



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº	10120.007124/2003-64
Recurso nº	133.819 Voluntário
Matéria	SIMPLES - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO
Acórdão nº	301-33.485
Sessão de	06 de dezembro de 2006
Recorrente	SUPERMECADO GOIABA VERDE LTDA.
Recorrida	DRJ/BRASÍLIA/DF

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

Ano-calendário: 1999

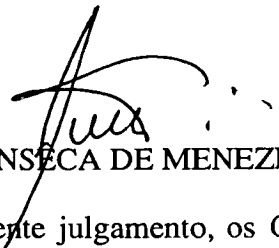
Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO - FISCAL - NORMAS GERAIS - PRECLUSÃO - Questão não provocada a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo e somente vem a ser demandada na petição de recurso, constitui matéria preclusa da qual não se toma conhecimento.

RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO CONHECIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Relator.


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Presidente



VALMAR FONSECA DE MENEZES - **Relator**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os **Conselheiros** José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Susy Gomes Hoffmann, Carlos **Henrique Klaser Filho**, Davi Machado Evangelista (Suplente) e Maria Regina Godinho **de Carvalho** (Suplente). Ausentes as Conselheiras Irene Souza da Trindade Torres e Atalina **Rodrigues Alves**. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional José Carlos Dourado **Maciel**.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, o qual transcrevo, a seguir:

“No encerramento de ação fiscal levada a efeito contra o sujeito passivo qualificado no preâmbulo foi lavrado o Auto de Infração – Simples por intermédio do qual foi constituído o crédito tributário nos valores totais de R\$ 5.024,53 (IRPJ - Simples), R\$ 5.024,53 (PIS – Simples), R\$ 13.336,29 (CSLL – Simples), R\$ 26.672,66 (Cofins – Simples) e finalmente o de R\$ 32.083,67 (CSS – INSS – Simples), em virtude de diferenças entre os valores escriturados e os declarados/pagos pela empresa Fransuar & Lopes Ltda, a qual foi incorporada pelo sujeito passivo..

Cientificada do lançamento, a Contribuinte apresentou impugnação onde expõe as razões de sua defesa, recorrendo sobre as seguintes alegações.

I - DOS NOSSOS DADOS DO FATURAMENTO:

1 - Na fiscalização executada pelos auditores da Receita Federal, os mesmos deixou de apurar que a empresa, executa vendas direcionadas a quase em sua totalidade a órgãos públicos federais, e os seus tributos (PIS, COFINS, IR e CONTRIBUIÇÃO SOCIAL) tem a retenção em seu órgão adquirente, que faz o repasse a Receita Federal dos tributos em questão.

2 - Assim sendo os tributos resultantes de suas vendas já foram pagos nas fontes adquirentes, e que não existe sua falta de pagamentos, postergação ou sonegação.

II - FATURAMENTO - CONCEITO

1. Também a fiscalizada, embaçada na legislação vigente, bem com na doutrina dominante, tem entendimento de modo diferente dessa fiscalização do conceito de faturamento ou receita bruta, o que pode justificar as supostas diferenças apuradas entre os valores declarados e os apurados em procedimento de fiscalização.

2. De acordo com Art. 3º da Lei n.º 9.718, de 27 de novembro de 1998, faturamento compreende:

Art. 3º. O faturamento a que se refere o Artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

(.....)..

3. No que tange à atividade da fiscalizada, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operação relativas à Circulação de Mercadorias sobre

Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

II - as reversões de provisões operacionais e recuperações de crédito baixadas como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita;

III - os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadas expedidas pelo Poder Executivo;

IV - a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.

4. Como infere-se, a base de cálculo da predita contribuição, é o seu faturamento efetivo, acrescido de outras receitas operacionais, não lhe sendo permitido nenhuma dedução a título de custo ou despesas. Vale dizer: se a fiscalizada comprar uma mercadoria por R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e revendê-la pelo mesmo preço, sem nenhum ganho, mesmo assim deve calcular e pagar tal contribuição sobre o valor de venda.

III - OPERAÇÃO DE CÂMBIO

5. Já para algumas atividades, principalmente instituições financeiras e empresas que realizam operações de compra e venda de moeda estrangeira, essa Lei prevê tratamento diferenciado e mais justo, permitindo deduzir de sua receita bruta todos os custos inerentes às operações.

6. Desse modo, como se depreende do teor do § 4º, art. 30. Da Lei retromencionada, se determinada instituição que opere com câmbio, adquirir uma quantia de moeda estrangeira no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e as revender pelo mesmo valor não pagará nenhum centavo a título de COFINS ou PIS, porquanto essa atividade a base de cálculo é o ganho, verbis:

"Art. 3º

§ 4º Nas operações de câmbio, realizadas por instituição autorizada pelo Banco Central do Brasil, considera-se receita bruta a diferença positiva entre o preço de venda e o preço de compra da moeda estrangeira."

7. Dessa feita, o conceito de faturamento assume contornos diferentes para cada atividade. Para uns, faturamento compreende toda e qualquer receita para outros faturamentos confunde-se com lucro. Como se vê, a administração faz massa plástica do aludido conceito, moldando-o de acordo com sua conveniência, contrariando o que dispõe o art. 110 do CTN.

IV - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

8. Cumpre esclarecer que o mesmo tratamento é conferido às instituições financeiras, as quais pagam o PIS e a COFINS sobre o

lucro bruto. Tais deduções estão previstas no §5º, art. 3º da Lei n.º 9.718/98, combinada com art. 1º, inciso III da Lei n.º 9.701/98.

9. *Ocorre que o tratamento discriminatório ora denunciado colide com o princípio da igualdade inserto na Carta Política de 1998.*

Segundo o magistério de Hugo de Brito Machado, "o princípio da igualdade é a projeção, na área tributária, do princípio da isonomia jurídica, ou princípio pelo qual todos são iguais perante a lei. Apresenta-se aqui como garantia de tratamento uniforme, pela entidade tributante, de quantos se encontrem em condições iguais..."

V - APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO COMERCIAL

10. *A forma discriminatória adotada em relação às demais empresas que exercem a mercancia não encontra nenhuma justificativa plausível, porquanto tanto uma atividade quanto a outra são puramente mercantis. É o que define o parágrafo único do art. 191 do Código Comercial, verbis:*

"Art. 191..(.....)

Parágrafo único. É unicamente considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis ou semoventes, para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; compreendemo-se na classe dos primeiros a moeda metálica e o papel-moeda, títulos de fundos públicos, ações de companhia e papéis de crédito comerciais, contanto que nas referidas transações o comprador ou vendedor seja comerciante." (negritos e grafítamos).

11. *De fato, a empresa que opera com a compra e venda de moeda está praticando operações de venda de bens por conta própria, é uma empresa puramente mercantil.*

12. *Logo, é inegável que a moeda seja considerado um bem. Nesse sentido manifestou-se "D e Plácido e Silva:", na obra "Vocabulário Jurídico, Editora Forense, 1967, fls. 236/237", quando definiu "bem" como sendo "... as coisas que tenham dono...". Mais adiante, ainda no mesmo verbete, citou: Desse modo, toda coisa, todo direito, toda obrigação, enfim qualquer elemento material ou imaterial, representando uma utilidade ou uma riqueza, integrado no património de alguém e passível de apreciação monetária, pode ser designada como bens. Segundo esse elogiável jurista, Excepcionalmente, porém, os produtos agrícolas consideram-se mercadorias e o dinheiro entende-se a mercadoria dos bancos, que se dedicam a empréstimo ou financiamentos" - (obra retromencionada, p.1.015).*

13. *Na mesma direção se posicionou Rubens Requião, "Curso de Direito Comercial, Editora Saraiva, 21.º edição, 1983, 1º volume" quando às fls.39 faz referência ao Regulamento n.º 737, de 1850, que no art.19 considerou como mercancia as operações de câmbio, banco e corretagem.*

VI - VEÍCULOS USADOS

14. *O mesmo tratamento tem sido dispensado às revendedoras de veículos usados, na qual a IN-SRF n.º 152/98 dispõe:*

Art. 1º . A pessoa jurídica sujeita à tributação pelo imposto de renda com base no lucro real, presumindo ou arbitrado que tenha como objeto social, declarado em seus atos constitutivos , a compra e venda de veículos automotores, deverá observar, quanto à apuração da base de cálculo dos tributos e contribuições de competência da União, administrados pela Secretária da Receita Federal - SRF, o seguinte:

Art. 2º Nas operações de vendas de veículos usados, adquiridos para revenda, inclusive quando recebidos como parte do pagamento do preço de venda de veículos novos ou usados, o valor a ser computado na determinação mensal da base de cálculo, do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, pagos por estimativa, da contribuição social sobre o PIS/PASEP e da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS será apurado segundo o regime aplicável às operações de consignação (art. 2º da IN-SRF n.º 152/98);

§1º na determinação das bases de calculo de que trata este artigo sera computada a diferença entre o valor pelo qual o veiculo usado houver sido alienado , constante da nota fiscal de venda, e o seu custo de aquisição , constante da nota fiscal de entrada;

§ 2º O custo de aquisição de veiculo usado, nas operações de que trata esta Instrução Normativa , é o preço ajustado entre as partes;

VII- APLICAÇÃO DO PRINCIPIO DA ISONOMIA

15. Assim, e injustificavel o tratamento desigual , prvisto na lei n 9.718/98, para a determinação do faturamento, adotadom em relação a contribuintes que se dedicam à mercancia

16. Em função do exposto, entende-se que o faturamento ou receita bruta, para qualquer atividade, deve recair sobre o lucro bruto, tal qual se aplica às Instituições Financeiras , às revedendoras de veículos usados e as empresas que operam com a compra e venda de moeda estrangeira , seja para fins de incidência de PIS e CONFINS , seja para determinação do Lucro Presumido e da base de Calculo da CSSL.

VIII - DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CALCULO

17. Outro ponto que justifica as supostas diferenças apontadas pelos auditores , reside na exclusao do ICMS para fins de determinação da receita bruta.

18. A definição de faturamento consagrada pela legislação fiscal, mormente o caput da Lei-complementar 70/91 e Lei 9.718/98, é a receita bruta mensal, seja ela da venda de mercadorias ou de serviços , ou, ainda da combinação de ambos

19. Contudo, o paragrafo unico do art. 2 da lei – complementar 70/91 ao fazer algumas exceções, acabou dando a entender que dentre os tributos incidentes sobre o faturamento, somente o IPI- Imposto sobre os Produtos Industrializados seria excluido quando cobrado

destacadamente em documento fiscal. Já a Lei n 9.718/98, preve a exclusão do ICMS cobrado por substituição tributária.

20. Desse modo, comporia a receita bruta (faturamento) o valor do imposto sobre circulação de mercadoria e serviços – ICMS, valor este que embora pertencente ao estado, e cujo encargo é suportado pelo consumidor, passaria a ser considerado parte integrante da base de calculo da dita contribuição.

21. Cabe destacar, nesse passo, que o ICMS, imposto cobrado do adquirente dos bens comercializados, não constitui o faturamento ou receita desta, sendo, pois, receita pertencente ao Estado. Desse modo, querer cobrar tributo é bis In idem.

22. Ademais, entende a Impugnante que um simples artifício de cálculo, seja ele cobrado destacadamente como se faz com IPI , ou embutido no valor da operação como no caso do ICMS, não é fundamento lógico nem relevante para trançar características diferenciadoras que, aliás , não existem.

23. É cediço que tanto o IPI quanto o ICMS, tidos como tributos indiretos, quem arca com ônus destes são os consumidores (contribuintes de fato)

24. Desse modo, a sistemática de emissão de nota fiscal, simples cumprimento de uma obrigação acessória, não tem o condão de mudar a natureza das coisas (aumentar ou diminuir base de cálculo).

X - CONCLUSÃO

Em primeiro lugar, os tributos em sua maioria foram devidamente pagos, através da retenção dos mesmos pelos órgãos adquirentes, e repassados a receita federal, em acordo com a legislação vigente.

Finalmente também, cabe esclarecer que a Fiscalização não agiu com o intuito de suprimir ou reduzir tributo indevidamente ou de omitir informações. Ao contrário, baseou-se em fundamentos jurídicos consistentes já confirmados judicialmente em vários casos , motivo pelo qual não sendo as referidas teses aceitas por esta fiscalização, a fiscalizada tomará iniciativas no sentido de defender estes posicionamentos em defesa tanto na esfera administrativa quanto judicial.

Colocamo-nos a inteira disposição de V. Sra. para prestar quaisquer outros esclarecimentos necessários à conclusão dos trabalhos desta impugnação.

É o relatório.”

ementado: A Delegacia de Julgamento julgou o lançamento procedente, em acórdão assim

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

Ano-calendário: 1999, 2000

Ementa: TRIBUTOS RETIDOS NA FONTE. Não cabe alegar que inexistiu compensação de tributos retidos na fonte quando se trata, na espécie, de autuação em virtude da não-apresentação de livros ou documentos. Além disso, em princípio, as pessoas jurídicas optantes pelo Simples não sofrem retenção de tributos na fonte por órgãos públicos. Ademais, as provas que o sujeito passivo possui devem ser juntadas na impugnação, salvo relevante razão de direito, precluindo o direito de apresentação posterior.

ISONOMIA. BASE DE CÁLCULO. Deve ser mantida a autuação quando se verifica que o Autuante se restringiu a aplicar a base de cálculo prevista na legislação, não cabendo ao julgador administrativo avaliar o cabimento de aplicação de montante diverso, não previsto expressamente em lei, com base em suposta isonomia com outros contribuintes.

Lançamento procedente”

Inconformada, o contribuinte recorre a este Conselho, conforme petição, nos autos, alegando que:

Falhas em relação à emissão dos MPF;

Improcedência do lançamento em razão da espontaneidade, por apresentação das DCTF complementares e das DIPJ retificadoras;

Efeitos da opção pelo regime de tributação com base no Lucro Presumido;

A impertinência da multa majorada de 150%.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Valmar Fonsêca de Menezes, Relator

Verifico, de pronto, que se faz necessário uma comparação entre as razões apresentadas na peça impugnatória e no recurso, ao que procedemos, enumerando-se a seguir:

RAZÕES DO RECURSO:

Falhas no que concerne ao MPF;

Improcedência do lançamento em razão da espontaneidade, por apresentação das DCTF complementares e das DIPJ retificadoras;

Efeitos da opção pelo regime de tributação com base no Lucro Presumido;

A impertinência da multa majorada de 150%.

RAZÕES LEVADAS À PRIMEIRA INSTÂNCIA:

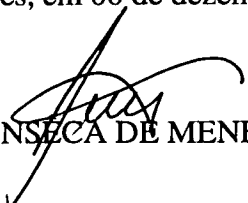
Os tributos resultantes de suas vendas já foram retidos na fonte, em vista de que seus clientes, na sua quase totalidade, são órgãos públicos federais;

Tece considerações sobre conceito do faturamento, para argumentar que a Administração Tributária contraria o artigo 100 do CTN, considerando para alguns contribuintes o faturamento como toda e qualquer receita e para outros apenas como o lucro, discorrendo sobre as instituições financeiras, operações de câmbio e informando que, caso as suas teses não sejam aceitas, tomará providências em sua defesa, tanto na esfera administrativa como na judicial.

Ressalte-se, ainda, que a última alegação recursal (150%) se constitui em matéria estranha aos autos, em vista de que o lançamento foi efetivado com multa de 75%.

Observa-se, pois, que na peça recursal a contribuinte inova seus argumentos, tratando de matérias novas, as quais não estavam presentes no transcurso da fase impugnatória, quando se instaura a fase litigiosa plena do procedimento administrativo. Por outro lado, aduz ao recurso matéria estranha aos autos, como já citado. Desta forma, voto pelo não conhecimento DO RECURSO.

Sala das Sessões, em 06 de dezembro de 2006


VALMAR FONSECA DE MENEZES - Relator