



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

Processo nº 10830.002239/2011-66
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1101-000.780 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de agosto de 2012
Matéria IRPJ e Reflexos
Recorrente VEGA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006

PRORROGAÇÃO DO MPF. INTERNET. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há que se falar em nulidade do processo administrativo fiscal pela não cientificação pessoal contribuinte das prorrogações do MPF. O Demonstrativo de prorrogação encontra-se disponível ao contribuinte via internet desde o início da ação fiscal

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

OMISSÃO DE RECEITAS. NÃO ESCRITURAÇÃO DE PAGAMENTOS A FORNECEDORES

A falta de escrituração de pagamentos realizados, segundo dispõe o art. 40 da Lei nº 9.430/96, caracteriza-se como presunção legal de omissão de receita. O art. 281 do RIR garante o afastamento desta presunção legal ante à apresentação pelo contribuinte de documentação hábil e idônea.

OMISSÃO DE RECEITA. REGIME DE COMPETÊNCIA. PAGAMENTO À VISTA. POSTERGAÇÃO DE TRIBUTAÇÃO. INADIMISSIBILIDADE.

Não há que se falar em postergação de tributação quando a contribuinte, sujeita ao regime de competência, deixa de escriturar as receitas e despesas referentes à transferência de bens ou serviços pagos à vista.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2006

NÃO EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS.

Findo o prazo de suspensão dos julgamentos, previsto na concessão da medida cautelar na ADC nº 18, a Administração está vinculada a aplicar o previsto em legislação tributária vigente. Destarte, segundo o disposto no art. 3º, § 2º da Lei nº 9.318/98, o ICMS está incluso na base de cálculo do PIS/COFINS. Assim, não há que se falar em suspensão de processo administrativo que versa sobre PIS/COFINS.

OMISSÃO DE RECEITA. ATUAÇÃO EM DIVERSAS ÁREAS. INAPLICABILIDADE DE ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS.

Constatada a omissão de receita por não escrituração e atuando a contribuinte em diversas áreas, ante a impossibilidade de identificação da atividade a que se refere a receita omitida, não há como se aplicar alíquotas diferenciadas relativa a apenas uma das atividades exercida pela contribuinte.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. CSLL, PIS e COFINS.

O decidido no lançamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ é aplicável aos Autos de Infração reflexos em face da relação de causa e efeito entre eles existente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário, votando pelas conclusões a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

Considerando: i) que o Presidente à época do Julgamento não compõe o quadro de Conselheiros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) na data da formalização da decisão; ii) que a 1ª Turma da 1ª Seção foi extinta pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015 (que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF); e, iii) as atribuições dos Presidentes de Câmara previstas no Anexo II do RICARF, a presente decisão é assinada pelo Presidente da 1ª Câmara/1ª Seção Marcos Aurélio Pereira Valadão que o faz meramente para a formalização do Acórdão.

Da mesma maneira, tendo em vista que na data da formalização da decisão, a relatora, Nara Cristina Takeda Taga, não mais integra o quadro de Conselheiros do CARF, o Conselheiro Paulo Mateus Ciccone, nos termos do artigo 17, inciso III, do RICARF, foi designado redator *ad hoc* responsável pela formalização do voto e do presente Acórdão, o que se deu na data de 17 de setembro de 2015.

(documento assinado digitalmente)

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO

Presidente para formalização do acórdão

(documento assinado digitalmente)

PAULO MATEUS CICCONE

Redator "ad hoc" designado para formalização do voto e do acórdão

Composição do colegiado. Participaram da sessão de julgamento os **conselheiros: Benedicto Celso Benício Júnior, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, Edeli**

Processo nº 10830.002239/2011-66
Acórdão n.º **1101-000.780**

S1-C1T1
Fl. 4

Pereira Bessa, José Ricardo da Silva (vice-presidente), Nara Cristina Takeda Taga e Valmar Fonseca de Menezes (presidente da turma).

CÓPIA

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto face ao Acórdão exarado pela DRJ em Campinas que manteve a exigibilidade de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS devidos sobre as receitas operacionais omitidas caracterizadas pela não contabilização de compras e respectivos pagamentos, bem como a aplicação de multa de ofício no percentual de 75%.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (proc. fls. 32 a 40), no curso da ação fiscal *“foram circularizados os principais fornecedores da Vega Distribuidora com vistas a comprovar ou não se houve no período em questão omissão de compras por parte da empresa”, “da análise das respostas dos fornecedores foi observada a não contabilização de várias notas fiscais da Usina Zanin Açúcar e Alcool Ltda. pagas pela Vega Distribuidora, sendo todas estas relacionadas e solicitada a manifestação da Vega Distribuidora quanto ao fato”*.

Relatou ainda o agente fazendário que em 22/10/2010, a interessada *“respondeu a intimação afirmando que por uma mudança de escritório contábil e de programa de contabilização ocorreu um lapso e as notas fiscais em questão foram diretamente para o arquivo sem terem sido contabilizadas”*.

Desta feita, tendo em vista que a Distribuidora não contabilizou as notas fiscais relacionadas que foram apresentadas em intimação anterior, a contribuinte foi autuada de ofício nos termos da presunção legal contida no art. 40 da Lei nº 9.430/96, por omissão de receitas, referente a pagamentos efetuados a fornecedores com recursos estranhos à contabilidade, *in verbis*:

Omissão de Receita

Falta de Escrituração de Pagamentos

Art. 40. *A falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica, assim como a manutenção, no passivo, de obrigações cuja exigibilidade não seja comprovada, caracterizam, também, omissão de receita.*

Em 22/03/11, foi apresentada Impugnação (proc. fls. 303 a 330) pela contribuinte. Em sede preliminar, a contribuinte arguiu nulidade do procedimento de fiscalização por ausência de comunicação referente às prorrogações do Mandado de Procedimento Fiscal.

Manifestou-se ainda pelo descabimento da autuação, uma vez que não haveria que se falar em omissão, já que teria realizado a escrituração – ainda que tardia – das notas fiscais relativas ao mês de dezembro de 2006, contabilizadas no livro de entrada nos meses de janeiro e fevereiro de 2007, tendo, consequentemente, oferecido estes valores à tributação.

Sob este prisma, argumentou a Impugnante que, em realidade, houve uma postergação da escrituração das notas fiscais, e não omissão de receitas conforme alegado e autuado pelo Auditor fiscal.

No mérito, a interessada afirmou que é optante pela apuração pelo Lucro Real e, a despeito disso, a autoridade lançadora procedeu à autuação considerando como lucro o valor integral das notas fiscais de compra de combustível da sua fornecedora Usina Zanin de Açúcar e Alcool.

Assim, afirmou que não se pode presumir que o valor total das notas fiscais emitidas pelo fornecedor são efetivamente lucro, pois não foi realizada qualquer dedução ou adição prevista pelo RIR para a apuração do lucro tributável. Destarte, concluiu que a base de cálculo utilizada está distorcida.

A Postulante argumentou também que foram utilizadas para o cálculo do PIS e da COFINS alíquotas que não são corretas. Alegou que, de acordo com o disposto no art. 5º da Lei nº 9.718/98, tendo-se em vista a natureza dos produtos adquiridos constantes das notas fiscais objeto da fiscalização, aplica-se alíquota diferenciada a tais produtos.

Requeru ainda a interessada que, em atenção à medida cautelar deferida nos autos de Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 18, na qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que o controle direto de constitucionalidade precede o controle difuso, e que, em vista da comprovada existência de divergência jurisprudencial entre juízes e tribunais brasileiros sobre a possibilidade de incluir o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, decidiu suspender o julgamento de todas as demandas relativamente às contribuições reflexas a título de PIS e COFINS, sob pena de ocorrer violação aos princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva, por indevida inserção do ICMS em sua base de cálculo.

Por fim, protestou a interessada pela juntada posterior de documentos e pela produção de prova pericial, a fim de comprovar suas alegações.

Em sessão de 08/06/11, a DRJ em Campinas exarou Acórdão (proc. fls. 409 a 463) que rejeitou a arguição de nulidade e, no mérito, julgou improcedente a Impugnação Administrativa, mantendo o crédito tributário em litígio.

De início o Colegiado indeferiu o pedido da Impugnante de posterior juntada de documentos aos autos e realização de perícia sob o argumento de que os elementos constantes dos autos são suficientes para formação de convicção dos julgadores a respeito da matéria em litígio.

Manifestou-se a Turma Julgadora pela inocorrência de nulidade, uma vez que *"são considerados nulos somente atos e termos lavrados por pessoa incompetente e despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos do art. 59, incisos I e II, do Decreto no. 70.235, de 1972 (PAF), não havendo que se falar em nulidade quando observados nos lançamentos formalizados os requisitos contidos no art. 142 do CTN bem como no disciplinarmente do Processo Administrativo Fiscal (PAF)".*

No que concerne às prorrogações do MPF, a ciência pelo sujeito passivo ocorre por intermédio da internet e as prorrogações podem ser efetuadas quantas vezes forem necessárias, inclusive via registro eletrônico.

Neste sentido, o órgão julgador *a quo* reproduziu o demonstrativo de prorrogação do MPF, que alegou estar disponível pela internet, por meio do qual não se verifica qualquer irregularidade no que diz respeito aos prazos.

O colegiado ainda alertou que o MPF é mero instrumento interno de planejamento, controle e gerência das atividades de fiscalização, disciplinado por portarias da Receita Federal e que não têm o condão de alterar a competência atribuída ao auditor fiscal, não o desonerando da atividade obrigatória e vinculada do lançamento, além de ressaltar que o art. 142 do Código Tributário Nacional expressamente confere à autoridade administrativa a competência indelegável e privativa de formalizar o lançamento.

Portanto, concluiu que não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal.

No mérito, asseverou que a omissão de receitas que ensejou a ação fiscal restou concorde pela interessada que admitiu a sua ocorrência, na medida em que confirmou a não escrituração de diversas notas fiscais de compras de combustível da Usina Zanin de Açúcar e Alcool Ltda., devidamente pagas, restringindo-se a alegar que a falta não foi intencional.

A Turma decidiu que *“torna-se irrelevante a motivação da contribuinte para o descumprimento das correspondentes obrigações tributárias, tendo em conta o caráter objetivo da responsabilidade por infrações tributárias, consagrado no art. 136 do CTN”. (...)* *“Assim, sendo ou não intenção da contribuinte, o fato de deixar de escriturar compras e os respectivos pagamentos caracteriza infração tributária concernente à falta de recolhimento de tributos sobre as receitas omitidas, as quais propiciaram a disponibilidade de recursos à margem da escrituração que respaldaram o pagamento de tais operações, sendo tal hipótese prevista no art. 40 da Lei nº 9.430, de 1996 como presunção de omissão de receitas”.*

A respeito do pedido de revisão de valores de base de cálculo, entendeu o Colegiado não caber qualquer redução, *“uma vez que quaisquer deduções a serem computadas no lucro líquido para a determinação do lucro real devem obrigatoriamente compor a escrituração da pessoa jurídica e atender aos requisitos impostos pela legislação, como a observância das leis comerciais”.*

Concluiu pela inviabilidade de se *“aferir lucro real a partir de receitas comprovadamente não escrituradas admitindo-se dedução de eventuais dispêndios não comprovados, dada a falta de vinculação de possíveis despesas às omissões detectadas pelo Fisco sem qualquer espécie de controle confiável. Considerando que todos os custos/despesas escriturados no período já foram deduzidos na apuração declarada pela contribuinte na DIPJ/2007 entregue à RFB, os recursos omitidos somados ao lucro real declarado tornam-se a base tributável recomposta do ano-calendário de 2006”.*

A Turma ressaltou que o alegado adiamento de escrituração de compras, bem como de quaisquer outros dispêndios, reflete insuficiência de recursos escriturados para fazer frente às saídas de numerário, visando evitar a caracterização de saldo credor de caixa naquele período, também admitido pela legislação como presunção de omissão de receitas, com a transferência da escrituração para o momento oportuno.

Assim, a escrituração em período subsequente, como realizada pela interessada, veio apenas reforçar a presunção de inexistência de recursos suficientes na

escrituração naquele momento do pagamento das compras, o que corrobora o entendimento acerca da possibilidade de omissão dos mesmos.

Diante da manutenção do entendimento quanto à incidência do IRPJ da forma como apurado, seguiu a DRJ na apreciação das exigências relativas à CSLL, ao PIS e à COFINS, dada a correlação entre os fatos.

No que se refere ao pleito da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, o Colegiado entendeu pela não aplicação ao caso de quaisquer das hipóteses de exclusão previstas em lei, especialmente por não ser a interessada vendedora de bens ou prestadora de serviços na condição de substituta tributária.

Assim, ressaltou o órgão julgador: *“consigne-se que a base de cálculo das contribuições é o valor do faturamento mensal da empresa, que abrange o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil”*.

E prossegue dizendo que *“o total das receitas, conforme prevê as Leis nº 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003, compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica. Somente se considera receita aquilo que faz parte do preço. Nesse sentido, o ICMS de operação própria faz parte do preço (pois é calculado por dentro) sendo, portanto, receita”*, concluindo-se, pois, pela impossibilidade de exclusão do ICMS devido nas operações próprias da pessoa jurídica da base de cálculo do PIS e da COFINS.

No que se refere à alegação de inconstitucionalidade sobre a norma vigente acerca da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sob análise, o colegiado firmou seu entendimento no sentido de que, estando o lançamento em conformidade com a legislação tributária vigente à época de ocorrência dos fatos geradores, não cabe qualquer alegação de inconstitucionalidade e legalidade no contencioso administrativo, vez que não compete à autoridade administrativa examinar a validade de dispositivo regularmente inserido no sistema tributário nacional, sendo tal atribuição do Poder Judiciário.

Desta forma, enquanto a norma não for declarada inconstitucional pelos órgãos competentes do Poder Judiciário e eliminada do sistema normativo, esta possuirá presunção de validade, a qual vincula a atividade da administração pública.

Ressalta o colegiado que *“é defeso aos órgãos administrativos jurisdicionais, de forma original, reconhecer alegação de inconstitucionalidade de disposições que fundamentam o lançamento, ainda que sob o pretexto de deixar de aplicação ao caso concreto”*.

Por fim, no que se refere à aplicação de alíquota diferenciada para o PIS e a COFINS, em que pese assistir razão à interessada quanto a este tratamento tributário diferenciado ao álcool combustível, sua aplicabilidade vincular-se-ia à comprovação de que as receitas omitidas seriam oriundas da comercialização de álcool combustível, o que não ocorreu no caso em análise.

Desta feita, a Turma afirmou que no caso de omissão de receitas detectadas pelo Fisco, deve ser considerada toda a atividade exercida pela pessoa jurídica, visto que os valores que estão sendo tributados de ofício vinculam-se à receita anterior, não escriturada,

cujo lucro (não tributado) propiciou a aquisição e pagamento de compras não escrituradas, portanto não necessariamente obtida pela venda de álcool carburante.

Concluiu o colegiado que, segundo dispõe o art. 24, §§ 1º e 2º, “ausente a identificação pela impugnante da origem dos recursos utilizados para pagamentos das compras questionadas, e dada a possibilidade de que as receitas omitidas, ou pelo menos parte delas, tenham sido obtidas na venda dos demais produtos e, ainda, por não se admitir prejuízo ao erário, manteve-se a apuração conforme elaborada pelo auditor fiscal, uma vez que apenas as receitas provenientes de operações com álcool carburante encontram-se excluídas do regime da não-cumulatividade no período autuado”.

Foi interposto Recurso Voluntário em 14/10/2011 (proc. fls. 469 a 496). Em suas razões, a Recorrente reitera todos os termos da Impugnação apresentada, novamente pugnando pelo reconhecimento de nulidade no procedimento de fiscalização, e reafirmando sua posição de que não teria incorrido em omissão quanto às notas fiscais relativas ao mês de dezembro de 2006, que teriam sido contabilizadas no livro de entrada nos meses de janeiro e fevereiro de 2007, tendo, consequentemente, oferecido estes valores à tributação.

No mérito, a interessada volta a questionar a base de cálculo utilizada pelo Fisco na autuação em análise, pois como é optante pela apuração pelo Lucro Real, tal fato foi ignorado. Questionou, ainda, a alíquota utilizada para o cálculo do PIS e da COFINS que, no auto de infração constaram como sendo, respectivamente de 1,65% e 7,6%, mas deveriam ser 1,46% e 6,74%.

A Recorrente voltou a requerer a suspensão nestes autos de qualquer julgamento relativamente às contribuições reflexas a título de PIS e COFINS, tendo-se em vista que ainda está pendente de julgamento a ADC nº18, junto a STF. Desta forma, alegou estar abrigada sob os auspícios da medida cautelar concedida pelo Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

Voto

PAULO MATEUS CICCONE – Redator “Ad Hoc” designado.

Considerando que a relatora, Nara Cristina Takeda Taga, não mais integra o quadro de Conselheiros do CARF, este Conselheiro, nos termos do artigo 17, inciso III, do RICARF, foi designado *ad hoc* para a formalização do presente Acórdão.

Nesta condição de Redator designado, transcrevo literalmente a minuta que foi apresentada pela Conselheira durante a sessão de julgamento. Portanto, a análise do caso concreto reflete a convicção daquela relatora na valoração dos fatos. Ou seja, não me encontro vinculado, no caso aqui tratado: i) ao relato dos fatos apresentado; ii) a nenhum dos fundamentos adotados para a apreciação das matérias em discussão; e, iii) a quaisquer das conclusões da decisão, incluindo-se a parte dispositiva e a ementa, com as quais posso ou não concordar em situações concretas .

Passo, a seguir, à transcrição do voto.

Nara Cristina Takeda Taga, Conselheira Relatora

Preliminarmente, no que diz respeito à alegação de nulidade do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), é válido o Auto de Infração que atenda a todos os requisitos fixados no art. 142 do CTN, combinado com o art. 10 do Decreto nº 70.235/1972.

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

“Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

O MPF possui dupla função, pois, ao mesmo tempo que é instrumento interno de planejamento e controle das atividades nos procedimentos fiscais, relativos aos tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, é também meio de salvaguarda do contribuinte de eventuais desvios e abusos quando da fiscalização realizada.

No caso em tela, a Contribuinte afirmou que a ausência de intimação da prorrogação dos prazos de fiscalização, nos termos do § 2º do artigo 13 da Portaria SRF nº 3.007/02, ensejariam a nulidade da ação fiscal.

De início, é preciso mencionar que a Portaria SRF nº 3.007/02 foi revogada sendo hoje a matéria referente ao MPF regulada pela Portaria RFB nº 11.371/07, vigente hoje e à época do início da ação fiscal. Os prazos do MPF estão previsto nos arts. 11 a 13, conforme abaixo:

“Art. 11. Os MPF terão os seguintes prazos máximos de validade:

I - cento e vinte dias, nos casos de MPF-F e de MPF-E;

II - sessenta dias, no caso de MPF-D.”

“Art. 12. A prorrogação do prazo de que trata o art. 11 poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observado, em cada ato, o prazo máximo de sessenta dias, para procedimentos de fiscalização, e de trinta dias, para procedimentos de diligência.”

“Art. 13. Os prazos a que se referem os arts. 11 e 12 serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento, nos termos do art. 5º do Decreto nº 70.235/72.

Parágrafo único. A contagem do prazo do MPF-E far-se-á a partir da data do início do procedimento fiscal.”

O MPF foi emitido em 26/06/09 e sucessivamente prorrogado, a cada 60 dias, nos termos do art. 12, e isso não foi contestado pela Recorrente. A nulidade arguida encontra-se, segundo entende a contribuinte, na ausência de Demonstrativo de Emissão e Prorrogação.

No entanto, cabe-nos mencionar o que o artigo 4º da supra mencionada Portaria estabelece:

“Art. 4º O MPF será emitido exclusivamente em forma eletrônica e assinado pela autoridade outorgante, mediante a utilização de certificado digital válido, conforme modelos constantes dos Anexos de I a III desta Portaria.

Parágrafo único. A ciência pelo sujeito passivo do MPF, nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 10 de novembro de 1997, dar-se-á por intermédio da Internet, no endereço eletrônico www.receita.fazenda.gov.br, com a utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal.”

Desta feita, verifica-se que as informações referentes ao MPF ficam disponíveis ao contribuinte no site da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por onde poderá acompanhar as prorrogações e cientificar-se das prorrogações.

Vale ainda mencionar que o Decreto nº 70.235/72, em seu art. 59, prescreve situações de nulidades verificadas no processo administrativo. Segundo tal preceito, são nulos os atos lavrados por pessoas incompetentes e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. Da análise dos presentes autos, não se verificam tais situações.

Diante do exposto, conclui-se que os atos praticados no procedimento fiscal são inteiramente válidos, não havendo razão para a declaração de qualquer tipo de nulidade como requerido pela Recorrente.

A Recorrente alegou que a autuação é baseada em presunção de que os valores utilizados para o pagamento do combustível é decorrente de receita não contabilizada.

O art. 40 da Lei nº 9.430/96 prevê a infração de omissão de receita nos casos de falta de escrituração de pagamentos efetuados:

“Art. 40. A falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica, assim como a manutenção, no passivo, de obrigações cuja exigibilidade não seja comprovada, caracterizam, também, omissão de receita.”

Tendo em vista que a Postulante confessa a não escrituração das notas fiscais referentes a compras e seus respectivos pagamentos, tendo apenas se limitado a afirmar que isto se deu de forma não intencional, verifica-se a falta de recolhimento de tributos sobre receitas omitidas, as quais propiciaram a disponibilidade de recursos à margem da escrituração que fizeram frente ao pagamento de tais notas fiscais.

Vale mencionar que a presunção de omissão descrita no dispositivo supra transcrito é relativa, podendo o contribuinte a qualquer momento ilidi-la segundo dispõe o art. 281 do RIR/99. Confira-se:

“Art. 281. Caracteriza-se como omissão no registro de receita, ressalvada ao contribuinte a prova da

improcedência da presunção, a ocorrência das seguintes hipóteses (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12, § 2º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 40): (...)

II - a falta de escrituração de pagamentos efetuados;”

No entanto, a Recorrente não se dignou a provar a improcedência da referida presunção, quedando-se inerte. Portanto, entendo correto o lançamento por omissão de receitas frente à não escrituração de pagamentos realizados.

No mais, é preciso esclarecer que a tributação não está voltada aos pagamentos não escriturados em si, o que se tributa é a renda que fez frente à compra realizada, tendo em vista que este numerário não restou escriturado. Desta forma, incabível a afirmação da Recorrente de que se estaria tributando uma despesa.

A Postulante ainda se manifestou contra a base de cálculo utilizada pela autoridade lançadora sob o argumento de que não foram realizadas as deduções e custos incorridos pela contribuinte, pois é optante pela sistemática de apuração pelo lucro real.

De fato, pela sistemática do lucro real são realizados ajustes no lucro líquido do período de apuração. Ocorre que é inviável a redução dos valores da base de cálculo tributada já que como as receitas não foram escrituradas, não há como saber quais as despesas e custos a ela relacionados. Vale mencionar que é dever da contribuinte manter a escrituração com observância das leis comerciais e fiscais, nos termos do artigo 251 do RIR/99:

“Art. 251. A pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real deve manter escrituração com observância das leis comerciais e fiscais (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 7º).

Parágrafo único. A escrituração deverá abranger todas as operações do contribuinte, os resultados apurados em suas atividades no território nacional, bem como os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior (Lei nº 2.354, de 29 de novembro de 1954, art. 2º, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 25).”

A Recorrente ainda alegou que, como os documentos fiscais que deram base para a autuação foram escriturados no ano seguinte, não seria caso de omissão de receitas, mas de postergação de tributação. Não assiste razão ao contribuinte, em nosso entendimento.

Segundo consta das Notas Fiscais, o pagamento foi realizado à vista e a Recorrente em nenhum momento acostou documentação hábil e idônea para afastar esta afirmação. Desta forma, estando legalmente sujeita ao regime de competência, não há que se falar em postergação de tributação.

Por fim, a Postulante requereu a suspensão imediata dos presentes autos em relação às contribuições reflexas a título de PIS e COFINS, sob o argumento de que estar-se-ia descumprindo medida liminar deferida pelo Plenário do STF em sede Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 18).

De fato, em 13/08/2008, o STF deferiu mencionada liminar e posteriormente determinou a prorrogação do prazo de suspensão. No entanto, infundado o requerimento da Recorrente, pois este não é o objeto deste Auto de Infração e, mesmo se fosse, tal suspensão não se encontra mais efetiva.

Em decisão publicada em 15/04/10, o STF determinou a última prorrogação da eficácia da medida cautelar deferida. Assim, como já transcorrido tal prazo, não há mais que se falar em suspensão das ações que versem sobre tal tema.

Neste sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça em sede de Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.121.982/RS, publicado no DJe em 04/02/11, vide:

“Primeiramente, impõe-se o conhecimento do recurso no tocante à incidência do ICMS na base de cálculo da PIS e da COFINS, uma vez que findou o prazo determinado na decisão do Supremo, na ADC n. 18, de prorrogar por mais 180 dias a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida.”

Não há no ordenamento jurídico pátrio previsão de exclusão do ICMS referente a vendas próprias na base de cálculo do PIS/COFINS. Segundo o art. 3º, § 2º da Lei nº 9.318/98, somente se excluiu o ICMS devido na condição de substituto tributário. Confira-se:

“Art. 3º (...)

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e 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 e recuperações de créditos baixados 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;

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

V - a receita decorrente da transferência onerosa a outros contribuintes do ICMS de créditos de ICMS originados de operações de exportação, conforme o disposto no inciso II

do § 1º do art. 25 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. “

Sobre o tema, o STJ em recentes julgados têm se manifestado no sentido de que se deve incluir o ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, vide abaixo:

“RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. LEGALIDADE. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

1. É legítima a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público. Incidência das Súmulas 68 e 94/STJ.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.212.949/SP, DJe 10/05/12)”

Mais a mais, está-se diante de caso de “omissão de receitas”, o que torna inviável o reclamo da autuada, posto que, por óbvio, sequer o tributo estadual (ICMS) foi objeto de recolhimento pela recorrente.

Por fim, é importante mencionar que não é competência deste Colegiado apreciar a constitucionalidade ou não de lei vigente. Este é inclusive o entendimento sumulado deste Conselho.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Por derradeiro, no que concerne à alíquota utilizada para o cálculo do PIS e da COFINS, a autuação se deu nos percentuais de 1,65% (Lei nº 10.637/02) e 7,6% (Lei nº 10.833/03) respectivamente. Ocorre que a Recorrente afirma fazer jus à aplicação de alíquotas diferenciadas previstas no art. 5, I da Lei nº 9.718/98. Tal dispositivo determina a aplicação dos percentuais de 1,46% e 6,74% nos casos de contribuinte distribuidor específico de álcool para fins carburantes.

Ocorre que, como já mencionado, a tributação se deu sobre a receita não escriturada, desta forma, não há como saber qual a origem deste montante, se vinculado ou não ao álcool carburante, visto que a Postulante atua em diversas áreas - comércio, distribuição e transporte de biodiesel, gasolina, álcool carburante e demais derivados de petróleo, salvo lubrificantes, e em momento algum apresentou documentação atinente à origem deste numerário especificamente.

Segundo dispõe o art. 24, *caput* e § 1º da Lei nº 9.249/95, verificada a omissão de receita nos casos de pessoa jurídica com atividades diversificadas tributadas com base no lucro presumido, “*não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela a que corresponder o percentual mais elevado*”.

Portanto, inviável a aplicação de alíquotas diferenciadas, já que não se sabe ao certo a origem da receita omitida.

Destarte, entendo correta a aplicação das alíquotas nos percentuais de 1,65% e 7,6%.

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso Voluntário interposto para manter integralmente o lançamento dos créditos exigidos.

Sala de Sessão, 07 de agosto de 2012.

Nara Cristina Takeda Taga - Relatora

(documento assinado digitalmente)

PAULO MATEUS CICCONE – Redator “Ad Hoc” designado.