



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

Processo nº 19647.009248/2005-81
Recurso nº 158.473 Voluntário
Acórdão nº 1803-00.125 – 3ª Turma Especial
Sessão de 25 de agosto de 2009
Matéria SIMPLES - ANO - CALENDÁRIO 2001, 2004
Recorrente PROBIT PHOENIX INFORMÁTICA LTDA.
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-RECIFE/PE

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

Exercício: 2000 a 2003

Ementa: LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - DECADÊNCIA - A Fazenda Pública dispõe de 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, para promover o lançamento de impostos e contribuições sociais enquadrados na modalidade do art. 150 do CTN, a do lançamento por homologação.

SIMPLES – PERCENTUAIS APLICÁVEIS - EFEITOS DA DECADÊNCIA - Para fins de determinação dos percentuais aplicáveis, nos termos dos incisos I e II do art. 5º da Lei nº 9.317/1996, considera-se a receita bruta acumulada até o mês, incluindo-se as receitas omitidas apuradas em procedimento de fiscalização, mesmo que sobre essas receitas não se possa mais constituir crédito tributário, por alcançadas pela decadência.

FALTA DE PRE-QUESTIONAMENTO. MATÉRIA PRECLUSA. Questões não provocadas a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo por meio da apresentação da peça impugnativa inicial, e somente demandadas na petição de recurso, constituem matérias preclusas, por afrontamento do princípio do duplo grau de jurisdição a que está submetido o Processo Administrativo Fiscal.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA – MULTA E JUROS MORATÓRIOS – INCOMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO – Os princípios constitucionais são dirigidos ao legislador, ou mesmo ao órgão judicial competente, não podendo se dizer que estejam direcionados à Administração Tributária, pois esta se submete ao princípio da legalidade, não podendo se furtar em aplicar a lei. Não pode a autoridade lançadora e julgadora administrativa, por exemplo, invocando o princípio do não-confisco, afastar a aplicação da lei tributária. Isso ocorrendo, significaria declarar, incidenter tantum, a inconstitucionalidade da lei tributária que

funcionou como base legal do lançamento (multa de ofício e juros moratórios). Ora, como é cediço, somente os órgãos judiciais têm esse poder.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em acolher a preliminar de decadência em relação aos meses de janeiro a agosto de 2000, e no mérito, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


SELENE FERREIRA DE MORAES - Presidente

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR – Relator
EDITADO EM: 10 MAR 2010

Participaram, da presente sessão de julgamento os Conselheiros: Selene Ferreira de Moraes (Presidente), Walter Adolfo Marech, Benedicto Celso Benício Júnior, Luciano Inocêncio dos Santos e Lavinia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira (Vice-Presidente).

Relatório

Contra a empresa acima qualificada foram lavrados os autos de infração apostos às fls. 07 a 96, para exigência dos créditos tributários adiante especificados, referentes a fatos geradores verificados entre 31/01/2000 e 31/12/2003:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM REAIS

TRIBUTO	FLS.	Imposto / Contribuição	Juros de Mora	Multa Proporcional	TOTAL
Imposto de Renda Pessoa Jurídica - Simples	07	2.870,02	1.991,90	2.152,28	7.014,20
Contribuição para o PIS - Simples	25	2.870,02	1.991,90	2.152,28	7.014,20
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - Simples	43	13.007,44	9.116,26	9.755,35	31.879,05
Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Simples	61	26.014,86	18.232,80	19.510,90	63.758,56
Contribuição para Seguridade Social - INSS - Simples	79	29.105,40	20.378,01	21.828,82	71.312,23
TOTAL	-	-	-	-	180.978,23



Referidos autos de infração decorreram de ação fiscal efetuada junto ao contribuinte, no bojo da qual a autoridade fiscalizadora constatou infrações à legislação do SIMPLES (imposto e contribuições componentes), amplamente descritas no *Termo de Verificação Fiscal* juntado às fls. 03 a 05. Os respectivos enquadramentos legais encontram-se discriminados nos próprios autos de infração, que passam a integrar o presente relatório, como se aqui transcritos estivessem.

Em resumo, as irregularidades averiguadas identificam-se com as diferenças existentes entre o valor da receita bruta apurada no *Livro de Apuração do ICMS* e no *Livro dos Serviços Prestados*, de um lado, e os montantes declarados espontaneamente à Receita Federal, nos anos calendários de 2000 a 2003, de outro lado. Em decorrência da constatação destas diferenças de bases de cálculo, foi também apurada insuficiência de recolhimento, tendo em vista a mudança dos percentuais das alíquotas (conforme *Demonstrativo de Percentuais Aplicáveis sobre a Receita Bruta*, aposto às fls. 97 e 98). As quantias apuradas pela fiscalização estão demonstradas às fls. 134 e 135.

Devidamente notificado, em 06/09/05, e não se conformando com o procedimento fiscal, o contribuinte apresentou, tempestivamente, as suas razões de defesa, às fls. 312 a 317, na qual questiona os autos de infração, alegando, em síntese, ser indevida a aplicação da Taxa SELIC como juros de mora, em matéria tributária, assim como ser inadequada a incidência de multa de ofício no percentual de 75%, por configurar expressa ofensa ao princípio de vedação ao confisco.

Ao analisar os argumentos da defesa apresentada pelo contribuinte, a 4ª TURMA – DRJ EM RECIFE – PE manteve integralmente os lançamentos realizados, fundamentando a decisão prolatada no fato de a multa oficiosa e os juros moratórios cominados terem total respaldo na legislação vigente – mais especificamente, nos artigos 44, inciso I, e 61, §3º, da Lei nº 9.430/96. Em virtude do caráter vinculado da atividade administrativa, pois, não incumbiria à DRJ afastar a aplicação da legislação vigorante, por conta de aventada inconstitucionalidade, cabendo tal tarefa, privativamente, aos órgãos do Poder Judiciário. No mais, lembraram os julgadores que as demais matérias (dentre as quais a própria apuração das infrações), por não terem sido expressamente impugnadas, deveriam ser reputadas como incontestes, a partir de então, nos termos do artigo 17 do Decreto nº 70.235/72.

Cientificado do acórdão proferido, em 29/12/06, o contribuinte apresentou recurso tempestivo a este Conselho, apresentando as seguintes novas considerações:

- Preliminarmente, alguns dos créditos tributários lançados, relativos ao período de janeiro de 2000 a setembro de 2000, estariam fulminados pela decadência, nos termos do artigo 150, §4º, do CTN. Sendo o IRPJ-Simples, o PIS-Simples, a CSLL-Simples, a COFINS-Simples e a Contribuição para a Seguridade Social-Simples tributos enquadráveis na sistemática do lançamento por homologação, decairiam dentro de 05 (cinco) anos, contados da data de realização do fato gerador;

- Neste sentido, estando ausentes indícios de dolo, fraude ou simulação, não haveria que se falar na aplicação da regra decadencial do artigo 173, I, do CTN, segundo a qual o início do prazo de caducidade se daria no primeiro dia do exercício fiscal subsequente àquele em que se realizou o fato imponible. Tal orientação estaria corroborada pela jurisprudência administrativa que colaciona;

- No que tange ao mérito, necessário notar que algumas das receitas consideradas pelo Fisco não são rendimentos derivados da atividade comercial da recorrente, mas, sim, rendas percebidas por terceiros, impassíveis de serem inseridas no conceito de faturamento tributável.

- Assim se daria em razão de o contribuinte prestar serviços a renomada operadora de celulares. No bojo do contrato celebrado com esta, estaria a recorrente sujeita a condições contratuais anômalas, destacando-se, dentre elas, a obrigação de comercializar aparelhos celulares por preços inferiores aos próprios custos de aquisição, em datas e sob condições específicas.

- Em tal cenário, as receitas geradas pela venda destes aparelhos celulares representariam rendimentos da operadora, e não da recorrente. Os prejuízos derivados da comercialização seriam compensados apenas posteriormente, por meio dos valores pagos pela operadora a título de contraprestação a outros serviços realizados. As notas fiscais de venda e de compra dos aparelhos não refletiriam o negócio subjacente, só tendo sido emitidas daquela forma para fins de obediência à legislação estadual e municipal de regência.

- Nesta situação, tanto as receitas geradas pela venda dos aparelhos, de um lado, quanto a parcela de rendimentos das notas fiscais de serviços destinada a compensar os prejuízos da comercialização de celulares por preços ínfimos, de outro lado, deveriam ser tomadas como faturamento da operadora de telefonia móvel, e não como receitas tributadas da petionária;

- Como prova do que se alega, colacionaram-se aos autos algumas notas fiscais de venda e compra de aparelhos, bem como planilha de demonstrativo contábil das operações.

- Analogamente, ainda para embasamento deste argumento, cita a recorrente recente decisão do STF, no seio do RE 240.785-2/MG, por meio da qual se reconheceu a necessidade de exclusão do ICMS de dentro da base de cálculo da COFINS. Igualmente, aponta julgado da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em que, em situação similar, assegurou-se a não incidência de COFINS e de contribuição ao PIS/PASEP sobre receitas de *roaming* repassadas pelo contribuinte a outras operadoras. Em ambos os casos, o conceito de faturamento teria sido fixado como montante que não englobaria "*valores que entram no caixa da empresa, mas que são repassados a terceiros*".

- Por derradeiro, a recorrente questiona os montantes de juros moratórios e de multa cominados. Afirma, nesse diapasão, que a situação macroeconômica atual não condiz com encargos tão elevados. A Lei nº 9.298/96, embora não trate especificamente de tributos, teria reduzido o percentual de multa moratória, aplicável a qualquer prestação vencida, a apenas 2% (dois por cento). Bastante plausível seria, no presente caso, a aplicação de multa de 30% (trinta por cento), em substituição ao percentual vigente de 75% (setenta e cinco por cento);

É o relatório do essencial.



Voto

Conselheiro BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos legais para seu segmento. Dele conheço.

Preliminarmente, argúi a recorrente ter havido decadência do direito do Fisco de lançar parte dos créditos inculpidos no auto de infração.

Conforme se vê dos juntados demonstrativos de apuração de valores devidos, a autoridade fazendária lançou, de fato, contra o contribuinte, montantes de IRPJ-Simples, PIS-Simples, CSLL-Simples, COFINS-Simples e Contribuição para a Seguridade Social-Simples relativos a fatos geradores verificados a partir de 31/01/00. A ciência da autuação, todavia, deu-se apenas em 06/09/05 – 05 anos e 08 meses depois da primeira infração constatada.

A jurisprudência deste Conselho já se firmou, há muito, no sentido de ratificar a aplicação do artigo 150, 4º, do CTN aos casos de lançamento por homologação. Assim está redigido dito dispositivo:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Incide, então, no caso concreto, prazo decadencial de 05 (cinco) anos contados da data dos fatos geradores. Tratando-se do regime do Simples Federal, com apuração mensal dos tributos, deve-se reconhecer ao Fisco a possibilidade de se lançarem créditos relativos, apenas, ao período posterior a 31/08/00, uma vez que o auto de infração em debate tenha sido lavrado em 06/09/05.

Necessário o acolhimento, por conseguinte, da preliminar de decadência aventada, relativamente aos créditos apurados entre 31/01/00 e 31/08/00, inclusive.

No respeitante ao mérito, entendemos não ser possível dar provimento aos pleitos da recorrente. De início, no que atine à alegação de inclusão de rendas de terceiro nas

bases impositivas verificadas, constata-se a inexistência, nos autos, de suficiente comprovação do quanto arguido. Embora tenha afirmado que parte dos rendimentos da comercialização de aparelhos celulares pertença à operadora de telefonia móvel que o contrata, não logrou o contribuinte demonstrar que tais receitas se destinem definitivamente aos cofres da última, e não aos seus. As notas fiscais juntadas não configuram prova bastante, sendo necessária mais do que a descrição textual de situação de repasse posterior de receita.

Nesse sentido, vale ainda lembrar que as convenções particulares, salvo disposição legal contrária, não importam à Fiscalização, para fins de determinação dos sujeitos passivos da obrigação tributária. Isto é o que deriva do artigo 123 do CTN.

De todo modo, ainda que assim não fosse, mister se faz repisar que todas as alegações de mérito expostas no presente Recurso deveriam ter sido arguidas, previamente, na impugnação de primeira instância. No grau *ad quo*, todavia, nota-se ter a autuada somente questionado a constitucionalidade da multa de ofício e dos juros de mora cominados, sem nada mais por em xeque. Reputam-se incontestes, portanto, todas as demais matérias – em especial, os valores de base de cálculo apurados.

Esta concepção se fulcra no artigo 16, §4º, do Decreto nº 70.235/72, *verbis*:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;*
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.”*

Em hipóteses similares, já foi a preclusão reconhecida, igualmente, por este órgão julgador. A título de exemplo, vejam-se os seguintes julgados:

*“MULTA ISOLADA EM DECORRÊNCIA DAS OMISSÕES E ALTERAÇÕES NA DCTF - PRECLUSÃO - MATÉRIA NÃO AGITADA NA IMPUGNAÇÃO - QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA - INEXISTÊNCIA - CONSUMAÇÃO - Não sendo matéria de ordem pública, a qual a autoridade julgadora poderia apreciá-la até de ofício, a ausência da instauração de controvérsia na impugnação tem o condão de fazer incidir os efeitos da preclusão administrativa sobre a matéria somente agitada no recurso voluntário, tornando o ponto incontroverso.”
(Acs. 1º. CC - 106-17.218/08)*

“RECURSO VOLUNTÁRIO. FALTA DE PRE-QUESTIONAMENTO. MATÉRIA PRECLUSA. Questões não

provocadas a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo por meio da apresentação da peça impugnativa inicial, e somente demandadas na petição de recurso, constituem matérias preclusas das quais não se toma conhecimento, por afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição a que está submetido o Processo Administrativo Fiscal.” (Acs. 1.º CC - 196-00.067/08)

Por fim, tratando da imaginada necessidade de afastamento dos juros e da multa impingidos, por conta de aventado exagero em seus valores, deve-se mais uma vez repisar o fato de este Conselho não ter competência para determinar a inaplicação de normas jurídicas que integrem, regularmente, o ordenamento nacional.

Ora, sendo a atividade administrativa de caráter eminentemente vinculado, devem os órgãos do Poder Executivo obedecer, fielmente, aos mandamentos legais, zelando pela sua ampla e correta aplicação aos casos concretos. A análise da constitucionalidade das leis fiscais incumbe, privativamente, ao Poder Judiciário, e não a este órgão decisório.

Remansosa jurisprudência administrativa há a este respeito, da qual se colhe o seguinte exemplo:

“MULTA DE OFÍCIO. INCONSTITUCIONALIDADE. CARÁTER CONFISCATÓRIO. Os órgãos de julgamento administrativo não têm competência para negar vigência à lei, sob a mera alegação de sua inconstitucionalidade. A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicá-la, nos moldes da legislação que a instituiu.” (Acs. 2.º CC - 201-81.257/08)

No mais, este entendimento já foi até sumulado pelo extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, nos seguintes termos:

“Súmula 1.º CC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Isto posto, voto no sentido de acolher a preliminar de decadência em relação aos meses de janeiro a agosto de 2000, e no mérito, em negar provimento ao recurso..

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR

