



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13855.723088/2014-36
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-004.744 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de agosto de 2020
Recorrente AGROSOLO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA-ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2011

EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA. INTERMEDIÇÃO DE NEGÓCIOS.

Antes do advento da Lei Complementar nº 147, de 2014 o exercício de intermediação de negócios por meio de contrato de corretagem ou de representação comercial, constituía causa suficiente de exclusão de ofício do Simples Nacional por exercício de atividade vedada.

AUSÊNCIA DE CONTABILIZAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA NO LIVRO CAIXA.

É causa de exclusão de ofício do Simples Nacional a falta de contabilização da movimentação bancária no livro-caixa da empresa optante.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a alegação de nulidade e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Cleucio Santos Nunes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça (Suplente convocada) e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra a decisão da 4ª Turma da DRJ/SPO que julgou improcedente manifestação de inconformidade oferecida pela contribuinte.

De acordo com a Representação fiscal de fls. 2/11, a contribuinte não efetuou a escrituração contábil de sua movimentação bancária e exerceu atividade de intermediação de negócios, ambas condutas vedadas pela LC nº 123, de 2006 e que levam à exclusão do Simples. A empresa iniciou suas atividades em 22/5/1975 e o objeto social da empresa é a exploração do comércio e representação de produtos e máquinas agrícolas. A auditoria fiscal teve início em 10/01/2014 referente ao período de 01/01/2010 a 31/12/2011.

Intimada para apresentar diversos documentos, a empresa não entregou os demonstrativos e faturas de cartão de crédito. Segundo ainda a fiscalização, no período entre 2009 e 2011, a contribuinte teria emitido notas fiscais de “vendas comissionadas”, atividade vedada pela legislação do Simples. Tais notas tiveram como tomadoras dos serviços as Empresas Votorantim Cimentos S/A e Calcário Triângulo Indústria e Comércio Ltda. Intimadas sobre os fatos tais empresas os respectivos contratos de representação comercial e os valores de comissão por vendas.

A empresa foi também intimada para comprovar pagamentos realizados por meio de cartões de crédito. Sobre o assunto esclareceu que realizou contrato verbal de representação de vendas com a empresa E. Orlando Ross, ajustando valores em centavos de reais por quilo. Intimada sobre os fatos, a empresa E. Orlando Ross informou que o contrato em questão se referiu a “corretagem de sementes” e que a recorrente exercia atividade de intermediação de negócios entre produtores rurais (compradores de sementes) e a E. Orlando Ross (fornecedora). Sobre o ponto assim se manifestou a representação fiscal:

Por outro lado, intimamos a empresa E. Orlando Ross que informou que o tipo relação comercial mantida com a AGROSOLO caracterizava-se por **corretagem de sementes** e que os pagamentos à título de comissão eram efetuados pelos compradores, ou seja, a AGROSOLO intermediava negócios entre o comprador (produtores rurais) e o vendedor (E Orlando Ross) realizando pedidos junto aos compradores, recebendo os pagamentos dos pedidos, transmitindo os pedidos ao vendedor, efetuando os devidos pagamentos ao vendedor, contratando frete, e por fim, auferindo receitas resultante das diferenças entre preços constantes nos pedidos dos compradores e os preços de vendas da E Orlando Ross mais os preços dos fretes (**Doc. TER 02**).

Com base nesses fatos, considerou que empresa incorreu na vedação prevista no art. 17, XI, da LC nº 123, de 2006 combinado com art. 12, XXII da Resolução CGSN nº 04, de 2007.

Quanto à movimentação bancária, a representação explica que a contribuinte não contabilizou nos livros-caixa de 2010 e 2011 sua movimentação bancária, no que infringiu o disposto no art. 26, I e II e § 2º da LC nº 123, de 2006, combinado com art. 3º da Resolução CGSN nº 10, de 2007. Invocou também o art. 29, VIII da LC nº 123, de 2006 que prevê a exclusão de ofício do optante pelo Simples quando não for possível identificar a movimentação bancária da empresa optante. Com relação à atividade vedada, a fiscalização salientou que era dever da contribuinte, nos termos do art. 28 da LC nº 123, de 2006 solicitar sua exclusão do

sistema simplificado. Não o fazendo – como não fez – compete à administração tributária determinar a exclusão de ofício nos termos do art. 29, I da mesma LC.

Quanto aos efeitos da exclusão, explica que no caso da infração de atividade vedada, conforme o art. 31, II da LC n.º 123, de 2006, os efeitos retroagem para a partir do mês seguinte da situação impeditiva até o último dia do ano calendário em que a infração deixou de existir, o que no caso dos autos se daria de 01/01/2010 a 31/12/2011. No tocante à não identificação da movimentação bancária, o art. 29, VIII c/c § 1º da mencionada lei determina que a exclusão retroaja ao mês em que se deu a irregularidade, ficando a empresa impedida de optar pelo Simples nos próximos três anos-calendários seguintes. Assim, a exclusão se daria de 01/01/2010 a 31/12/2012.

Nestes termos foi proposta a exclusão do Simples, o que foi acolhido pelo Ato Declaratório n.º 31, de 30/10/2014, exarado, quanto ao essencial, nos seguintes termos:

Ato Declaratório Executivo N.º 31, de 30 de Outubro de 2014

Declara excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL - a pessoa jurídica que menciona.

Art. 1º EXCLUIR, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, a empresa AGROSOLO COMERCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA - ME, inscrita no CNPJ sob o n.º 44.504.298/0001-42, em razão de a mesma ter incorrido nas causas excludente previstas no artigo 17, inciso XI, e artigo 29, incisos I e VIII, e parágrafo 1º da na Lei Complementar n.º 123/2006, a partir de 1º de janeiro de 2010.

A contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fls. 675/681), alegando, em síntese, nulidade do ADE por violação à ampla defesa por não ter sido intimada entre a Representação Fiscal e a expedição do ato. No mérito argumentou que não poderia ser excluída do Simples por não identificação da movimentação bancária, pois a interpretação adequada do inciso VIII do art. 29 da LC n.º 123, de 2006 conduz à conclusão de que a vedação se aplica à inexistência de livro-caixa. Quanto ao outro motivo da exclusão, sustentou que não pratica atividade vedada, mas sim de representação comercial.

A DRJ afastou a preliminar, pois não há previsão legal da intimação postulada pela contribuinte e, no mérito, manteve a regularidade do ADE pois as hipóteses legais de exclusão restaram devidamente configuradas.

A recorrente interpôs o recurso voluntário de fls. 713/681, rebatendo a decisão, porém repisando os argumentos da manifestação de inconformidade.

O processo foi distribuído para minha relatoria e esse é o relatório.

Voto

Conselheiro Cleucio Santos Nunes, Relator.

1. DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O recurso é tempestivo. Conforme se verifica à fl. 710, a recorrente foi intimada da decisão da DRJ em 20/2/2017, por meio de AR. Em 21/3/2017 foi protocolizado o recurso voluntário (fls. 713/724), dentro do prazo de 30 dias, conforme previsto pelo art. 33, do Decreto n.º 70.235, de 1972.

A matéria que constitui objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme arts. 2º, inciso I, e 7º, *caput* e §1º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 9 de junho de 2015.

Sobre a regularidade da representação processual, desde a manifestação de inconformidade a recorrente se defende por meio de advogado constituído.

Assim, o recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

2. MÉRITO

Não foram arguidas preliminares de nulidade, razão pela qual passo apreciar diretamente as questões de mérito.

A questão central, conforme narrado nos fatos, reside na exclusão de ofício da recorrente do regime do Simples Nacional, com fundamento nos arts. 17, XII e 29, I e VIII da LC n.º 123, de 2006, conforme se verifica no ADE n.º 31, de 30/10/2014.

Os motivos da exclusão de ofício são os seguintes: i) não identificação de movimentação bancária no livro-caixa da contribuinte e (LC, n.º 123, de 1996, art. 29, I e VIII) e; ii) exercício de atividade vedada, consistente em “intermediação de negócios” (LC, n.º 123, de 1996, art. 17, XI).

Conforme se verifica da representação fiscal de fls. 2/11 que levou ao ato de exclusão, a recorrente foi intimada para apresentar sua movimentação bancária, pois esta não estava contabilizada no livro caixa entregue no curso da fiscalização, referente ao período de 01/2010 a 12/2011. Realmente, das cópias do livro-caixa anexas às fls. 41/61 não consta a movimentação bancária da recorrente. A recorrente não nega este fato, tanto que em suas defesas, argumenta que a não contabilização da movimentação bancária no livro-caixa não constitui infração suficiente para exclusão de ofício do Simples. Para a recorrente, é motivo para a exclusão de ofício se o contribuinte não mantiver o livro-caixa.

Ocorre que o art. 26, §§ 1º e 2º da LC n.º 123, de 2006 diz o contrário. Veja-se:

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

§1º O MEI fará a comprovação da receita bruta mediante apresentação do registro de vendas ou de prestação de serviços na forma estabelecida pelo CGSN, ficando

dispensado da emissão do documento fiscal previsto no inciso I do **caput**, ressalvadas as hipóteses de emissão obrigatória previstas pelo referido Comitê.

§ 2º As demais microempresas e as empresas de pequeno porte, além do disposto nos incisos I e II do **caput** deste artigo, deverão, ainda, manter o livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária.

O acesso à integral movimentação bancária da recorrente foi possível com o Dossiê Integrado de Movimentação Bancária DIMOB (fls. 288/291). O acesso a tais informações é possível, pois o art. 6º da LC n.º 105, de 2001, dá condições para isso, desde que haja procedimento administrativo instaurado e necessidade de tais informações, como no caso concreto.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. (Regulamento)

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

O dispositivo legal em questão, apesar do seu caráter controvertido em razão da possível ofensa ao art. 5º, X, que protege o sigilo de dados bancários, foi legitimado pelo STF no julgamento da ADI 2859 (e apensos). No julgamento da mencionada ADI ficou decidido que o art. 6º da LC n.º 105, de 2001 não ofende o sigilo de dados, pois não se trata de “quebra de sigilo”, mas de “transferência de sigilo para a autoridade fiscal”, desde que haja justa causa para tanto, comprovada pela instauração de procedimento administrativo.

Posteriormente o assunto foi objeto de Recurso Extraordinário que resultou no Tema de Repercussão Geral 225, com o seguinte verbete:

Tema 225 da sistemática da repercussão geral:

“O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao *sigilo bancário*, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de *sigilo* da esfera bancária para a fiscal”.

Assim, ao não demonstrar no livro-caixa sua movimentação bancária, a recorrente infringiu a regra do dispositivo legal transcrito e o acesso a sua movimentação bancária pelo DIMOB não afronta a legalidade.

Essa infração acarreta a exclusão do optante do regime do Simples, conforme se verifica do disposto no art. 29, VIII da LC n.º 123, de 2006:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

Sobre o outro motivo para exclusão, qual seja, o exercício de atividade vedada, consistente na “intermediação de negócios”, o art. 17, XI da LC n.º 123, de 2006, à época dos fatos (2010/2011) dispunha o seguinte: ¹

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte:

XI - que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

Com relação aos contratos celebrados com as empresas Companhia Cimento Protland Itaú e Votorantim, observa-se o seguinte.

O contrato de fls. 247/266, celebrado entre a recorrente e a empresa Companhia Cimento Protland Itaú, incorporada pela empresa Votorantim Cimentos Ltda. (protocolo de incorporação fl. 449), demonstra claramente que se trata de contrato de representação comercial, o que aliás, constitui um dos objetos do contrato social da recorrente (fl.18). As obrigações da contratada (Agrosolo) e a remuneração por comissões, constantes das cláusulas V e VII do contrato são típicas de contrato de representação comercial, regulado pela Lei n.º 4.886, de 1965, cujo objeto não é vedado pelo inciso XI, do art. 17 da LC n.º 123, de 2006.

Intimada para comprovar o tipo de contratação entre a recorrente e a empresa Calcário Triângulo Indústria e Comércio Ltda. (fl. 423), esta esclareceu que possui contato de representação comercial com a recorrente e juntou relatório de comissões (fls. 427/429).

Quanto a relação comercial com a empresa E. Orlando Ross, a recorrente alegou que não possuía contrato escrito com a companhia. A empresa E. Orlando Ross, por sua vez, depois de intimada, esclareceu que a relação comercial com a recorrente era de “corretagem de sementes, conforme se observa do documento de fl. 486:

1º) – A relação Comercial que envolveu, a AGROSOLO COMERCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA – ME , CNPJ nº 44.504.298/0001-42, e o contribuinte E. ORLANDO ROOS COMERCIO DE CEREAIS LTDA, no período de 01/2010 a 12/2011, caracteriza-se por Corretagem de Sementes.

2º) – Apresentamos no Anexo I, relação com número das notas fiscais referente a Vendas emitidas a Clientes da Região Norte de São Paulo, os quais procuram a Empresa AGROSOLO COMERCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA – ME para intermediação da compra bem como logística da mercadoria até a região.

3º) – Em se tratando de Corretagem, os pagamentos a título de comissão, podem ser efetuados pelo Vendedor ou Comprador, neste caso, eram realizados pelos Compradores. Não existe qualquer forma de pagamento efetuado pela E. ORLANDO ROOS COMERCIO DE CEREAIS LTDA à AGROSOLO COMERCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA – ME , CNPJ nº 44.504.298/0001-42 a título de intermediação comercial no período de 01/2010 a 12/2011.

A intimação de fl. 488, exigiu a apresentação de diversas Notas Fiscais emitidas pela E. Orlando Ross por intermediação de negócios realizadas pela recorrente. Tais notas foram juntadas às fls. 490/552, tendo como destinatários diversas pessoas, sendo que a natureza da

¹ O inciso XI do art. 17 da LC n.º 123, de 2006 foi revogado pela LC n.º 147, de 2014.

operação era de venda “Mercadoria Adquirida ou Recebida de Terceiro”. Vê-se, portanto, que tais notas não representaram uma venda direta aos destinatários, tendo a empresa E. Orlando Ross Ltda. declarado que se tratava de intermediação feita pela recorrente.

As provas trazidas aos autos dão conta de que a relação comercial entre a recorrente e a empresa E. Orlando Ross era de “corretagem” ou “intermediação de negócios”, na medida em que vendia sementes produzidas pela E. Orlando Ross a terceiros, recebendo um valor fixo por quilo de semente vendida.

Observe-se que, na essência, os contratos de corretagem e de representação comercial não são diferentes, pois ambos regulam intermediações de negócios com pequenas diferenças. No contrato de corretagem celebrado com a E. Orlando Ross a recorrente era contratada para fazer a intermediação do negócio entre o comprador e a E. Orlando Ross, responsabilizando-se pela logística, inclusive.

No contrato de representação, o objeto era realizar a venda dos produtos em nome da representada, no caso a Companhia Cimentos Portland Itaú. Nesse sentido dispõe a cláusula 5.1 do contrato:

Além das obrigações que lhe são aplicáveis nos termos da Lei, durante a vigência deste Contrato e suas prorrogações, o **REPRESENTANTE** compromete-se às suas expensas exclusivas, a:

5.1. - Promover diligentemente a venda do **PRODUTO** no **TERRITÓRIO**, de acordo como o disposto neste Contrato com as instruções fornecidas pela **REPRESENTADA** quanto ao volume de vendas e respectivas condições comerciais de preço e prazos;

Conforme o art. 722 do Código Civil, o contrato de corretagem se define como:

Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.

Trata-se, portanto, de uma intermediação de negócios em que o corretor não possui vínculos de subordinação com o cliente (vendedor da coisa).

No contrato de representação comercial, regido pela Lei nº 4.886, de 1965, tem-se também intermediação de negócios com mais subordinação entre o representante e o representado:

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

Por conseguinte, as provas trazidas ao processo demonstram que, realmente, os vínculos mercantis entre a recorrente e as empresas Companhia Cimentos Portland Itaú, E. Orlando Ross e Calcário Triângulo Industria e Comercio Ltda. era de representação comercial ou de corretagem, ambas equivalendo a “intermediações de negócios em geral”.

Assim, configura-se a vedação prevista no art. 17, XI da LC n.º 123, de 2006, o que leva à exclusão de ofício do Simples, caso a empresa não o faça espontaneamente.

Não houve impugnação por parte da contribuinte quanto a retroatividade dos efeitos do ADE, razão pela qual deverão ser mantidos conforme consta do ato.

Registre-se, por fim, não deve ser acolhido o argumento da recorrente de que entre a representação fiscal e a expedição do ADE devesse ser intimada para exercer o contraditório e a ampla defesa, pois até a expedição do ato não se tem uma pretensão devidamente constituída pela administração tributária. A intimação da contribuinte sobre a expedição do ADE inaugura a fase litigiosa do processo, a partir da qual poderá exercer as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, como de fato exerceu, conforme prevê o art. 7º I c/c art. 14 do Decreto n.º 70.235, de 1972. Por tal razão, rejeito a alegação de nulidade formulada pela recorrente.

Diante do exposto, conheço do recurso e, no mérito, voto por **NEGAR PROVIMENTO**, devendo-se manter integralmente o ADE.

(documento assinado digitalmente)

Cleucio Santos Nunes