



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

Processo n° 11444.001080/2008-83
Recurso n° 510.050 Voluntário
Acórdão n° **1302-00.544 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 31 de março de 2011
Matéria IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente LUDWIG & LUDWIG TRANSPORTES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005

OMISSÃO DE QUESTÕES.

A mera omissão de questão pontual na ementa de acórdão não autoriza a conclusão de que a matéria não foi apreciada nem decidida, se as questões restam apreciadas no voto condutor.

SUSTENTAÇÃO ORAL. JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

Não havendo previsão legal para sustentação oral no julgamento em primeira instância, e sendo a Administração Pública adstrita ao que lhe permite a Lei, deve ser o pedido indeferido.

AUTO DE INFRAÇÃO. CRITÉRIO DA DUPLA VISITA. RESTRIÇÃO.

O critério da dupla visita, prescrito no parágrafo único do art. 12 da Lei nº 9.841/99 se restringe à fiscalização trabalhista, não alcançando a fiscalização tributária.

INSCRIÇÃO NO SIMPLES. PROVA

Tendo em vista que a inscrição no Simples se dá a requerimento do interessado, não é dever da fiscalização, no curso do procedimento, fazer a prova prévia da inscrição, para somente após isso efetuar o lançamento.

SIMPLES FEDERAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PARA A SEGURIDADE SOCIAL. BASE DE CÁLCULO.

A base de cálculo da Contribuição social para a Seguridade Social de optante do Simples Federal é a receita bruta mensal.

OMISSÃO DE RECEITAS. REPASSE. NÃO COMPROVAÇÃO.

Não comprovado que o sujeito passivo repassou a terceiros as receitas omitidas, e que sua atuava por conta de terceiros, devem ser elas tributadas pelo seu valor total.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A conduta de prestar declaração de inatividade relativa a exercício no qual foram exercidas atividades, adicionada à de não efetuar nenhum recolhimento demonstra a intenção de ocultar a ocorrência de fatos geradores, autorizando a exasperação da multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Presidente.

(assinado digitalmente)

EDUARDO DE ANDRADE - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Rodrigues de Mello (presidente da turma), Irineu Bianchi (vice-presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Sandra Maria Dias Nunes, Eduardo de Andrade e Daniel Salgueiro da Silva.

Relatório

Trata-se de apreciar Recurso Voluntário interposto em face de acórdão proferido nestes autos pela 5ª Turma da DRJ/RPO, no qual o colegiado decidiu, por unanimidade, considerar procedente o lançamento, mantendo o crédito tributário exigido, conforme ementa que abaixo reproduzo:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2005

RECEITA. OMISSÃO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO.

A inexistência de escrituração do resultado decorrente de transporte rodoviário de cargas autoriza o lançamento de crédito tributário baseado em omissão de receita quando restar comprovado pelos respectivos conhecimentos de transportes e Livro de Saída de Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Carga a efetividade da prestação dos serviços e o ingresso das importâncias correspondentes.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

A conduta de informar ao fisco a condição de inativa com o intuito de subtrair o pagamento de tributos, que se prolonga por todo o ano-calendário, autoriza a aplicação de multa de ofício qualificada.

SUSTENTAÇÃO ORAL. INDEFERIMENTO.

Inexiste, no âmbito da legislação processual tributária, previsão para realização de sustentação oral, pela defesa, durante a sessão de julgamento administrativo de primeira instância.

Os eventos ocorridos até o julgamento na DRJ, foram assim relatados no acórdão recorrido:

Contra empresa acima identificada foram lavrados autos de infração que lhe exigiram Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) no valor de R\$ 44.402,51, Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) de R\$ 44.402,51, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) de R\$ 70.457,09; Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) de R\$ 140.914,17 e Contribuição para a Seguridade Social (INSS) de R\$291.514,98 (fls. 01/43), acrescidos de juros de mora e multa de ofício qualificada de 150%, cuja capitulação legal acha-se descrita nos termos de apuração respectivos. A imposição tributária deu-se no âmbito do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, calcada em omissão de receitas não escrituradas.

Segundo consta do Relatório Fiscal (fls. 44/49), o procedimento iniciou-se com a intimação endereçada à contribuinte para que apresentasse, além de documentos contábeis, cópia dos extratos da conta-corrente bancária mantida no Banco Bradesco S.A., em vista de que a instituição financeira havia declarado que a contribuinte apresentara movimentação bancária no decorrer do ano-calendário de 2005, enquanto a autuada havia declarado à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) que estava inativa naquele período.

Após ter efetuado o cotejo entre as informações constantes no Livro de Registro de Saídas e nos Conhecimentos de Transporte Rodoviários de Cargas e alguns ajustes, devidamente descritos no item 7 do relatório fiscal (fl. 46), elaborou a autoridade fiscal a relação das importâncias componentes da base de cálculo que serviu ao lançamento, discriminada no relatório de fls. 156/235, consolidadas no quadro de fl. 45.

Por entender que o fato de apresentar receita registrada em livro fiscal e declarar-se inativa perante a RFB configurou, em tese, crime contra a ordem tributária, lavrou a autoridade fiscal Representação Fiscal para Fins Penais, conforme consta do relatório.

Irresignada com a imposição tributária, apresentou a contribuinte a impugnação de fls. 251/278, com alegação de que:

- inexistiu o tratamento jurídico diferenciado legalmente previsto para empresas de pequeno porte;
- não é optante pelo regime de tributação do Simples, daí decorreu tipificação equivocada do auto de infração;
- a base de cálculo da contribuição para seguridade social é a folha de pagamento dos funcionários e não o faturamento da empresa;
- inexistiu a intenção dolosa que motivasse a imposição de multa majorada, tampouco a qualificação penal;
- ocorrera erro na elaboração da declaração de inativa, entregue à RFB;
- a quase totalidade de sua receita decorre do agenciamento de fretes para terceiros, dado que não possui frota própria.

Ao final propugnou pela improcedência da imposição tributária e pela sustentação oral junto à Delegacia de Julgamento.

A recorrente, na peça recursal submetida à apreciação deste colegiado, alegou, em síntese, que:

Preliminarmente,

(a) A decisão da 5ª turma deixou de analisar os pedidos abaixo, sendo nula de acordo com o art. 59 do Decreto nº 70.235/72 e jurisprudência do Conselho de Contribuintes:

- i. da ausência de tratamento jurídico diferenciado;
- ii. da opção pelo regime do simples e da tipificação do auto de infração;
- iii. da base de cálculo da contribuição para a seguridade social;
- iv. da declaração de inativa e do dolo para imposição da multa majorada;
- v. do repasse da receita.

Segundo afirma, o relatório faz a análise dos pedidos, bem como o voto do relator; porém, a 5ª turma não faz sua apreciação;

(b) é garantido o direito à sustentação oral em primeira instância pelo art. 3º, III, IV da Lei nº 9.784/99. Além disso, o art. 29 da mesma Lei prescreve que os atos de instrução com os interessados devam se realizar de modo menos oneroso para as partes. Desta forma, sendo menos onerosa a defesa oral na DRJ que no Conselho de Contribuintes (em Brasília), há cerceamento do direito de defesa.

No mérito,

(c) o fiscal deveria ter primeiro realizado a visita de orientação (prevista nos art. 1º e 12 da Lei nº 9.841/99), e somente após isso, se não atendidas as orientações, proceder ao início da fiscalização;

(d) a recorrente não requereu inscrição no Simples. De suas consultas emerge a resposta: “não existe inscrições anteriores no Simples Nacional”. A prova de inscrição no Simples é de sistema interno da Receita Federal. Em outro comprovante a situação da recorrente é assim atestada: “não optante pelo Simples Nacional. Solicitou cancelamento da migração automática em 15/08/2007. Opções pelo Simples Nacional em períodos anteriores: não existem”. Assim, há dúvidas quanto à sua inscrição no Simples Federal. Desta forma, como não foi provada a inscrição, é insubsistente o auto de infração. Também é indevida a tipificação legal da autuação, porque deveria ter sido feita com base no regime normal de tributação (real, presumido ou arbitrado), acarretando nulidade do auto de infração, nos termos do art. 10 do Decreto nº 70.235/72;

(e) a legislação dispõe, no art. 9º do Decreto 70.235/72, que a exigência do crédito tributário deverá ser formalizada em autos de infração distintos para cada imposto. No entanto, foi efetuado o lançamento de vários tributos, IRPJ, CSLL, PIS, COFINS, INSS, de espécies distintas em um único auto de infração sendo totalmente contrário à legislação, e ferindo a ampla defesa;

(f) o Auditor Fiscal equivocadamente efetuou a autuação da Contribuição para a Seguridade Social tomando como base o faturamento da empresa ora Recorrente, ao revés deveria tê-lo feito com fulcro na folha de pagamento. O fato gerador para a cobrança da Contribuição voltado à Seguridade Social é a existência de funcionários e a base de cálculo é a folha de pagamento destes e pró-labore da direção, conforme determina o art. 22 da lei 8212/91;

(g) A totalidade do transporte de cargas eram efetuados por terceiros. A Recorrente não possui nenhum caminhão registrado em seu nome, de certo havia um gerenciamento de cargas e por tal prestação de serviço cobrava-se um taxa de agenciamento em torno de 10% do valor total das cargas, fato comprovado pelas notas de conhecimento de frete acima mencionadas;

(h) a recorrente espontaneamente apresentou o Livro de Saída (que contém integralmente o montante apurado) e os Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Carga, que serviram de base à autuação. A prova não foi colhida de terceiros. Assim, não se caracterizou o dolo para qualificação da multa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Andrade, Relator.

O recurso é tempestivo, e portanto, dele conheço.

Das preliminares

(a) Omissão na ementa de argumentos invocados

Argúi a recorrente que a decisão da 5ª turma deixou de analisar argumentos invocados, sendo nula de acordo com o art. 59 do Decreto nº 70.235/72 e jurisprudência do Conselho de Contribuintes, embora o relatório tenha feito a análise dos pedidos, bem como o voto do relator.

Verificando a ementa da decisão, verifico que lá estão sintetizadas apenas três matérias, não contendo expressamente algumas daquelas levantadas pela recorrente. Também seu dispositivo limita-se a expressar o resultado do julgamento por unanimidade, no qual os membros da turma acordam em “considerar procedente o lançamento, mantendo o crédito tributário exigido”.

Todavia, conforme reconhece a própria recorrente na peça recursal, o voto condutor procedeu à análise integral das razões de recurso, sendo certo que a turma delas tomou conhecimento no momento da sessão de julgamento, ocorrida em 06 de fevereiro de 2009.

Assim, acaso houvesse discordância pontual no que tange às análises procedidas pelo relator, teriam elas que ser declinadas no dispositivo, que não conteria a expressão “por unanimidade de votos”, mas talvez “por maioria de votos”, ou ainda, poderia ter sido invertido o resultado do julgamento, no que tange à conclusão obtida pelo relator.

No entanto, não foi o que ocorreu, tendo a turma acordado, por unanimidade de votos, com o voto condutor do acórdão.

Demais disso, cumpre notar que as questões que a recorrente entende não decididas são instrumentais, relativamente aos resultados chegados. Noutras palavras, ingressam no silogismo que conclui pela procedência do lançamento. Assim, acaso acolhido seus argumentos, o resultado do julgado haveria, necessariamente, de ser distinto daquele a que foi acordado. Por exemplo, acaso aceita a argüição de que a recorrente não era optante do simples ou que a tipificação do auto de infração seria incorreta, tal situação imporia o cancelamento do auto, modificando substancialmente o resultado do julgado.

Concluo, portanto, asseverando que a mera omissão de questão pontual na ementa de acórdão não autoriza a conclusão de que a matéria não foi apreciada nem decidida, especialmente quando as questões restam apreciadas no voto condutor.

(b) Direito à sustentação oral no julgamento de primeira instância

A DRJ indeferiu o pedido de sustentação oral pela inexistência de respaldo jurídico para tanto, havendo-o tão somente para apresentação de impugnação escrita, nos termos do art. 15 do Decreto nº 70.235/72. Além disso, aduziu que o preceito legal que

permitia tal ação (art. 7º, IX, da Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil) teve sua inconstitucionalidade declarada, por maioria, pelo Supremo Tribunal Federal em sede da ADI-1.127-8.

Em virtude de tal decisão, a recorrente denuncia violação a seu direito à ampla defesa em primeira instância, garantido pelo art. 3º, III, IV da Lei nº 9.784/99. Além disso, conforme afirma, o art. 29 da mesma Lei prescreve que os atos de instrução com os interessados devam se realizar de modo menos oneroso para as partes. Desta forma, sendo menos onerosa a defesa oral na DRJ que no CARF (em Brasília), houve cerceamento do direito de defesa.

Resta ponderar que a Lei acima mencionada, de acordo com seu próprio art.69 (abaixo reproduzido) é aplicada tão somente de forma subsidiária no que tange ao processo administrativo fiscal, que possui disciplina própria determinada no Decreto nº 70.235/72.

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

E tal procedimento próprio não prevê, conforme bem ressaltado no voto condutor do acórdão recorrido, a modalidade requerida. Mas não só isso. A própria Lei nº 9.784/99 também não a autoriza. Nem mesmo nos próprios incisos III e IV, mencionados no recurso. Vejamo-los.

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

Vê-se com hialina clareza que não restou compreendido no rol de direitos o de postular oralmente em sessão de julgamento, mas tão somente aqueles que concernem à formulação de alegações (sem menção ao vocábulo “orais”) e apresentação de documentos antes da decisão, bem como de fazer-se assistir (ou seja, auxiliar) por advogado, exceto quando obrigatória a representação.

À Administração, adstrita ao Princípio da Legalidade, cumpre fazer o que está previsto em Lei, não havendo espaço para a criatividade baseada na não proibição em Lei.

Hely Lopes Meyrelles¹ já há muito sentenciara que

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode

¹ Hely Lopes Meyrelles, Direito Administrativo Brasileiro, página 82/83, 17ª ed., 1990, Malheiros Editores, São Paulo

fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

Não havendo previsão legal que autorize a modalidade defensiva, também não se sustenta a alegação de ofensa à menor onerosidade, porquanto não é porque não executou a defesa oral que não teve oportunidade de defesa. A recorrente postulou por escrito, deduzindo na peça formal suas razões que restaram apreciadas no voto condutor e foram julgada pelo colegiado.

Entendo, portanto, que devam ser afastadas as preliminares.

Do mérito

(c) Violação ao critério da dupla visita para lavratura de auto de infração

Insurge-se a recorrente com a iniciativa tomada pela autoridade fiscal em proceder à lavratura do auto de infração sem ter primeiro realizado a visita de orientação, prevista no art. 12 da Lei nº 9841/99 (em vigor à época dos fatos geradores, mas revogado pela Lei Complementar nº 123/2006), violando, assim, o necessário tratamento diferenciado prescrito no art. 1º do supradito dispositivo, *verbis*:

Lei nº 9.841/99

*Art. 1o Nos termos dos arts. 170 e 179 da Constituição Federal, é assegurado às microempresas e às empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado e simplificado nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial, **em conformidade com o que dispõe esta Lei e a Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e alterações posteriores.** (grifo meu)*

*Art. 12. Sem prejuízo de sua ação específica, **as fiscalizações trabalhista e previdenciária** prestarão, prioritariamente, orientação à microempresa e à empresa de pequeno porte. (grifo meu)*

*Parágrafo único. No que se refere à **fiscalização trabalhista**, será observado o critério da dupla visita para lavratura de autos de infração, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado, ou anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, ou ainda na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.*

Decidiu o colegiado *a quo* pela impossibilidade de aplicação de tais dispositivos ao caso vertente, vez que *a sistemática da dupla visita, a seu turno, acha-se restrita à seara trabalhista, tal como preceitua o parágrafo único do art. 12 da Lei nº 9.841, de 1999.*

Ademais, concluiu, a previsão legal autoriza a autoridade a cancelar ilícito tributário, vez que esta deve proceder de forma vinculada, nos termos do art. 142 do CTN.

Tal decisão não merece censura. O pedido alcança *locus* inexistente na previsão legal em que se funda, sendo expressa a restrição do seu alcance à fiscalização trabalhista no que tange à dupla visita, escapando-lhe, por conseguinte, regular a conduta da fiscalização tributária.

Relativamente à disposição mais geral, concernente ao tratamento diferenciado e simplificado, consoante o próprio dispositivo legal, dar-se-á este em conformidade com o que dispõe a Lei nº 9.317/96 (e alterações posteriores), não havendo neste diploma ou nos que lhe alteraram, previsão para o tratamento privilegiado semelhante ao que lhe deveria ser destinado em caso de fiscalização trabalhista.

(d) Inscrição no Simples não provada pela fiscalização

Sustenta a recorrente que não requereu inscrição no Simples. Conforme aduz, de suas consultas emerge a resposta: “não existe inscrições anteriores no Simples Nacional”. Alega que a prova de inscrição no Simples é de sistema interno da Receita Federal. Em outro comprovante a situação da recorrente é assim atestada: “não optante pelo Simples Nacional. Solicitou cancelamento da migração automática em 15/08/2007. Opções pelo Simples Nacional em períodos anteriores: não existem”. Assim, há dúvidas quanto à sua inscrição no Simples Federal. Desta forma, como não foi provada a inscrição, é insubsistente o auto de infração. Também é indevida a tipificação legal da autuação, porque deveria ter sido feita com base no regime normal de tributação (real, presumido ou arbitrado), acarretando nulidade do auto de infração, nos termos do art. 10 do Decreto nº 70.235/72.

A decisão recorrida conclui que não merece prosperar tal alegação porque

a opção por tal sistemática de tributação não se dá por meio de alteração contratual ou estatutária, conforme alegou em sua peça impugnatória.

...

No caso do Simples, a mudança prevista na legislação refere-se apenas à alteração cadastral, no âmbito da Administração Tributária, a cargo do próprio contribuinte, que presta as informações necessárias, veiculadas em Ficha Cadastral de Pessoa Jurídica.

No caso presente, consulta aos sistemas informatizados da RFB, cujo extrato consta da fl. 70, dá conta de que a contribuinte optou pelo ingresso no sistema desde 22/04/2004, sob o código de inclusão nº 301, que se refere à opção manifestada pela própria empresa; em 01/07/2007 foi excluída por decisão administrativa, código 321; posteriormente, em 20/03/2008, pleiteou a inclusão (código 301) e no mesmo dia requereu a exclusão por opção própria (código 302). O fato de ter apresentado a declaração de rendimentos como inativa no ano-calendário de 2005 (fl. 71) não afasta a condição de optante pelo Simples.

Relativamente à capitulação legal, sustenta que

Não há que se falar em descumprimento da prescrição legal prevista no Decreto nº 70.235, de 1972, que estabelece os requisitos da peça impositiva, notadamente descrição e capitulação legal do fato. A uma porque se trata de tributação pelo Simples, cujo enquadramento deu-se a pedido da própria contribuinte; a duas porque a capitulação legal acha-se em perfeita sintonia com as regras definidoras do Sistema. Tampouco há que se falar em cerceamento de defesa, conforme sub-repticiamente a contribuinte procura inscrever em sua impugnação, quando refere-se ao auto de infração como confuso, em face da densidade de suas alegações, que denotam perfeita compreensão do ilícito apurado.

Inicialmente, da análise dos autos verifico que consta do Termo de Constatação Fiscal e Intimação Fiscal de 23/07/2008 a menção, feita pela fiscalização, de que a recorrente era optante do simples (fl.67). Não consta que contra tal afirmação, tenha se insurgido a recorrente ao tempo dos fatos, mas tão somente seu silêncio.

Por outro lado, constato que embora a presente fundamentação questione a inscrição no Simples, a alegação anterior solicitava exatamente tratamento privilegiado e simplificado destinado a pessoas inscritas na sistemática simplificada de pagamento.

Não bastasse, os documentos coligidos atestam a inscrição da recorrente no simples a partir do ano-calendário de 2004, e, é de se ressaltar que a Administração não inscreve de ofício pessoas jurídicas no regime simplificado, sendo o procedimento sempre impulsionado a pedido do contribuinte, nos termos do art. 8º da Lei nº 9.317/96 (em vigor à época dos fatos geradores), abaixo reproduzido:

Art. 8º A opção pelo SIMPLES dar-se-á mediante a inscrição da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda - CGC/MF, quando o contribuinte prestará todas as informações necessárias, inclusive quanto:

Por fim, não merece crédito a afirmação de que as supostas informações contraditórias, fornecidas pelos sistemas da Receita Federal põem em cheque a sua condição de optante pelo Simples. Tais aparentes contradições informam não haver inscrição no Simples Nacional, sistema distinto do Simples Federal, sendo que este último que teve sua vigência extinta com o nascimento daquele.

Com efeito, ao entrar em vigor o Simples Nacional, a partir de 2007, ficou estabelecido que a simples inscrição no Simples Federal não bastava para migração automática da pessoa jurídica para o regime do Simples Nacional, havendo de ser também satisfeitas as condições para ingresso no novo regime, conforme dispõe o art. 16, §4º da Lei Complementar nº 123/2006, *verbis*:

Art. 16...

§ 4º Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as microempresas e empresas de pequeno porte regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem

impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar. (grifo meu)

§ 5º O Comitê Gestor regulamentará a opção automática prevista no § 4º deste artigo.

Desta forma, o fato de constar dos sistemas da Receita Federal a informação de que não havia inscrição no Simples Nacional não permite concluir que, assim também, jamais houve inscrição no Simples Federal.

Não vejo assim a coerência robusta de provas e alegações que me faria duvidar do procedimento da Administração em inscrever a recorrente no Simples, especialmente por: a) ter a fiscalização apresentado provas no sentido da opção pelo regime (telas dos sistemas da RFB); b) ter a fiscalização dado conhecimento desse fato à recorrente ao tempo do procedimento fiscal; c) não ter a recorrente contestado tal informação à época; d) ter a recorrente apresentado argumentos insubsistentes, permitindo inferir que se confundiu com a existência dos diferenciados regimes do Simples Federal e Simples Nacional; e) ter a recorrente se manifestado de forma contraditória em suas razões de recurso, manifestando ora interesse nas regras ínsitas aos optantes, ora manifestando interesse em sua exclusão face ao regime simplificado.

Opto, pois por manter a tributação neste ponto.

(e) Exigência de formalização do crédito tributário relativo ao Simples em autos de infração distintos para cada tributo

Afirma a recorrente que a legislação dispõe, no art. 9º do Decreto 70.235/72, que a exigência do crédito tributário deverá ser formalizada em autos de infração distintos para cada imposto. No entanto, entende que foi efetuado o lançamento de vários tributos, IRPJ, CSLL, PIS, COFINS, INSS, de espécies distintas em um único auto de infração, o que é contrário à legislação, e fere a ampla defesa.

Embora a matéria não mereça conhecimento, porquanto não argüida quando da impugnação, estando, portanto, perempta sua ulterior invocação, nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235/72, por ser de evidente constatação, rapidamente a aprecio, apenas para fazer constar que, ao contrário do que alega a recorrente, os autos de infração foram formalizados distintamente, conforme se vê das fls.2, 9, 16, 23, 30.

(f) Utilização do faturamento como base de cálculo para a Contribuição para a Seguridade Social

O Auditor Fiscal lançou a Contribuição para a Seguridade Social tomando como base o faturamento da empresa ora Recorrente, ao revés deveria tê-lo feito com fulcro na folha de pagamento. O fato gerador, todavia, conforme entende a recorrente, para a cobrança da Contribuição voltado à Seguridade Social é a existência de funcionários e a base de cálculo é a folha de pagamento destes e pró-labore da direção, conforme determina o art. 22 da lei 8212/91;

A turma colegiada de primeiro grau entendeu que a Lei nº 9317/96 determina o pagamento mensal unificado de impostos e contribuições federais, tendo como base de cálculo a receita bruta mensal auferida, não tendo a lei excepcionado do benefício a hipótese de prestação de serviços. Ademais, a adesão ao Simples implica renúncia à sistemática de tributação anteriormente adotada.

Nada a reparar quanto ao decidido. O art. 3º da Lei nº 9317/96 de fato prescreve pagamento unificado de vários tributos, neles incluído na alínea “f” a Contribuição para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica.

A análise sistemática dos art. 5º (que determina os percentuais de recolhimento de acordo com a receita bruta) e 23 (que estabelece a partilha dos valores arrecadados entre os diversos tributos que compõem o Simples) da Lei nº 9.317/96 permite concluir que a base de cálculo da Contribuição para a Seguridade Social é anômala no que tange aos optantes do regime, sendo determinada pela receita bruta mensal e não pela folha de salários. Mas, o preceito, além de destinar-se a cumprir preceito constitucional, é bem aceito, pois, além de causar tributação mais leve que a ordinária, é opcional.

(g) A receita era determinada por apenas 10% do valor total das cargas, pois eram os transportes efetuados por terceiros

Alega a recorrente que a totalidade do transporte de cargas era efetuada por terceiros. A Recorrente não possui nenhum caminhão registrado em seu nome. Assim, por certo, havia um gerenciamento de cargas e por tal prestação de serviço cobrava-se uma taxa de agenciamento em torno de 10% do valor total das cargas, fato comprovado pelas notas de conhecimento de frete acima mencionadas.

A turma recorrida rechaçou tal argumento por entender que

a alegação de que repassara a quase totalidade de seu faturamento para outros prestadores de frete não descaracteriza a base de cálculo obtida pela autoridade fiscal, em vista da definição que a Lei nº 9.317, de 1996, a saber:

Art. 5º O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida, dos seguintes percentuais:

O conceito de receita bruta, a seu turno, colhe-se da definição do art. 279 do Regulamento do Imposto de Renda, consolidado pelo Decreto nº 3.000, de 1999:

Art. 279. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia (Lei nº 4.506, de 1964, art. 44, Decreto-lei nº 1.598, de 1977, art. 12)

Parágrafo único. Na receita bruta não se incluem os impostos não cumulativos cobrados, destacadamente, do

comprador ou contratante, dos quais o vendedor dos bens ou o prestados dos serviços seja mero depositário.

Verifica-se, por conseguinte, que a redução pretendida pela contribuinte não está contemplada no permissivo legal que registra as hipóteses de dedução da receita bruta.

Acrescente-se que embora a contribuinte tivesse apresentado conhecimentos de transporte rodoviário de carga, tais documentos não se prestam a comprovar o alegado, em vista de que inexistente qualquer prova do registro contábil, tampouco do efetivo repasse aos citados prestadores de serviço. Ademais, em seu contrato está consignado como objeto social “a exploração por conta própria do ramo de transporte rodoviário de cargas em geral, intermunicipal, interestadual e internacional” (fl. 286).

Em reforço ao fato de que a receita bruta deve ser atribuída à impugnante, registre-se que a circunstância de contratar terceiros para executar os fretes não descaracteriza os acordos que firmou com os tomadores dos serviços, conforme consta dos conhecimentos de transporte. A responsabilidade pela execução dos trabalhos perante os contratantes é da contribuinte, não dos proprietários dos veículos transportadores.

Impõe-se consignar que para definir a matéria tributável a autoridade fiscal baseou-se em prova robusta para caracterizar a omissão de receita, materializada nos valores de receita constantes dos conhecimentos de transporte de cargas e nos registros lançados no Livro de Saída de Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Carga, que a própria contribuinte apresentou em atendimento da intimação e caracterizam de forma inarredável a prestação dos serviços e o ingresso das importâncias respectivas.

De fato, as provas acostadas corroboram no sentido de que os valores lançados estão corretos. Isto porque os valores cobrados nos conhecimentos de transporte - que, aliás, conforme confirmado pela recorrente, estão de acordo com sua contabilidade - foram aqueles utilizados para compor a receita bruta mensal (base de cálculo do optante do Simples), e, por conseguinte, para compor o auto de infração. O objeto social da recorrente, como bem observado no acórdão da DRJ, consigna “a exploração por conta própria do ramo de transporte rodoviário de cargas em geral, intermunicipal, interestadual e internacional” (fl. 286), e não o trabalho em conta de terceiros. E, por fim, não há provas juntadas aos autos de que tenha repassado os valores cobrados a terceiros, condição esta insuperável, pois como vale lembrar, segundo o art. 333 do CPC, a prova incumbe a quem alega o fato.

Afiguram-se corretos, portanto, os lançamentos.

(h) Aplicação de multa qualificada. Ausência de dolo

A DRJ, que vislumbrou o dolo nas seguintes condutas abaixo, manteve a multa qualificada:

- a prática de entrega de declaração ostentando a qualidade de inativa não se tratou de ato isolado, em vista de que no ano-calendário anterior a contribuinte utilizou-se de tal artifício, conforme consulta ao sistema que controla a entrega de declarações, neste ato juntada sob fl. 389.

- durante todo o ano-calendário de 2005 a contribuinte não efetuou qualquer tipo de informação ao Fisco, o que deveria ter acontecido, afastando a possibilidade de erro;

- Os atos praticados reiteradamente pela atuada demonstram o propósito deliberado de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador, obtendo como resultado a redução do montante do tributo devido, materializando a hipótese prevista no art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964;

- os valores envolvidos não são de pequena monta;

- Se a intenção era de solver as responsabilidades tributárias, ainda que não fosse na sistemática de apuração pelo Simples, haveria registro de recolhimentos carregados aos cofres públicos. Entretanto, em seu desfavor pesa o fato de que não efetuou qualquer espécie recolhimento, conforme verifica-se de consulta ao sistema que controla os pagamentos efetuados no âmbito da Delegacia de Marília, sede da circunscrição da contribuinte, juntada aos autos sob fl. 390;

Esses procedimentos que evidenciam consciente intuito de não pagar tributos e contribuições, assim finalizou, enquadram-se perfeitamente às hipóteses previstas na Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, art. 71, como sonegação fiscal.

Entretanto, espontaneamente apresentou o Livro de Saída (que contém integralmente o montante apurado) e os Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Carga, aduz a recorrente, que serviram de base à autuação. A prova não foi colhida de terceiros. Assim, não se caracterizou o dolo para qualificação da multa.

Já me manifestei anteriormente no sentido de que a declaração de rendimentos é o meio que a Administração Tributária possui para averiguar o cumprimento das obrigações do sujeito passivo. Assim, entendo que a conduta de falseá-la, reduzindo-lhe os valores de receita bruta, ou pior, conforme o caso vertente, declarando inatividade, demonstra intenção de esconder do Fisco a ocorrência de fatos geradores. Provada a redução, entendo caracterizado o intuito de fraude, o qual autoriza a exasperação da multa.

No presente caso há a presença de outros agravantes, como a ausência total de recolhimentos.

Desta forma, entendo acertada a manutenção da multa no patamar de 150%

Assim, voto para negar provimento ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, 31 de março de 2011.

(assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade - Relator

Processo nº 11444.001080/2008-83
Acórdão n.º **1302-00.544**

S1-C3T2
Fl. 454
