



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

Processo nº 11516.002492/2003-35
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1002-000.200 – Turma Extraordinária / 2ª Turma
Sessão de 10 de maio de 2018
Matéria Simples - Exclusão por atividade vedada
Recorrente RAFFS AGENCIAMENTO DE CARGAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Data do Fato Gerador: 01/01/2002

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO CONSTANTE NA IMPUGNAÇÃO QUE INSTAUROU O LITÍGIO.

O contencioso administrativo instaura-se com a impugnação ou manifestação de inconformidade, que devem ser expressas, considerando-se preclusa a matéria que não tenha sido diretamente indicada ao debate. Inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria nova não apresentada por ocasião da impugnação ou manifestação de inconformidade. Nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235/72, considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada em impugnação, verificando-se a preclusão consumativa em relação ao tema. Impossibilidade de apreciação da temática, inclusive para preservar as instâncias do processo administrativo fiscal. Não conhecimento do recurso na matéria inovada.

SIMPLES. CONDIÇÃO VEDADA. EXCLUSÃO.

Consoante o que dispõe a legislação, é cabível a exclusão das pessoas jurídicas do Simples quando a fiscalização verificar que a empresa contribuinte se enquadra em uma das condições vedadas de que trata o artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, devendo os efeitos do ato de exclusão do Simples Federal observar o disposto na legislação de regência.

Recurso Voluntário Negado

Sem crédito em Litígio

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário, deixando de conhecer no que se refere a alegação de que a validade dos efeitos jurídicos do ato de exclusão deveria se iniciar apenas a partir de 02 de agosto de 2006, com fundamento no princípio da irretroatividade da lei tributária e, no mérito, por unanimidade, em lhe negar provimento.

(assinado digitalmente)

Ailton Neves da Silva - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonam Rocha de Medeiros - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ailton Neves da Silva (Presidente), Ângelo Abrantes Nunes, Breno do Carmo Moreira Vieira e Leonam Rocha de Medeiros.

Relatório

Cuida-se, o caso versando, de Recurso Voluntário (e-fls. 102/111) — autorizado nos termos do art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, interposto com efeito suspensivo e devolutivo —, protocolado pela recorrente, indicada no preâmbulo, devidamente qualificada nos fólios processuais, relativo ao inconformismo com a decisão de primeira instância, datada de 25 de setembro de 2007, consubstanciada no Acórdão n.º 02-15.830 (e-fls. 79/83), da 4.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Belo Horizonte/MG (DRJ/BHE), que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade (e-fls. 16/17), que pretendia desconstituir o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/FNS nº 69, de 14 de outubro de 2004 (e-fl. 15), que exclui a contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), Simples Federal, com fulcro no artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996, em razão de auferir receita de comissões e corretagens decorrentes de exercício de representação comercial, surtindo a exclusão efeitos a partir de 1º de janeiro de 2002, conforme inciso II do parágrafo único do artigo 24, da IN nº 355, de 29 de agosto de 2003, tendo sido assim ementada a decisão vergastada:

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

Exercício: 2003

VEDAÇÕES À OPÇÃO

*Não poderá optar pelo Simples a pessoa jurídica que se dedique
ao agenciamento de cargas, por constituir atividade
assemelhada à de representante comercial.*

Solicitação indeferida.

Na manifestação de inconformidade (e-fls. 16/17), a contribuinte defendeu nunca ter recebido pagamento por meio de comissão ou corretagem, informando tratar-se de empresa que trabalha com a comercialização de fretes, prestando contas às Companhias Aéreas, ocasião em que "paga a matéria prima (o frete) comercializada" e retém "a diferença",

sendo esta a sua fonte de receita. Afirma que a documentação utilizada pela fiscalização foi garimpada em arquivo morto, já que, a partir de 2001, descontinuou sua atividade de agenciamento de carga e que, no início de 2004, passou a atender exclusivamente aos correios, mediante contratos de prestação de serviço de transporte de malotes postais.

A tese de defesa não foi acolhida pela DRJ/BHE (e-fls. 79/83), tendo ponderado que a *"A interessada descreve sua atividade, em essência, como a aquisição e revenda de fretes e, com base neste argumento, nega exercer tarefas próprias de um representante comercial. À guisa de exemplo da natureza de suas atividades, apresenta dois 'Acordos Comerciais' pactuados por ela e VARIG S.A. (fls. 56 a 60)"*.

Ao final, a DRJ/BHE concluiu que da *"leitura destes Acordos, não se depreende — malgrado o emprego da palavra comercialização — que a interessada adquirisse um bem econômico (no caso, um dado valor em fretes) — de um fornecedor (ou seja, uma companhia aérea) e assumisse o risco de revendê-lo a seus próprios clientes. Muito ao contrário, o que emerge dos instrumentos de fls. 56 a 60 é uma relação de prestação de serviços, salientada pelo compromisso assumido pela interessada em atingir uma determinada meta, a qual foi estabelecida não pela própria interessada, mas pela transportadora à qual a interessada deve prestar contas (veja-se item 2.0 do 'Acordo' acima). Reforça este entendimento o fato de a interessada, em suas próprias palavras, prestar periodicamente contas às companhias aéreas de suas atividades. Por fim, aponta na mesma direção o fato de VARIG S.A. haver-lhe feito pagamentos com retenção de IRRF. Assim sendo, verifica-se que a interessada opera de modo similar ao de um representante comercial das companhias aéreas; logo, sua participação do Simples é vedada pela legislação de regência"*.

O recurso voluntário (e-fls. 102/111), inconformado com a decisão *a quo*, reiterou os termos e fundamentos presentes na impugnação, acrescentando que a validade do ato administrativo da exclusão do Simples deve se dar a partir da intimação da contribuinte, ou seja, 02 de agosto de 2006; que impera o princípio da irretroatividade da lei em relação aos efeitos jurídico do ADE. Requereu, ao final, o cancelamento da ADE para reenquadramento da recorrente no Simples; alternativamente, que a validade da exclusão se dê a partir de 02 de agosto de 2006.

Os autos foram encaminhados para este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), sendo, posteriormente, distribuído para este relator.

É o que importa relatar. Passo a devida fundamentação analisando os juízos de admissibilidade e de mérito para, posteriormente, finalizar em dispositivo.

Voto

Conselheiro Leonam Rocha de Medeiros, Relator

O Recurso Voluntário apresenta-se tempestivo (ciência do acórdão em 13/11/2007, e-fl. 85, e protocolo do recurso em 12/12/2007, e-fl. 102), tendo respeitado o trintídio legal, na forma exigida no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal. Demais disto, observo a plena competência deste Colegiado, na forma do art. 23-B, inciso I, do Regimento Interno do CARF, com redação da Portaria MF n.º 329, de 2017. Isto porque cuida os autos de exclusão do Simples

desvinculada de exigência de crédito tributário, a indicar a aplicação do art. 23-B, inciso I, do Regimento Interno do CARF, com redação da Portaria MF n.º 329, de 2017.

No entanto, o recurso não atende a todos os pressupostos de admissibilidade intrínsecos. O recurso é cabível, há interesse recursal, a recorrente detém legitimidade, inexistente fato impeditivo ou modificativo do poder de recorrer, mas, em contrafluxo, existe fato extintivo do poder de recorrer relativo a preclusão consumativa que se operou quanto a matéria não apresentada em impugnação e discutida unicamente no recurso voluntário, a saber, *a validade dos efeitos jurídicos do ato de exclusão iniciando apenas a partir de 02 de agosto de 2006, com fundamento no princípio da irretroatividade da lei tributária*.

A possibilidade de conhecimento e apreciação de novas alegações e novos documentos deve ser avaliada à luz das normas que regem o Processo Administrativo Fiscal, instituído pelo Decreto n.º 70.235, de 1972, o qual dispõe:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

(...)

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III – os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei n.º 8.748, de 1993)

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei no 9.532, de 1997):

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei n.º 9.532, de 1997);

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei n.º 9.532, de 1997)

(...)

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei n.º 9.532, de 1997).

Desta forma, nos termos dos arts. 14 a 17 do Decreto n.º 70.235/72, acima transcritos, a fase litigiosa do processo administrativo fiscal somente se instaura se apresentada a manifestação de inconformidade ou a impugnação, contendo as matérias que delimitam expressamente os limites da lide, sendo elas submetidas à primeira instância para apreciação e decisão, tornando possível a veiculação de recurso voluntário em caso de inconformismo, não se admitindo conhecer de inovação recursal.

A competência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) circunscreve-se ao julgamento de "recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos de natureza especial", de forma que não se aprecia a matéria não impugnada ou não recorrida. Se não foi impugnada ocorreu a preclusão consumativa,

tornando inviável aventá-la em sede de recurso voluntário como uma inovação. O CARF não pode apreciar matéria não deliberada pela DRJ, caso contrário, estar-se-ia, inclusive, diante de uma evidente supressão de instância.

Nesse sentido, o Egrégio CARF tem decidido por não conhecer de matéria que não tenha sido objeto de litígio no julgamento de primeira instância, a teor dos Acórdãos ns.º 9303-004.566 (3.ª Turma/CSRF), bem como precedentes desta Colenda 2.ª Turma Extraordinária da Primeira Seção de Julgamentos a exemplo dos Acórdãos ns.º 1002-000.101, 1002-000.102, 1002-000.103, 1002-000.084, 1002.000.136 e 1002.000.137.

Por consequente, não conheço o recurso neste ponto, que diz respeito da limitação da validade do ADE à data de 02 de agosto de 2006, com fundamento no princípio da irretroatividade da lei tributária.

No mérito, entendo que não assiste razão a recorrente. Veja-se. A contribuinte foi excluída do Simples Nacional em virtude de enquadrar-se em condição vedada por auferir receita de comissões e corretagens decorrentes de exercício de representação comercial, nos termos do artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

Em seu recurso, argumenta que não afere receita a título de comissão ou corretagem, pois, segundo entende, realiza comercialização de serviço de frete, ofertando-o à preço de mercado, para, depois, em prestação de contas com as Companhias aéreas contratantes, pagar o valor do produto adquirido (o frete), retendo a diferença a título de receita ou lucro. Finaliza afirmando que afere receita pelo cumprimento de metas e não através de comissões.

Da análise dos fólios eletrônicos deste e-processo, constato que a exclusão da contribuinte do Simples teve por origem representação formalizada em desfavor da contribuinte (e-fl. 12) no qual a DRF – Florianópolis constatou, ao analisar um pedido de restituição relativo a IRRF feito pela própria contribuinte, que esta aferia rendimentos a partir de comissões, incorrendo na vedação prevista no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996.

De fato, da leitura do Comprovante Anual de Rendimentos Pagos ou Creditados e de Retenção de Imposto de Renda na Fonte – Pessoa Jurídica (e-fl. 6), constato que a contribuinte foi beneficiária de rendimentos totais no valor de R\$ 25.737,19 (vinte e cinco mil e setecentos e trinta e sete reais e dezenove centavos), pagos pela VARIG S.A., no ano-calendário de 2001, declarando-se a natureza do rendimento como comissões, sob o código 8045, a saber, "Comissões e Corretagens Pagas à Pessoa Jurídica", com retenção na fonte de R\$ 276,80 (duzentos e setenta e seis reais e oitenta centavos).

No ano-calendário de 2002, novamente, foi beneficiária de R\$ 26.679,23 (vinte e seis mil e seiscentos e setenta e nove reais e vinte e três centavos), pagos pela VARIG LOGÍSTICA S.A., também a título de comissões (código 8045), com retenção na fonte de R\$ 363,23 (trezentos e sessenta e três reais e vinte e três centavos) (e-fl. 11).

Assim, mesmo a par dos argumentos apresentados pela recorrente, bem como dos documentos anexados à sua impugnação, não verifico como desconstituir a conclusão obtida pelo Juízo *a quo* no sentido de que, com efeito, a contribuinte não comercializava, em nome próprio, serviços (frete) adquiridos de terceiros, mas,

efetivamente, vendia em nome de outrem referidos serviços, aferindo, como receita, um percentual aplicado sobre o valor total comercializado, o que se equipara a receita aferida a título de comissão ou corretagem, vedada para o fim de enquadramento no Simples.

Ressalto que a contribuinte possui, desde 1995, quando constituída, como objeto social (e-fl. 20/51) o agenciamento de cargas e encomendas em geral e, segundo a doutrina civilista de Flávio Tartuce, ao tratar sobre os Contratos de Agência e Distribuição no seu Manual de Direito Civil, 7ª Edição, Saraiva, 2017, p. 549, "*o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência. Essa remuneração, prevista no artigo 714 da codificação material, é denominada **comissão***". Logo, nessa esteira, é certo que a recorrente encontrava-se em situação vedada para permanência no Simples, nos termos do artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996.

Logo, no momento em que a fiscalização constata que a contribuinte está enquadrada em uma das condições elencadas nos incisos do artigo 9º da Lei 9.317, de 1996, é consectário lógico da atividade fiscalizatória atentar-se para a realidade concreta dos fatos, no dever que possui em sua atividade vinculada. Demais disto, a ninguém é permitido alegar o desconhecimento da lei, o descumprimento das condições para enquadramento no Simples enseja a exclusão de ofício, nos termos do artigo 14, inciso I, da Lei nº 9.317/1996.

Considerando o até aqui esposado e enfrentadas todas as questões necessárias para a decisão, entendo pela manutenção do julgamento da DRJ.

Ante o exposto, de livre convicção, relatado, analisado e por mais o que dos autos constam, voto em conhecer parcialmente do recurso voluntário, deixando de conhecer no que se refere a alegação de que a validade dos efeitos jurídicos do ato de exclusão deveria se iniciar apenas a partir de 02 de agosto de 2006, com fundamento no princípio da irretroatividade da lei tributária, e, quanto ao mérito, em lhe negar provimento.

É como Voto.

(assinado digitalmente)

Leonam Rocha de Medeiros - Relator