princípio da legalidade tributária deve ser interpretado de forma harmônica com o disposto no artigo 243 do CPC, que prevê que a nulidade não pode ser alegada pela parte que deu causa. Assim, nos casos em que o sujeito passivo, por iniciativa própria, opta pelo recolhimento de tributos na sistemática do SIMPLES, ocultando o exercício de atividades vedadas, não lhe é lícito alegar nulidade em relação a ato que ele próprio deu causa.

A nulidade se decreta em favor daquele que sofreu as consequências do ato praticado por outrem sem que fossem observadas as formalidades legais. Verificado que a parte que tinha obrigação de requerer a exclusão do SIMPLES por passar a exercer atividades vedadas, assim não procedeu, não lhe é lícito alegar nulidade para afastar a exigência do imposto lançado pela sistemática do SIMPLES, que ela própria optou.

Constatando infração quanto à adesão ou permanência no SIMPLES, quer pelo exercício de atividades vedadas, quer por ter o contribuinte extrapolado os limites da receita e não ter requerido sua exclusão, a autoridade fiscal pode, a qualquer momento, instaurar procedimento fiscal tendente à exclusão da empresa do SIMPLES. Contudo, mesmo nos casos de atividade vedada, a empresa que devia ter requerido sua exclusão não pode alegar tal circunstância como causa de nulidade do lançamento.

Com tais considerações, afasto a alegação de nulidade do auto de infração.

Da multa pela falta de comunicação da exclusão da empresa do Simples.

Em conformidade com o artigo 21 da Lei nº 9.317, de 1996, vigente à época, a falta de comunicação, quando obrigatória, da exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES, nos prazos determinados no § 3º do art. 13, sujeitava a pessoa jurídica a multa correspondente a 10% (dez por cento) do total dos impostos e contribuições devidos de conformidade com o SIMPLES no mês que anteceder o início dos efeitos da exclusão, não inferior a R\$ 100,00 (cem reais), insusceptível de redução.

No caso concreto, com a exclusão da base de cálculo dos valores escriturados como receitas de terceiros, a receita bruta da recorrente foi de R\$ 1.429.372,10, valor este que se encontrava dentro do limite previstos na legislação da época.

Da alegação de confisco em relação à multa

Sustenta o recorrente que as multas não podem persistir porque se constituem em verdadeiro confisco, ofendendo as disposições do artigo 150, IV, da Constituição Federal.

Sobre este assunto, observo que o descumprimento da legislação tributária gera sanções previstas em lei, dentre as quais as penas pecuniárias previstas no artigo 44, I, II, da Lei nº. 9.430, de 1996, assim dispõe:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido

apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Em face ao que dispõe o artigo 5º, XLVI, letra “c”, da Constituição Federal, que determina que a lei regulará a individualização da pena, levando em consideração as circunstâncias do ilícito e a culpabilidade do infrator, questiona-se se tal norma está dirigida exclusivamente ao legislador penal ou se abrange, também, as penalidades de natureza administrativa e tributária. Caso dirigida ao legislador tributário caberia indagar se este está autorizado, pela Constituição, a fixar penalidade de forma linear, isto é, sem critérios para que o aplicador possa individualizar a pena considerando as circunstâncias do caso concreto. Ainda que as questões aqui postas sejam dignas de maiores reflexões, certo ou errado, o legislador, representante da sociedade, para o caso de não declaração do imposto devido, fixou multa no percentual de 75% e de 150% nos casos de dolo, fraude ou simulação, não sendo lícito ao julgador substituir-se ao legislador para estabelecer outro critério de penalidade.

O Judiciário, no controle direto ou difuso de inconstitucionalidade, pode deixar de aplicar lei que considere em desacordo com a Constituição. Tal prerrogativa, todavia, não se estende aos órgãos administrativos, sendo que o Primeiro Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula 02, com a seguinte redação:

“O primeiro Conselho de contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

ISSO POSTO, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade, e no mérito, dar provimento parcial ao recurso para reduzir a base de cálculo do item 1 do auto de infração para o valor de R\$ 1.124.303,56, bem como cancelar a multa por falta de comunicação de exclusão do Regime do Simples.

(assinado digitalmente)

Moisés Giacomelli Nunes da Silva