



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

Processo n° 16641.000235/2008-51
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° **1802-002.392 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 22 de outubro de 2014
Matéria SIMPLES
Recorrente JAIR ANTONIO SCHULER E CIA LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2004

TRANSPORTE DE CARGA. SUB CONTRATAÇÃO. OPERAÇÃO DISTINTA DE AGENCIAMENTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. BASE DE CÁLCULO. AUTO DE INFRAÇÃO

A operação pela qual a transportadora contrata o serviço de transporte de carga com seu cliente, emite o conhecimento de transporte de carga e recebe em seu nome o valor total nele constante, caracteriza venda de serviço de transporte e aperfeiçoa o fato gerador dos tributos calculados com base no faturamento.

A empresa optante pelo SIMPLES, que exerce atividade de prestação de serviços de transporte, ainda que utilize sub contratados, não pode expurgar da base de cálculo dos tributos e contribuições recolhidos por essa sistemática valores pagos àqueles que sub contratou.

A receita bruta para apuração dos tributos do SIMPLES é o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

A omissão de receitas somente pode ser elidida mediante a produção de prova em contrário.

A verificação de omissão de receitas constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário.

RECEITA SUPERIOR AO LIMITE PERMITIDO PARA O ENQUADRAMENTO NO SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO COM EFEITOS A PARTIR DO ANO SEGUINTE.

Processo nº 16641.000235/2008-51
Acórdão n.º **1802-002.392**

S1-TE02
Fl. 3

Não poderá permanecer no Simples a pessoa jurídica que tenha ultrapassado, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite da receita bruta determinado pela lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José de Oliveira Ferraz Corrêa, Ester Marques Lins de Sousa, Henrique Heiji Erban, Nelso Kichel, Luis Roberto Bueloni Santos Ferreira e Gustavo Junqueira Carneiro Leão.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre/RS, que manteve lançamento realizado para a constituição de crédito tributário no regime de tributação simplificada – Simples, abrangendo fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2004, e também manteve ato de exclusão do Simples com efeitos a partir de 01/01/2005, por excesso de receitas no ano anterior.

Foram imputadas à Contribuinte duas infrações: omissão de receitas e insuficiência de recolhimento gerada pela mudança nos coeficientes para apuração do Simples, após a adição das receitas omitidas.

Os fatos que antecederam o presente recurso estão assim descritos no relatório da decisão recorrida, Acórdão nº 10-24.765, às fls. 197 a 206:

A matéria em litígio teve origem na fiscalização inaugurada com a emissão do Mandado de Procedimento Fiscal nº 1010200.2008.00421-1 que culminou com a exclusão do contribuinte do Simples a partir de 01/01/2005 e o lançamento de ofício pertinente a fatos geradores ocorridos em 2004.

No curso do procedimento fiscal foi constatada a omissão de receitas no ano de 2004, apurada pela confrontação entre os valores de receita constantes do livro fiscal de registro do ICMS (Livro Registro de Saídas) e os valores consignados pelo contribuinte na Declaração Simplificada PJSI/2005.

A partir desta ação fiscal, verificou-se que a empresa auferiu, no ano-calendário de 2004, receita bruta total de R\$ 2.027.162,41 (dois milhões, vinte e sete mil, cento e sessenta e dois reais e quarenta e um centavos), ultrapassando o limite previsto na Lei nº 9.317/1996 para o enquadramento como empresa de pequeno porte.

Análise do Faturamento declarado

Ano-calendário	Livros Fiscais (ICMS)	PJSI	Diferença de Base de Cálculo
2004	R\$ 2.027.162,41	R\$ 27.234,56	R\$ 1.999.927,85

A empresa foi intimada a esclarecer a respeito dos valores divergentes apresentados nos Livros Fiscais (Apuração ICMS = Registro de Saídas) e na PJSI (fls. 103). Ela respondeu que entende que deve ser tributado no Simples o valor líquido dos fretes.

Não aceitando o argumento da empresa, foram exarados os Autos de infração - Simples: Imposto de Renda Pessoa Jurídica (fls. 14 a 22), Contribuição para o PIS/Pasep (fls. 23 a 31), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (fls. 32 a 40),

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (fls. 41 a 49) e Contribuição para Seguridade Social - INSS (fls. 50 a 58), com base nos registros constantes dos Livros de Saídas e de Apuração do ICMS, cujo resumo se encontra na tabela de fls. 59, subtraída a receita bruta declarada na Declaração Anual Simplificada (PJSI) do exercício de 2005 (fls. 105 a 122).

Em face de as receitas registradas nos Livros Fiscais serem muito superiores às declaradas, os percentuais progressivos aplicáveis às receitas declaradas foram inferiores aos devidos. Sendo assim, também foram cobrados os tributos resultantes das diferenças de alíquotas aplicáveis.

Conforme fls. 01, foi formalizado o crédito tributário no valor total de R\$ 588.550,16 (quinhentos e oitenta e oito mil, quinhentos e cinquenta reais e dezesseis centavos), aí incluído o principal, multa de ofício de 75% e juros de mora atualizados até 31/10/2008.

O contribuinte tomou ciência do encerramento da ação fiscal que resultou nos Autos de Infração já citados, em 02/12/2008, conforme fls. 125 e apresentou, em 31/12/2008, impugnação de fls. 131 a 133, alegando:

1- Conforme a cláusula 3ª da alteração contratual nº 2, fls. 137, o objeto social da empresa é o agenciamento de fretes e transportes de cargas por via rodoviária em caminhões. O contribuinte faz a intermediação dos fretes e não o frete em si, a empresa não é proprietária dos veículos que executam os fretes, portanto o valor que recebe pelo seu serviço é o resultado da dedução do valor total do frete do valor pago ao transportador;

2- Seu serviço se limita a intermediar o frete que será realizado pelo transportador;

3- Em alguns casos o serviço da empresa foi efetuado a título de cortesia, sendo o valor total pago ao transportador;

4- Ocorreu um equívoco na descrição de sua justificativa, quando intimado. O recolhimento do tributo em questão está de conformidade com a lei: a tributação se deu com base na receita bruta do contribuinte; e

5- Quando o contribuinte mencionou, na resposta à intimação, que a tributação era sobre o valor líquido, provavelmente quis dizer que a tributação não era sobre o valor total do frete, mas sim pequena parcela daquele valor, pois quem recebe a parcela maior é o transportador.

Em 28/11/2008 foi encaminhado ao Sr. Chefe do SACAT/DRF/Pelotas a Representação Fiscal de fls. 126, solicitando os procedimentos com vistas à exclusão do contribuinte do Simples, por ter auferido, no ano-calendário de 2004 receita bruta em valor superior ao limite previsto no art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.317/1996. Com base no Parecer DRF/PEL/SACAT Nº 002/2009, o Delegado da Receita Federal

do Brasil em Pelotas excluiu a empresa do Simples, através do Ato Declaratório Executivo n° 002, de 07/01/2009 (fls. 168), que o contribuinte tomou ciência em 15/01/2009 (fls. 169).

Em 16/02/2009 apresentou recurso administrativo com pedido de efeito suspensivo, fls. 170 a 172, com os argumentos que, em síntese, a seguir arrola:

1- Ocorreu um equívoco na descrição da justificativa apresentada durante a ação fiscal, quando intimado. O recolhimento do tributo em questão está de conformidade com a lei: a tributação se deu com base na receita bruta do contribuinte;

2- A empresa faz a intermediação dos fretes e não o frete em si, portanto o valor que ele recebe pelo seu serviço é o resultado da dedução do valor total do frete do valor pago ao transportador. Seu serviço se limita a intermediar o frete que será realizado pelo transportador; e

3- Na verdade jamais existiram as diferenças apontadas entre as receitas escrituradas nos livros fiscais estaduais e as declaradas na PJSI 2005 que geraram o auto de infração e sua exclusão do Simples.

Excluído do Simples a partir do ano-calendário 2005, ele ficou sujeito às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, de acordo com o art. 16 da Lei nº 9.317/1996.

O impugnante, ao final, requer o cancelamento do débito fiscal reclamado, isentando-o de qualquer pagamento, bem como não seja excluído do sistema de tributação Simples.

Como mencionado, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre/RS manteve o lançamento e o ato de exclusão do Simples, expressando suas conclusões com a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2004

SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. TRANSPORTE DE CARGA. SUB CONTRATAÇÃO. OPERAÇÃO DISTINTA DE AGENCIAMENTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. BASE DE CÁLCULO. AUTO DE INFRAÇÃO. LANÇAMENTOS DECORRENTES SIMPLES - PIS - COFINS - CSLL - IRPJ - INSS.

Não poderá permanecer no Simples a pessoa jurídica que tenha ultrapassado, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite da receita bruta determinado pela legislação.

A operação pela qual a transportadora contrata o serviço de transporte de carga com seu cliente, emite o conhecimento de

transporte de carga e recebe em seu nome o valor total nele constante, caracteriza venda de serviço de transporte e aperfeiçoa o fato gerador dos tributos calculados com base no faturamento.

A empresa optante pelo SIMPLES, que exerce atividade de prestação de serviços de transporte, ainda que utilize subcontratados, não pode expurgar da base de cálculo dos tributos e contribuições recolhidos por essa sistemática valores pagos àqueles que subcontratou.

A receita bruta para apuração dos tributos do SIMPLES é o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

A omissão de receitas somente pode ser elidida mediante a produção de prova em contrário.

A verificação de omissão de receitas constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário.

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplicam-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada com essa decisão, da qual tomou ciência em 06/05/2010, a Contribuinte apresentou em 04/06/2010 o recurso voluntário de fls. 227 a 267, aduzindo as seguintes razões:

POSSIBILIDADE DE O CONTRIBUINTE MANTER-SE NO SIMPLES EM 2004, MESMO SENDO CONSIDERADO TRANSPORTADOR DE CARGA

- entre a Lei 9.732/98, que estipulou como teto para as empresas de pequeno porte o valor de R\$ 1.200.000,00 e a Lei 11.196/05 que fixou o teto de tais empresas no valor de R\$ 2.400.000,00, adveio a Lei 9.841/99 que instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal;

- a aludida lei, em seu artigo 2º, apresentou novos limites de receita bruta que permitiam a empresa aderir ou não ao SIMPLES;

- esta lei atribuiu ao Poder Executivo a possibilidade de atualizar os limites estabelecidos nos incisos I e II de seu art.2º, por força do parágrafo 3º do mesmo artigo;

- para cumprir este parágrafo 3º, o Poder Executivo confeccionou o Decreto nº 5.028/04, que teve por objetivo alterar os valores dos limites fixados nos incisos I e II do art.

2º da Lei 9.841/99. Com este decreto, o limite para enquadramento como empresa de pequeno porte foi ampliado para R\$ 2.133.222,00;

- observa-se nitidamente que em 2004, o limite de receita bruta para uma empresa ingressar no SIMPLES passou de R\$ 1.200.000,00 para R\$ 2.133.222,00;

- portanto, mesmo que o contribuinte fique enquadrado como transportador de cargas, ele ainda estaria enquadrado no SIMPLES em 2004, porém, como adiante se verá, a atividade realizada pelo mesmo era, e continua sendo, de simples agenciador;

- o art.14 da Lei 11.051/04 e os §§ 4º e 5º do art. 1º da Lei nº 10.684/03 demonstram que o SIMPLES deve ser compreendido como um sistema integrado, onde as normas da Lei 9.317/1996 devem conviver em consonância com as normas da Lei 9.841/99;

- a Lei 11.051/04 demonstra a necessidade de se dar um tratamento unitário no âmbito tributário às pessoas jurídicas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte, por via reversa, não pode haver dois enquadramentos do SIMPLES, deve existir somente um, e como a lei 9.841/99 é posterior à Lei 9.317/96, aquela (lei 9.841/99) é a que deve prevalecer em decorrência das regras de revogação;

- conforme o acima exposto, é perfeitamente possível que o Contribuinte continue enquadrado no SIMPLES com a renda bruta acima de R\$ 2.000.000,00 no ano-calendário de 2004, porém não é esta sua renda bruta, pois a atividade realizada pelo mesmo não é de transporte de carga, mas sim de agenciamento de carga;

DA ATIVIDADE REALIZADA PELO CONTRIBUINTE: AGENCIAMENTO DE CARGA

- nas notas de conhecimento de carga acostadas às folhas 180 a 189 dos autos, observa-se nitidamente a realização de dois negócios jurídicos distintos: o primeiro, travado entre o contribuinte e o consumidor, referente à prestação do serviço de contratar alguém para transportar mercadoria; o segundo, entre o contribuinte e a pessoa que efetivamente realizou o serviço de transportar a mercadoria;

- a existência de um agenciamento de transporte de mercadoria pode ser observada no próprio contrato social do Contribuinte (fl. 62 dos autos). O objeto social da pessoa jurídica está previsto no inciso VII, conforme segue:

VII - Que como atividade principal serão: "Agenciamento de fretes e transporte de cargas por via de rodovias em caminhões."

- não poderia ser outro o objeto social do Contribuinte, pois para o exercício do transporte de cargas no ano de 2004 deveria haver o preenchimento dos requisitos constantes do art. 4º da Resolução nº 437 da ANTT;

- para a empresa transportadora de cargas realizar a inscrição no RNTRC era necessário em 2004 que a mesma dispusesse de frota rodoviária de carga sob sua responsabilidade;

- a responsabilidade a que se refere o ato normativo secundário poderia ser de duas formas: “própria” ou “arrendada”. Vale dizer, o transportador poderia ter frota rodoviária própria ou arrendada;

- o dispositivo legal em comento não permitia que empresa transportadora de carga não possuísse frota, não contemplava a possibilidade da existência de um terceiro, dono do veículo, que prestasse serviço para empresa transportadora de carga, pois caso o terceiro detivesse o veículo de transporte de carga, seria ele, terceiro, o transportador, descaracterizando assim a empresa como transportadora de carga;

- no caso em tela, o Contribuinte não possuía este registro, pois conforme o já mencionado, o mesmo não realizava transporte de carga, mas sim, agenciamento de transporte de carga. Quem possuía o registro dentro da ANTT, que permitia realizar o transporte de carga, em 2004, eram as pessoas que efetivamente realizavam o transporte;

- tanto no caso de frota rodoviária própria como arrendada, o transportador deveria ainda preencher o requisito estampado na alínea j do inciso I do art.6º da referida resolução:

Art. 6º Para inscrição no RNTRC, o transportador deverá apresentar as seguintes informações:

[...]

j) relação dos veículos rodoviários de carga que compõem a frota, indicando placa/Estado, número do RENAVAM, marca, ano de fabricação, tipo de veículo, número de eixos, tipo de carroceria, capacidade máxima de tração (CMT), capacidade de carga e se próprio ou arrendado.

- no caso em tela, o Contribuinte não possuía este registro, pois conforme o já mencionado, o mesmo não realizava transporte de carga, mas sim agenciamento de transporte de carga. Quem possuía o registro dentro da ANTT que permitia realizar o transporte de carga, em 2004, eram as pessoas que efetivamente realizavam o transporte;

- caso seja mantida a decisão exarada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre, no sentido de considerar a relação jurídica entre o Contribuinte e as pessoas que realizaram o transporte da carga como sendo uma relação de sub contratação, se estará distorcendo a realidade fática. Primeiro, o contrato social do Contribuinte afirma que seu objeto social era, e continua sendo, o agenciamento de cargas; segundo, mesmo se o Contribuinte quisesse, ele não poderia ser uma empresa transportadora de carga, pois não possuía frota própria nem arrendada (o contribuinte em 2004 não era proprietário de nenhum veículo de transporte de carga); terceiro, as notas de conhecimento de transporte rodoviário de cargas (CTRC) discriminam de forma clara a existência de um agenciamento, pois individualizam o valor total cobrado e o valor destinado para a pessoa que realizava o transporte efetivamente, caso não existisse o agenciamento, não precisava existir dentro da CTRC o tópico recibo de pagamento de frete;

- caso não existisse o tópico dentro da CTRC “recibo de pagamento de frete”, o Contribuinte estaria exercendo a atividade de forma irregular, pois estaria realizando o transporte de carga em seu nome, sem possuir uma frota própria ou arrendada, visto que em 2004, o mesmo (contribuinte) não possuía veículos de transporte de carga em seu nome;

- a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre utilizou como fundamento para configurar a sub contratação de serviço de transporte a alínea “e” do inciso IX do art. 1º do Regulamento do ICMS do Estado do Rio Grande do Sul, aprovado pelo Decreto nº 43.080/2002;

- a CF, ao determinar que os sujeitos passivos do ICMS seriam aquelas pessoas que prestassem serviços de transporte ou de comunicação, simplesmente deu os vetores genéricos para a instituição dos sujeitos que podem ocupar o pólo passivo da relação jurídica tributária do ICMS, na modalidade prestação de serviço de transporte ou comunicação;

- exigir maiores detalhes do texto constitucional seria demais, sob pena de tornar nossa CF um documento prolixo. Sendo justamente esta a função dos atos normativos subordinados à CF, detalhar, individualizar, os ditames constitucionais;

- quem define a pessoa que realiza o transporte interestadual e intermunicipal (sujeito passivo do ICMS) é o sujeito competente para legislar sobre transporte de pessoas e cargas, que é justamente a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT);

- nesse contexto, o prestador de serviço de transporte de carga, no caso de empresas, somente pode ser aqueles que disponham de uma frota rodoviária de carga, própria ou arrendada;

- o dispositivo legal é claro, a pessoa para ser considerada sujeito passivo do ICMS, na modalidade prestação de serviço de transporte de carga intermunicipal ou interestadual, deve possuir frota. A frota é de veículos, tanto o é, que na seqüência do dispositivo em foco, o legislador se referiu “a própria ou arrendada”. A alínea J do inciso I do art. 6º da referida Resolução 437 (já transcrito) espanca qualquer tipo de dúvida;

- observa-se nitidamente que a frota é composta por veículos rodoviários de carga, portanto, quem não possui veículos rodoviários de carga (próprios ou arrendados) não pode realizar o transporte de carga, e por conseqüência, não pode ocupar o pólo passivo da norma instituidora do ICMS na modalidade prestação de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal da espécie transporte de carga;

- outro fundamento utilizado pela 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre para embasar sua decisão, no sentido de excluir a atividade de agenciamento, é a ausência de prova documental dos contratos firmados entre o Contribuinte e as pessoas que realizaram a prestação do serviço de transporte de cargas;

- o contrato de prestação de serviço não exige forma solene. Para ser constituído, basta a simples manifestação da vontade e a concordância entre ambos os pactuantes. Portanto, não é necessário a existência de um contrato escrito para materializar a relação jurídica entre o Contribuinte e a pessoa que requereu os seus serviços de agenciamento, como também não é necessário a existência de um contrato escrito para materializar a relação jurídica entre o Contribuinte e a pessoa que realizou o transporte de carga;

- mesmo não existindo contrato escrito, as CTCRC demonstram claramente a existência de duas relações jurídicas distintas. Uma entre o Contribuinte e a pessoa que deseja transportar a carga (parte superior do CTCRC); outra entre o Contribuinte e a pessoa que realizou a prestação de serviço de transporte de carga (parte inferior do CTCRC);

- na realidade, o Contribuinte deveria ser sujeito passivo do ISSQN e não do ICMS, pois realiza uma prestação de serviço diferente da prestação de serviço de transporte de cargas, mas tal relação diz respeito somente ao Contribuinte e ao Fisco Municipal. A base de cálculo para a incidência do ISSQN é justamente o valor da prestação do serviço, que para ser obtida, primeiramente deve-se conhecer o valor auferido pelo contribuinte no agenciamento;

- quem deveria efetivamente ser o sujeito passivo do ICMS, seriam as pessoas que realizaram o transporte da carga, e não o Contribuinte. No máximo, o Contribuinte poderia recolher o ICMS devido pelos sujeitos que realizaram o transporte da carga, na forma de substituto tributário;

- na realidade, o Contribuinte, para evitar problemas com o Fisco Estadual, fez constar no livro fiscal de registros do ICMS (Livro Registro de Saída) o valor da sua prestação de serviço de agenciamento, mais o valor do frete, pois caso realizasse a discriminação, poderia ocorrer embaraços com a Receita Estadual, embaraços esses que poderiam afetar a sua atividade econômica, inclusive, perda de clientela para a concorrência. Por não ser contribuinte do ICMS é que o Recorrente em sua declaração simplificada de IRPJ, fez constar como não contribuinte do ICMS (fl.105);

- sobre o assunto, é interessante registrar voto do Conselheiro Rogério Gustavo Breyer, entendendo que a realidade material deveria prevalecer sobre aspectos formais, que os livros de saída do ICMS não tinham o condão de ocultar a verdade material (Processo nº 10935.001371196-18, Acórdão nº 201-73.817, Sessão de 06 de junho de 2000, Recurso nº 101.179);

- no presente feito, a 6ª Turma da DPJ/POA levou em conta somente o aspecto formal, apresentado no livro de saída do ICMS, para determinar que a receita bruta do Contribuinte extrapolou os limites impostos pelo SIMPLES em 2004, sem levar em consideração a receita bruta declarada pelo Contribuinte em sua Declaração Anual Simplificada PJSI do ano-calendário 2004, exercício 2005 (fls. 105 a 122);

DO CONTRIBUINTE TER O DIREITO EM 2004 DE PARTICIPAR DO SIMPLES COMO AGENCIADOR DE TRANSPORTE DE CARGA

- na declaração simplificada de IRPJ, o Contribuinte consta como transportador de cargas, e não como agenciador (fls. 105). O Contribuinte se intitulou transportador de cargas, justamente para conseguir a sua inclusão no SIMPLES, pois por tratar-se de pessoa leiga, realizou uma análise superficial do inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96, constatando que agenciadores não poderiam optar pelo SIMPLES;

- contudo, importa mencionar alguns julgados do Poder Judiciário sobre a matéria;

- o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região entende que o agenciamento não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96 (TRF4, AC 2006.72.01.000862-4, Primeira Turma, Relator Vílson Daros, D.E. 08/01/2008);

- o Egrégio Superior Tribunal de Justiça também já decidiu nesse mesmo sentido (Recurso Especial nº 1.120.551 - SC (2009/0017342-4);

- os julgados acima mencionados referem-se a transporte de carga aérea, e existe similitude entre o presente feito e os casos analisados pelo Poder Judiciário. As decisões do Poder Judiciário ressaltam uma diferença entre agenciador e corretor;

- é exatamente esta a situação do Contribuinte, tanto o é que a sua atividade foi confundida com a própria prestação de serviço de transporte. Observa-se que para ficar configurada a atividade de agenciamento, não é obrigatório que exista a aproximação das pessoas que pretendem contratar, tornando o agenciador um mero intermediador, que serve somente para colocar em contato as pessoas que desejam contratar;

- o agenciador exerce dentro da atividade econômica uma função mais dinâmica, pois ele busca no mercado as pessoas que necessitam realizar o transporte de mercadorias, paralelamente a isso, procura no mercado pessoas que realizam o transporte de mercadorias. É da diferença entre o valor que o sujeito está disposto a pagar para ver sua mercadoria transportada, com o valor que o outro sujeito cobra para realizar o transporte da mercadoria, é justamente desta conta de subtração, que o Contribuinte retira a sua receita;

- outro elemento que permite que a atividade de agenciamento seja atividade enquadrada no SIMPLES é justamente a ausência de habilitação profissional legalmente exigida para o seu exercício;

- conforme se observa, um Contribuinte em situação análoga ao do Recorrente teve que bater às portas do Poder Judiciário para conseguir manter-se enquadrado no SIMPLES, isso demonstra que a matéria é controvertida. A simples alegação por parte do Recorrente de que sua atividade não se enquadra dentro da vedação contida no inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96, o impossibilitaria de aderir ao SIMPLES, ocasionando com isso, problemas administrativos, de índole interna, gerando inclusive defasagem de clientela e perda de mercado para a concorrência;

RECEITA BRUTA DO CONTRIBUINTE COMO AGENCIADOR DE TRANSPORTE DE CARGA

- o conceito de receita bruta é muito bem sinalizado pelo Supremo Tribunal Federal;

- no presente feito, o Contribuinte deve ter como parâmetro de sua receita bruta o valor que efetivamente ingressou em sua esfera patrimonial, qual seja, a diferença entre o valor contratado com o sujeito que deseja transportar carga e o valor pago a pessoa que realizou o transporte da carga. A receita bruta do Contribuinte é justamente o resultado dessa conta, é este valor que irá medir sua capacidade contributiva;

- considerar a receita bruta do Contribuinte como sendo o valor total da operação, valor pago pelo sujeito que deseja transportar sua mercadoria, sem deduzir o valor pago à pessoa que efetivamente realizou o transporte da mercadoria, seria considerar um índice de riqueza diverso da riqueza realmente auferida, onerando de forma absurda o Contribuinte;

- caso se mantenha a decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre, o Contribuinte terá que dar por encerrada suas atividades, pois não terá condições de pagar o valor do débito tributário;

Processo nº 16641.000235/2008-51
Acórdão n.º **1802-002.392**

S1-TE02
Fl. 13

CONCLUSÃO

- à vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer o Recorrente que seja acolhido o presente recurso para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado, bem como a ordem de exclusão do SIMPLES.

Este é o Relatório.

Voto

Conselheiro José de Oliveira Ferraz Corrêa, Relator.

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para a sua admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, a Contribuinte questiona lançamento realizado para a constituição de crédito tributário no regime de tributação simplificada – Simples, abrangendo fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2004, e também questiona ato de exclusão do Simples com efeitos a partir de 01/01/2005, por excesso de receitas no ano anterior.

Foram imputadas à Contribuinte duas infrações no ano calendário de 2004: omissão de receitas e insuficiência de recolhimento gerada pela mudança nos coeficientes para apuração do Simples, após a adição das receitas omitidas.

As receitas omitidas fizeram com que a receita bruta auferida em 2004 ultrapassasse o limite permitido para o enquadramento no Simples, fato que ensejou o ato de exclusão do sistema simplificado, com efeitos a partir de 01/01/2005.

Na presente fase recursal, a Contribuinte segue a mesma linha de argumentação da fase processual anterior, aduzindo algumas alegações adicionais.

É importante registrar os fundamentos da decisão recorrida, pelos quais foram mantidos tanto o lançamento quanto o ato de exclusão do Simples:

[...]

Analisando a situação do contribuinte, junto aos sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil, verificamos que ele optou pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples desde 26/06/2001 (fls.160) na qualidade de empresa de transportes, CNAE-Fiscal 60.26-7/02 Transporte rodoviário de cargas em geral, intermunicipal, interestadual e internacional, conforme PJSI de fls. 105. Atualmente o código CNAE é 4930-2/02 Transporte rodoviário de cargas em geral, municipal, interestadual e internacional (fls. 159).

Quando intimada, não se manifesta sobre a atividade desenvolvida, ou seja, se é transportadora ou agenciadora e não apresenta contratos de agenciamento de cargas que pudessem embasar documentalmente seu argumento.

Nas PJSI entregues desde a abertura da empresa, declara não ser contribuinte do ICMS e do ISS (fls. 105), mas tem Livro Registro de Saídas do ICMS (fls. 74 a 101) e emite Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC) em seu nome, assumindo a condição de transportador (fls. 180).

Após esta análise preliminar, vamos verificar os argumentos trazidos em sua impugnação:

1- Alegação de agenciamento:

O contribuinte optou pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples desde 26/06/2001 (fls.160) na qualidade de empresa de transportes.

O contribuinte afirma, a fls. 132, que sua atividade era de “agenciamento de fretes e transportes de cargas por via rodoviária em caminhões”, utilizando-se do expediente de intermediar o frete que será realizado pelo transportador.

Nesse ponto, saliento que o Código de Atividade Econômica (CNAE -Fiscal) declarado na Declaração Anual Simplificada (fl. 105) é o de nº 60.26-7/02 e compreende o “Transporte rodoviário de cargas em geral, intermunicipal, interestadual e internacional”. A par disso, o impugnante também não apresentou contratos de agenciamento de cargas que pudessem embasar documentalmente seu argumento, ainda que, em caso positivo, viessem a comprometer sua permanência no SIMPLES.

Isso porque o art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 1996 vedava a opção por aquela sistemática de pagamentos às empresas que prestem serviços de representação comercial, ou assemelhados, sendo certo que devem ser assim considerados quaisquer serviços que traduzam a mediação ou intermediação de negócios, como é o caso de agenciamento de cargas. E não faltavam precedentes no Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda sobre esse entendimento, consoante o ementário abaixo:

SIMPLES. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE IMPEDIDITIVA. É vedada por lei a opção pelo SIMPLES por pessoa jurídica que exerça atividade de agenciamento de cargas. (Ac. 302-38222, sessão de 09/11/2006)

IMPEDIMENTO À OPÇÃO. AGENCIAMENTO DE CARGAS. O direito à manutenção da opção pelo SIMPLES depende do constante cumprimento, pela pessoa jurídica, dos requisitos fixados pela Lei nº 9.317/96 e suas subseqüentes alterações. Revelado o exercício de atividade impeditiva, como é o caso do agenciamento de cargas, cabe a exclusão daquela sistemática diferenciada de tributação. RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO. (Ac. 303-35638, sessão de 11/09/2008)

Portanto, se a afirmação do contribuinte fosse comprovada, ele teria que ser excluído do Simples, só restando à fiscalização tributá-lo pelo Lucro Presumido, ou pelo Lucro Real caso houvesse a escrituração contábil obrigatória

Infirmada a alegação do exercício da atividade de prestação de serviços de agenciamento de cargas, resta caracterizada na espécie a prática da atividade de prestadora de serviço de transporte de cargas, ainda que o contribuinte possa ter utilizado para esse mister de terceiros sub contratados. Assim ele foi admitido no SIMPLES, tal como declarado na referida DIPJ, e também contribuiu para o ICMS.

Em face da alegação de que não possui veículos para realização do transporte, os CTRC evidenciam dois negócios jurídicos distintos praticados pelo contribuinte: o primeiro, na parte superior daqueles documentos, a contratação da venda de prestação de serviços de transportes com os seus clientes (remetentes das cargas) pelo valor total da operação; o segundo, tal como se apresenta na parte inferior, o repasse daquele serviço contratado a caminhoneiros autônomos (fls. 140).

A atividade de agenciamento estaria bem caracterizada na hipótese de a empresa encaminhar o caminhoneiro autônomo ao proprietário da carga, de sorte a propiciar o surgimento de um novo vínculo contratual, entre este e o caminhoneiro, referente ao serviço de transporte. O trabalho do agente consiste em aproximar as partes - tal como defendido pelo contribuinte - proprietário da carga e o transportador, e estes formalizariam outro contrato, autônomo, não evidenciado no caso concreto.

Assim leciona Humberto Theodoro Júnior, em seu artigo “Do contrato de agência e distribuição no Novo Código Civil”, publicado em 02/05/2003 no site http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=645 (acesso em 17/02/2009), transcrito por excertos:

O agente faz da intermediação de negócios sua profissão. Não pratica a compra e venda das mercadorias do representado. Presta serviço tendente a promover a compra e venda, que será concluída pelo preponente. [grifei] Por isso, na linguagem tradicional do direito brasileiro esse agente recebia o nome de “representante comercial autônomo” (Lei nº 4.886, de 09.12.65).

O novo Código Civil, a exemplo do direito europeu, abandonou o nome iuris de “representante comercial”, substituindo-o por “agente”. Sua função, porém, continua sendo exatamente a mesma do representante comercial autônomo.

Com a Lei nº 4.886/65, a representação comercial (ou agência) ganhou o status de atividade profissional regulamentada, criando-se um Conselho Federal e Vários Conselhos Regionais, aos quais se confiou a fiscalização do exercício da profissão.

Podem inscrever-se no respectivo Conselho, para legitimar-se ao exercício da representação comercial, pessoas físicas ou jurídicas.

No caso de pessoa jurídica, deverá ser feita a prova de sua existência legal, por meio de seu instrumento de constituição devidamente arquivado no Registro Público competente (Lei nº 4.886, art. 3º, § 2º).

A atividade do agente, em suma, é a intermediação de forma autônoma, em caráter profissional, sem dependência hierárquica, mas, de acordo com as instruções do preponente. É uma figura jurídica típica a do agente, pois, embora guarde alguma semelhança, o agente não é, em princípio, mandatário, nem comissário, nem tampouco empregado, ou prestador de serviço no sentido técnico. Presta, no entanto, um serviço especial que é, nos termos da lei, a coleta de propostas ou pedidos para transmiti-los ao representado.

2- Transportador e Sub contratação

Importa agora transcrever aqui o que dispõe o Regulamento do ICMS do Estado do Rio Grande do Sul aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 2002:

Art. 1º - Para os efeitos deste Regulamento:

...

IX - em relação à prestação de serviço de transporte:

...

d) emitente é o prestador de serviço de transporte que emite o documento fiscal relativo à prestação do serviço de transporte;

e) subcontratação de serviço de transporte é aquela firmada na origem da prestação do serviço, por opção do prestador de serviço de transporte em não realizar o serviço por meio próprio;

...

Art. 12 - Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou de bem ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. (grifei)

...

Art. 17 - A base de cálculo do imposto nas prestações de serviço é:

I - o preço do serviço, na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação; (grifei)

...

Do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas

Art. 63 - O Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas será emitido antes do início da prestação do serviço pelos transportadores que executarem serviço de transporte rodoviário intermunicipal e interestadual, de cargas, em veículo próprio ou fretado. (grifei)

Inferre-se da legislação gaúcha que os ônus do recolhimento do ICMS e da emissão do CTRC recaem sobre o contribuinte e este é a pessoa que, no contrato de prestação de serviço de transporte, assume a condição de transportador, não tendo sido nela cogitada a hipótese de tais ônus recaírem na pessoa do agente ou mesmo do sub contratado. Ainda com relação ao ICMS, deve ser ressaltado, ao teor do inciso I do art. 17 do aludido regulamento, que a base de cálculo do imposto, na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal, é o preço do serviço, que vincula tal preço às receitas da empresa.

Relevante também é verificar que no Termo de Abertura do Livro Registro de Saídas, fls. 74, o sócio afirma que ele “servirá para os lançamentos das operações próprias do estabelecimento do contribuinte”. Agora vem ele afirmar que as operações não seriam próprias, sem elementos de prova que infirmem o que foi assinado, apesar de resultarem até mesmo em recolhimento de ICMS em nome da empresa.

A operação pela qual a transportadora contrata o serviço de transporte de carga com seu cliente, emite o conhecimento de transporte de carga e recebe em seu nome o valor total nele constante, caracteriza venda de serviço de transporte e aperfeiçoa o fato gerador dos tributos calculados com base no faturamento. A operação posterior, pela qual a transportadora repassa a terceiros valor inferior ao recebido, sem emissão de qualquer novo documento fiscal referente à execução parcial do referido serviço, caracteriza sub contratação, não agenciamento.

Aí então a pertinente indagação: por que o contribuinte se declara prestador de serviços de transporte de cargas e opta pelo SIMPLES, sistemática que alberga essa atividade, enquanto, para fins de apuração da receita bruta, se declara e escritura como se fosse agente de cargas, atividade cujo exercício é até mesmo vedado àquela sistemática?

3- Receita bruta no Simples

Na esteira do que foi explanado pelo agente fiscal na descrição dos fatos do item 01 dos AI, acresço que não se encontra na legislação de regência o permissivo para que o impugnante, que optou pelo SIMPLES, não pelo Lucro Real, possa expurgar da receita bruta - base de cálculo dos tributos e contribuições recolhidos por essa sistemática de pagamentos - os valores pagos aos caminhoneiros autônomos que figuraram naqueles

CTRC como proprietários dos veículos transportadores das respectivas cargas.

Tendo optado pelo SIMPLES, a apuração do lucro é substituída pela aplicação de percentual sobre a totalidade da receita bruta, sendo assim desprezados os demais custos e despesas. Aliás, o conceito de Receita Bruta para o Simples deve ser tomado em consonância com o art. 4º da Instrução Normativa SRF nº 34 de 30 de março de 2001, in verbis:

Receita bruta

Art. 42 Considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos. (grifei)

A condição do contribuinte é de vendedor, não de agente em relação aos serviços constantes nos CTCRC e o preço constante destes é a sua receita bruta em cada operação, não o diferencial entre o valor do preço cobrado dos contratantes dos serviços e o valor pago a transportadores sub contratados. O fato de ter incorrido em despesas com a sub contratação de caminhoneiros autônomos, não autoriza a dedução destes valores da receita bruta tributada no Simples com a conseqüente redução dos tributos devidos.

Em resumo, não há elementos no processo que permitam afirmar que o contribuinte apenas exerceu a função de agente de cargas, pelo contrário, seu CNAE fiscal, a escrituração do Registro de Apuração do ICMS e do Registro de Saídas, os próprios CTCRC e o pagamento do ICMS, todos indicam ser ele o transportador; por isto, sua receita bruta é tributável pelo Simples.

4 - Da Exclusão do Simples.

A Constituição Federal, em seu art. 179, já previa um tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte:

[...]

Quanto a esse tratamento diferenciado a ser dispensado às micro e pequenas empresas, a Lei nº 9.841, de 05/10/1999, que instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, determinou que essas deveriam observar as condições da Lei nº 9.317/1996.

Sabemos que o verdadeiro objetivo da Lei do Simples é o de proteger e facilitar a vida dos micro e pequenos empresários, para que possam sobreviver e competir saudavelmente no mercado. A Lei nº 9.317/1996 implantou o regime simplificado em benefício dessas empresas de micro e pequeno porte, no entanto, a própria lei restringe a possibilidade de ser optante do Simples empresas que se enquadrem em uma das hipóteses de

exclusão dessa sistemática, o que inegavelmente é o caso da empresa em questão.

De acordo com a Lei, quando verificado excesso do limite da receita bruta estabelecido para as EPP, a pessoa jurídica estará, no ano-calendário subsequente, automaticamente, excluída dessa condição e, por decorrência, do Simples. O art. 9º assim diz:

Das vedações à opção

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\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais); (Redação dada pela Medida Provisória nº 2189-49, de 2001)

II - na condição de empresa de pequeno porte que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais); (Redação dada pela Medida Provisória nº 2189-49, de 2001)

A circunstância material que deu origem à exclusão - receita bruta no ano-calendário de 2004 no valor de R\$ 2.027.162,41, apurada no Livro Registro de Saídas do ICMS - está inequivocamente demonstrada no relatório fiscal.

Já o termo de início dos efeitos da exclusão está regulado no art. 12 da mesma Lei acima citada:

Da exclusão do SIMPLES

Art. 12. A exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício.

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção.

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

b) (...)

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;

(...)

Visto que o ato administrativo foi realizado com estrita observância à legislação de regência, em especial o art. 15, IV da Lei nº 9.317/1996, voto por negar provimento à sua manifestação contra o Ato Declaratório Executivo Nº 002, de 07 de janeiro de 2009, da DRF/Pelotas.

Conclusão

Com base na análise acima e em tudo que do processo consta, voto pela improcedência da impugnação, mantendo integralmente os valores dos créditos tributários lançados e o Ato Declaratório Executivo nº 002/2009, excluindo a empresa do Simples a partir de 01/01/2005.

Entendo que a Recorrente não conseguiu refutar os fundamentos da decisão recorrida, pelo que os adoto também neste voto.

Primeiramente, registro que os limites para o enquadramento no Simples no ano-calendário de 2004 devem ser extraídos da Lei 9.317/1996, e não da Lei 9.841/99 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) c/c com o Decreto nº 5.028/04.

O art. 10 da Lei 9.964, de 10/04/2000, é bastante claro a esse respeito:

Art. 10. O tratamento tributário simplificado e favorecido das microempresas e das empresas de pequeno porte é o estabelecido pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e alterações posteriores, não se aplicando, para esse efeito, as normas constantes da Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já decidiu que o regime tributário do Simples, especificamente quanto aos limites de receita bruta para enquadramento no sistema simplificado, é dado pela Lei 9.317/1996 e não pela Lei 9.841/1999:

TRIBUTÁRIO. SIMPLES. DEFINIÇÃO DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. LIMITES DE RECEITA BRUTA. NÃO INCIDÊNCIA DA LEI 9.841/1999 E ALTERAÇÕES POSTERIORES.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se os limites de receita bruta previstos na Lei 9.841/1999 e no Decreto 5.028/2004 podem ser considerados na definição do enquadramento das microempresas e das empresas de pequeno porte no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, instituído pela Lei 9.317/1996.

2. O acórdão embargado foi proferido no AgRg no REsp 960.659/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, que assentou a seguinte conclusão: "(...) não se aplicam ao caso os limites fixados pelo

Decreto 5.028/2004, editado na forma do § 3º do art. 2º da Lei 9.841/99, pois, nos termos do art. 10 da Lei 9.964/00, 'o tratamento tributário simplificado e favorecido das microempresas e das empresas de pequeno porte é o estabelecido pela Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e alterações posteriores, não se aplicando, para esse efeito, as normas constantes da Lei 9.841, de 5 de outubro de 1999' ”.

3. Em sentido diverso, o paradigma assenta que "deve ser aplicado ao caso sub judice o limite de receita bruta previsto na Lei 9.841/99, sem a alteração perpetrada pelo Decreto nº 5.028, de 31.3.2004" (REsp 961.117/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 22.9.2010).

4. Com a finalidade de conferir tratamento jurídico diferenciado, visando ao incentivo das microempresas e das empresas de pequeno porte pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias (art. 179 da CF/1988), foram criadas as Leis 9.317/1996 e 9.841/1999, atualmente revogadas.

5. São distintos os âmbitos de incidência desses diplomas legais. Ao contrário da Lei 9.317/1996, a Lei 9.841/1999 não versa sobre regime tributário, mas alcança especificamente aspectos relacionados ao regime previdenciário e trabalhista (arts. 10 a 13), ao apoio creditício (arts. 14 a 17), ao desenvolvimento empresarial (arts. 19 a 24) e à constituição de Sociedade de Garantia Solidária (arts. 25 a 31).

6. Se a receita bruta prevista no inciso I do art. 2º da Lei 9.841/1999 fosse aplicável ao regime do SIMPLES, o legislador não teria editado a Lei 11.196/2005, no ponto em que redefiniu microempresa para esse efeito tributário específico.

7. Afastando toda e qualquer dúvida, o art. 10 da Lei 9.964/2000 prescreve o seguinte: "O tratamento tributário simplificado e favorecido das microempresas e das empresas de pequeno porte é o estabelecido pela Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e alterações posteriores, não se aplicando, para esse efeito, as normas constantes da Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999".

8. O afastamento dessa norma somente poderia ser realizado pela Corte Especial mediante Argüição de Inconstitucionalidade, em respeito à cláusula de reserva de plenário e à Súmula Vinculante 10/STF. Contudo, não se identifica a presença de vício dessa natureza na hipótese.

9. Portanto, não se podem aplicar, para efeito do enquadramento de microempresas e empresas de pequeno porte no SIMPLES, as normas da Lei 9.841/1999 e alterações posteriores.

10. Embargos de Divergência não providos.

(REsp 960659/ RS; EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL; S1 - PRIMEIRA SEÇÃO; Data do

Julgamento: 04/02/2013; Data da Publicação/fonte: DJe 08/03/2013)

Essa decisão do STJ foi inclusive mantida pelo Supremo Tribunal Federal, quando esse tribunal negou seguimento ao recurso extraordinário interposto pela Contribuinte que demandava naqueles autos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 756.846 RIO GRANDE DO SUL

[...]

DECISÃO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. SIMPLES. EXCLUSÃO. DEFINIÇÃO DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. LIMITES DE RECEITA BRUTA. LEIS NS. 9.317/1996, 9.841/1999, 9.964/2000 E 11.196/2005. DECRETO N. 5.028/2004. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Portanto, ao contrário do sustentado no recurso, não há possibilidade de a Contribuinte se manter no Simples a partir de 2005, mesmo sendo considerada empresa transportadora de carga, eis que sua receita bruta em 2004, na condição de empresa de transporte, ultrapassa o limite dado pela Lei 9.317/1996 (com a redação dada pela Medida Provisória nº 2189-49, de 2001), que é de R\$ 1.200.000,00.

Na presente fase recursal a Contribuinte também alega:

- que não tem frota própria;
- que não tem registro na ANTT;
- que não podia ser considerada como sujeito passivo do ICMS, pois é a ANTT quem tem competência para definir quais as pessoas que podem realizar transporte interestadual e intermunicipal;
- que não há forma solene para o contrato de agenciamento;
- que tinha o direito de se enquadrar no Simples em 2004, mesmo sendo agenciador de transporte de carga, e cita decisões judiciais sobre situações que entende semelhantes à sua; e
- que a receita bruta para tributação pelo Simples consiste na diferença entre o valor contratado com o sujeito que deseja transportar a carga e o valor pago à pessoa que realizou o transporte da carga.

Ela ainda desenvolve uma extensa argumentação procurando comprovar que apesar de todas as evidências formais, a verdade material demonstraria que ela não presta serviço de transporte de carga e sim de agenciamento de transporte.

No conjunto de seus argumentos, ela informa:

- que não poderia estar exercendo a atividade de transportador, de acordo com as normas da ANTT;
- que o exercício da atividade de transportador, sem o cumprimento das normas da ANTT, caracterizaria exercício irregular dessa atividade;
- que recolha o ICMS como se fosse transportador para evitar problemas com o Fisco Estadual; e
- que fazia constar nas informações prestadas à receita federal a atividade de transportador porque do contrário não conseguiria o enquadramento no Simples.

Cumpra destacar que a alegada irregularidade na prestação de serviço de transporte (falta de registro na ANTT) não prejudica a incidência tributária sobre os fatos geradores ocorridos, por força das normas do Código Tributário Nacional que prestigiam o princípio tributário do *non olet*:

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

[...]

Art. 126. A capacidade tributária passiva independe:

I - da capacidade civil das pessoas naturais;

II - de achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios;

III - de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.

Percebe-se que a Contribuinte, embora emita o CTM como transportador, recolha o ICMS como transportador, tenha se enquadrado no Simples como transportador e ainda informado à Receita Federal, em sua Declaração Simplificada, que exercia a atividade de transportador, tenta superar todo esse conjunto de fatos, buscando demonstrar que sua atividade não é aquela que ele vinha informando.

O que se constata é que ela procura colher o melhor das diversas situações tributárias possíveis, mas não é possível admitir uma composição dessa natureza.

Além disso, a Delegacia de Julgamento apontou uma série de aspectos que efetivamente caracterizam a atividade de prestação de serviços de transporte.

Já ficou esclarecido que a Contribuinte se enquadrou no Simples na qualidade de empresa de transportes, CNAE-Fiscal “60.26-7/02 - Transporte rodoviário de cargas em geral, intermunicipal, interestadual e internacional”.

Não há qualquer informação de que a Contribuinte tenha buscado o enquadramento no Simples como agenciador de transporte de carga, que tenha movido alguma demanda nesse sentido, etc.

E ela busca agora, no presente processo, onde já se discute crédito tributário decorrente dos próprios atos que praticou como transportador, discutir a possibilidade de enquadramento no Simples como agenciador de transporte de carga, debate que está bastante fora de contexto, pelo fato de a opção pelo Simples, na condição de transportador, já estar há muito tempo consumada, e também aceita pela Receita Federal.

De qualquer modo, vale registrar que a jurisprudência trazida no recurso, tratando dos agenciadores de cargas aéreas não socorre a Recorrente, porque não diz respeito à atividade de agenciamento por ela defendida.

Segundo as próprias decisões judiciais transcritas no recurso, os agenciadores de cargas aéreas prestam serviços específicos de alocação de espaços para cargas e de transporte de cargas, em que não há intermediação de negócios. Foi isso que levou o judiciário a admitir a inclusão no Simples para esse tipo de agenciador, contudo, não é essa a espécie de agenciamento que a Contribuinte alega ter praticado.

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa