



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

Processo nº 10950.004913/2010-08
Recurso nº 896.261 Voluntário
Acórdão nº 1201-000.892 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de outubro de 2013
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES E TRIBUTOS
Recorrente OBJETIVA PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006, 2007

ATIVIDADE DA EMPRESA. REVENDA DE CARTÕES TELEFÔNICOS.

A base de cálculo para fins de apuração dos tributos pelo SIMPLES é a receita bruta auferida nas operações de venda de cartões telefônicos aos consumidores finais, não admitida qualquer dedução além daquelas previstas na norma.

LANÇAMENTO DECORRENTE DE EXCLUSÃO NÃO DEFINITIVA DO SIMPLES.

Declarada a exclusão do Simples, nada impede a imediata lavratura de auto de infração para exigência do crédito tributário devido, ainda que não decidido o recurso administrativo interposto contra o ato de exclusão.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO. MUDANÇA DE ALÍQUOTA.

Sujeitam-se as alíquotas mais altas, previstas para as faixas de receita bruta acumulada correspondentes, os montantes formados pelos valores já espontaneamente declarados e tributados, acrescidos dos apurados em procedimento fiscal de ofício.

TRIBUTOS ABRANGIDOS. DECISÃO APLICÁVEL.

O decidido quanto ao IRPJ se aplica também aos demais tributos abrangidos por este sistema de tributação que estão em discussão no presente processo.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Não há que se falar em violação à ampla defesa e ao contraditório na fase de procedimento administrativo anterior ao lançamento ou a decisão de não homologação da compensação.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.

É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais, quando comprovado que o contribuinte não figurou como parte na referida ação judicial.

EXCLUSÃO AO SIMPLES FEDERAL POR EXCESSO DE RECEITAS.

Confirma-se a exclusão do contribuinte ao Simples por excesso de receitas, cujos valores foram extraídos da escrita do sujeito passivo. Aplica-se exclusão do Simples Federal a legislação tributária vigente à época da ocorrência da situação impeditiva à permanência nesse regime unificado e simplificado, qual seja, a Lei nº 9.317, de 1996.

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

Para os fatos ocorridos a partir de 01/07/2007, aplica-se à exclusão do Simples Nacional os dispositivos da Lei Complementar nº 123, de 2006, que instituiu as normas gerais da sistemática e revogou a Lei nº 9.317, de 1996.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

EXIGÊNCIA NÃO CUMULATIVA.

Correta a exigência da COFINS pelo regime não cumulativo, posto que em obediência ao regime de tributação adotado pelo contribuinte em sua escrita, para aquele período.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

EXIGÊNCIA NÃO CUMULATIVA

Correta a exigência do PIS pelo regime não cumulativo, posto que em obediência ao regime de tributação adotado pelo contribuinte em sua escrita, para aquele período.

Recurso conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao Recurso Voluntário. Ausente momentaneamente o conselheiro João Carlos de Lima Junior. Ausente justificadamente, por motivo de saúde, o Conselheiro Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz (Presidente), substituído pela Conselheira Maria Elisa Bruzzi Boechat, atuando como Presidente o Conselheiro Marcelo Cuba Netto.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Correia Fuso - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Cuba Neto (Presidente Substituto), Roberto Caparroz de Almeida, João Carlos de Lima Junior, Rafael Correia Fuso, Luis Fabiano Alves Penteado e Maria Elisa Bruzzi Boechat.

Relatório

Trata-se de exclusão do simples federal relativo aos anos-calendário de janeiro de 2007 a junho de 2007, e do simples nacional relativo ao período de julho de 2007 a julho de 2009. A atividade de fiscalização se fundou em MPF nº 910500.2009.00715-9.

Segundo a fiscalização a contribuinte auferiu como receita em 2006 o montante de R\$ 80.568.061,58, e em 2007 o montante de R\$ 108.817.196,27.

A receita bruta auferida decorre da venda de cartões telefônicos conforme comprovam as cópias do Livro Razão da conta nº "90010601 — Cartões Telefônicos Distribuídos", cujos valores encontram-se consolidados nas demonstrações financeiras constantes dos livros diários nº 6 e 7 anexas.

Portanto, para a fiscalização a receita bruta auferida ultrapassou o limite previsto para enquadramento da empresa no Simples Federal (art. 2º da Lei nº 9.317, de 1996) e no Simples Nacional (art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006), ambos fixados em R\$ 2.400.000,00.

Em razão do excesso do limite de receita bruta no ano-calendário de 2006, a fiscalização propôs a exclusão da fiscalizada do Sistema Integrado de Pagamento do Imposto e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno (SIMPLES), com fundamento nos artigos 9º, inciso II; 12; 13, inciso II, letra "a" e 14, inciso I, todos da Lei nº 9.317, de 1996 com redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006.

A exclusão obedece ao disposto no inciso IV do artigo 15 da Lei nº 9.317, de 1996 e surtiu efeitos a partir de 01/01/2007, com a conseqüente expedição do Ato Declaratório Executivo nº 86/2010 (simples federal) e nº 87/2010 (simples nacional), publicados em 09 de setembro de 2010 e retificado em 14 de setembro de 2010.

Isso porque, na forma do artigo 15, da Lei nº 9.317/96, a exclusão dar-se-á a partir do ano calendário subsequente aquele em que a receita bruta ultrapasse o limite reportado no artigo 6º do mesmo diploma legal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.307/06.

Propôs ainda a exclusão da fiscalizada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), com fundamento no artigo 3º, inciso II da Lei Complementar nº 123, de 2006.

A empresa entregou à fiscalização contrato social e alterações, livro diário, razão e registro prestação de serviços referente 2006 e 2007, extrato das contas bancárias referente 2006 e 2007.

Houve ainda o lançamento de IRPJ, CSLL, Pis, Cofins e Contribuição ao INSS relativo ao ano-base de 2006. A infração imputada ao contribuinte é valor da receita bruta não declarada, caracterizada pela diferença entre a receita escriturada e o valor da receita declarada e, em consequência, acarretou insuficiência de recolhimento, em face da mudança de faixa de tributação. Cobrou-se ainda multa de 75%.

Já em relação ao ano de 2007, cobrou-se os tributos pelo Lucro Real, sendo que não foram lavrados os autos de infração de IRPJ e CSLL do ano calendário de 2007 posto nos quatro trimestres, a contribuinte apurou prejuízo fiscal e base negativa de CSLL. Contudo, ocorreu o lançamento para a exigência do PIS e da COFINS, incidência não cumulativa.

Os lançamentos ora mencionados se deram em 20/09/2010.

Inconformada com a exclusão dos Simples e com a tributação lançada pela fiscalização, a contribuinte apresentou impugnação em 20/10/2010, alegando que atua no ramo de distribuição de cartões e recargas telefônicas, sendo optante pelo Simples e foi alvo de autuação ao argumento de que teria recolhido imposto inferior ao devido. A presunção ocorreu com base na análise dos livros diário e razão, os quais foram confrontados com as declarações apresentadas e que resultou em diferenças entre a base de cálculo declarada e aquela apurada pela autoridade fiscal, fato que demonstrará ser equivocado.

Afirma que não obstante o equívoco da autoridade fiscal, o levantamento acabou por culminar com sua exclusão ao Simples Federal, por meio do ADE nº 86, com efeitos a partir de 01/01/2007 e do Simples Nacional, por meio do ADE nº 87, com efeitos a partir de 01/07/2007, ambos emitidos em 02/09/2010.

Após descrever cada um dos autos de infração, alega em preliminar que a Associação Nacional dos Distribuidores de Recargas Telefônicas — ANDIR, entidade representativa do seu ramo de atividade, protocolou em 26/06/2009, por meio do sistema COMPROT-DOC, documento nº 01133551.000106.2009.000.000, ou seja, antes do início da ação fiscal, processo de consulta, visando dirimir a controvérsia sobre a qual seria a receita bruta das empresas do ramo, para fins de pagamento dos tributos.

Assim, requer seja sobrestado o presente processo até que solucionada a controvérsia acerca do que vem a ser a Receita Bruta das empresas distribuidoras de cartões e recargas telefônicas.

Sustenta que a simples constatação do fato motivador da pretensão fiscal não poderia implicar na imediata conclusão de que o montante seja efetivamente devido, sem anterior levantamento, considerando todas as possibilidades; que mesmo se constatado indicio de irregularidade, não poderia o fisco proceder de imediato, sem provar a materialidade do ilícito, devendo ser observado o disposto no artigo 112 do Código Tributário Nacional.

Ataca os atos de exclusão, os quais tiveram como origem, em tese, o fato de ter extrapolado o limite de receitas previstos para a sistemática. Afirma que o fisco, maliciosamente, considerou como receita os valores referentes a "cartões telefônicos distribuídos", sem, no entanto, provar que tais valores se referem a vendas praticadas pelo contribuinte.

Contesta o fato de a autoridade fiscal ter tomado os valores decorrentes de entradas com saídas de cartões e recargas telefônicas para distribuição, como sendo aqueles exclusivamente decorrentes de receita bruta, sem qualquer outra consideração.

Afirma que o agente fiscal assumiu como sendo receita bruta o valor apurado em face da movimentação de cartões e recargas para distribuição, por conta e ordem da operadora de telefonia desconsiderando o valor apurado representativo de sua receita, que seria a comissão paga pela operadora de telefonia.

Menciona que os contribuintes possuem o direito ao contraditório, de forma que somente após a exclusão definitiva do Simples é que se poderia aplicar as normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, conforme manifestações jurisprudenciais que transcreve; que, uma vez impugnados os atos de exclusão, não poderia a autoridade fiscal lavrar auto de infração em tela.

Adentrando naquilo que intitula mérito, volta a alegar que a autoridade fiscal equivocou-se ao determinar a receita bruta do período, tendo em vista que não se trata de compra e venda de cartões e recargas telefônicas, mas de distribuição destes produtos, por conta e ordem das empresas telefônicas.

Que não adquire os créditos de telefonia para revenda, mas apenas os distribui como forma de prestação de serviços à operadora; que ocorrem duas modalidades de contraprestação pelos serviços prestados às operadoras; no primeiro, há o repasse dos cartões e recargas com deságio para o ora impugnante que, age como mero distribuidor, constituindo receita, apenas a diferença entre os valores de entrada e de saída dos cartões; que, com isso, não se quer dizer que se trata de um lucro na aquisição e revenda dos cartões; na segunda hipótese, ela recebe os cartões e recargas para distribuição e recebe uma comissão pelo serviço, sendo que repassa para a operadora apenas o valor dos cartões já descontada sua comissão.

Defende que, tendo o fisco efetuado o lançamento apenas em relação aos fatos ocorridos em 2006, acabou por corroborar a forma de apuração adotada para o ano de 2005, que é exatamente a mesma, o que evidencia que agiu de forma discriminatória, uma vez que admite como correta a forma de apuração da base de cálculo para o período de 2000 a 2005 e, sem qualquer motivação, pretende desconstituir a forma de cálculo adotada para o ano de 2006.

Ao final, requereu: (i) que sejam suspensos os efeitos da exclusão até o julgamento final da demanda; (ii) que, ante o exposto, deve ser declarada a improcedência da ação fiscal; (iii) que, caso sejam ultrapassadas as preliminares que seja julgada improcedente a medida fiscal e; (iv) que seja garantida sua manutenção no regime simplificado.

A DRJ de Curitiba julgou improcedente a manifestação de inconformidade contra o ADE de Exclusão do Simples Federal DRF/MGA nº 86, de 2010. Julgou também improcedente a manifestação de inconformidade contra o ADE de Exclusão do Simples Nacional DRF/MGA nº 87 de 2010. Da mesma forma, julgou improcedente a impugnação contra o auto de infração lavrado pela sistemática do Simples, relativo aos fatos geradores do ano de 2006 e julgou improcedente a impugnação contra os autos de infração que exigem valores de PIS e COFINS referentes ao ano de 2007 pelo Lucro Real, editando a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2006

ATIVIDADE DA EMPRESA. REVENDA DE CARTÕES TELEFÔNICOS.

A base de cálculo para fins de apuração dos tributos pelo SIMPLES é a receita bruta auferida nas operações de venda de cartões telefônicos aos consumidores finais, não admitida qualquer dedução além daquelas previstas na norma.

LANÇAMENTO DECORRENTE DE EXCLUSÃO NÃO DEFINITIVA DO SIMPLES.

Declarada a exclusão do Simples, nada impede a imediata lavratura de auto de infração para exigência do crédito tributário devido, ainda que não decidido o recurso administrativo interposto contra o ato de exclusão.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO. MUDANÇA DE ALÍQUOTA.

Sujeitam-se as alíquotas mais altas, previstas para as faixas de receita bruta acumulada correspondentes, os montantes formados pelos valores já espontaneamente declarados e tributados, acrescidos dos apurados em procedimento fiscal de ofício.

TRIBUTOS ABRANGIDOS. DECISÃO APLICÁVEL.

O decidido quanto ao IRPJ se aplica também aos demais tributos abrangidos por este sistema de tributação que estão em discussão no presente processo.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Não há que se falar em ampla defesa e contraditório senão quando instaurado o contencioso administrativo, ou seja, quando da apresentação da manifestação de inconformidade com o ato de exclusão.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.

As decisões administrativas proferidas pelos órgãos colegiados não constituem normas gerais, posto que inexistente lei que lhes atribua eficácia normativa, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, sendo aquela objeto da decisão.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.

É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais, quando comprovado que o contribuinte não figurou como parte na referida ação judicial.

EXCLUSÃO AO SIMPLES FEDERAL POR EXCESSO DE RECEITAS.

Confirma-se a exclusão do contribuinte ao Simples por excesso de receitas, cujos valores foram extraídos da escrita do sujeito passivo. Aplica-se exclusão do Simples Federal a legislação tributária vigente à época da ocorrência da situação impeditiva à permanência nesse regime unificado e simplificado, qual seja, a Lei nº 9.317, de 1996.

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

Para os fatos ocorridos a partir de 01/07/2007, aplica-se à exclusão do Simples Nacional os dispositivos da Lei Complementar nº 123, de 2006, que instituiu as normas gerais da sistemática e revogou a Lei nº 9.317, de 1996

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2007

EXIGÊNCIA NÃO CUMULATIVA.

Correta a exigência da COFINS pelo regime não cumulativo, posto que em obediência ao regime de tributação adotado pelo contribuinte em sua escrita, para aquele período.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2007

EXIGÊNCIA NÃO CUMULATIVA

Correta a exigência do PIS pelo regime não cumulativo, posto que em obediência ao regime de tributação adotado pelo contribuinte em sua escrita, para aquele período.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada, a contribuinte após ser cientificada da decisão da DRJ em 01/12/2010, protocolou Recurso Voluntário em 03/01/2011, alegando em apertada síntese que:

a) A Associação Nacional dos Distribuidores de Recargas Telefônicas — ANDIR, entidade representativa do ramo de atividade da qual faz parte a Recorrente, sendo inclusive daquela associada, acabou por formular Processo de Consulta junto à Receita Federal, visando justamente dirimir a controvérsia sobre a tributação desse tipo de atividade;

b) *Tal Processo de Consulta foi protocolado em 26 de junho de 2009, através do sistema COMPROT-DOC, sob o nº 01133551.000106.2009.000.000, ou seja, anteriormente ao início do procedimento fiscal em tela, o que, nos termos do artigo 14, da IN-RFB 740/2007, impede a aplicação de multa de mora e juros de mora, desde sua protocolização;*

c) *Menciona ainda que a referida instrução normativa está em consonância com o Código Tributário Nacional, senão vejamos o disposto no art. 161, §2º;*

d) *Diante de tal fato, temos que deveria a Autoridade Autuante, ante a formulação da consulta e tendo em vista que a mesma se refere exatamente ao tema ora tratado, que ainda que se iniciado o Procedimento Fiscal, como ocorre no caso em tela, o mesmo deveria ficar sobrestado, vez que não se pode penalizar o contribuinte, enquanto a administração fazendária não apresentar resposta a dita consulta;*

e) *Note-se que estar-se-á falando de consulta eficaz, formulada por sujeito competente para tanto, o que carrega, até por questão de lógica e economia processual, com o sobrestamento do presente Processo Administrativo Fiscal, até que se de uma solução a consulta formulada.*

f) *Deste modo, não há que se falar em afastamento do pedido de sobrestamento do presente processo, ao argumento de que a recorrente não teria demonstrado a existência de processo de consulta acerca do tema, devendo o Acórdão ora vergastado ser reformado nesta parte, para que o presente processo seja sobrestado até que seja solucionada a controvérsia acerca do que vem a ser a Receita Bruta das empresas distribuidoras de cartões e recargas telefônicas e conseqüentememe do quantum tributável;*

g) *Alega ainda que não merece prosperar a presente medida fiscal, devendo ser cancelada de plano, haja vista que há muito já foi ultrapassado o famigerado instituto da presunção simples na esfera do direito tributário, por total incompatibilidade com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, especialmente quanto ao devido processo legal, a legalidade e a segurança jurídica do sistema normativo, que visam garantir o direito de defesa de seus administrados.*

h) *Quanto ao mérito repete os mesmos fundamentos da Impugnação, alegando que os motivos que acabaram levando a autoridade fazendária competente a exclusão da mesma do regime do SIMPLES FEDERAL e SIMPLES NACIONAL, acham-se demonstrados de forma insegura e frágil, razão pela qual, não devam ser levados à consideração.*

i) *Isto porque, ao mesmo tempo em que houve diligência por parte da referida autoridade, quanto ao levantamento de valores, comete ela impropriedade quando toma os valores decorrentes entradas e saídas de cartões e recargas telefônicas para*

distribuição, como sendo aquele exclusivamente decorrente de receita bruta, sem qualquer outra consideração.

j) Alega ainda que os tributos, na pior das hipóteses, deveria ser cobrado a partir da intimação da exclusão do Simples, em atendimento à segurança jurídica, e jamais em período anterior;

k) Alega ainda que se devida fosse então a penalidade, esta haveria de ser aplicada a partir da notificação da exclusão dos sistemas diferenciados por parte da autoridade fazendária, o que só ocorreu em 20 de setembro de 2010;

l) Assim, ante todas as impropriedades apontadas acerca da constituição do presente Auto de Infração, outra medida não resta sendo o cancelamento ab initio do mesmo, vez que mesmo na hipótese de ser considerada a Exclusão como contencioso que pode ocorrer em paralelo a aplicação da penalidade, não foi observado o termo inicial para se aplicar os efeitos da exclusão da Recorrente do SIMPLES, devendo, portanto, ser reformado o Acórdão em tela, também quanto a este ponto.

m) Por fim, ainda quanto ao mérito, alega que não adquire os créditos de telefonia para revenda, mas apenas os distribui, como forma de prestação de serviços a operadora, que efetua a venda diretamente para o consumidor final, sem qualquer transação comercial dos créditos telefônicos entre a operadora e a recorrente;

n) O que ocorre são duas modalidades de contraprestação pelos serviços prestados pela Recorrente as operadoras. Na primeira, há um repasse dos cartões e recargas telefônicas, com deságio, para a recorrente, que funciona como mera distribuidora dos cartões e recargas telefônicas, fazendo parte de sua receita apenas a diferença entre os valores de entrada e saída dos cartões e recargas telefônicas, que se dão por simples remessa, conforme está registrado em seus livro diário.

o) Com isto, não se quer dizer que se trata de um lucro com a aquisição e revenda dos cartões, posto que tal forma comercial se dá única e exclusivamente com a finalidade de facilitar a transação, posto que ao invés da Recorrente repassar todo o valor da receita auferida para a operadora, repassa o valor da receita já descontado seu percentual, sua remuneração, pelo serviço de distribuição prestado;

p) Na segunda modalidade, mais usual, a Recorrente recebe os cartões e recargas telefônicas para distribuição e recebe uma comissão por tal serviço prestado, se dando sua remuneração, via de regra, da mesma forma que descrito para a primeira modalidade, ou seja, a recorrente repassa para operadora apenas o valor receita já descontada a comissão da Recorrente;

q) Como se vê, a medida visa apenas evitar a dupla circulação dos valores correspondentes à paga do agente (deste para a operadora, incluído o preço recebido do consumidor; e da companhia para o primeiro, sob a forma de contraprestação

pelo serviço prestado), com todos os custos bancários e tributários envolvidos;

r) Assim, é patente o equívoco da Autoridade Autuante, ao considerar que a saída dos créditos telefônicos da recorrente integraria sua receita, posto que tais saídas se dá por conta e ordem da operadora, sendo a receita da Recorrente apenas a paga por seus serviços de distribuição.

s) A recorrente era optante pelo regime do SIMPLES Federal desde o ano-calendário de 2000. Igualmente como exposto, de forma totalmente discriminatória, a Autoridade Autuante acabou por albergar em sua fiscalização apenas os anos calendários de 2006 e 2007, embora a fiscalização ter tido início em 2010, ou seja, podendo e, segundo o art. 142, do CTN, devendo realizar a verificação também do ano calendário de 2005;

t) É bom que se deixe claro que a recorrente entende, de forma correta, como sendo sua receita bruta apenas a "comissão" recebida da operadora de telefonia e não o valor global dos cartões e créditos telefônicos repassados para os revendedores/consumidores finais.

u) Quanto ao PIS e a COFINS cobrados na sistemática não cumulativa, também não mereceriam ser mantidos os valores apresentados pela autoridade autuante, vez que uma vez que fossem apurados pelo lucro real, teríamos então que efetuar a compensação dos mesmos com os valores de entradas, nos mesmos moldes do efetuado para o ano calendário de 2007;

v) Também com relação ao INSS, tal valor deveria ter sido revisto, haja vista que o mesmo incidiria sobre a folha de pagamento e não sobre o faturamento, como efetuado pela autoridade autuante.

x) Requereu seja conhecido o presente recurso, para o fim de serem acolhidas as razões argüidas, dando total provimento ao presente recurso, reformando o Acórdão ora vergastado, julgando totalmente improcedente a acusação fiscal e, assim, determinar o arquivamento do referido Auto de Infração;

y) Na remota hipótese de serem ultrapassadas as razões expostas acerca da insubsistência da medida fiscal, PEDE-SE seja aplicado ao ano calendário de 2006 a mesma sistemática de apuração de tributos utilizada para o ano calendário de 2007, qual seja, pelo lucro real.

z) Por fim, pede-se sejam ratificados todos os pedidos deduzidos na exordial impugnatória.

Os autos baixaram em diligência para certificar informações quanto ao crédito de Pis e Cofins na sistemática não cumulativa relativa ao ano de 2007.

Devidamente respondida e atendida a solicitação feita à fiscalização, os autos retornaram para julgamento.

Este é o relatório!

Voto

Conselheiro RAFAEL CORREIA FUSO

O Recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais, por isso o conheço.

Inicialmente, analisando a preliminar apontada no Recurso, qual seja de que a Associação Nacional dos Distribuidores de Recargas Telefônicas — ANDIR, entidade representativa do seu ramo de atividade, protocolou em 26/06/2009, por meio do sistema COMPROT-DOC, documento nº 01133551.000106.2009.000.000, ou seja, antes do início da ação fiscal, processo de consulta, visando dirimir a controvérsia sobre a qual seria a receita bruta das empresas do ramo, para fins de pagamento dos tributos.

Encontramos nos autos à fl. 235 apenas um questionamento e pleito sobre a modificação da base de cálculo dos tributos das distribuidoras de recargas telefônicas.

Não vislumbro no referido pedido a formalidade e os requisitos de uma consulta nos termos da instrução normativa nº 740/2007, que pudesse modificar o mundo jurídico quanto à tributação das empresas do setor, ou mesmo algo que pudesse ser esclarecido pela Receita Federal, visto que não há dúvidas quanto ao posicionamento da Receita federal quanto à tributação da integralidade da receita auferida por essas empresas.

Ademais, não foram juntados provas de que a contribuinte seria associada à entidade que questionou a base de cálculo.

Com isso, não há como esse E. Tribunal sobrestar o julgamento do Recurso, ou mesmo afastar a questão da penalidade em razão da falta dessas provas nos autos.

Nestes termos rejeito a preliminar quanto à consulta alegada pela Recorrente.

Quanto ao cerceamento do direito de defesa, violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, entendo ser irretocável a decisão da DRJ, que de forma muito objetiva entendeu pela inexistência de qualquer violação ou restrição aos direitos da Recorrente. Vejamos:

Com efeito, o artigo 14 da referida Lei nº 9.317/1996, conferiu à autoridade fiscal competência para excluir de ofício o contribuinte que, obrigado a requerer a sua exclusão do sistema pelo fato de não reunir condições de nele permanecer não o fizer, e o § 3º do artigo 15 da mesma Lei garantiu o direito à ampla defesa. Não há, portanto, previsão na Lei para que antes da exclusão do Simples o contribuinte deva ser intimado para exercer, se quiser, direito de defesa.

E nem poderia ser diferente. pois a Constituição Federal garante direito de ampla defesa no processo administrativo, porém este somente se instaura depois da edição de

determinado ato com efeitos jurídicos, no caso, edição do ato declaratório que excluiu a contribuinte do Simples e, por consequência, a obrigou a se submeter a nova regra de tributação.

Não houve, portanto, no presente processo, preterição ao direito de defesa, visto que a contribuinte foi regularmente notificada da exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples através de Ato Declaratório Executivo com sua motivação claramente identificada:

"A empresa OBJETIVA PRESTADORA DE SERVIÇOS LIDA, CNPJ nº 73.873.242/0001-63, excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples, com fundamento nos artigos 9º, inciso II; 12; 13 inciso II, letra "a" e 14, inciso I, todos da Lei nº 9.317, de 1996 com a redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006."

Acrescente-se, ainda, que os dispositivos legais infringidos encontram-se perfeitamente identificados no Ato Declaratório, sendo, igualmente, assegurado à interessada o contraditório e a ampla defesa, conforme disposto expressamente no art. 3º do Ato ora impugnado. Assim, resta afastada a alegação de que não lhe teria sido assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Como visto, não há reparos a se fazer quanto à decisão acima mencionada.

Quanto ao mérito, especificamente quanto à base de cálculo a ser tributada pelas empresas de cartões telefônicos, que interfere tanto na exclusão do contribuinte do Simples Federal e Nacional, quanto na tributação dos anos calendários de 2006 (pelo regime do Simples) e de 2007 (pelo regime do Lucro Real), cumpre investigar aqui alguns requisitos para se checar à conclusão da tributação: (i) se apenas sobre o valor da comissão retida pela empresa distribuidora, com o repasse de valores relativos ao "air time" às empresas de telefonia ou sobre o valor total recebido dos clientes.

Para se configurar uma logística ou uma distribuidora, com o intuito de se sujeitar à tributação apenas pela prestação de serviços, tal modalidade deve estar insculpada em contratos, contabilizada dessa forma, tratada de forma específica em documentos, de forma a buscar sustentabilidade em se tributar apenas valores pelo serviço de distribuição.

Não existindo essa linguagem nos autos de forma clara em documentos probatórios, a atividade passa a ser considerada como de venda de *air time*, ou seja, venda de uma mercadoria. Nesse aspecto, a tributação seria sobre o todo (valores recebidos dos consumidores dos serviços de *air time*).

Não vislumbro nos autos nenhum documento que permita esse julgador considerar que a empresa Recorrente esteja inserida na sistemática de tributação apenas da comissão ou da prestação de serviço. Não se juntou nos autos nenhuma prova dos repasses às empresas de telefonia, nenhum contrato tratando dessa comissão ou prestação de serviços.

Com isso, seja por uma modalidade ou outra, que resume em uma suposta comissão, conforme narrado no Recurso, não há meios de se atender ao pleito do contribuinte, pois falta a linguagem das provas nos autos.

Entendo até que a tese do contribuinte seja defensável visto que a matéria é recente e polêmica, merecendo maiores estudos, porém toda a retórica trazida pelo contribuinte quanto à remuneração por meio de comissão, a prestação do serviço de logística e distribuição resta prejudicada pela falta de provas.

Nestes termos, entendo que a decisão da DRJ quanto à exclusão do contribuinte da sistemática do Simples, a partir de 01/01/2007, bem como a incidência de IRPJ, CSLL, Pis, Cofins e contribuição ao INSS sobre a exigência da diferença da receita quanto ao ano de 2006 na sistemática do Simples, deve ser mantida, inclusive com a multa de 75%.

Esse inclusive é o entendimento da jurisprudência desse E. Tribunal:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ EMENTA

Data do fato gerador: 31/03/2004, 30/06/2004, 30/09/2004.

LUCRO PRESUMIDO. REVENDA DE CARTÕES TELEFÔNICOS.

Integra a receita tributável, para fins de apuração do IRPJ, a totalidade dos valores percebidos nas operações de revenda de cartões telefônicos aos consumidores finais. A contribuinte não firmou contrato de prestação de serviços com a empresa concessionária de telefonia, mas sim contrato de credenciamento para que pudesse comprar os cartões telefônicos e, depois, revendê-los. O campo de incidência do tributo federal é mais amplo que o do ICMS, abarcando operações com uma série de bens e direitos que não são tributados pelo imposto estadual. Embora o cartão telefônico não tenha a característica de uma mercadoria, como as que são normalmente tributadas pelo ICMS, ele representa um direito à utilização de um serviço, direito que é efetivamente comercializado pela recorrente.

CSLL. LANÇAMENTO DECORRENTE. Tratando-se da mesma matéria fática, e não havendo questões de direito específicas a serem apreciadas, o decidido quanto ao lançamento de IRPJ deve ser estendido à CSLL.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Publicado no DOU em: 23.03.2011

Recorrente: MINAS CARD LOGÍSTICA LTDA.

Recorrida: 2ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG

Acórdão 1805-00.057

CARF : - 1ª. Seção - 5ª. Turma Especial

Publicado em 23/03/2011

COFINS E PIS

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2002, 2003 PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. REVENDA DE CARTÕES TELEFÔNICOS.

O produto da revenda de cartões telefônicos, adquiridos por contrato de compra e venda de empresa de telefonia, integra a base de cálculo da contribuição como receita de vendas.

Recurso negado.

Resultado: Por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso. Ausente o Conselheiro Gileno Gurjão Barreto.

JOSEFA MARIA COELHO MARQUES - Presidente da Câmara.

Publicado no DOU em: 15.07.2008

Relator: FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Recorrente: COMERCIAL SPEED CARD COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.

Recorrida: DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

Órgão 2º Conselho de Contribuintes - 1a. Câmara Decisão 2º Conselho de Contribuintes / 1a. Câmara

ACÓRDÃO 201-81.088

Publicado em 15/07/2008

Já em relação ao ano calendário de 2007, em que a Receita Bruta foi considerada em valor superior a R\$ 48 milhões, não restou alternativa ao auditor fiscal senão em aplicar a sistemática do Lucro Real.

Ademais, conforme apontado na decisão da DRJ, muito embora o interessado tenha apresentado a Declaração Simplificada PJ- Simples, fls.101- 118, para o ano calendário em questão, ele apurou na contabilidade Lucro Real Trimestral.

A despeito da Recorrente alegar que a sistemática do Lucro Real deveria ser aplicada inclusive para o ano de 2006, em razão de ter supostamente também auferido nesse ano-calendário prejuízo fiscal, o fato é que na fiscalização, ao se deparar com a omissão de receita fundada em provas que apontam para tal fato no ano calendário de 2006, a fiscalização aplicou a exclusão do simples para o início do ano subsequente, qual seja, a partir de

01/01/2007, em atendimento ao disposto no artigo 15, inciso IV da Lei nº 9.317/96 c/c o artigo 9º, inciso I, da Lei nº 9.317/96:

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

I - na condição de microempresa que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006)

Assim, a fiscalização apenas aplicou a legislação tributária quanto ao critério temporal de exclusão do simples, não havendo que se aplicar o Lucro Real para o ano de 2006, visto que sob o aspecto do disposto nos artigos 15 e 9º acima, o contribuinte somente foi excluído do simples e aplicada outra sistemática de tributação a partir de 01/01/2007.

Nesse aspecto, superada a questão do IRPJ e da CSLL em razão de prejuízo fiscal, foi tributada apenas a receita bruta com base no Pis e Cofins pela sistemática não cumulativa.

Ao analisarmos os cálculos de Pis e Cofins nos lançamentos fiscais, a diligência realizada junto à fiscalização se atentou que o contribuinte havia informado e apurado todos os créditos e débitos em 2007 pela sistemática não cumulativa.

Com isso, acolho os esclarecimentos feitos pela fiscalização, para rejeitar o questionamento quanto à tributação em demasia da contribuinte.

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso Voluntário, para no mérito NEGAR-LHE provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Correia Fuso - Relator