



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

Processo nº 19515.005337/2008-05
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1301-001.315 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de novembro de 2013
Matéria SIMPLES - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrentes COMERCIAL RODRIGUES & ALMEIDA LTDA.
FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2004

Ementa:

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO.

Nos termos do entendimento esposado no REsp 973.733-SC, de observância obrigatória por força do art. 62 A do Regimento Interno, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre. *A contrario sensu*, nos casos em que a lei prevê o pagamento antecipado da exação e este ocorre, o prazo quinquenal em referência deve ser contado da data da ocorrência do fato gerador, *ex vi* do disposto no parágrafo 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional.

DECISÃO EXTRA PETITA. IMPOSSIBILIDADE.

Analogamente ao disposto no art. 460 do Código de Processo Civil, é defeso ao julgador administrativo prolatar decisão, a favor do contribuinte, de natureza diversa da pedida.

INVALIDADE DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUPosição DE PRÁTICA DE ILÍCITO. PROCEDIMENTO DE OFÍCIO. INSTAURAÇÃO. NECESSIDADE.

A projeção dos efeitos jurídicos decorrentes de atos e fatos, cuja ocorrência, por suposição, se deu em período anterior ao procedimento fiscal, só se verifica na circunstância em que referidos atos e fatos se revelam

incontroversos ou foram apurados, com observância do devido processo legal, pela autoridade administrativa competente.

SIMPLES. COMERCIALIZAÇÃO DE CARTÕES TELEFÔNICOS.

Na revenda de cartões telefônicos, a incidência das exações devidas na sistemática do SIMPLES se dá sobre a totalidade da RECEITA BRUTA auferida, nos termos e condições estabelecidos pela legislação de regência, não havendo que se falar em dedução de “custo” de qualquer natureza. No caso vertente, inclusive, a própria contribuinte admite que a atividade explorada não se limita à intermediação e que a comercialização é efetuada por meio de estabelecimento de margem de lucro

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao Recurso de Ofício. Quanto ao Recurso Voluntário, pelo voto de qualidade, rejeitar a preliminar de nulidade, vencidos os Conselheiros Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes e Carlos Augusto de Andrade Jenier, relator, e, no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencido o Conselheiro Carlos Augusto de Andrade Jenier (Relator). Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães. Fez sustentação oral pela recorrente Dr. Antonio Carlos F. dos Santos Júnior OAB/PE nº 27646.

(assinado digitalmente)

Valmar Fonseca de Menezese - Presidente.

(assinado digitalmente)

Carlos Augusto de Andrade Jenier - Relator.

(assinado digitalmente)

Wilson Fernandes Guimarães - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes (Presidente), Paulo Jakson Da Silva Lucas, Carlos Augusto de Andrade Jenier, Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior.

Relatório

Por bem descrever os elementos contidos nos autos, adoto o relatório apresentado pela r. decisão de primeira instância, onde destaco:

Trata-se de ação fiscal realizada na empresa em epígrafe com a lavratura dos autos de infração, relativamente ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica-Simples, crédito tributário de R\$ 1.112.046,15 (fls. 721 a 725); à Contribuição para o Programa de Integração Social — PIS-Simples, crédito tributário de R\$ 1.112.046,15 (fls. 730 a 734); A. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL-Simples, crédito tributário de R\$ 1.710.840,34 (fls. 739 a 743); à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — COFINS-Simples, crédito tributário de R\$ 3.421.680,80 (fls. 748 a 752) e à Contribuição para Seguridade Social — INSS Simples, crédito tributário de R\$ 7.356.613,61 (fls. 757 a 761) relativamente aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário 2003.

Os créditos tributários (incluídos a multa proporcional e juros de mora) lançados até 29/08/2008 e enquadramentos legais utilizados para fundamentar as autuações encontram-se nos respectivos autos de infração. Os enquadramentos legais correspondentes à multa e juros de mora constam dos respectivos demonstrativos de cálculo.

O Termo de Verificação Fiscal — Simples de fls. 695 a 704 descreve a apuração dos fatos e a infração tributária o qual, em apertada síntese, é o que se segue:

- O contribuinte foi intimado a apresentar livros contábeis/fiscais e extratos de movimentação bancária, entre outros documentos.
- O interessado foi autuado em razão da omissão de receita caracterizada por créditos bancários realizados junto as instituições financeiras, no valor total de R\$ 57.337.820,96, em que o contribuinte regularmente intimado, não comprovou mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.
- O contribuinte é empresa comercial que se dedica à revenda de créditos de *cartões telefônicos indutivos* (cartões telefônicos) que compra do concessionário de telefonia local, Telecomunicações de São Paulo — TELESP, com o nome comercial de *Telefônica* (vendedora). O vínculo comercial entre o contribuinte e a vendedora está perfeitamente descrito nos Contratos de Compra e Venda de Créditos em Cartões Telefônicos.
- Verificou-se que o contribuinte escriturou suas receitas e as declarou como ***prestação de serviço pela distribuição dos cartões telefônicos***, como bem demonstram as notas fiscais de prestação de serviço de sua emissão (Anexos I ao VII), bem assim os registros contábeis a elas vinculados lançados no Livro Registro de Serviços Prestados nº 02 (Anexo XIII).

O valor do bem constante na nota fiscal é o *valor de revenda* e não a diferença entre este e o valor de aquisição. O mérito consiste em se saber se os valores recebidos dos usuários finais significam ou não receita, já que o contribuinte entendeu que sua

remuneração se restringia ao valor do desconto obtido na compra dos cartões, eis que são adquiridos com deságio sobre o preço final.

Aqui, muito embora a margem de lucro operacional seja um percentual preestabelecido, a receita do contribuinte é composta pela totalidade dos valores recebidos dos usuários finais. O contribuinte não é um consignatário ou procurador da concessionária. Ele os adquire tornando-os seus e os revende por conta própria.

As contribuições sociais sobre o faturamento (PIS e COFINS) incidem sobre os valores totais percebidos pelo contribuinte, conforme os artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98. Já o IRPJ e a CSLL são tributos incidentes sobre o lucro das empresas, havendo a possibilidade de os custos e as despesas serem abatidos na apuração de seus montantes devidos. Tal observação é válida, na apuração com base no lucro real. Em se tratando de empresa tributada pelo SIMPLES, tal sistemática não leva em conta os efetivos custos e despesas, mas apenas os presume, através dos coeficientes elencados na lei, aplicados sobre a receita bruta. Em operação por conta própria, a receita envolve todo o montante recebido, conforme o art. 279 do RIR/99.

Conclui-se pela não comprovação de parte dos valores creditados em conta de depósito ou investimento. Cumpria, porém, proceder ao seu cotejamento com a análise da atividade empresarial desenvolvida pelo contribuinte, com o fito de se determinar se o montante de depósitos bancários não comprovados era integralmente ou apenas parcialmente considerado como faturamento da empresa. Verificou-se que o faturamento da empresa fiscalizada dá-se pela integralidade das receitas oriundas da venda de cartões indutivos e não pela diferença entre o valor de aquisição e valor de revenda.

Com base no exposto, conclui-se pela prática de infração tributária tipificada como omissão de receitas por depósitos bancários não escriturados. As receitas declaradas na PJSI/2004 foram consideradas redutoras da base de cálculo. A segunda infração refere-se ao valor recalculado dos tributos sobre os valores declarados, caracterizada por insuficiência de recolhimentos.

Quanto aos autos de infração, o contribuinte foi cientificado em 23/09/2008 (fl. 763) e apresentou em 22/10/2008, a impugnação de fls. 765 a 768, alegando em síntese que:

Da natureza da atividade desenvolvida pela autuada

- A autuada foi consumida por desânimo diante das manifestações jurisprudenciais do Conselho de Contribuintes sobre a matéria, agravada pelo montante surreal do crédito tributário (R\$ 14.713.227,05) para uma empresa que apresentava um patrimônio líquido de R\$ 608.157,55 no período da autuação.

- Com base nos contratos firmados entre a companhia telefônica e a autuada, a fiscalização entendeu que a atividade da autuada consiste na comercialização de cartões telefônicos indutivos. Os contratos elaborados por grandes empresas caracterizam-se por configurarem verdadeiros contratos de adesão e ao hipossuficiente não resta a menor margem para negociação. Apesar de as cláusulas de fato indicarem a comercialização dos cartões, as operações concretizadas se apartam desse contexto.

- As notas fiscais emitidas pela TELESP demonstram que a operação não diz respeito a uma venda de cartões, tome-se como exemplo a NF de saída nº145797, utilizada pelo auditor-fiscal. A natureza da operação "*Prestação de Serviço de Comunicação para Contribuinte*"; o Código Fiscal de Operações e Prestações é o item 552, relativo à prestação de serviços daquela natureza; o valor do ICMS equivale à 25%, aplicável à

prestação de serviços de comunicação; na descrição dos produtos é feita menção aos cartões indutivos codificados. A efetividade das operações praticadas pela TELESP destoava do que foi estipulado nas cláusulas contratuais mencionadas no relatório fiscal.

- Essa constatação, por si só, desmerece as cláusulas contratuais, sobretudo a terceira, em que são estipuladas as obrigações da TELESP: "vender cartões COMPRADORA". O contrato está descompassado com a realidade dos fatos.

- Os cartões têm seus preços fixados em valores tarifários (cláusula 4.6.1). Assim a contrapartida paga pelos usuários dos telefones públicos ao utilizarem os cartões tem natureza jurídica de tarifa, modalidade de preço público.

- Se é que há comercialização, esta se restringe ao valor do cartão propriamente dito. O objeto da relação jurídica entre a TELESP e a autuada e entre essa e os seus clientes, não representa comercialização, já que o comércio pressupõe a entrega de mercadoria por um determinado preço. O cartão veicula créditos que dão direito ao serviço de comunicação e o valor pago para sua utilização é uma tarifa de prestação de serviços.

- Por essa razão também as Notas Fiscais emitidas pela autuada representam prestação de serviços. A autuada não comprou nada da TELESP, apenas assumiu a obrigação de repassar a terceiros cartões alimentados de créditos que dão direito ao serviço de comunicação.

- Se a autuada não presta serviços de comunicação, uma vez que não tem permissão para fazê-lo e se os valores recebidos pela utilização dos cartões representam tarifas relativas a estas atividades, como é possível atribuir à autuada uma receita correspondente a todo o consumo do serviço de telefonia mediante cartões que ela intermediou?

- Mostra-se extremamente simplista a afirmação de que *"se determinada pessoa adquire um bem e o revende por valor inferior ao custo de aquisição, não terá lucro, mas ainda assim, terá receita"*.

- O contrato de adesão arquitetado pela TELESP denuncia a sua verdadeira intenção: a de tentar se eximir de suas responsabilidades.

- A fiscalização não logrou demonstrar ter havido comercialização de mercadorias, se satisfaz com a presunção de que havendo um contrato de compra e revenda e movimentações financeiras, as importâncias devidas se refeririam a receitas da autuada.

- Faz-se imprescindível o conhecimento dos fatos tributáveis para correta observância das leis que lhes são aplicáveis. Presumindo a ocorrência de uma circunstância ou quantificando-a inadequadamente, a Administração pratica ilegalidade ante o desconhecimento da verdade.

- Se está diante de valores recebidos pela autuada em função da intermediação do serviço público de comunicação, os quais constituem receita de terceiros, no caso da TELESP.

- A receita que pode ser atribuída à autuada é a correspondente à diferença entre os valores que transitaram pelas contas correntes e os valores das Notas Fiscais emitidas pela TELESP (fis. 1271/2471 — anexos VII a XIII dos autos) as quais totalizam R\$ 51.886.131,61. Destarte, a diferença entre as movimentações identificadas pela fiscalização e as Notas Fiscais emitidas pela TELESP monta R\$ 5.451.689,35. Esse é o valor que deveria servir de base de cálculo no caso em apreço.

Da exclusão do Simples e a impossibilidade de correção do ato administrativo de lançamento pela autoridade julgadora

- Lavraram o auto de infração no regime do SIMPLES, instituído pela Lei no 9.317/96. E de se notar que os valores apontados pela fiscalização totalizam R\$ 57.337.820,96, extrapolando os limites estabelecidos pelo art. 9º, II do citado diploma legal.
- No ano de 2002, prevalecendo o equivocado entendimento da fiscalização, a receita auferida pela autuada atingiria, no mínimo o montante de R\$ 27.345.578,07, haja vista que esse foi o valor da Notas Fiscais emitidas pela TELESP para a autuada naquele ano (junta cópias das notas no ano de 2002).
- Somente podem aderir e permanecer no SIMPLES, as pessoas jurídicas qualificadas como microempresas e empresas de pequeno porte e seu faturamento deveria ser de até R\$ 120.000,00 e R\$ 2.400.000,00, respectivamente.
- O art. 14 determina a exclusão de ofício nas hipóteses do art. 9º e o art. 15, IV prevê que a exclusão do SIMPLES deve surtir efeitos a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado os limites referidos.
- Adotando-se o raciocínio empregado pela fiscalização, a receita obtida pela autuada no ano-calendário 2002 teria extrapolado o limite de R\$ 1.200.000,00. Portanto, competia à fiscalização constatar tal fato, para proceder à exclusão de ofício do SIMPLES, com efeitos a partir de 2003, por ser o ano-calendário subsequente ao excesso.
- A apuração dos tributos relativos ao ano de 2003 deveria ter ocorrido nos moldes aplicáveis às pessoas jurídicas em geral (art. 16 da Lei 9.317/96). A fiscalização deveria ter apurado os tributos como se a autuada estivesse adstrita à sistemática do lucro real.
- O ato administrativo do lançamento é vinculado e obrigatório, não sendo dado à autoridade administrativa guiar a sua conduta pelos critérios da oportunidade e conveniência públicas. Resulta também a observância ao princípio da legalidade.
- ao utilizar a sistemática do SIMPLES para apurar os tributos que, pelo seu entendimento, havia obtido faturamento superior a R\$ 1.200.000,00 no ano anterior àquele que foi objeto de lançamento, o auditor-fiscal depôs contra a legalidade.
- Por conseguinte, deve o lançamento ser anulado, por não ter se valido dos critérios legais apropriados para apuração dos tributos, não se podendo olvidar que tal incumbência não pode ser exercida pelas autoridades administrativas julgadoras, que não podem praticar a atividade típica de lançamento.

Da análise desses argumentos, concluiu a douta 1ª Turma da DRJ/SPOI pela procedência parcial do lançamento, em acórdão que, inclusive, assim restou ementado:

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

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

OMISSÃO DE RECEITAS. CONTA BANCARIA. VALORES CREDITADOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A Lei nº 9.430/1996, em seu art. 42, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

ATIVIDADE DA EMPRESA. REVENDA DE CARTÕES TELEFÔNICOS.

Integra a receita tributável para fins de apuração dos tributos pelo SIMPLES a totalidade dos valores percebidos pela pessoa jurídica nas operações de venda de cartões telefônicos aos consumidores finais.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

PRELIMINAR. NULIDADE. SIMPLES. ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE.

Deve-se afastar a preliminar de nulidade do lançamento efetivado na sistemática do SIMPLES, uma vez que este era o regime a que estava submetido o contribuinte no período fiscalizado.

DECADÊNCIA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO.

Cabe ao julgador administrativo reconhecer de ofício a ocorrência do instituto decadência quando parte dos lançamentos efetuados já estavam decaídos à época da ciência pelo contribuinte do Auto de Infração lavrado.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

O decidido quanto à infração que, além de implicar o lançamento de IRPJ implica os lançamentos da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), da Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e da Contribuição para a Seguridade Social (INSS) também se aplica a estes outros lançamentos naquilo em que for cabível.

Lançamento Procedente em Parte

Em decorrência da exoneração parcial do crédito tributário, conforme ali apontado, foi então registrada a interposição do RECURSO DE OFÍCIO pela autoridade julgadora.

Regularmente intimada a contribuinte do inteiro teor da decisão prolatada no dia 23/04/2009, foi por ela também interposto o seu competente Recurso Voluntário, protocolado no dia 22/05/2009 reiterando as razões deduzidas em sua impugnação e, ao final, pretendendo a reforma da r. decisão de primeira instância e a correspondente desconstituição integral do lançamento efetivado.

Esse é o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, relator.

Sendo regular o recurso de ofício e tempestivo o recurso voluntário, conheço de ambos os recursos interpostos.

Do recurso de ofício

Analizando os elementos contidos na r. decisão de primeira instância, verifica-se que, ao analisar as circunstâncias específicas da autuação efetivada e os fatos tributáveis a ela especificamente relacionada, verifica-se que a autoridade julgadora de primeira instância expressamente reconheceu a ocorrência da decadência parcial do crédito tributário respectivo.

Dos elementos contidos na r. decisão proferida, destaco:

A fiscalização foi efetuada em relação ao período de janeiro a dezembro de 2003, resultando no lançamento do IRPJ, CSLL, Pis, Cofins e contribuição para o INSS na sistemática do SIMPLES cuja apuração é realizada mensalmente. No presente caso, o contribuinte já havia efetuado pagamentos antecipados no período, conforme se constata no Demonstrativo de Apuração dos Valores não Recolhidos (fls. 707 a 711).

Portanto, restando caracterizada a ocorrência de pagamento, tem-se que o prazo máximo para se efetuar o lançamento de ofício relativamente aos fatos geradores ocorridos nesse período seria aquele fixado pela regra contida no § 4º do art. 150 do CTN, o qual estabelece:

(...)

Considerando que o contribuinte tomou ciência dos lançamentos em 23/09/2008, conforme aviso de recebimento de fl. 763, os fatos geradores ocorridos anteriormente a 23/09/2003, ou seja, referentes aos meses de janeiro a agosto de 2003 já se encontravam atingidos pelo instituto decadência.

Destarte, somente restaram válidos os lançamentos referentes aos meses de setembro a dezembro de 2003.

A partir dessas disposições, verifica-se que, ao analisar os termos do lançamento efetivado, a r. decisão de primeira instância expressamente reconhece a **decadência parcial** sobre os créditos tributários apontados, destacando a verificação de pagamentos feito pela contribuinte naquele período e, assim, perfeitamente regular a aplicação das disposições do Art. 150, par. 4º do CTN.

Diante dessas circunstâncias, verificando-se, no caso, a efetiva e válida constatação da ocorrência da decadência, irretocáveis se verificam as conclusões atingidas pela r. decisão recorrida, negando-se provimento, por consequência, ao recurso de ofício interposto.

Do recurso voluntário

A questão discutida nos presentes autos refere-se, especificamente, à verificação da efetiva “receita” auferida pela contribuinte-recorrente, sendo que, enquanto a fiscalização aponta como sendo receita a totalidade dos valores por ela auferidos na comercialização de “cartões telefônicos” (TELESP) – identificados a partir das informações constantes em seus respectivos extratos bancários em contraposição com os seus correspondentes registros contábeis -, a fiscalizada destaca que, em decorrência da natureza de suas atividades, considerando que o valor de venda dos referidos “cartões” são fixos e tabelados pela empresa de telefonia, a sua atividade não seria, propriamente, de **operação de compra e venda de mercadoria**, mas sim, muito mais se aproximaria da atividade de *prestação de serviços*, relativa à intermediação de negócios entre os usuários e a respectiva prestadora de serviços públicos, razão porque não se poderia considerar como “receita” a totalidade dos valores que transitam em sua conta-corrente, mas sim apenas a parcela a que teria direito, correspondente à diferença entre o valor de venda aos usuários e o valor de aquisição exigido pela TELESP.

A questão, portanto, cinge-se a essa análise: a identificação da receita da contribuinte como sendo a totalidade dos valores creditados em sua conta-corrente em decorrência das operações de comercialização dos cartões telefônicos, ou apenas à parcela de intermediação a que teria direito a contribuinte, representada pela diferença entre o valor de venda tabelado pela TELESP e o valor do “custo” de aquisição dos referidos cartões (***deságio na aquisição***).

A esse respeito, é relevante destacar que, ao contrário do que se pode apressadamente presumir, a contribuinte em momento algum encobriu a existência do recebimento dos referidos valores. O que se discute, no caso, é a qualificação dos montantes auferidos e a possibilidade (ou não) de exclusão (dedução) dos “custos” apontados dentro da sistemática própria do SIMPLES.

A discussão a respeito da possibilidade (ou não) de dedução de custos dentro da sistemática do SIMPLES, é bem verdade, é tema relativamente comum neste Conselho, sendo muitas as manifestações que apontam pela sua completa impossibilidade, muitos deles, inclusive, já assim manifestados por este relator.

Entretanto, não se pode deixar de considerar, no presente caso, a peculiaridade própria das atividades desenvolvidas pela contribuinte, sobretudo porque, em que pese inicialmente admitir-se, sem grandes esforços interpretativos, a qualificação de suas atividades como a de efetiva comercialização (compra e venda) dos referidos cartões telefônicos, uma análise mais acurada das atividades por ela desenvolvidas efetivamente demonstram uma qualificação própria de suas atividades, que com a simples comercialização efetivamente não se coaduna.

Para tanto, insta destacar que, no caso, está-se a tratar, especificamente, de operações voltadas à possibilidade de utilização dos serviços próprios de telefonia, cujo valor final aos usuários, efetivamente, não comporta nenhum tipo de **liberdade** do vendedor, tratando-se, com toda a certeza, atividades muito mais relacionadas com a operacionalização de **serviços públicos do que, propriamente, da exploração econômico-comercial no âmbito da liberdade de iniciativa**.

Aliás, esse ponto parece-nos nodal para a análise do caso: o preço final de venda dos “*cartões telefônicos*” é estabelecido – não pela contribuinte – mas sim pela própria empresa *Telefônica*, compondo-se o ganho da empresa-contribuinte o valor relativo ao “deságio” verificado no momento da aquisição dos respectivos cartões.

A esse respeito, é relevante destacar que, no caso, a atividade desenvolvida pela contribuinte – ao nosso ver - não se consubstancia, propriamente, na simples “comercialização” dos apontados “cartões telefônicos”, sobretudo porque, quem os adquire, efetivamente não pretende apenas constituir a propriedade da *cártula plástica*. Ao adquirir o cartão telefônico pretende o usuário ter acesso ao serviço de telefonia, sendo o cartão mero agente intermediário dessa atividade.

Aliás, tal questão mostra-se ainda mais patente pela verificação de que o idêntico produto pode ter valores diferentes não pelas suas características materiais próprias (tipo, cor, foto, etc.) mas simplesmente por representar “*créditos de telefonia*” diferenciados.

A atividade de telefonia não é atividade livre a quaisquer eventuais interessados, mas decorre, sempre, da atuação de específica prestadora de serviço, mediante o respectivo contrato público de concessão a ele vinculado.

Nesse sentido, inclusive, assim já expressamente se manifestou este Egrégio CARF, verificando-se a esse respeito o específico acórdão proferido nos autos do processo 10665.001092/2010-65, que, sob a relatoria do ilustre Conselheiro, Sr. ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA, à unanimidade assim especificamente já se manifestou:

Número do Processo 10665.001092/2010-65

Contribuinte DEGUERRO SERVICOS DE TELEFONIA LTDA

Tipo do Recurso RECURSO VOLUNTARIO

Data da Sessão 10/04/2012

Relator(a) ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA

Nº Acórdão 1401-000.770

Tributo / Matéria

Decisão

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

Ementa

*Normas Gerais de Direito Tributário Ano-calendário: 2006, 2007 Ementa: SIMPLES. INTERMEDIÇÃO DE VENDA DE CARTÕES TELEFÔNICOS. NATUREZA DA OPERAÇÃO **A comercialização de cartões telefônicos não representam operações de compra e venda de mercadorias. Isso porque, em verdade, quem compra um “cartão telefônico” não o faz para adquirir uma cártula de plástico ou de papel, mas sim para usufruir do direito a um serviço de telefonia, a ser prestado por uma operadora devidamente autorizada, por meio de concessão pública. Os cartões telefônicos são um instrumento, um veículo encontrado pelo operadores de telefonia, para comercializar os créditos necessário para a ativação da disponibilidade, junto à***

Concessionário de Serviço de Telefonia, do direito do cliente, de demandar por referido serviço. Nesse sentido, não é venda de mercadorias, mas sim intermediação de venda de créditos telefônicos, inseridos no bojo de um contrato de prestação de serviço celebrado entre o cliente e a empresa de telefonia. SIMPLES. INTERMEDIÇÃO DE VENDA DE CARTÕES TELEFÔNICOS. BASE DE CÁLCULO
Tratando-se da intermediação de crédito para a prestação de um serviço, cuja remuneração se dá por valor fixo ou variável, de acordo com o volume da intermediação realizada, a remuneração contratada mais se aproximando de um contrato de comissão. Com isso, apenas esse valor, representativo da remuneração pela intermediação realizada, é que deverá ser considerado faturamento da empresa, sujeito à incidência da alíquota unificada do Simples.

Da leitura do acórdão em referência, inclusive, destacam-se as relevantes considerações apresentadas pelo relator, que, em sede de conclusão, assim especificamente destacou:

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

Segundo a resolução ANATEL nº 426, de 09 de dezembro de 2006, o serviço telefônico fixo comutado, que compreende “serviço de telecomunicações que, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia”, podem ser prestados no formato pós-pago, em que o cliente é cobrado pelos serviços prestados mediante faturamento periódico; ou no formato pré-pago, “mediante a aquisição de créditos” (art. 53).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E a confusão é justificável pois, como já se disse, não se trata de venda de mercadorias, como também não se trata propriamente da prestação de um serviço. Na verdade, trata-se da intermediação de crédito para a prestação de um serviço, cuja remuneração se dá por valor fixo ou variável, de acordo com o volume da intermediação realizada, mais se aproximando de um contrato de comissão.

Com isso, apenas esse valor, representativo da remuneração pela intermediação realizada, é que deverá ser considerado faturamento da empresa, sujeito à incidência da alíquota unificada do Simples. Com estes fundamentos, entendo deva ser afastada a acusação realizada pela autoridade fiscal, cancelando-se o ato de exclusão da Recorrente do simples, assim como os autos de infração dele decorrentes.”

(Grifos nossos)

A questão, então, conforme se verifica, não se trata de considerar a possibilidade de dedução de custos na sistemática de tributação própria do SIMPLES, ***mas sim a de verificar a específica natureza da atividade desenvolvida pela contribuinte***, que, como se verifica, não se subsume à atividade própria de compra e venda de cartões telefônicos, simplesmente, mas sim a de **intermediação de acesso aos serviços próprios de telefonia**, possibilitando-se, com isso, a adequada identificação da receita como sendo apenas a parcela efetivamente devida à contribuinte pelos serviços por ela prestados, não se admitindo, portanto, a configuração da totalidade daqueles créditos apontados como sendo, no caso, receitas omitidas pela contribuinte, nos termos e fundamentos aqui então devidamente apresentados.

Diante dessas considerações, entendo assistir razão à recorrente a partir dos fundamentos apontados, razão porque encaminho o meu voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, entendendo assim pela total desconstituição do lançamento efetivado, de acordo com os objetivos fundamentos aqui apresentados.

Da nulidade da autuação efetivada

Em que pese as considerações supra referenciadas, verificando-se, na análise colegiada, a superação da tese aventada pela recorrente, remanesce ainda, a título subsidiário, a necessidade de enfrentamento da questão da apontada nulidade do lançamento efetivado, ante a materialização, no caso, da hipótese de efetiva “prática reiterada”, e, assim, a aplicação das conclusões daí decorrentes. Vejamos:

Ultrapassada a questão da análise específica da natureza jurídica das operações realizadas pela contribuinte, verifica-se ainda, nos termos do Recurso Voluntário apresentado, a apresentação de considerações que apontam a nulidade da autuação realizada, sobretudo porque, conforme ali se verifica, admitindo-se como correta a autuação, não se poderia simplesmente deixar de considerar, no caso, o específico tratamento a ele aplicável, no caso, considerando o apontamento da existência de suposta “prática reiterada” e, a partir dessa consideração, os termos do lançamento efetivado.

A questão especificamente debatida neste ponto refere-se à aplicação das disposições à época vigentes do art. 9º, inciso II da Lei 9.317/96, que, combinado com aquelas constantes do art. 24 da Lei 9.246/95, indicavam o inexorável procedimento a ser atendido pelos agentes da fiscalização. Vejamos:

Lei 9.317/96:

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

(...)

II - na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais); (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001)

Lei 9.249/95:

Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

§ 1º No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas tributadas com base no lucro presumido ou arbitrado, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela a que corresponder o percentual mais elevado.

§ 2º O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para a seguridade social - COFINS e da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP.

(Grifos e destaques nossos)

Pela análise dessas disposições, em confronto com as contidas nos presentes autos, verifica-se como indubitosa a conclusão da fiscalização de que, no ano de 2002, teria a contribuinte extrapolado (em muito) os limites para o possível enquadramento do SIMPLES, o que importaria, portanto, na necessária consideração de que estaria ela submetida, não a este regime, mas ao necessário regime geral das pessoas jurídicas, devendo serem apurados os eventuais montantes devidos, portanto, a partir da aplicação das regras próprias das sistemáticas do LUCRO REAL ou LUCRO PRESUMIDO, sem essa, inclusive, a forma de regular tributação das atividades das pessoas jurídicas.

Aliás, a esse respeito, relevante destacar que, conforme expressamente previsto nas disposições do art. 195 a 197 do RIR/99, esse ser o tratamento devido às pessoas jurídicas que, na verificação da apontada ***prática reiterada***, devem receber então esse específico tratamento:

Art. 195. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses (Lei nº 9.317, de 1996, art. 14):

I - quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica, nas formas do inciso II e do § 2º do artigo anterior;

II - embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, bem assim pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN);

III - resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde se desenvolvam as atividades da pessoa jurídica ou se encontrem bens de sua posse ou propriedade;

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou o titular, no caso de firma individual;

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

VI - comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

VII - crimes contra a ordem tributária, com decisão definitiva.

Art. 196. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 194 e 195 surtirá efeito (Lei nº 9.317, de 1996, art. 15):

I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 194;

II - a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, ainda que de ofício, em virtude da constatação excludente prevista nos incisos II a XVIII do art. 192 (Lei nº 9.732, de 1998, art. 3º);

III - a partir do início de atividade da pessoa jurídica, sujeitando-a ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, apenas, de juros de mora quando efetuado antes do início de procedimento de ofício, na hipótese do inciso II, "b", do art. 194;

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 192;

V - a partir do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

Parágrafo único. A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo (Lei nº 9.317, de 1996, art. 15, § 3º e Lei nº 9.732, de 1998, art. 3º).

Art. 197. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (Lei nº 9.317, de 1996, art. 16).

(Grifos e destaques nossos)

Nessa linha de entendimento, afastadas as considerações inicialmente aqui apontadas (relativas à caracterização objetiva da natureza jurídica das operações desenvolvidas pela contribuinte), imperioso, verifica-se, é o reconhecimento de que, então, impossível seria a efetivação da opção, pela contribuinte, na integração à sistemática própria do SIMPLES no

ano-calendário subsequente (2003), configurando-se, inclusive, a operação apontada como específica *prática reiterada*, o que, por conseguinte, importa na necessária aplicação das disposições apontada dos artigos 195 a 197 do RIR/99, reconhecendo-se, no caso, a invalidade do lançamento da forma como efetivado, uma vez que, considerando a incontestada afirmação de que as receitas auferidas pela contribuinte no ano-calendário de 2002 seriam superiores aos limites estabelecidos em lei para a integração na sistemática própria do SIMPLES, e configurada a reiteração da prática apontada como irregular pela fiscalização, obrigatória seria, portanto, a imediata exclusão de ofício, com a aplicação das consequências imediatamente determinadas, o que importaria na obrigatoriedade de apuração dos eventuais tributos devidos a partir da incidência das regras aplicáveis às demais pessoas jurídicas, o que, definitivamente, não fora então observado pelos agentes da fiscalização.

Em face de todas essas considerações, encaminho o meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício e, ainda, DAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO. Alternativamente, restando vencido quanto ao provimento do recurso da contribuinte, entendo, ainda, no caso, pela NULIDADE DA AUTUAÇÃO, haja vista a configuração da efetiva prática reiterada, tendo em vista que, estando assim configurada, imperiosa seria a aplicação das disposições contidas dos Arts. 195 e 197 do RIR/99, impondo, assim, a necessária exclusão de ofício da contribuinte da sistemática do simples, e, por consequência, a apuração do tributo devido a partir das regras próprias a relativas à tributação aplicável às demais pessoas jurídicas, nos termos do art. 16 da Lei nº 9.317/96.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães – redator designado.

Embora tenha rendido homenagens ao pronunciamento do Ilustre Relator, o Colegiado decidiu de forma diversa, relativamente ao RECURSO VOLUNTÁRIO interposto pela contribuinte.

Primeiramente, rejeitou, pelo voto de qualidade, a preliminar argüida.

A tese acolhida pelo Ilustre Relator diz respeito ao fato de que, considerados os elementos reunidos ao processo, estaria caracterizada a PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÕES, o que implicaria em tributação nos moldes aplicados às demais pessoas jurídicas, e não na sistemática do SIMPLES. Noutra vertente, considerando o argumento da Recorrente de que no ano anterior (2002) ela já havia omitido receitas em patamar superior ao limite previsto para permanência na sistemática simplificada, a autuação objeto do presente processo, relativa ao ano-calendário de 2003, deveria ser feita, da mesma forma, segundo a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.

O primeiro dos argumentos foi rejeitado porque a questão sequer foi suscitada em sede de recurso, tendo sido, apenas, tangenciada por ocasião da sustentação oral feita pelo representante da autuada.

No caso, a Turma afastou a tese de que a matéria é de ordem pública, o que a obrigaria a apreciá-la de ofício, eis que o conceito de prática reiterada é contaminado de indeterminação, não sendo pacífico o entendimento de que ela resta caracterizada na circunstância em que a infração foi apurada relativamente a um único ano-calendário.

Ademais, como bem destacado por ocasião dos debates que antecederam o julgamento, o agente fiscal não detém competência para, a partir da caracterização de uma suposta prática reiterada de infrações, decretar a exclusão do contribuinte da sistemática do SIMPLES.

Quanto ao segundo dos argumentos, o que se observou é que a Recorrente, com o intuito de se eximir do cumprimento das obrigações tributárias formalizadas pela autoridade fiscalizadora, confessa (ou, ao menos, sugere) ter incorrido em ilícito de igual natureza no ano anterior, de modo que, em conformidade com o seu capcioso raciocínio, a autuação ora sob apreciação, por não considerar os efeitos decorrentes de tal ilícito, revela-se nula.

Em síntese, o que a Recorrente pretende é beneficiar-se da sua própria torpeza, o que, convenhamos, não se pode admitir.

A ação fiscalizadora ora sob apreciação foi regularmente instaurada para apurar fatos em relação ao ano-calendário de 2003, e somente em relação a tal período cabe apreciar se foram observados os comandos preconizados pela legislação de regência.

A alegação, simplesmente baseada em suposição, de que no ano anterior foi praticado ilícito de igual natureza, com o intuito de tornar ilegal a forma de apuração das exações devidas adotada pela autoridade fiscal, além de revelar postura moralmente discutível, não encontra respaldo na legislação de regência.

Com efeito, se, de fato, a contribuinte em determinado ano-calendário incorreu em situação que não lhe possibilitava permanecer no SIMPLES no ano subsequente, em conformidade com o disposto no então vigente art. 13, II, a, da Lei nº 9.317, de 1996, ela estava obrigada a comunicar a sua exclusão do referido regime. Simplesmente manter-se em silêncio, aproveitando-se de um regime diferenciado que sabia não ter direito, para, em momento posterior, sendo autuada, tentar se beneficiar dos efeitos jurídicos decorrentes dessa condenável conduta, com o devido respeito, não é algo aceitável do ponto de vista moral.

Ademais, nos termos do parágrafo 3º do art. 15 da Lei nº 9.317/96, a exclusão de ofício, para que possa surtir os efeitos jurídicos que lhe são próprios, deve ser promovida por meio da expedição de ato declaratório da autoridade fiscal da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurando-lhe o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos termos das normas processuais em vigor.

A pretensão da Recorrente, em suma, não encontra lastro na legislação de regência, atenta contra princípio geral de direito e reflete conduta reprovável do ponto de vista moral, motivos pelos quais foi rechaçada.

No mérito, entendeu o Ilustre Relator que a atividade econômica explorada pela fiscalizada (comercialização de cartões telefônicos) aproxima-se da operacionalização de serviços públicos, não comportando, em seu exercício, liberdade por parte do comerciante. Registrou que, no caso, o preço final do produto é estabelecido pela empresa de telefonia, de modo que o ganho da empresa estaria representado pelo “*valor relativo ao “deságio” verificado no momento da aquisição dos respectivos cartões*”. A partir de tais considerações, concluindo que atividade explorada pela Recorrente representava intermediação de acesso aos serviços próprios de telefonia, asseverou que a receita a ser submetida à tributação estaria representada pela parcela correspondente aos serviços prestados, e não à totalidade dos créditos apontados na peça de autuação.

Os fatos retratados nos autos, entretanto, não militam a favor de tal entendimento.

Com efeito, às fls. 230 do processo, em documento emitido pela Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo¹, restou assinalado:

1. A Consulente, "prestadora de serviços de telecomunicação", informa que adquire, de empresa prestadora de serviço telefônico, cartões e fichas para revenda, sendo tal operação documentada pela fornecedora com a emissão de "Notas Fiscais de Serviços Telefônicos (...)" com destaque do imposto devido, calculado com base no valor tarifário".

2. Informa, também, que sua atividade não se restringe a intermediação, uma vez que "comercializa com margem “de lucro” esses cartões telefônicos

para "bares, restaurantes, bancas de jornal, etc. (...) que nesse caso vendem a consumidor final". (GRIFEI)

Nota-se, pois, que, contrariamente ao esposado pelo Relator, a própria Recorrente afirma que sua atividade não se limita à intermediação, vez que comercializa os cartões telefônicos com margem de lucro.

Restou claro, portanto, que, na linha do sustentado na peça acusatória, a Recorrente adquire em nome próprio os referidos cartões para posterior revenda, não havendo que se falar em mera intermediação.

Diante de tal circunstância, a tributação promovida pela Fiscalização, ao considerar a totalidade da receita apurada como base de cálculo das exações devidas, revela-se absolutamente correta.

Na linha do entendimento aqui expendido, transcrevo, abaixo, ementa de decisão prolatada pela 5ª Turma Especial.

Acórdão nº 1805-00.057 – 5ª Turma Especial

Sessão de 27 de maio de 2009

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.

Acerca da “liberdade” que detém o revendedor de cartões telefônicos, cumpre reproduzir pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.119.517 - MG (2009/0014022-6)

RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA

[...]

9. O fato de os cartões telefônicos serem revendidos por terceiros a usuário final não altera o critério espacial escolhido pela LC 87/96, qual seja, o da sede do estabelecimento da concessionária. A razão é muito simples: o contribuinte do ICMS pelo fornecimento de fichas e cartões telefônicos é a própria concessionária, que **não tem qualquer controle sobre a venda posteriormente realizada por revendedores, até porque nada impede que essas empresas, ao invés de negociar diretamente com os usuários, revendam a terceiras empresas situadas em outra unidade da Federação.** (GRIFEI)

Pelas razões expostas, decidiu o Colegiado NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

Processo nº 19515.005337/2008-05
Acórdão n.º **1301-001.315**

S1-C3T1
Fl. 1.268

CÓPIA