



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

Processo n° 10665.001092/2010-65
Recurso n° 923.729 Voluntário
Acórdão n° 1401-000.770 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de abril de 2012
Matéria SIMPLES
Recorrente DEGUERRERO SERVIÇOS DE TELEFONIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2006, 2007

Ementa:

SIMPLES. INTERMEDIÇÃO DE VENDA DE CARTÕES TELEFÔNICOS. NATUREZA DA OPERAÇÃO

A comercialização de cartões telefônicos não representam operações de compra e venda de mercadorias. Isso porque, em verdade, quem compra um “cartão telefônico” não o faz para adquirir uma cártula de plástico ou de papel, mas sim para usufruir do direito a um serviço de telefonia, a ser prestado por uma operadora devidamente autorizada, por meio de concessão pública. Os cartões telefônicos são um instrumento, um veículo encontrado pelo operadores de telefonia, para comercializar os créditos necessário para a ativação da disponibilidade, junto à Concessionário de Serviço de Telefonia, do direito do cliente, de demandar por referido serviço. Nesse sentido, não é venda de mercadorias, mas sim intermediação de venda de créditos telefônicos, inseridos no bojo de um contrato de prestação de serviço celebrado entre o cliente e a empresa de telefonia.

SIMPLES. INTERMEDIÇÃO DE VENDA DE CARTÕES TELEFÔNICOS. BASE DE CÁLCULO

Tratando-se da intermediação de crédito para a prestação de um serviço, cuja remuneração se dá por valor fixo ou variável, de acordo com o volume da intermediação realizada, a remuneração contratada mais se aproximando de um contrato de comissão. Com isso, apenas esse valor, representativo da remuneração pela intermediação realizada, é que deverá ser considerado faturamento da empresa, sujeito à incidência da alíquota unificada do **Simplex**.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em DAR provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Jorge Celso Freire da Silva - Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Jorge Celso Freire da Silva (Presidente), Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Mauricio Pereira Faro, Antonio Bezerra Neto, Eduardo Martins Neiva Monteiro, Fernando Luiz Gomes De Mattos, Karem Jureidini Dias

Relatório

Trata o presente julgamento da análise conjunta de um grupo de processos do mesmo contribuinte que possuem o mesmo pano de fundo: a Recorrente foi excluída do Simples (processo nº 10665.001091/2010-65), com o conseqüente lançamento de IRPJ Simples e tributos decorrentes no ano-calendário 2006 (processo nº 10665.001871/2010-61), IRPJ Simples e contribuições no ano-calendário 2007 (processo nº 10665.001872/2010-13) e demais tributos decorrentes no ano-calendário 2007 (processo nº 10665.001869/2010-91), tudo com multa qualificada, representação fiscal para fins penais e atribuição de responsabilidade solidária à sócia Isis Naiara Pimentel Pereira Feliciano e ao sócio Sam Deguejo Angheti Pimental.

As razões que levaram à exclusão da Recorrente do Simples perpassa pela reclassificação promovida pela Autoridade Fiscal quanto à natureza da atividade desenvolvida pela Recorrente, implicando na alteração da base de incidência tributária, superando a receita bruta legalmente admitida para o regime excepcional.

Em resumo, segundo a representação para fins de exclusão do Simples (fls. 1), a Recorrente realiza a “venda” de cartões telefônicos móveis e celulares, pelo que a base de incidência do Simples deveria ser a receita bruta decorrente de referidas vendas.

A Recorrente, por sua vez, alega que realiza atividade de prestação de serviços de distribuição de cartões telefônicos entre as Concessionária de Telefonia e os pontos de venda a consumidor final, razões pela qual a base de incidência do Simples deveria ser apenas o valor por ela recebido à título de comissão.

Veja-se com mais detalhes a representação supra referida, *in verbis*:

No curso de procedimento de auditoria Fiscal do contribuinte acima qualificado, referente a apuração de irregularidades do SIMPLES, movimentação financeira incompatível com a receita declarada -PJ do período de janeiro de 2006 a maio de 2007, relativamente à inscrição no Simples, foram constatados os seguintes fatos:

a) O contribuinte iniciou as atividades em 05.10.2004 e optou pelo Simples nesta data, conforme tela CONSULTA PELO CNPJ;

b) No cadastro CNPJ, junto à Receita Federal do Brasil, o contribuinte informou exercer a atividade "6120-5-01"-Telefonia Móvel Celular;

c) A empresa vende cartões telefônicos de celulares, aparelhos celulares e chips, conforme cópias das notas fiscais de saídas anexas a esta representação por amostragem.

d) Pela planilha anexa a esta representação, constatamos a ausência de declaração de valores de receita de venda de produtos no ano de 2006, confrontando valores declarados Receita Federal e os apurados pelas notas fiscais de saídas da empresa, quando a soma das receitas apuradas por esta Auditoria Fiscal ultrapassa o Valor limite permitido por lei para que a mesma permanecesse como optante pelo SIMPLES, constatamos tal fato;

e) Anexamos à presente, os seguintes elementos comprobatórios:

* Cópia de Notas Fiscais de Saída do ano de 2006, por amostragem;

* Cópia do Livro de Registro de saídas do ano de 2006 com os lançamentos das respectivas Notas Fiscais de Saídas;

* Cópia da Declaração do SIMPLES do ano de 2006 extraída do portal do IRPJ;

* Telas do sistema Consulta CNPJ onde constam a data de opção pelo SIMPLES, quadro societário e CNAE;

f) De acordo com artigo 9º. da Lei 9.317, de 05 de dezembro de 1996, não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica:

II - na condição de empresa de pequeno porte que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006).

A Instrução Normativa SRF nº 608 de 09.01.2006, regulamentando a situação, define:

Art. 20. Não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica:

II - na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais);

* Para o ano de 2004 o limite era de R\$ 1.200.000,00 (Um milhão e duzentos mil reais);

Art. 22. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I- ..)

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 20;

Art. 23. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses::

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso I e § 22 do art. 22, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

Parágrafo único. A exclusão de ofício dar-se-á mediante Ato Declaratório Executivo (ADE) da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo administrativo fiscal da União, de que trata o Decreto nº 70.235, de 1972.

Art. 24. A exclusão do Simples nas condições de que tratam os arts. 22 e 23 surtirá efeito:

VI - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que foi ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 20;

Pela descrição da fundamentação legal da Lei nº. 9.317/96 e Instrução Normativa SRF 608/06, passamos a descrever os valores recebidos a título de Receitas com venda de produtos em consonância com as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte.

MES	VR. DECLARADO.	VR. NOTAS FISCAIS	DIFERENÇA NÃO DECLARADA
jan/06	84.623,47	3.263.302,60	3.178.679,13
fev/06	81.871,77	2.976.773,10	2.894.901,33
mar/06	85.534,04	3.421.329,40	3.335.795,36
abr/06	52.742,19	2.537.447,27	2.484.705,08
mai/06	59.343,73	3.495.268,59	3.435.924,86
jun/06	44.778,31	3.135.392,32	3.090.614,01
jul/06	40.260,01	2.654.204,66	2.613.944,65
ago/06	45.314,04	3.291.247,20	3.245.933,16
set/06	111.753,05	4.784.058,56	4.672.305,51
out/06	92.142,52	4.045.207,70	3.953.065,18
nov/06	84.676,47	3.222.268,51	3.137.592,04
dez/06	131.466,97	3.597.953,67	3.466.486,70
	914.506,57	40.424.453,58	39.509.947,01

No quadro abaixo, resume-se o total anual da receita bruta do contribuinte apurada pela fiscalização, neste procedimento:

ANO	Receita Bruta - Apurada p/ Fiscalização	Limite p/ Opção no Ano Seguinte
2006	40.424.453,58	2.400.000,00

De acordo com o demonstrativo acima, verifica-se que o contribuinte não preenchia as condições para enquadramento no Simples, no ano de 2007, em razão do excesso de faturamento no ano de 2006.

Solicito que o Chefe da Seção de Fiscalização- SAFIS encaminhe a presente Representação Fiscal à SACAT/DRF - Divinópolis para, com base no art. 6º, inciso IX, da Portaria DRF/DIV nº 29, de 15.07.2009, decidir a respeito da proposta de exclusão do contribuinte do SIMPLES, pela ocorrência de situação impeditiva a opção, sem que o contribuinte espontaneamente procedesse a alteração cadastral para a exclusão.

Proponho, fundamentado no art. 14, inciso I da Lei nº 9.317/1996, que a mesma seja excluída do SIMPLES com efeitos a partir de 01/01/2007.

Em sequência, a Autoridade Fiscal fez anexar uma “Planilha Demonstrativa do Faturamento”, em que relaciona as notas fiscais com data de emissão, mês de referência, número da NF, UF de destino, valor no livro de saída, CFOP e valor real da Nota Fiscal (fls. 04/32).

Ainda, às fls. 40 a 78, foram juntadas, por amostragem cópias das notas fiscais relacionadas na planilha supra descrita, assim como o registro no livro de saídas do ano calendário 2006 (fls. 79 a 130).

Notificada a Recorrente da sua exclusão do Simples, assim como dos autos de infração já enumerados, a mesma apresentou impugnação, em que alegou, em suma:

- a) Que não realiza venda de cartões telefônicos, mas sim a intermediação da prestação de serviços telefônicos entre as operadoras e o consumidor final;
- b) firmado este entendimento, que sua receita bruta não superou o limite legal para recolhimento dos tributos no âmbito do Simples;
- c) que as notas fiscais com o código CFOP 5.904 não se referem a vendas, mas sim de notas de mera remessa para fora do estabelecimento, pelo que não podem constituir base de incidência dos tributos.
- d) ausência dos requisitos legais para imputação de e responsabilidade pessoal à sócia Isis Naiara Pimentel Pereira Feliciano.

Postos os feitos em julgamento perante a DRJ de foram julgados improcedentes as impugnações, salvo no que toca à atribuição da responsabilidade pessoal da sócio, que foi acolhida. A decisão restou assim ementada, *in verbis*:

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

Autenticado digitalmente em 07/08/2012 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIR, Assinado digitalmente em 07/08/2012 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIR, Assinado digitalmente em 16/08/2012 por JORGE CELSO FREIRE DA SILVA

Impresso em 22/08/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007

LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

No desempenho das atividades de verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principais e acessórias pelo contribuinte, e de formalização dos créditos tributários daí decorrentes, os agentes fiscais têm uma atuação estritamente vinculada à Lei. Verificada a ocorrência de infração à legislação tributária, por dever de ofício, esses agentes públicos devem proceder à formalização da exigência dos tributos, acréscimos legais e penalidades aplicáveis.

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 com o evidente intuito de fugir ao cumprimento legal.

SUJEIÇÃO PASSIVO SOLIDÁRIA

Não estando devidamente provado que a sócia cotista teria praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, afasta-se a sua indicação como sujeito passivo solidário.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL'

Ano-calendário: 2006, 2007

NULIDADE DE LANÇAMENTO Verificada nos autos a inexistência de qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade.

MATÉRIA NÃO CONTESTADA.

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela impugnante, consolidando-se administrativamente a indicação de responsabilidade solidária.

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E

CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO

PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2006

RECEITA BRUTA SUPERIOR AO LIMITE LEGALMENTE ESTABELECIDO

Evidenciada a subsunção do fato à hipótese legal descrita no ato administrativo de exclusão do SIMPLES, é inadmissível a manutenção no mencionado sistema.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

OMISSÃO DE RECEITAS. Constatada a omissão de receitas a partir do cotejo entre os valores declarados e os constantes dos livros fiscais é legítimo o lançamento de ofício da receita omitida.

AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO

As simples alegações desprovidas dos respectivos documentos comprobatórios não são suficientes para afastar a exigência tributária.

OMISSÃO DE RECEITAS. TRIBUTOS DECORRENTES

Tratando-se de lançamento decorrente, a relação de causa e efeito que informa o procedimento leva a que o resultado do julgamento do feito reflexo acompanhe aquele que foi dado ao lançamento principal.

A Recorrente foi intimada acerca da decisão proferida pela DRJ em 25 de fevereiro de 2011, conforme AR acostado às fls. 721-verso.

Em 23 de março de 2011, o Sr. Sam Deguejo Angheti Pimental, na condição de ex-sócio da empresa Recorrente, apresentou recurso voluntário para este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira

Trata-se de recurso interposto pelo Sr. Sam Deguejo Angueti Pimental, inscrito no CPF nº 029.844.716-95, na condição de ex-sócio e responsável tributário indicado no auto de infração.

Entendo que, apesar de a empresa não possuir legitimidade para questionar a indicação do administrador como responsável tributário pelo débito, este, uma vez, indicado, tem poderes para questionar o débito apontado em desfavor da empresa, e do qual é responsável solidário.

Diante disso, entendo estarem presentes os requisitos legais para o conhecimento do recurso, pelo que dele conheço.

Prefacial

No presente feito, estão em julgamento (i) o ato de exclusão da Recorrente do Simples e (ii) os efeitos decorrentes de referida exclusão, consubstanciados nos autos de infração.

A impugnação, assim como o recurso voluntário, batem-se contrariamente a esses dois momentos: inicialmente, alega a Recorrente que não deve apresentar a integralidade dos valores recebidos pela distribuição dos cartões telefônicos à tributação, mas apenas os valores percebidos por essa intermediação e, num segundo momento, pretende que, caso se entenda devida a referida inclusão, que se operem os efeitos *ex tunc*.

Não procede, assim, a afirmativa da decisão recorrida de que “*poder-se-ia até mesmo concluir que a impugnante não contesta o entendimento da fiscalização, vale dizer, não contesta que excedeu o limite permitido para a sua permanência no Simples. Pretende tão somente que os efeitos da exclusão se realizem a partir do ano-calendário de 2006, por ter ultrapassado a receita bruta em 2005, e quer que se apure o tributo para o ano-calendário de 2006, com base no lucro real, tal qual fora feito para o ano calendário de 2007, que ela entende pertinente*”.

Na verdade, a Recorrente expressamente se posiciona contra o entendimento que levou à sua exclusão do Simples e que, de fato, constitui o cerne essencial da autuação fiscal. Transcrevo parte da impugnação, extraída do relatório do acórdão da DRJ, que bem sintetiza a discussão, a saber:

"A autoridade tributária ao realizar a diligência fiscal na empresa contribuinte se deparou com três atividades econômicas realizadas: vendas de celulares, vendas de chips e "venda" de cartões com créditos pré-pagos para acesso de telefonia móvel.

"Conforme a farta documentação anexa, a diferença entre a receita bruta apurada no ano de 2006 pela contribuinte e a receita bruta apurada pela autoridade tributária, decorre da inclusão ou não dos valores recebidos pela vendas "dos cartões de créditos pré-pagos para acesso a telefonia celular.

Com efeito, a contribuinte ao lançar as receitas recebidas com a disponibilização do serviço pré-pago de telefonia celular, não incluía como receita bruta o preço de "venda" dos cartões, mas apenas as comissões pela disponibilização ao consumidor, por se tratar de uma prestação de serviços e não de um produto.

Entende o contribuinte que nesse caso não há operação de "compra e venda", mas apenas a prestação do serviço de telefonia celular e, portanto, não se trata de um produto inserido na cadeia de produção, mas de um serviço.

Conseqüentemente, a impugnante agiu com acerto ao não incluir em sua composição de receitas brutas, as receitas que não lhe pertencem, mas que pertencem a operadora que disponibilizou o serviço de telefonia móvel ao consumidor final, diretamente, mediante pagamento antecipado"

Feitas essas considerações, a questão posta em debate é saber qual a natureza da atividade exercida pela empresa que realiza a disponibilização de cartões telefônicos das concessionárias de telefonia para consumo perante o usuário final de tal serviço.

Mérito

Segundo o entendimento do auto de infração, as operações realizadas pela Recorrente configuram de comércio de bens, sujeitando-se à tributação pelo Simples segundo a totalidade do valor de venda do produto. A Representação Fiscal, fls. 01 e 02, que embasou a emissão do Ato Declaratório Executivo DRV/DIF nº 54, de 09 de agosto de 2010, fls. 133, afirma que:

"c1) Pela planilha anexa a esta representação, constatamos a ausência de declaração de valores de receita de venda de produtos no ano de 2006, confrontando valores declarados à Receita Federal e os apurados pelas notas fiscais de saídas da empresa, quando a soma das receitas apuradas por esta Auditoria Fiscal ultrapassa o valor limite permitido por lei para que a mesma permanecesse como optante pelo SIMPLES, constatamos tal fato; "

A citada planilha encontra-se As fls. 04/32, informando a data de emissão da nota fiscal, o mês, o número, a unidade da federação de destino, o valor registrado no livro de saída, o CFOP e o valor real da nota fiscal. Pode-se

verificar que os valores registrados no livro de saídas são efetivamente os mesmos que constam nas notas fiscais.

A fiscalização faz juntar algumas cópias de notas fiscais. Assim, pode-se constatar que as notas fiscais de fls. 40 a 78, apresentam como natureza da operação "Venda de Mercadoria — código 5102" e "Manifesto — código 5904". Como "Dados do produto" registram Cartão Celular Card ou Chip Varejo, sendo que no primeiro caso, consigna-se um desconto.

Assinale-se que a nota fiscal de fls. 42, tem como natureza da operação "Presta. Serv. Com . — Código 5.949" e não consta da planilha elaborada pela fiscalização, ainda que esteja registrada no Livro de Saída, conforme fls. 79. Por oportuno, destaque-se que nem todas as notas fiscais registradas no Livro de Saída foram consideradas na elaboração da planilha de fls. 04 a 32.

Logo, a primeira constatação é que a impugnante emitia notas fiscais de venda de produto em sua quase totalidade, e algumas de prestação de serviços. Constata-se também que religiosamente as registrava no seu Livro de Registro de Saídas, juntado por cópia. As fls. 79/130. Desta forma, pode-se até mesmo afirmar que a impugnante ofereceria ao fisco estadual e/ou municipal a totalidade das suas receitas.

Mas eis que dois detalhes se afiguram de maneira gigantesca.

A impugnante era optante pelo Simples. Assim, a tributação das suas receitas dar-se-ia segundo a sistemática de tributação favorecida, em outras palavras, não seriam tributadas separadamente pelo ICMS, ISS, COFINS, PIS, IRPJ, etc. E o tropeço maior: a impugnante deliberadamente oferecia A tributação, é bom que se repita, tributação favorecida, apenas parte de suas receitas. Não se trata portanto de interpretação quanto As atividades da impugnante. Não se trata de existência de alguma dúvida se a impugnante vendia ou intermediava produtos. Ela desempenhava as duas atividades. E ela própria assim os escriturava. Quando era venda, emitia nota fiscal de venda e registrava no livro de saídas, como vendas. Quando era comissão, emitia nota fiscal de serviços e registrava como serviços.

Isto foi o que a fiscalização constatou e apresenta como prova. Mas a impugnante termina por dirimir qualquer dúvida que porventura ainda existisse. Apresenta de livre e

espontânea vontade os contratos de fls. 197 a 215, assinados em 10 de novembro de 2004. Talvez pretendesse comprovar que desde aquela data adotasse a prática ora detectada e assim tornar vencedora sua tese de exclusão a partir do ano-calendário de 2005. Assinale-se, de pronto, que esta tese não encontra respaldo, ainda que o argumento da impugnante tenha alguma procedência pois ela realmente deveria ser excluída do SIMPLES já a partir do ano-calendário de 2005. Destaco que utilizo a expressão "tem alguma procedência" para assinalar que o procedimento da impugnante logrou algum êxito, uma vez que a fiscalização conseguiu detectar a prática somente em 2006. E tendo constatado o fato no ano-calendário de 2006, obviamente não poderia retroceder ao ano-calendário de 2005 e excluir a impugnante a partir do ano-calendário de 2006. Mas retomando aos contratos.

Verificam-se dois tipos. Um de serviços e outro de venda de produtos. O contrato de fls. 197/204, 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."

O contrato de fls. 210/215, determina:

"CLÁUSULA 1"- 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 3"-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 5"- DA COMPRA DOS CARTÕES

5.1. Os Pedidos de Compra de "CARTÕES" efetuados pela DISTRIBUIDORA, após o seu 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 6" 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 7"- 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 8" DAS OBRIGAÇÕES DA DISTRIBUIDORA

8.8. Comercializar os "CARTÕES" adquiridos junto a TELEMIG CELULAR, e assegurar que seus 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 segundo 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 omissão das notas fiscais e a escrituração efetuada pela impugnante estão em perfeita consonância com os contratos, corroborando integralmente o entendimento fiscal.

A impugnante alega ainda às fls. 196, do processo 10665.001871/2010-61:

"Os valores recebidos pela impugnante são depositados nas contas das operadoras tomadoras do serviço, autorizada a retenção da comissão pelo serviço prestado, até porque os créditos vendidos correspondem a minutos de ligação e/ou transmissão de dados pelas operadoras."

No entanto, não apresenta qualquer comprovação de tais depósitos. Em verdade, há de se assinalar que tais

comprovantes de depósito poderiam servir para comprovar simplesmente o pagamento da aquisição dos produtos comercializados. Portanto, a apresentação dos comprovantes, caso ocorresse, deveria estar acompanhada dos devidos esclarecimentos. Como se disse, não foi apresentado contudo qualquer comprovante de depósito da impugnante em nome das contratantes.

*O argumento da impugnante de que "**Fato insofismável é que o objeto social da empresa das impugnantes, conforme contrato social, sempre foi a prestação de serviços de telefonia e habilitações de linhas telefônicas do tipo pré-pagas e pós-pago**" é transcrito, inclusive com o negrito do original, tão somente para que não se argua que alguma contestação não foi apreciada. Naturalmente, não há de se tecer maiores comentários, a não ser lembrar ao impugnante que a realidade se sobrepõe ao registrado no contrato social. E a realidade é que está perfeitamente comprovada a operação de compra e venda. Aceitando-se "**o fato insofismável**" seria suficiente que todas as empresas registrassem no seu contrato social que estariam isentas do pagamento de qualquer tributo.*

Com esses fundamentos, entende, a decisão recorrida, que:

Não se trata, repita-se, ainda cansativo, de interpretação sobre a atividade econômica, como que fazer crer a impugnante. Trata-se de constatação pura e simples, a mais elementar, que a impugnante realizava suas operações mercantis, de compra e venda de produtos e de prestação de serviços, em um montante significativo e oferecia A tributação parcela insignificante. A constatação é instantânea A vista dos documentos constantes dos autos. Não existe qualquer ilegalidade em determinar o recolhimento dos tributos segundo a tributação favorecida. A legislação determina que, constatado o excesso de receita em determinado ano-calendário, a tributação para este ano-calendário continuará segundo a mesma modalidade escolhida pelo contribuinte. Logo, como a impugnante escolheu oferecer os valores tributáveis segundo o SIMPLES, a sua tributação para o ano-calendário de 2006 não poderá ser pelo lucro real. Se os tivesse oferecido em sua integralidade, conforme consta nos registros do seu livro Registro de Saídas, certamente os presentes autos não existiriam. Quanto razoabilidade, falece-nos competência para manifestar. Da mesma forma, nos exatos termos determinados pela legislação de regência, a autoridade fiscal adotou o lucro real para o ano calendário de 2007. Constatado está, por tudo que se encontra demonstrado, que a autoridade fiscal aplicou a legislação exatamente conforme determinado.

Vejamos:

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

Autenticado digitalmente em 07/08/2012 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIR, Assinado digitalmente em 07/08/2012 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIR, Assinado digitalmente em 16/08/2012 por JORGE CELSO FREIRE DA SILVA

Impresso em 22/08/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

No Representação Fiscal para Exclusão do Simples acostada a fl. 01, a exclusão da Recorrente do Simples deu-se sob o seguinte fundamento, a saber:

- a) O contribuinte iniciou as atividades em 05.10.2004 e optou pelo Simples nesta data, conforme tela CONSULTA PELO CNPJ;*
- b) No cadastro CNPJ, junto à Receita Federal do Brasil, o contribuinte informou exercer a atividade "6120-5-01"-Telefonia Móvel Celular;*
- c) A empresa vende cartões telefônicos de celulares, aparelhos celulares e chips, conforme cópias das notas fiscais de saídas anexas a esta representação por amostragem.*
- d) Pela planilha anexa a esta representação, constatamos a ausência de declaração de valores de receita de venda de produtos no ano de 2006, confrontando valores declarados Receita Federal e os apurados pelas notas fiscais de saídas da empresa, quando a soma das receitas apuradas por esta Auditoria Fiscal ultrapassa o Valor limite permitido por lei para que a mesma permanecesse como opt ante pelo SIMPLES, constatamos tal fato;*

As notas fiscais a que faz referência a Representação Fiscal para Exclusão do Simples apontam a saída de cartões telefônicos, ora para venda, ora sob “manifesto”.

Não se trata, assim, como afirmado pela decisão recorrida, de “constatação pura e simples, a mais elementar, que a impugnante realizava suas operações mercantis, de compra e venda de produtos e de prestação de serviços, em um montante significativo e oferecia à tributação parcela insignificante”. Ao contrário, a partir do momento em que a Autoridade Fiscal tomou as notas fiscais de saída dos cartões telefônicos como fundamento fático para embasar a omissão de receita, saber a natureza da saída desses produtos é essencial para estruturar a tributação que sobre essas operações irá incidir.

E não se diga ser óbvio que a comercialização de cartões telefônicos representem operações de compra e venda de mercadorias. Isso porque, em verdade, quem compra um “cartão telefônico” não o faz para adquirir uma cártula de plástico ou de papel, mas sim para usufruir do direito a um serviço de telefonia, a ser prestado por uma operadora devidamente autorizada, por meio de concessão pública.

A questão, em verdade, é tratada pela lei nº 9.472/97, que deu poderes para a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, para regulamentar a prestação de serviço de telefonia e atividades correlatas no território nacional.

Segundo a resolução ANATEL nº 426, de 09 de dezembro de 2006, o serviço telefônico fixo comutado, que compreende “serviço de telecomunicações que, por meio de

transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia”, podem ser prestados no formato pós-pago, em que o cliente é cobrado pelos serviços prestados mediante faturamento periódico; ou no formato pré-pago, “mediante a aquisição de créditos” (art. 53).

No formato pré-pago, a resolução apresenta duas formas de disponibilização do serviço, a saber:

Art. 56. O plano básico ou alternativo de serviço na forma pré-pago é aquele em que a prestação do serviço está vinculada à aquisição de créditos para fruição de tráfego.

Art. 57. O crédito referente à fruição de tráfego associado à forma pré-pago pode ser vinculado ou não a um terminal de assinante, observado o seguinte:

I - crédito pré-pago vinculado é caracterizado pela sua não portabilidade, devendo ser consumido em um terminal de assinante da prestadora que comercializou o crédito; e

II - crédito pré-pago não vinculado é caracterizado pela sua portabilidade, podendo ser consumido em diferentes terminais de acesso individual ou coletivo.

§ 1º O crédito não vinculado a terminal de assinante, pode ser utilizado em uma ou mais modalidades do STFC ou para comunicação com outro serviço de telecomunicações de interesse coletivo a partir de acesso individual ou coletivo.

§ 2º O uso do crédito para fruição de tráfego na modalidade de serviço local, comercializado por prestadora com PMS na modalidade local, só é admitido quando originado nos terminais da respectiva prestadora.

§ 3º A aquisição de crédito não vinculado a terminal de assinante caracteriza a pré-seleção da prestadora que comercializou o crédito para fruição de tráfego nas modalidades de serviço de longa distância nacional e longa distância internacional.

§ 4º O crédito não vinculado a terminal de assinante comercializado por prestadora sem PMS pode ser utilizado a partir de acesso individual ou coletivo, na área local onde a prestadora sem PMS tenha acessos individuais em serviço.

§ 5º É vedada a geração de débito para fruição de tráfego, além dos créditos disponíveis, vinculados a terminal de assinante, observado o disposto no § 7º deste artigo.

§ 6º Na chamada em curso, a prestadora deve informar ao usuário, com antecedência mínima de 30 (trinta) segundos, o término do crédito de terminal vinculado ou não vinculado com um sinal ou mensagem específica.

§ 7º Após o término do crédito, a prestadora pode permitir a continuidade da chamada em curso com a geração do débito correspondente.

§ 8º A prestadora deve possibilitar a verificação, de forma gratuita e em tempo real, do crédito pré-pago disponível para utilização.

Ainda, o art. 74 da mesma resolução, *in verbis*:

Art. 74. Contrato de prestação de serviço deve corresponder ao contrato padrão de adesão celebrado entre a prestadora e pessoa natural ou jurídica, que tem como objetivo tornar disponível o STFC, em endereço indicado pelo assinante, mediante o pagamento de tarifas ou preços, no caso de plano de serviço na forma pós-pago, ou mediante a aquisição de créditos, no caso de plano de serviço com crédito pré-pago vinculado a terminal de assinante.

Veja-se que, segundo a legislação de regência, nos contratos de telefonia fixa, defere-se ao cliente, consumidor final, assumir um contrato de adesão perante a Concessionária de Telefonia, mediante o qual esta se compromete a prestar o serviço desde que o Cliente adquira créditos vinculados ao seu terminal.

O mesmo se aplica ao Serviço Telefônico Móvel, nos termos da resolução ANAC 477.

Diante do exposto, resta claro que os cartões telefônicos são um instrumento, um veículo encontrado pelo operadores de telefonia móvel, para comercializar os créditos necessário para a ativação da disponibilidade, junto à Concessionário de Serviço de Telefonia, do direito do cliente, de demandar por referido serviço.

Nesse sentido, não vejo como a venda de cartões telefônicos podem ser considerados como venda de mercadoria para fins de tributação. Trata-se da aquisição de créditos para usufruir de um serviço de telefonia, que será prestado pela respectiva Concessionária. Nesse sentido, não é venda de mercadorias, mas sim intermediação de venda de créditos telefônicos, inseridos no bojo de um contrato de prestação de serviço celebrado entre o cliente e a empresa de telefonia.

No que toca especificamente à escrituração da Recorrente, que emitiu notas fiscais de venda de mercadorias, ou notas fiscais de manifesto, em que constam, no descritivo, cartões telefônicos, da mesma forma entendo não estarem presentes os requisitos para a tributação como mercadoria.

Isso porque a Recorrente agiu corretamente ao escriturar como receita apenas os valores decorrentes da intermediação na venda dos cartões telefônicos, ainda que as notas fiscais utilizadas reportem-se à “venda de mercadorias”.

E a confusão é justificável pois, como já se disse, não se trata de venda de mercadorias, como também não se trata propriamente da prestação de um serviço. Na verdade, trata-se da intermediação de crédito para a prestação de um serviço, cuja remuneração se dá por

valor fixo ou variável, de acordo com o volume da intermediação realizada, mais se aproximando de um contrato de comissão.

Com isso, apenas esse valor, representativo da remuneração pela intermediação realizada, é que deverá ser considerado faturamento da empresa, sujeito à incidência da alíquota unificada do Simples.

Com estes fundamentos, entendo deva ser afastada a acusação realizada pela autoridade fiscal, cancelando-se o ato de exclusão da Recorrente do simples, assim como os autos de infração dele decorrentes.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira - Relator