



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS**

**Processo n°** 10665.001090/2010-76  
**Recurso n°** Especial do Contribuinte  
**Acórdão n°** 9101-002.055 – 1ª Turma  
**Sessão de** 11 de novembro de 2014  
**Matéria** IRPJ  
**Recorrente** TRIANGULO TELECOMUNICAÇÕES LTDA  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2006, 2007

RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

Nos casos em que a situação fática e/ou tese trazida pelo acórdão paradigma é distinta daquela apresentada no acórdão recorrido, não deve ser conhecido o Recurso Especial, pois não se caracteriza a divergência jurisprudencial - requisito de admissibilidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer o Recurso Especial. Vencidos os Conselheiros Valmir Sandri, Antônio Lisboa Cardoso (Suplente Convocado) e Paulo Roberto Cortez (Suplente Convocado), que conheciam em relação a qualificação da multa.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - PRESIDENTE

JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR - RELATOR

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Marcos Aurélio Pereira Valadão, Valmir Sandri, Valmar Fonseca de Menezes, Antônio Carlos Guidoni Filho (suplente convocado), Jorge Celso Freire da Silva, Antônio Lisboa Cardoso (suplente convocado), Rafael Vidal de Araújo, João Carlos de Lima

Junior e Paulo Roberto Cortez (suplente convocado). Ausente, justificadamente, a Conselheira Karem Jureidini Dias.

## Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergência (fls. 1119/1143) interposto pelo contribuinte contra o acórdão nº 1302-00.838, proferido pelos membros da 2ª Turma Ordinária, da 3ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento deste Conselho que, por unanimidade de votos, negaram provimento ao recurso.

O Recorrente alegou a existência de divergência jurisprudencial em relação ao entendimento do acórdão recorrido: (i) quanto à tributação das receitas de vendas de cartões telefônicos; e (ii) de manter a exigência de multa qualificada sobre as diferenças apuradas.

O acórdão, na parte recorrida, foi assim ementado:

“NATUREZA DE ATIVIDADE. Constatado que a pessoa jurídica adquire e vende produtos, legítima é a caracterização de sua atividade como comercial de venda de produtos.

MULTA QUALIFICADA É cabível a aplicação da multa qualificada quando se constata a conduta reiterada e que o contribuinte declarou/tributou apenas 2,3 % da receita total apurada pela fiscalização em seus próprios”

Em suas razões recursais sustentou que, no caso, as efetivas receitas são decorrentes de comissões, razão pela qual a tributação deve recair sobre as diferenças entre o valor recebido pela venda do produto e o valor pago à empresa fornecedora do serviço.

Nesse ponto, trouxe como paradigma:

“VALES BENEFÍCIO. CONCEITO DE RECEITA. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. Os vales benefício adquiridos por empresa que presta serviços de coleta, envelopamento, manuseio e entrega de vales transporte tendo como propósito exclusivo de repassar a preço de custo aos clientes e cujo repasse está contratualmente e legalmente bem delimitados nos autos enseja a exclusão desse ingresso do conceito de Receita bruta para efeito do Simples.” (Acórdão 1401-00.707)

Argumentou, em relação à qualificação da multa, que é necessário que a fiscalização demonstre o intuito de fraude e trouxe como paradigma:

“MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO PELA FISCALIZAÇÃO. LEGALIDADE.

À luz do art.44, II, da Lei nº 9.430/96, vigente à época dos fatos geradores, cabia à fiscalização, para fins de qualificação da multa de ofício, comprovar o evidente intuito de fraude. Levando - se em conta a necessidade de o lançamento, pelo caráter vinculado, manter - se nos estritos limites da legalidade, os fundamentos que justificaram a

aplicação do percentual de 150% podem ser apreciados de ofício no julgamento, e não apenas as alegações de defesa veiculadas no recurso voluntário.” (Acórdão 1401-00.707)

Em sede de exame de admissibilidade (fls. 1203/1205) foi dado seguimento ao recurso.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões às fls.1210/1215, por meio da qual sustentou que não merece reforma o acórdão recorrido, pois (i) apesar das alegações do contribuinte de que as remessas não configuram vendas (e por isso não poderia compor a receita bruta), não esclareceu o que foi feito dos produtos objetos das remessas e (ii) em relação à multa de ofício, afirmou que a reiteração da prática de ausência de declaração de parte significativa de suas receitas, evidenciam a clara intenção de fraudar o fisco, justificando a qualificação.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR - RELATOR

O Recurso Especial é tempestivo, entretanto, não preenche todos os requisitos de admissibilidade.

Com efeito, não se caracterizou a divergência jurisprudencial suscitada pelo Recorrente, senão vejamos.

O **acórdão recorrido, teve como fundamento a análise de provas**, como: cláusulas contratuais, contabilização feita pelo próprio contribuinte e notas fiscais. Cumpre a transcrição de trechos do voto recorrido:

“Quanto ao mérito, não merecem ser acolhidos os argumentos da recorrente.

(...)

Afirma a decisão recorrida:

(...)

‘Mas retornando aos contratos. Verificam-se dois tipos. Um de serviços e outro de venda de produtos.

### **O contrato de fls. 123/149, estipula:**

“CLÁUSULA PRIMEIRA DO OBJETO Constitui objeto deste contrato, a comercialização de Produtos e Serviços da TELEMIG CELULAR pelo MASTER CREDENCIADO...”

## CLÁUSULA SEXTA – DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

6.2 DAS CONDIÇÕES DE COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS E/OU SERVIÇOS As condições de comercialização dos produtos oferecidos pela TELEMIG CELULAR serão apresentadas periodicamente em Tabela de Preços emitida pela mesma.

O MASTER CREDENCIADO, fará seu pedido de compra de produtos, aparelhos e acessórios da marca TELEMIG CELULAR em formulário oficial ...

TELEMIG CELULAR processará as solicitações de compra de produtos, de acordo com a ordem de chegada...

A TELEMIG CELULAR se reserva o direito de estipular quantidades mínimas e máximas de cada pedido...

O MASTER CREDENCIADO se compromete a comercializar os “Kits” de produtos com a marca TELEMIG CELULAR somente nas localidades atendidas pelo prefixo exposto na caixa do referido produto...

### **O contrato de fls. 150/159, estipula:**

CLÁUSULA PRIMEIRA: DO OBJETO Constitui objeto deste contrato, a comercialização de serviços de ativação em planos PRÉ PAGO da TELEMIG CELULAR, pelo CREDENCIADO...

CLÁUSULA QUINTA – DA REMUNERAÇÃO 5.1.1. O CREDENCIADO será remunerado, também mensalmente e uma única vez, pela ativação de novo acesso em um dos Planos PRÉ PAGO, realizado pelos pontos de vendas cadastrados, pelo valor de R\$4,00 (Quatro reais), obedecidas as condições abaixo.”

### **Por sua vez, o contrato de fls. 161/167, apresenta as seguintes cláusulas:**

CLÁUSULA 1ª DO OBJETO A comercialização e distribuição dos produtos denominados “Cartão Celular – Pré Pago (CARTÕES) pela DISTRIBUIDORA para os pontos de venda apresentados por ela e cadastrados junto à TELEMIG CELULAR,( ...).

CLÁUSULA 3ª DO VALOR 3.1. As partes ajustam que para todos os efeitos aqui previsto, o valor deste Contrato de Distribuição é de R\$2.500.000,00 (Dois milhões e quinhentos mil reais).

CLÁUSULA 5ª DA COMPRA DOS CARTÕES 5.1. Os Pedidos de Compra de “CARTÕES” efetuados pela DISTRIBUIDORA, após o se devido cadastramento, serão analisados e atendidos conforme a disponibilidade de “CARTÕES” existentes nos

estoques da TELEMIG CELULAR, observadas as regras contidas nessa cláusula.

5.3 As “margens comerciais” concedidas à DISTRIBUIDORA são estabelecidas única e exclusivamente pela TELEMIG CELULAR e poderão ser revistas e alteradas a qualquer tempo. CLÁUSULA 6ª DA DISPONIBILIZAÇÃO DOS PRODUTOS PARA A DISTRIBUIDORA 6.1. As partes concordam que a TELEMIG CELULAR poderá alterar a forma de disponibilizar para a DISTRIBUIDORA os “CARTÕES” e/ou produtos comercializados, de acordo com suas necessidades e as quantidades solicitadas.

#### CLÁUSULA 7ª DAS OBRIGAÇÕES DA TELEMIG CELULAR

7.2. Disponibilizar para a DISTRIBUIDORA os produtos solicitados em um prazo máximo de 96 (noventa e seis) horas após a aprovação do pedido de compra e/ou comprovação de pagamento dos produtos.

CLÁUSULA 8ª DAS OBRIGAÇÕES DA DISTRIBUIDORA 8.8. Comercializar os “CARTÕES” adquiridos junto à TELEMIG CELULAR, e assegurar que seu Pontos de Venda o façam nas mesmas características de sua aquisição, sendo vedada qualquer alteração no produto, e respeitando os valores de face apresentados individualmente em cada “CARTÃO.”

Como se vê, o último contrato trata indubitavelmente de comercialização de produtos, com uma característica: a fixação de “margens comerciais”. Isto pode significar que a impugnante somente poderia vender o produto segundo o preço fixado pela Telemig. No entanto, esta cláusula não invalida a natureza da operação: compra e venda de cartões. A emissão das notas fiscais e a escrituração efetuada pela impugnante estão em perfeita consonância com os contratos, corroborando integralmente o entendimento fiscal.’

(...)

Como a fiscalização obteve os valores de venda diretamente na contabilidade da recorrente e este colegiado entende que a venda de cartões telefônicos deve compor a receita bruta utilizada como base de cálculo do SIMPLES, resta verificar se as saídas identificadas pelo CFOP 5904 devem ou não compor a receita bruta.

Sobre a matéria manifestou-se a DRJ:

(...)

*No entanto, **em que pese a fiscalização ter lhe apresentado a relação de todas as notas fiscais, a impugnante, naquela ocasião, não demonstrou a correlação entre as notas fiscais***

**“Manifesto” e as que teriam sido emitidas como vendas.** De igual modo, não apresentou comprovação do retorno dos produtos. Em sua impugnação é ainda mais lacônica. Simplesmente afirma que tais notas são “Manifesto”. Quanto ao argumento de que o fisco federal estaria interpretando de maneira divergente o disposto no regulamento estadual, constatasse mais uma assertiva da impugnante quando pretende dar às palavras mais força do que a realidade. Demonstrado está que a impugnante deu saída ao seu produto. Não comprovou o seu retorno ou a correspondente nota fiscal de venda. Portanto, não se trata de interpretação divergente mas de simples e visual constatação. **Não havendo esta comprovação, só restou à fiscalização, como alternativa não resta a este relator considerar as notas fiscais com a natureza de operação “Manifesto” efetivamente como notas fiscais de venda, ainda que com código de operação inadequado.**

Embora a recorrente venha afirmando que o CFOP 5904 refere-se a remessas que não configuram vendas e, portanto, não poderiam compor a receita bruta, **não esclarece o que foi feito dos produtos que foram objeto destas remessas:** converteram-se em vendas ou foram devolvidas?

(...)

Desse modo, não tendo esclarecido a recorrente o destino dos bens acobertados pelas notas fiscais cujo CFOP era 5904, correta a conclusão do fisco que trataram-se de saídas sujeitas a tributação, independente do tratamento dado a estas saídas pelo fisco estadual.

A recorrente teve pelo menos três oportunidades para esclarecer o destino dos citados itens (durante a ação fiscal, na impugnação e no recurso) e, **em nenhuma delas trouxe mais do que simples alegações desacompanhadas de provas.**”

Tem-se que o lançamento foi feito com base nos valores escriturados pelo próprio contribuinte, assim **a questão controversa não foi a natureza da atividade exercida,** já que a fiscalização constatou que eram exercidas as duas atividades: venda e intermediação, mas o fato de o contribuinte não ter levado à tributação o total das receitas de vendas. Nesse ponto, cabe a transcrição de trecho do voto condutor do acórdão recorrido:

“Como se pode observar, o lançamento foi feito com base nos valores escriturados pela recorrente, não havendo divergência de interpretação sobre a natureza da atividade exercida pela recorrente: prestação de serviços e venda de cartões.

Por outro lado, o acórdão paradigma trata da discussão sobre a **natureza da receita relativa ao serviço.**

Cumpra a transcrição de trecho do acórdão paradigma:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 19/12/2014 por JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 19/0

1/2015 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 19/12/2014 por JOAO CARLOS DE LIMA JUNI

OR

Impresso em 23/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

“Portanto, a receita e, por conseguinte, o lucro/acréscimo patrimonial da recorrente não deriva do repasse dos vales transporte adquiridos por seus clientes empregadores, mas sim da prestação dos denominados “serviços adicionais.

(...)

A fiscalização descaracterizou a hipótese de comissão mercantil, pois o contribuinte deveria ‘emitir nota fiscal em seu nome apenas com o valor dos serviços por ele prestados, e repassar ao seu cliente outra nota fiscal emitida diretamente da empresa emitente do vale transporte’.

Ora, esse erro formal por si só não autoriza à fiscalização a mudar a natureza jurídica do negócio, mormente quando tal procedimento foi permitido pelo fisco municipal através de resposta feita à consulta feita pela Recorrente.

Por outras palavras, ainda que a terminologia utilizada nos documentos relativos à aquisição dos vales transporte se refiram à ‘compra e venda’, **não altera a natureza jurídica nem descaracteriza a operação.**”

Assim, apesar de os acórdãos confrontados tratarem de venda de cartões telefônicos e venda de vales transporte, o que, em uma análise mais superficial levaria à conclusão de existência de similitude fática, verifica-se, na leitura das razões expostas em cada acórdão, que as situações fáticas são distintas, senão vejamos: (i) no acórdão recorrido não há análise da operação, pois neste ponto restou incontroversa a natureza da atividade exercida pelo contribuinte: prestação de serviços e venda de cartões, e (ii) no acórdão paradigma a questão é relativa à interpretação ou definição da atividade exercida pelo contribuinte.

Por fim, o acórdão recorrido teve como fundamento a análise de provas, de cláusulas contratuais, cuja revisão não cabe a esta Câmara Superior, já que sua competência restringe-se à verificação de matérias de direito e não fáticas. Tais razões alcançam a multa qualificada, já que por tratar o acórdão recorrido de análise de provas, não é possível caracterizar a divergência jurisprudencial.

Do exposto, não conheço do Recurso Especial do Contribuinte.

É como voto.

*(Documento assinado digitalmente)*

JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR - RELATOR

CÓPIA