



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

Processo nº 10730.001524/2007-10
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-001.681 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de março de 2015
Matéria SIMPLES
Recorrente CABEB DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2003

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PROCEDÊNCIA.

Caracterizam omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

A presunção de omissão de receitas, estabelecida em lei, impõe ao fisco a prova do fato indiciário e ao contribuinte o ônus de provar que, em sua situação particular, os valores não foram omitidos.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2003

MATÉRIA PRECLUSA.

Questões não provocadas a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, com a apresentação da petição impugnativa inicial, e que não consistem em matéria de Ordem Pública, constituem matérias preclusas das quais não se toma conhecimento, por afrontar as regras do Processo Administrativo Fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, Márcio Rodrigo Frizzo, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Alberto Pinto Souza Junior.

Relatório

CABEB DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA. - ME, já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 12-23.247, de 12/03/2009, da 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Rio de Janeiro - I / RJ, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito.

Trata o presente processo administrativo fiscal de autos de infração, com ciência em 16/02/2007, para cobrança do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ (fls. 04/07 e 69/85), de Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS (fls. 86/93), de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL (fls. 94/ 101), de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS (fls. 102/109) e de Contribuição para Seguridade Social - INSS (fls. 110/117), relativo ao ano-calendário de 2002, em decorrência de auditoria levada a efeito na escrita fiscal do contribuinte, optante pelo SIMPLES. Abaixo, os valores cobrados:

[quadro à fl. 284]

De acordo com o auto de infração, a presente autuação decorre das seguintes constatações:

OMISSÃO DE RECEITAS

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS

Valor referente a depósitos, realizados junto a instituições financeiras, em que o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Enquadramento Legal: [...]

INSUFICIÊNCIA DE PAGAMENTOS

A segunda infração apurada decorre da infração anterior, pois foi apurada a insuficiência dos recolhimentos efetuados pela autuada, a título de SIMPLES, tendo em vista a mudança de percentual com relação à receita bruta acumulada.

Enquadramento Legal: [...]

Inconformada, a interessada ingressou com impugnação do lançamento do Imposto de Renda, em 16/03/2007, de fls. 218/219, com as seguintes argumentações:

1. As operações bancárias efetuadas a crédito nas contas bancárias são oriundas de depósitos de terceiros efetuados para que a CABEB, na qualidade de mera transportadora, pagasse as mercadorias adquiridas por estes terceiros junto a seus fornecedores, no momento de retirá-las para o transporte, como exigido.
2. A planilha elaborada na ação fiscal não revela efetiva variação patrimonial em razão de que as propriedades das quantias depositadas eram das empresas que contratavam o transporte, sendo utilizadas para o pagamento dos fornecedores.
3. Importâncias que apenas transitam pelas contas não são fatos geradores comprovados que permitam a tributação.
4. Meros extratos bancários e o fluxo de depósitos e movimentação de cheques, não oferecem adequação técnica e consistência material em ordem a afastar a conjectura ou a simples presunção, com vista à identificação e quantificação do fato gerador, em particular, no tocante à efetiva omissão de receita de vendas.
5. Os depósitos bancários não são elencados para hipótese de incidência de PIS, COFINS, CSLL, pois o fato gerador deve conter consistência suficiente para afastar a conjectura ou a simples presunção, para segurança do contribuinte e observância dos princípios da legalidade e da tipificação.
6. O fiscal deve investigar, mas nunca presumir a ocorrência do fato gerador, sob pena de afrontar o Princípio da Isonomia Tributária.
7. Invoca a observância do artigo 112 do CTN.
8. Os fatos podem ser confirmados através de expedição de ofício ao Banco Central, para que este informe os emitentes dos cheques que transitaram na conta bancária.

A interessada também apresentou os mesmos argumentos na impugnação quanto aos lançamentos de CSLL (fls. 245/246), PIS (fls. 251/252) e COFINS (fls. 257/258),

Quanto ao lançamento de INSS, a interessada apresentou a impugnação na mesma data, fls. 224/226, trazendo os mesmos argumentos, acrescentando ainda os que seguem:

- 1) Alega que o lançamento é NULO, uma vez que não traz qualquer fundamentação para a cobrança de INSS sobre a movimentação bancária considerada omissão de receita, ferindo o Princípio da Motivação dos Atos Administrativos e da necessidade de fundamentação destes atos.
- 2) Alega que não foram considerados no auto de infração as Contribuições Previdenciárias recolhidas mensalmente, que devem ser deduzidas do montante exigido.

Apresenta, para comprovação dos recolhimentos a título de Contribuição Previdenciária, cópias das Guias da Previdência Social, sob o código 2003 - fls. 230/244.

A 7ª Turma da DRJ em Rio de Janeiro - I / RJ analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 12-23.247, de 12/03/2009 (fls. 282/290), considerou parcialmente procedente o lançamento com a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2002

NULIDADE. Não está inquinado de nulidade o Auto de Infração lavrado por autoridade competente e em consonância com o que preceituam os artigos 142, do CTN, e 10 e 59, do PAF.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. No caso dos tributos submetidos à sistemática do lançamento por homologação, extingue-se em cinco anos a contar dos respectivos fatos geradores O direito do fisco de proceder ao lançamento de ofício, salvo a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

DECADÊNCIA - Declarada pelo STF, por meio de súmula vinculante, a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que estabeleciam o prazo decenal para constituição e cobrança dos créditos relativos às contribuições sociais previdenciárias, a matéria passa a ser regida pelo Código Tributário Nacional, que determina o prazo de 5 (cinco) anos para a constituição e cobrança do crédito tributário.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - OMISSÃO DE RENDIMENTOS. A Lei nº 9.430, de 1996, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza lançar O imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

LANÇAMENTO COM BASE EM PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE. O lançamento com base em presunção legal transfere o ônus da prova ao contribuinte em relação aos argumentos que tentem descaracterizar a movimentação bancária detectada como receita omitida.

Por relevante, esclareço que o provimento parcial se deveu ao reconhecimento da decadência do direito da Fazenda Nacional de constituir créditos tributários por fatos geradores ocorridos no mês de janeiro de 2002. No mais, o lançamento foi integralmente mantido. Não houve recurso de ofício.

Ciente da decisão de primeira instância em 15/05/2009, conforme Aviso de Recebimento à fl. 302, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 15/06/2009 conforme carimbo de recepção à folha 304.

No recurso interposto (fls. 304/313), a recorrente alega preliminarmente a nulidade do lançamento por cercamento de defesa. Afirma que o Fisco teria retido diversos documentos para análise e não os teria devolvido até o momento, apesar de diversas solicitações ao Auditor-Fiscal. Com isso, a recorrente restaria impossibilitada de exercer amplamente seu direito de defesa.

Além disso, reclama que teria requerido a expedição de ofício ao Banco Central do Brasil para que aquele órgão informasse a origem dos depósitos bancários considerados receitas omitidas. Por sua ótica, tal prova seria imprescindível para comprovar a tese de defesa *“quanto a serem os depósitos bancários, tidos como omissão de receita, destinados ao pagamento das mercadorias adquiridas pelas empresa que contratavam a Recorrente para transportar mercadorias compradas da Rio de Janeiro Refrescos Ltda.”*.

No mérito, traz os argumentos abaixo sintetizados, por tópicos:

- **Da inexistência de omissão de receita**

A recorrente reitera que *“as operações bancárias efetuadas a crédito nas contas bancárias da Recorrente têm origem em depósitos de terceiros, efetuados para que a CABEB, na qualidade de mera transportadora, pagasse as mercadorias adquiridas por estes terceiros junto a seus fornecedores, no momento de retirá-las para transporte.”*.

Reporta-se a declarações das empresas contratantes (fls. 342 e segs.), ratificando suas alegações. Requer que se oficie àquelas empresas para que apresentem as notas fiscais de compra das mercadorias por ela transportadas. Sustenta, ainda, que o simples fato de a recorrente não ter o transporte de mercadorias entre seus objetivos sociais não a impediria de exercê-lo, de fato.

Aduz que depósitos bancários não constituiriam fato gerado do imposto de renda, sendo necessária prova de renda consumida. Nem todo ingresso financeiro seria acréscimo patrimonial, sendo necessário verificar cada caso concreto. No seu caso, as importâncias meramente transitariam por suas contas-correntes, sem que em verdade lhe pertençam em caráter definitivo. Colaciona jurisprudência que entende suportar sua tese.

Conclui que a recorrente não seria o sujeito passivo da obrigação tributária que lhe é exigida.

- **Da substituição tributária – PIS e COFINS**

Nas palavras da recorrente:

A Recorrente é uma empresa distribuidora de bebidas, especificamente da "Rio de Janeiro Refrescos Ltda" (Coca-Cola). Por óbvio, se houve omissão de receita, esta omissão derivou do exercício da atividade econômica da Recorrente (distribuição de bebidas).

Os produtos distribuídos pela Recorrente têm o PIS e COFINS retido na fonte, uma vez que ocorre a substituição tributária, ficando o fornecedor responsável pela retenção e recolhimento do imposto devido pela operação.

Sendo assim, nenhum valor a título de PIS e COFINS deixou de ser recolhido pela Recorrente, posto que a Rio de Janeiro Refrescos Ltda já efetuou a retenção e recolhimento das quantias devidas, devendo ser excluído do cálculo tais rubricas.

- **Do erro no cálculo dos impostos devidos: lançamentos indevidamente considerados**

A recorrente se reporta a cheques devolvidos e estornos bancários, os quais, a seu ver, deveriam reduzir os valores lançados. Afirmar que esses valores já constavam no extrato bancário e na planilha apresentada com a defesa. Traz planilha (fl. 308) com totalizações mensais das respectivas rubricas.

- **Base de cálculo a ser considerada**

A recorrente afirma que deveria ser arbitrado como lucro líquido somente 50% das receitas omitidas, e não a totalidade, como pretendido pelo Fisco. Colaciona decisões do STJ que entende suportar sua tese, e apresenta planilha (fl. 309) com a base de cálculo que deveria ser considerada.

- **Progressão indevida da alíquota, em face da prescrição reconhecida**

A recorrente lembra que as exigências de janeiro de 2002 foram afastadas em primeira instância, em face do reconhecimento da decadência para esse período. Em assim sendo, sustenta que *"somente a receita de fevereiro de 2002 poderia ser considerada para fins de acúmulo em março de 2002, mas nunca a de janeiro de 2002 (prescrita) ser apurada para mudança de faixa de faturamento e aumento da alíquota dos impostos cobrados em fevereiro de 2002"*.

- **Improcedência das tributações reflexas**

A interessada colaciona os Pareceres nº 15/2005 e nº 16/2006, ambos da COSIT, e pede sua aplicação analógica, com o consequente afastamento das exigências de PIS, COFINS, CSLL e seus acessórios.

- **Da ilegalidade da SELIC**

A recorrente aduz razões contra a exigência de juros de mora à taxa SELIC e pede sua exclusão, por afronta à Constituição Federal e ao princípio da hierarquia das normas legais.

- **Do pedido**

A recorrente conclui com o pedido de provimento ao recurso voluntário. Em caso de entendimento diverso, requer que os tributos sejam apurados considerando apenas 50% das receitas supostamente omitidas, como já decidido pelo STJ.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Preliminarmente, a recorrente alega a nulidade do lançamento por cerceamento de defesa. Afirma que o Fisco teria retido diversos documentos para análise e não os teria devolvido até o momento, apesar de diversas solicitações ao Auditor-Fiscal. Com isso, a recorrente restaria impossibilitada de exercer amplamente seu direito de defesa.

Do exame da peça recursal, verifico que a interessada não especifica quais documentos teriam sido retidos para análise e não devolvidos, muito menos comprova que isso teria ocorrido, nem comprova quaisquer solicitações ao Auditor-Fiscal nesse sentido.

À fl. 140 encontro protocolo de entrega de diversos documentos à fiscalização, em atendimento a intimação. No entanto, à fl. 220, no Termo de Encerramento, lavrado ao final do procedimento fiscal, consta expressamente que “*devolvemos nesta data todos os livros e documentos utilizados na presente fiscalização, no estado em que foram recebidos*”. Esse termo foi assinado pelo representante da empresa, sem qualquer ressalva.

Acrescento que a interessada apresentou a impugnação ao lançamento sem fazer qualquer menção a documentos que não teriam sido devolvidos. Agora, em sede de recurso, traz essa alegação, sem especificar os documentos e sem prova. A alegação não merece acolhida.

No que se refere ao requerimento de expedição de ofício ao Banco Central do Brasil para que aquele órgão informasse a origem dos depósitos bancários considerados receitas omitidas, tal pedido já havia sido fundamentadamente refutado em primeira instância, confira-se o seguinte excerto do voto condutor do acórdão recorrido (fl. 289):

Quanto ao ofício requerendo ao Banco Central que informe quais são os emitentes dos cheques, entendo ser desnecessário pois tal provimento não traria o efeito de invalidar o auto de infração.

De fato, a mera identificação dos depositantes não teria o condão de justificar os depósitos, para o que se faria necessária a apresentação de documentação adicional que pudesse comprovar as alegações da interessada de que os valores não lhe pertenceriam, mas sim a terceiros. Observo, ainda, que tal prova incumbiria à interessada, descabendo à administração assumir tal ônus. Não vislumbro, aqui, qualquer cerceamento ao direito de defesa e, por consequência, também nulidade alguma.

No mérito, a principal alegação da recorrente é de que “as operações bancárias efetuadas a crédito nas contas bancárias da Recorrente têm origem em depósitos de terceiros, efetuados para que a CABEB, na qualidade de mera transportadora, pagasse as mercadorias adquiridas por estes terceiros junto a seus fornecedores, no momento de retirá-las para transporte.”.

Já foi observado que o transporte de mercadorias não se inclui entre os objetos societários da interessada. É verdade que isso não impediria que ela, de fato, exercesse tal atividade econômica, mas a prova nesse sentido teria que ser ainda mais robusta.

A única comprovação trazida aos autos são as declarações de fls. 342, 343 e 344, firmadas por três empresas do ramo de bebidas, nas quais consta que depositavam valores na conta da CABEB para pagamentos à Rio de Janeiro Refrescos Ltda., e que as compras seriam faturadas diretamente da Rio de Janeiro Refrescos Ltda. para cada uma das declarantes. Observo que as declarações possuem idêntico teor e são subscritas pela mesma pessoa física, Sr. Wilson da Cruz Di Gregório, supostamente representante legal de cada uma delas. Mas o principal é que consta de cada uma das declarações que “em anexo, apresentamos as Notas Fiscais, Boletos Bancários e outros documentos que confirmam a simples utilização dos veículos da CABEB DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA, para o transporte das mercadorias faturadas pela Rio de Janeiro Refrescos Ltda para nossa empresa”. Tais documentos, entretanto, não vieram aos autos. É impossível, assim, atestar documentalmente a veracidade do declarado, muito menos identificar quais depósitos teriam sido feitos por cada uma das declarantes e o motivo para tanto.

A acusação trata de omissão de receitas, caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, com a redação dada pela Lei nº 10.637/2002, a seguir transcrito:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

[...]

Trata-se, como é cediço, de presunção relativa, que admite prova em contrário. Mas essa prova cabe à recorrente. Ao Fisco cabe provar o fato indiciário, definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, qual seja, a ocorrência de depósitos bancários de origem não comprovada. Não há dúvidas de que os depósitos efetivamente ocorreram. No entanto, regularmente intimada, a recorrente poderia afastar a presunção de omissão de receitas, desde que apresentasse, nos termos da lei, documentação hábil e idônea que comprovasse, individualizadamente, a origem dos valores creditados em suas contas-correntes.

Para os optantes pelo Simples, situação da interessada, a obrigação de escriturar toda a movimentação financeira, inclusive bancária e, ainda, de guardar todos os documentos e demais papéis que sirvam de base para a escrituração está prevista no § 1º do art. 7º da Lei nº 9.317/1996, *verbis*:

Art. 7º [...]

§ 1º A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes:

a) Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;

b) [...]

c) todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores.

Ao descumprir essa obrigação, a recorrente queda sem meios hábeis para comprovação da origem dos valores que transitaram por sua conta-corrente. Não tendo a interessada qualquer cautela em documentar adequada e completamente os fatos, ficam por sua conta e risco as consequências de tal negligência. No caso, a consequência é a aplicação da presunção legal de omissão de receitas, nos estritos termos da lei, conforme anteriormente mencionado.

Por oportuno, cabe observar que a necessidade de comprovação de renda consumida já foi definitivamente afastada, no âmbito deste órgão administrativo, com a Súmula CARF nº 26, a seguir transcrita.

Súmula CARF nº 26: A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

Na sequência, a recorrente lembra que as exigências de janeiro de 2002 foram afastadas em primeira instância, em face do reconhecimento da decadência para esse período. Em assim sendo, sustenta que “somente a receita de fevereiro de 2002 poderia ser considerada para fins de acúmulo em março de 2002, mas nunca a de janeiro de 2002 (prescrita) ser apurada para mudança de faixa de faturamento e aumento da alíquota dos impostos cobrados em fevereiro de 2002”.

Seu argumento não merece acolhida. A decadência do direito da Fazenda Nacional constituir créditos tributários por fatos geradores ocorridos em janeiro de 2002 não significa que os fatos geradores não tenham ocorrido. A presunção legal de omissão de receitas foi corretamente estabelecida também para esse período, e o fato de não se poder exigir os tributos devidos para janeiro não impede que, nos cálculos efetuados para os meses subsequentes, se leve em conta a existência de faturamento no mês de janeiro em valor superior àquele declarado, o que, por certo, terá efeito na determinação dos percentuais aplicáveis para cálculo do SIMPLES.

Nessa linha de raciocínio, rejeito também essa alegação.

Quanto aos demais argumentos da recorrente, de se verificar que esses argumentos não constavam da peça impugnatória tempestivamente apresentada, vindo a serem suscitados apenas em sede recursal.

A teor do que dispõe o artigo 17 do Decreto nº 70.235, de 1972, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.532, de 1997, a matéria que não tenha sido expressamente contestada, considerar-se-á não impugnada, tornando-se preclusa.

Acerca do instituto da preclusão, assim leciona Humberto Theodoro Júnior¹:

A essência da preclusão, para Chiovenda, vem a ser a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício.

Decorre a preclusão do fato de ser o processo uma sucessão de atos que devem ser ordenados por fases lógicas, a fim de que se obtenha a prestação jurisdicional, com precisão e rapidez.

Sem uma ordenação temporal desses atos e sem um limite de tempo para que as partes os pratiquem, o processo se transformaria numa rixa infundável.

Do exposto, sobressai a falta de competência da Autoridade Julgadora de segunda instância para tomar conhecimento dessa matéria em sede de recurso voluntário.

É verdade que, em algumas situações, exceções são admitidas a esse princípio. A título ilustrativo, no Direito positivado encontramos o § 3º do art. 267 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo administrativo fiscal:

*Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
(Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)*

[...]

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

¹ THEODORO Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 40ª Ed., Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 480.

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

[...]

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

A doutrina cuida do assunto sob o nome de *questões de ordem pública*. Tais questões são aquelas em que o interesse protegido é do Estado e da sociedade e, em geral, referem-se à existência e admissibilidade da ação e do processo, refletindo-se na própria segurança jurídica. Os exemplos acabados a serem citados, especialmente aplicáveis ao processo administrativo fiscal, são a decadência, as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de parte), além dos pressupostos processuais de existência e validade. Em tais situações, a jurisprudência administrativa tem admitido o exame em segundo grau mesmo na ausência de pré-questionamento na fase impugnatória ou, ainda, que o relator ou qualquer dos julgadores suscite de ofício matéria não impugnada nem recorrida.

Bem se vê, entretanto, que no caso em tela não está em discussão questão que possa ser entendida como sendo de ordem pública. Em assim sendo, deixo de conhecer dos seguintes argumentos de recurso, em face da preclusão processual:

- Da substituição tributária – PIS e COFINS;
- Do erro no cálculo dos impostos devidos: lançamentos indevidamente considerados;
- Base de cálculo a ser considerada (50% das receitas omitidas, segundo jurisprudência do STJ);
- Improcedência das tributações reflexas de PIS, COFINS e CSLL (aplicação analógica dos Pareceres nº 15/2005 e nº 16/2005, ambos da COSIT);
- Ilegalidade da SELIC.

Por todo o exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade, não conhecer dos argumentos para os quais se operou a preclusão e, no mais, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha

Processo nº 10730.001524/2007-10
Acórdão n.º **1302-001.681**

S1-C3T2
Fl. 462

CÓPIA