



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

Processo nº	17698.000706/2008-39
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	1402-003.406 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	18 de setembro de 2018
Matéria	IRPJ
Recorrente	MASTER TRANSPORTES LTDA
Recorrida	FAZENDA PÚBLICA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIAÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos normativos regularmente editados.

TRANSPORTE DE CARGA. SUBCONTRATAÇÃO. OPERAÇÃO DISTINTA DE AGENCIAMENTO.

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 subcontratação, não agenciamento.

SIMPLES. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. BASE DE CÁLCULO.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário. Participaram do julgamento os Conselheiros Edgar Bragança Bazhuni e Eduardo Morgado Rodrigues (Suplentes Convocados).

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Caio Cesar Nader Quintella, Evandro Correa Dias, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Marco Rogerio Borges, Paulo Mateus Ciccone (Presidente), Eduardo Morgado Rodrigues e Edgar Braganca Bazhuni (Suplentes Convocados).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto face v. acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil que decidiu manter as exigências perpetradas no Auto de Infração.

A Recorrente foi autuada para recolher o crédito tributário constituído relativo aos tributos abrangidos pelo Simples (IRPJ, contribuição para o PIS, CSLL, COFINS e Contribuição para a Seguridade Social INSS), multa proporcional e juros de mora, referentes a fatos geradores ocorridos em 2004 (janeiro a dezembro de 2004).

Os créditos estão sendo exigidos nestes AIs com base na receita encontrada por meio do cruzamento da receita indicada na Declaração do Simples com valores menores em relação ao Livro Caixa e os Livros Fiscais - Livros Registro de Apuração, Livro Registro de Saída, GIAs Saídas e Conhecimento de Transporte.

Período	DSPJ original	Livro Caixa	Livro Reg. apuração ICMS	Livro Reg. Saídas	GIA ICMS Saídas	Diferença (Livro Caixa - DSPJ)
Jan/04	70.387,14	489.260,17	489.260,17	489.260,17	489.260,17	418.873,03
Fev/04	22.808,18	163.404,80	163.404,80	163.404,80	163.404,80	140.596,62
Mar/04	126.500,00	851.138,61	851.138,61	851.138,61	851.138,61	724.638,61
Abr/04	123.544,31	884.397,99	884.397,99	884.397,99	884.397,99	760.853,68
Mai/04	115.994,35	1.241.011,49	1.241.011,49	1.241.011,49	1.241.011,49	1.125.017,14
Jun/04	218.396,23	1.524.369,07	1.524.369,07	1.524.369,07	1.524.369,07	1.305.972,84
Jul/04	151.783,72	1.203.551,67	1.203.551,67	1.203.551,67	1.203.551,67	1.051.767,95
Ago/04	192.897,80	1.451.512,96	1.451.512,96	1.451.512,96	1.451.512,96	1.258.615,16
Set/04	192.546,73	1.413.135,65	1.413.135,65	1.413.135,65	1.413.135,65	1.220.588,92
Out/04	230.125,73	1.781.191,65	1.781.191,65	1.781.191,65	1.781.191,65	1.551.065,92
Nov/04	205.528,30	1.377.028,91	1.377.028,91	1.377.028,91	1.377.028,91	1.171.500,61
Dez/04	94.133,55	642.975,28	642.975,28	642.975,28	642.975,28	548.841,73
2.004	1.744.646,04	13.022.978,25	13.022.978,25	13.022.978,25	13.022.978,25	11.278.332,21

Onde:
 Colunas “DSPJ original”: valores da receita bruta mensal informado na DSPJ original;
 Colunas “livro caixa”: valores das receitas mensais informados no Livro Caixa apresentado;
 Colunas “livro Reg. Apuração ICMS”, Livro Reg. Saídas”: valores das saídas declarados pela contribuinte nos respectivos livros apresentados;
 Coluna “GIA ICMS Saídas”: valores das saídas informados nas GIAs apresentadas;
 Colunas “diferença”: diferença entre os valores das colunas “Livro Caixa” e “DSPJ original”.

Também foi imputada a contribuinte infração de insuficiência de recolhimento devido a alteração da alíquota do SIMPLES, com a inclusão da receita omitida a base de cálculo tributável.

Faz-se necessário, então, a adequação dos percentuais utilizados pela contribuinte quando da apuração do Simples devido no ano-calendário 2.004, levando-se em consideração a receita bruta acumulada efetivamente auferida (escriturada). Os percentuais corretos a serem aplicados sobre as receitas brutas estão demonstrados na coluna “% aplicado” da planilha abaixo.

	DSPJ original/retificadora			Livro Caixa		
	receita mensal	RB acumulada	% utilizado	receita mensal apurada	RB acumulada apurada	% aplicado
janeiro	70.387,14	70.387,14	8,10	489.260,17	489.260,17	9,90
fevereiro	22.808,18	93.195,32	8,10	163.404,80	652.664,97	10,50
março	126.500,00	219.695,32	8,10	420.835,03		12,90
				303.803,58	1.503.803,58	15,48*
abril	123.544,31	343.239,63	8,10	884.397,99	2.388.201,57	15,48
maio	115.994,35	459.233,98	9,30	1.241.011,49	3.629.213,06	15,48
junho	218.396,23	677.630,21	9,30	1.524.369,07	5.153.582,13	15,48
julho	151.783,72	829.413,93	11,10	1.203.551,67	6.357.133,80	15,48
agosto	192.897,80	1.022.311,73	11,70	1.451.512,96	7.808.646,76	15,48
setembro	192.546,73	1.214.858,46	12,30	1.413.135,65	9.221.782,41	15,48
outubro	230.125,73	1.444.984,19	12,90	1.781.191,65	11.002.974,06	15,48

Soma-se aos valores encontrados os juros e multa de 75%.

Para evitar repetições aproveito o bem elaborado relatório do v. acórdão recorrido.

A matéria em litígio teve origem na fiscalização inaugurada com a emissão do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF nº 10l0200.2008.00083, após observada divergência entre os valores de tributos devidos informados nas Declarações Simplificadas da Pessoa Jurídica - DSPJ e nas Guias Informativas do ICMS, que culminou com o lançamento de ofício pertinente a fatos geradores ocorridos em 2004.

Conforme descrito no relatório de verificação fiscal de fls. 03 a 08, no cruzamento entre as informações contidas nas Declarações Simplificadas da Pessoa Jurídica (DSPJ), no Livro-Caixa, no Livro Registro Apuração do ICMS, no Livro Registro de Saídas e nas Guias de Informação e Apuração do ICMS - GIA, foi constatado que as receitas escrituradas pela empresa eram superiores aquelas informadas na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica. Foi observado, também, que os valores das saídas registradas nas GIAs correspondiam ao somatório dos valores contábeis dos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas - CTRC.

Em resposta ao Termo de Início de Ação Fiscal, a empresa alega que agia como agenciadora de frete, sendo que o valor repassado a ela não representava receita sua, uma vez que neste valor estaria incluído a importância paga a motoristas autônomos contratados pela mesma.

A partir desta ação fiscal, constatou-se que a empresa auferiu, no ano-calendário de 2004, receita bruta total de R\$ 13.022.978,25 (treze milhões, vinte e dois mil, novecentos e setenta e oito reais e vinte e cinco centavos), valor este muito superior ao declarada na DSPJ, e os percentuais progressivos aplicáveis às receitas declaradas foram inferiores aos devidos. Sendo assim, foram adequados os percentuais utilizados pelo

contribuinte, levando-se em consideração a receita bruta efetivamente auferida (escriturada).

O impugnante traz aos autos alguns Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas - CTRC, todos emitidos em seu nome, o que caracteriza empresa transportadora e a torna responsável pelo transporte e conservação das mercadorias neles discriminadas.

Não aceitando os argumentos da empresa, foram exarados os Autos de Infração Simples: Imposto de Renda Pessoa Jurídica (fls. 23 a 30), Contribuição para o PIS/Pasep (fls. 31 a 38), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (fls. 39 a 46), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (fls. 47 a 54) e Contribuição para Seguridade Social - INSS (fls. 55 a 62), apurando o crédito tributário total no valor de R\$ 4.031.439,81 (quatro milhões, trinta e um mil, quatrocentos e trinta e nove reais e oitenta e um centavos), aí incluído o principal, multa de ofício de 75% e juros de mora calculados até 30/05/2008.

O contribuinte tomou ciência do encerramento da ação fiscal que resultou nos Autos de Infração já citados, em 30/06/2008, conforme fls. 63 e apresentou, em 30/07/2008, impugnação de fls. 345 a 369, alegando:

1- A diferença entre os valores declarados em DSPJ e aqueles escriturados nas GIAS decorrem de agenciamento de frete, constituindo-se em meros ingressos não contabilizáveis para fins de apuração da base de cálculo dos tributos abrangidos pelo Simples;

2- Discorre sobre a base de cálculo dos tributos compreendidos no Simples à luz do conceito jurídico da Receita Bruta;

3- O termo receita exige o resultado positivo da atividade, com o ingresso de riqueza nova na esfera de bens e direitos do contribuinte, se diferenciando de meros ingressos ou valores que simplesmente transitam pelo patrimônio do sujeito passivo;

4- Analisa o que seriam “entradas” para o conhecimento da receita efetiva do contribuinte: os ingressos que não constituem receita própria do contribuinte não podem integrar a base de cálculo do Simples. Traz decisões do Conselho de Contribuintes sobre o assunto;

5- Diz que a natureza jurídica de sua atividade é o agenciamento de cargas, demonstrado cabalmente no contrato social da empresa, registrado em junho de 1999, onde consta na cláusula VIII como objetivo social o agenciamento de fretes e transporte de cargas via terrestre por caminhões;

6- Anexa cópias de Conhecimentos de Transporte, onde está evidenciado que a empresa praticava o agenciamento de fretes entre as pessoas físicas (motoristas) e as empresas que necessitavam do referido serviço, pagando o valor do frete aos

agenciados e ficando com a diferença do valor da nota fiscal de serviço;

7- Todos os elementos do agenciamento se verificam em seu caso, quais sejam, a empresa contrata com os clientes fretes a serem executados pelos motoristas autônomos, que não detém vínculo com a empresa. A contratação se dá com habitualidade e em favor de outrem, mediante a retribuição e sem vínculo de subordinação;

8- A atividade em apreço é nítido e incontestável o contrato de agencia, assemelhado a intermediação de negócios e, portanto, os valores da retribuição (ou comissão) pelo agenciamento são os únicos aptos a integrar a base de cálculo dos tributos na sistemática do Simples;

9- Cita decisões da própria estrutura do Ministério da Fazenda onde édito que somente o valor efetivamente ingressado na esfera patrimonial do contribuinte poderá sofrer a incidência da tributação;

10- A autuação padece de vício determinante de sua nulidade: antes do ano-calendário de 2004 o procedimento de apuração de tributos adotado era o mesmo, ou seja, se acertado o entendimento do Agente Fiscal a empresa estava vedada de enquadramento como optante pelo Simples no ano-calendário de 2004, pois a totalidade dos ingressos financeiros em 2003 foi superior ao limite de R\$ 2.400.000,00 estatuído na Lei nº 9.317/1996. Este fato não foi observado quando da ação fiscal;

11- Foram aplicadas alíquotas do Simples sobre base imponível absolutamente incompatível com tal sistema de apuração simplificada, porque superiores a R\$ 2.400.000,00, enquanto que a adoção da totalidade dos ingressos financeiros como grandeza tributável somente seria viável mediante a utilização do regime de apuração do lucro real.

Sendo assim, o lançamento não poderá prosperar, sob pena de perpetrar-se violação ao disposto no art. 142 do CTN;

12- A imposição das multas nos patamares previstos na autuação (75%) não condiz com a conduta assumida pelo impugnante, o que evidencia a hipótese de atipicidade infracional;

13- O verdadeiro substrato da aplicação de qualquer espécie de punibilidade ao contribuinte é a sua vontade deliberada de infringir norma positiva, com o intuito de obter um benefício próprio, o que não é o seu caso, que sempre agiu na certeza de estar seguindo rigorosamente os mais altos comandos normativos;

14- Considerando que todos os elementos necessários à feitura do lançamento foram extraídos de seus próprios registros, e inexistindo qualquer prática dolosa, simulatória ou sonegatória

de sua parte, deve-se aplicar à espécie, no máximo, a penalidade atribuída às faltas meramente moratórias.

Ao final requer seja anulado o auto de infração e comprovação dos fatos narrados mediante prova documental e especialmente a realização de perícia técnica e contábil.

Ato contínuo, a DRJ proferiu v. acórdão mantendo integralmente a exigência do Auto de Infração, registrando a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2004

SIMPLES. TRANSPORTE DE CARGA. SUBCONTRATAÇÃO. OMISSÃO DE RECEITA. AUTO DE INFRAÇÃO. LANÇAMENTOS DECORRENTES SIMPLES- PIS - COFINS - CSLL - IRPJ - INSS. DIFERENÇA DA BASE DE CÁLCULO. MULTA. PERÍCIA CONTÁBIL

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. A operação posterior, pela qual a transportadora repassa a terceiros valor inferior ao recebido, sem emissão novo documento fiscal referente à execução parcial do referido serviço, caracteriza subcontratação.

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.

Inconformada com o v. acórdão, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário repisando os mesmos argumentos da impugnação.

Ato contínuo, os autos retornaram para o E. CARF/MF e foram distribuídos para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

Os Recurso Voluntário é tempestivo e possui os requisitos previstos na legislação, motivo pelo qual deve ser admitido.

Da alegação de nulidades ou cerceamento do direito de defesa:

Em relação a alegação de cerceamento do direito de defesa, entendo que não deve ser acolhida.

A acusação está bem instruída com os documentos necessários para demonstrar a infração a legislação tributária de omissão de receita nos termos do artigo da Lei 9.430/96 (287 do RIR/99), sendo que no caso, a Recorrente não se desincumbiu do ônus de provar que tal diferença não se refere a receita tributável, inexistindo assim cerceamento ao direito de defesa.

Também entendo necessário se observar que as preliminares de nulidade do lançamento fiscal arguidas pela Recorrente não encontram amparo nas hipóteses previstas no artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72 (Processo Administrativo Fiscal – PAF).

Observa- se que quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões cometidas em Auto de Infração não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o Sujeito Passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio, nos termos do art. 60 do mencionado decreto.

Da leitura da fundamentação constante no corpo dos AIs percebe-se que a Autoridade Autuante narrou as etapas do procedimento fiscal e os fatos verificados em consequência daquele, bem como a subsunção à presunção legal adiante versada. Constanham do referido termo e dos documentos que compõem os Autos de Infração lançados os dispositivos legais nos quais se alicerçaram, estando ainda presentes no processo administrativo a composição analítica da base de cálculo e os demonstrativos dos tributos devidos.

Por conseguinte, restaram adequadamente observadas as previsões estampadas nos incisos do art. 10, do Decreto nº 70.235/72, não merecendo prosperar as alegações da Recorrente em sentido contrário.

Ademais, foram disponibilizadas cópias dos documentos integrantes da autuação à Autuada, tendo-lhes sido conferido tempo hábil, após regularmente cientificado dos

lançamentos, para apresentar seus questionamentos, consubstanciados na Impugnação apresentada nos autos, da qual é possível se depreender que a Recorrente entendeu perfeitamente dos fatos que lhes foram imputados. Assim, não houve qualquer preterição do respectivo direito de defesa.

Mérito:

A receita omitida foi encontrada por meio do cruzamento da Declaração do SIMPLES, com o Livro Caixa e outros livros fiscais e conhecimento de transporte.

A principal alegação da Recorrente é que atuava como intermediadora entre os caminhoneiros e as empresas que contratavam o serviço de transporte, sendo que só apresentou a tributação a receita relativa a sua comissão pela prestação de serviço.

Ou seja, repassava os valores relativos aos serviços de transporte aos subcontratados (caminhoneiros) e ficava com a parte que entendia ser sua comissão. Devido a tal fato, só ofereceu a tributação por meio de sua Declaração do Simples a parcela do valor recebido das empresas contratantes que entendeu ser sua comissão e que o restante do valor repassado aos sub-contratados não seria receita a ser oferecida a tributação por ela (a autuada).

Tal procedimento alegação da Recorrente não procede. Vejamos.

A atividade de agenciamento de carga (*CNAE 52.50-8/03 - Agenciamento de cargas, exceto para o transporte marítimo*) que a Recorrente alega ter praticado além de não ter sido comprovado nos autos, diverge daquela declarada na Declaração Anual Simplificada de fls. 73.

Do que pode se constatar nos autos, a Recorrente age em nome próprio, contratando os serviços de transportes com os seus clientes e emitindo o respectivo Conhecimento de Frete no valor total da operação, vendendo serviços de transporte; em seguida, repassa/subcontrata o serviço já contratado para caminhoneiros autônomos, não se caracterizando em agenciamento, conforme alegou.

Ademais, quando contribuintes prestam seus serviços de agenciamento, emitem o documento adequado, ou seja, a nota fiscal de serviços, e se debitam do ISS, o que não ocorre no caso, sendo que a Recorrente recolhe ICMS, conforme comprovam os documentos que acosta aos autos, tais como o Conhecimentos de Transporte, escrituração e recolhimentos de ICMS devido ao Estado pela atividade de transporte.

A atividade 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 agenciador consiste em aproximar as partes, proprietário da carga e o transportador, e estes formalizam um outro contrato autônomo, e se outorgam, mutuamente, os documentos respectivos, o que não ocorre no presente caso.

Assim, entendo que a Recorrente contrata com seus clientes serviço de transporte e não de intermediação e, por isso, não há como sustentar que o pagamento recebido dos clientes não é receita sua eis que é correspondente ao preço do serviço contratado.

Ou seja, o papel da Master Transportes Ltda junto aos seus clientes não é o de agenciadora de cargas, mas de empresa que oferece serviço de transporte e assume a responsabilidade de receber, transportar e entregar a carga no local contratado.

Desta forma, não resta alternativa senão considerar os valores encontrados como receita omitida pela Recorrente.

Ademais, o contribuinte é optante do Simples que é um sistema que se constitui em uma forma simplificada e unificada de recolhimentos de tributos, por meio da aplicação e percentuais favorecidos e progressivos, incidentes sobre uma única base de cálculo, a receita bruta, que é considerado nos termos do artigo 186 do RIR/99 como 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, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionalmente concedidos.

Ressalvadas essas exclusões, é vedado, para fins da determinação da receita bruta apurada mensalmente proceder-se a qualquer outra exclusão ou individualização em virtude da alíquota incidente ou de tratamento tributário diferenciado, tais como, substituição tributária, diferimento, crédito presumido, redução de base de cálculo e isenção, aplicáveis as demais pessoas jurídicas não optantes ao Simples (Lei nº 9.317 de 1996, art. 2º, § 2º e IN SRF nº 250/2002, art. 40, §1º, e art. 1º).

Assinale-se que a base de cálculo do Simples não é o acréscimo patrimonial, o resultado ou o lucro, ainda que este seja diminuto em comparação com a receita bruta, mas sim esta última, que no caso da autuada foi constatada por meio do cruzamento da Declaração do SIMPLES com o Livro Caixa, Livros Fiscais e Conhecimento de Transporte.

Observe-se que os conceitos de renda, acréscimo patrimonial ou lucro não interessam aos optantes do Simples, quer exista ou não lançamento de ofício, pois a base de cálculo dos tributos devidos em conformidade com este sistema simplificado de tributação é a receita bruta, conforme previsto no art. 5º da Lei nº 9.317/1996.

Portanto, a base de cálculo para optantes do Simples é a totalidade das receitas auferidas pela empresa, não admitindo a exclusão dos valores relativos a gastos efetivados com sub-contratação, comissão, custos ou depósitos cuja a origem não foi identificada, bem como a individualização das bases tributáveis por imposto ou contribuição.

Dando continuidade ao raciocínio, a autuação trata de omissões de receita de microempresas e empresa de pequeno porte, onde existe o artigo 18 da Lei 9.317/1996 que determina que aplicam-se as presunções de omissão de receita existentes nas legislações específicas de regência dos impostos e contribuições. Vejamos o texto do dispositivo:

"Art. 18. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que

trata esta Lei, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas."

Sendo assim, foi correta a aplicação da infração de omissão de receita nos termos do artigo 186 e 188 da Lei 9.430/96 quando caracterizado a omissão de receita com base em depósitos bancários não escriturados e sem a comprovação de sua origem.

Quando detectada tal hipótese prevista no dispositivo acima indicado, cabe aos contribuintes demonstrar com documentos idôneos e hábeis o registro e a origem do depósitos não escriturados, quando questionados pela fiscalização, sob pena de serem considerados receita tributável.

Portanto, verificada a ocorrência da hipótese descrita em lei, qual seja, a que o contribuinte recebeu depósitos, não os escriturou e eximiu-se de comprovar depósito por depósito mediante documentação hábil e idônea a sua origem, correta está a autuação.

Continuando o raciocínio, entendo importante ressaltar que os valores encontrados pelo cruzamento da Declaração do Simples com os Livros Fiscais Estaduais e Conhecimento de Transporte que foram utilizados como instrumento para encontrar os rendimentos presumidamente omitidos (objeto da infração 1), também serviram como base de cálculo para a infração 2 do Auto de Infração de insuficiência do valor recolhido, apurada de acordo com a recomposição da receita bruta mensal auferida no período e os percentuais progressivos fixados em relação a receita bruta acumulada, nos termos do artigo 188 do RIR/99¹.

Ao enquadrar os depósitos bancários não escriturados como acréscimo à receita bruta declarada pela Recorrente; logo como aumento da base de cálculo; verificou-se também um novo enquadramento da alíquota do SIMPLES, ou seja, os valores originalmente recolhidos foram insuficientes, ensejando também a cobrança complementar devido a insuficiência de recolhimentos, conforme demonstrativo de apuração dos valores não recolhidos, que faz parte do presente processo de débito.

Desta forma, não verifico que as duas infrações constantes no Auto de Infração estão imputando a Recorrente dupla tributação, eis que na primeira foi recomposta a receita bruta mensal com base nos depósitos bancários não escriturados e, na segunda, foram aplicados os percentuais progressivos fixados na legislação que prevê exceção para as microempresas e empresas de pequeno porte inscritas no Simples, em relação a receita bruta acumulada.

¹ Este artigo 188 do RIR/99 preve exceção de como será determinada a receita bruta para as microempresas e empresas de pequeno porte inscritas no SIMPLES, conforme pode se verificar em seu texto abaixo colacionado.

"art. 188. 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 percentuais e nas condições estabelecidas no art. 5, e seus parágrafos, da Lei 9.317/96, observado, quando for o caso, o disposto nos arts. 204 e 205."

Sendo assim, entendo que ambas infrações indicadas no Auto de Infração estão corretas, devendo ser mantida a acusação fiscal em seus termos.

Em relação a aplicação da Taxa Selic, utilize os fundamentos do v. acórdão recorrido e o colaciono abaixo.

Selic e Penalidades

32. Afasto da discussão qualquer questionamento sobre a legalidade ou constitucionalidade das normas aplicáveis, uma vez que se encontravam em plena vigência dentro do ordenamento jurídico brasileiro, quando da sua aplicação, e gozavam de presunção de constitucionalidade. Nesse sentido, no âmbito do procedimento administrativo tributário, cabe, tão-somente, verificar se o ato praticado pelo agente do fisco está, ou não, conforme à lei, sem emitir juízo da legalidade ou constitucionalidade das normas jurídicas que embasam aquele ato. Compete apenas ao Poder Judiciário julgar inconstitucionais atos legais ou administrativos para deixar de aplicá-los ao caso concreto (no controle difuso de constitucionalidade) ou decretar sua inconstitucionalidade com eficácia erga omnes (no controle concentrado).

33. As observações acima servem desde logo para afastar a inconformidade da contribuinte em relação à multa de ofício aplicada, bem como relativamente à taxa de juros Selic. A contribuinte demonstra inconformidade (a taxa Selic seria ilegal por exceder a 1% ao mês e a multa de ofício desproporcional e confiscatória) com o próprio conteúdo das leis.

Tanto a taxa quanto a multa decorrem de expressas disposições legais, as quais se vincula o fiscal autuante:

a) a multa aplicada, associada especificamente ao lançamento de ofício, em virtude da edição do art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

b) a taxa de juros aplicada aos tributos lançados, tem por base legal o §3º do art. 61 da Lei nº 9.430 de 27 de dezembro de 1996.

Em relação as alegações de inconstitucionalidade da legislação referente a presunção de omissão de receita, insta esclarecer que nos termos da Súmula 2, este E. Tribunal não tem competência para analisar ou afastar aplicação de lei por entendê-la inconstitucional.

No mais, mantido o lançamento relativo ao IRPJ, igual tratamento deve ser dado aos lançamentos de PIS, Cofins, CSLL e INSS, decorrentes da omissão de receita, ante a íntima relação de causa e efeito.

Pelo exposto e por tudo que consta processo nos autos conheço do Recurso Voluntário e nego provimento.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves