



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

Processo nº 14751.000025/2007-18
Recurso nº 522.980 Voluntário
Acórdão nº 3803-01.062 – 3ª Turma Especial
Sessão de 9 de dezembro de 2010
Matéria PIS - COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente ESCOLINHA RISQUE RABISQUE LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/07/2002, 01/11/2002 a 30/11/2002, 01/01/2003 a 31/05/2003, 01/01/2004 a 30/04/2004, 01/01/2005 a 30/04/2005

PRECLUSÃO

É ilícito inovar na postulação recursal para incluir questões diversas daquelas que foram originariamente deduzidas quando da impugnação do lançamento na instância *a quo*.

Inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria não suscitada na instância *a quo*.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DESPROPORCIONALIDADE. CONFISCATORIEDADE. NÃO RAZOABILIDADE. ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA.

O processo administrativo fiscal não é foro hábil para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade, por se tratar de matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário. (Súmula CARF nº 1)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Alexandre Kein - Presidente e Relator

Participaram ainda do presente julgamento os Conselheiros Belchior Melo de Sousa, Hélcio Lafeté Reis, Daniel Maurício Fedato, Elias Fernandes Eufrásio (suplente) e Antônio Mário de Abreu Pinto (suplente).

Relatório

ESCOLINHA RISQUE RABISQUE teve lavrados contra si os autos de infração de fls. 7 a 11 e 21 a 23, por meio dos quais se constituiu crédito tributário relativo à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, no valor de R\$ 102.701,01, e ao Programa de Integração Social - PIS, no valor de R\$ 18.117,59, já incluídos multa de ofício e juros de mora. De acordo com o Relatório de Trabalho Fiscal de fls. 279 a 300, a autoridade autuante consignou que:

- a) Desde 2002, o contribuinte exerce atividade para a qual é vedada a opção pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições - SIMPLES (ensino médio), conforme art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, razão pela qual, em 21/06/2006, foi proposta sua exclusão dessa sistemática de pagamentos (Termo de Comunicação de Exclusão do Sistema Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES (Ato Declaratório Executivo nº 24, de 13/06/2006; exclusão a partir de janeiro de 2004), contra a qual apresentou manifestação de inconformidade (processo nº 14751 000148/2006-60);
- b) O Ato Declaratório Executivo nº 43, de 03/10/2006, publicado no DOU em 05/10/2006, o contribuinte foi excluído do SIMPLES, com efeitos a partir de 01/01/2002 até 31/12/2003 (Termo de Comunicação de Exclusão do SIMPLES, datado de 10/10/2006);
- c) O contribuinte havia aderido ao SIMPLES em 01/01/1997, na condição de Empresa de Pequeno Porte — EPP (conforme livros e documentos apresentados), tendo também excedido, no decorrer do ano-calendário de 2003, o limite para ingressar e permanecer no SIMPLES, em conformidade com o disposto no art. 90, II, da Lei nº 9.317, de 1996;
- d) Para os anos-calendários de 2002 a 2005, como foi apresentada a escrituração contábil, procedeu-se a lançamento de ofício, no qual apurado o IRPJ com base no lucro real, de acordo com o Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 - RIR/99.
- e) As contribuições para o PIS e COFINS foram apuradas com base nos valores da receita bruta, também extraídos da escrituração contábil do contribuinte;
- f) Os pagamentos efetuados por meio de DARF SIMPLES, com código 6106, confirmados nos sistemas da RFB, foram considerados e abatidos dos valores de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

Sobreveio impugnação (fls. 304/319). A 4ª Turma da DRJ/REC, nada obstante, houve por bem em declarar definitiva, na esfera administrativa, a exigência da Cofins e do PIS, nos montantes respectivos de R\$ 22.650,41 e R\$ 6.176,22, acrescidos de multa de ofício de 75% e juros de mora, em razão da expressa aquiescência da impugnante, conforme consignado na peça de defesa; não conhecer da impugnação, no que se refere à exclusão do SIMPLES, por concomitância de matéria na esfera judicial, declarando a definitividade, na esfera administrativa, das exigências formalizadas nos autos de infração impugnados, ressalvando que a cobrança dos débitos fica subordinada ao disposto no Ato Declaratório (Normativo) COSIT nº 3, de 14 de fevereiro de 1996, e conhecer da impugnação, no que concerne à exigência da multa de ofício e da imputação dos pagamentos realizados mediante

DARF Simples, para, quanto a tal matéria, considerar procedente o lançamento. O acórdão nº 11-28 416, de 7 de dezembro de 2009, fls. 331 a 336, teve ementa vazada nos seguintes termos:

ASSUNTO. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração 01/01/2002 a 31/12/2005

SISTEMA INTEGRADO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES EXCLUSÃO PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL COM O MESMO OBJETO

A propositura de ação judicial, antes ou após o procedimento fiscal do lançamento, com o mesmo objeto, implica renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento

PAGAMENTOS REALIZADOS NA SISTEMÁTICA DO SIMPLES COMPENSAÇÃO COM OS TRIBUTOS DEVIDOS POSSIBILIDADE

Os pagamentos efetuados na sistemática do SIMPLES, ainda que indevida a opção, devem ser compensados, pela autoridade autuante, no ato do lançamento, com os tributos devidos, apurados na forma a que se sujeitar o contribuinte, tal como, no caso, sucedeu

ASSUNTO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Período de apuração 01/01/2002 a 31/12/2005 MULTA DE OFÍCIO ARGUMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO

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

Impugnação Não Conhecida

Crédito Tributário Mantido

Cuida-se agora de recurso voluntário interposto contra a decisão da 4ª Turma da DRI/REC. O arrazoadado de fls. 342 a 359, após síntese dos fatos e protesto de tempestividade, controverte a retroação à data da adesão de sua exclusão do SIMPLES. Lembra que a sua adesão foi homologada pelo Fisco. Pugna pela aplicação dos efeitos da exclusão a partir do mês subsequente ao da exclusão, por força da intenção do legislador, e não pela simples interpretação casuística do órgão. Invoca o princípio insculpido no artigo 150, inc. III, alínea "a", da Constituição Federal. Refere decisão do TRF-3ª Região. Invoca o art. 15, inc. II, da Lei nº 9.317, de 1996.

Reclama também da excessividade, da desproporcionalidade e da confiscatoriedade da multa de lançamento de ofício, pugnando por sua redação ao patamar da

multa de mora (20%), nos termos do art. 61, § 2º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Cita e transcreve excerto de jurisprudência do STF.

Reportando-se à fl. 20 do Relatório do Trabalho Fiscal, que atestaria que os créditos decorrentes dos pagamentos realizados na sistemática do SIMPLES, alusivo às contribuições previdenciárias não foram compensados, retoma o requerimento de compensação dos débitos lançados com os pagamentos feitos sob essa rubrica. Lembra das disposições do art. 156 do CTN; da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, que teria modificado a Lei nº 9.430, de 1996, Portaria MF/MPS nº 23, de 2006; Instrução Normativa SRF/SRP nº 629, de 10 de março de 2006, para argumentar que inexistia qualquer vedação legal a impedir a utilização de créditos previdenciários na compensação com tributos de espécies diferentes. Transcreve jurisprudência do STJ. Na continuação, sintetiza em planilha (fl. 358) os valores pagos a título de contribuição previdenciária durante o período em que foi optante pelo SIMPLES, montantes a R\$ 214.757,54, hábil para integral extinção dos débitos lançados.

Em conclusão, requer:

1)- Em sede de Preliminar, a nulidade do auto de infração, por não haver permissivo legal na própria lei que trata da exclusão, que venha a ensejar retroatividade dos efeitos da exclusão, posto que o inciso II do artigo 15 é cristalino ao afirmar que os efeitos da exclusão do simples surtirá efeito "a partir do mês subsequente ao que foi incorrida a situação excludente". não havendo razão para 4ª Turma de Julgamento ignorar tal fato e compatilhar da absurda hipótese de retroatividade

2) Em ultrapassada a preliminar argüida Requer:

a) A redução da multa de ofício- ao patamar de 20% (vinte por cento) em consonância com o art 61 §2º da Lei 9 430/96 c/c art 150 IV da Constituição Federal

b) A compensação dos valores pagos durante o período em i. que foi optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições (SIMPLES) ALUSIVO À CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, aos débitos apurado alusivo ao PIS e COFINS, estes no valor apurado de R\$ 18 117,59 (dezoito mil, cento e dezessete reais e 1110 cinqüenta e nove centavos) devendo se considerar sobre este valor as reduções da multa de ofício e os devidos acréscimos legais a ser apurados, não considerados pelo Auditor Fiscal,extinguindo por conseguinte o auto de infração pela compensação (fl. 359)

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Kern, Relator

Presentes os pressupostos recursais, a petição de fls. 342 a 359 merece ser conhecida como recurso voluntário contra o Acórdão DRJ-REC-4ª Turma nº 11-28.419, de 7 de dezembro de 2009.

Processo nº 14751.000025/2007-18
Acórdão nº 3803-01.062

S3-1E03
Fl. 385

Matéria litigiosa

A decisão *ao quo* já havia excluído do litígio, declarando definitiva, na esfera administrativa, a exigência da Cofins e do PIS, nos montantes respectivos de R\$ 22.650,41 e R\$ 6.176,22, acrescidos de multa de ofício de 75% e juros de mora, em razão da expressa aquiescência da impugnante, conforme consignado na peça de defesa; bem assim a exclusão do SIMPLES, por concomitância de matéria na esfera judicial, como decorrência do mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindicato dos estabelecimento de Ensino do Estado da Paraíba, declarando a definitividade, na esfera administrativa, das exigências formalizadas nos autos de infração impugnados, ressalvando que a cobrança dos débitos fica subordinada ao disposto no Ato Declaratório (Normativo) COSIT nº 3, de 14 de fevereiro de 1996.

O ora recorrente, enquanto impugnante, nada opôs quanto ao efeito retroativo de sua exclusão do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições - Simples. Em sua peça de impugnação, fls. 304 a 319, fez uma única e exclusiva menção a essa retroatividade, à fl. 305, quando sintetiza os fatos relacionados com a lide, sem, contudo, esboçar qualquer irresignação. Agora, em sede de recurso voluntário, o recorrente inova, interpondo uma série de argumentos que não foram oferecidos à autoridade julgadora de primeira instância.

Da mesma forma, o impugnante, às fls. 306 a 313, reclamou a existência de crédito alusivo ao IRPJ e à CSLL, decorrente de pagamentos efetuados através de DARF SIMPLES, relativos ao período compreendido entre outubro de 2003 e dezembro de 2005, em conformidade com o disposto no processo nº 14751.000351/2006-36, para compensar os débitos de PIS e da COFINS, referentes ao mesmo período. O impugnante elaborou inclusive planilhas demonstrativas desses créditos. Agora, em sede de recurso voluntário, o recorrente brande créditos por pagamentos sob a rubrica contribuições previdenciárias, que não haviam sido cogitados na peça de impugnação.

Tanto uma como outra, constituem-se em inovações da peça recursal. Trata-se no entanto de matéria preclusa, posto que não foram aventadas no momento processual oportuno, consoante art. 16, inc. III, do Decreto nº 70.235, de 6 de março 1972 - PAF.

Na lição de Chiovenda, repetida por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arendhart, tem-se que:¹

a preclusão consiste na perda, ou na extinção ou na consumação de uma faculdade processual. Isso pode ocorrer pelo fato

i) de não ter a parte observado a ordem assinalada pela lei ao exercício da faculdade, como os termos peremptórios ou a sucessão legal das atividades e das exceções,

ii) de ter a parte realizado atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a proposição de uma exceção incompatível com outra, ou a prática de ato incompatível com a intenção de impugnar uma decisão;

¹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENDHART, Sérgio Cruz Arendhart Manual do Processo do Conhecimento São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 665, apud CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa giudicata e preclusione", in *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, vol. 3, p. 233.

Recurso signatário em 15/12/2010 por ALVARO PACHECO RIBEIRO

Recurso signatário em 15/12/2010 por ALVARO PACHECO RIBEIRO

Recurso signatário em 15/12/2010 por ALVARO PACHECO RIBEIRO

iii) de ter a parte já exercitado validamente a faculdade

A cada uma das situações acima corresponde, respectivamente, os três tipos de preclusão: a temporal, a lógica e a consumativa.

No caso em tela ocorreu a preclusão temporal, consistente na perda da oportunidade que o recorrente teve para tratar dos temas na impugnação. Ultrapassada aquela etapa, extingue-se o direito de levantá-las agora, nesta fase recursal.

Apoiado nessas considerações, não as conhecerei.

Matéria litigiosa – multa de lançamento de ofício

Excluídas do litígio as matérias acima referidas, remanesce controversa a questão da inconstitucionalidade da multa de lançamento de ofício aplicada. Digo inconstitucionalidade, porque os argumentos recursais dizem respeito à sua natureza: desproporcionalidade, não razoabilidade, confiscatoriedade, e pela necessidade de sua redução a patamar distinto daquele cominado no dispositivo legal em que foi capitulada.

A esse propósito, chamo a atenção do recorrente para o que enuncia a Súmula CARF nº 2:

Súmula CARF Nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária

Ora, o art. 44, inc. I, da Lei nº 9.430, de 1996, para a infelicidade do recorrente, comina, para os casos de falta de recolhimento de tributos e contribuições, a seguinte penalidade pecuniária:

Art 44 Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Vide Mpv nº 303, de 2006) (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)

I-de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte; (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Vide Mpv nº 303, de 2006) (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)

O princípio da legalidade, reitor de toda a atividade administrativa – aí incluída a de julgamento – veda o exame de arguições sobre a constitucionalidade e legalidade de leis, cabendo à autoridade administrativa tão-somente dar-lhes cumprimento. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. A multa de lançamento de ofício aplicada estava cominada no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, descabendo às instâncias administrativas de julgamento negar-lhe vigência, sob consideração de qualquer ordem.

Nesta senda, é incabível também a redução da penalidade para o percentual da multa de mora, posto que de mora não se trata.

Conclusões

Tudo isso posto, voto por não conhecer do recurso quanto à matéria submetida à tutela hegemônica do Poder Judiciário e quanto às matérias preclusas, ratificando a declaração de definitividade da exigência do principal e dos juros de mora, para, no mérito da aplicação da multa de lançamento de ofício, não conhecer dos argumentos tendentes a inquinar sua base legal de inconstitucionalidade, na linha da Súmula CARF nº 1.

Sala das Sessões, em 9 de dezembro de 2010

Alexandre Kern