



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

Processo n° 15563.000776/2009-78
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 1401-001.517 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de fevereiro de 2016
Matéria Preclusão. Matéria nova em Recurso.
Embargante Fazenda Nacional
Interessado Suprema Distribuidora de Combustíveis e outros.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005

PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO DISCUTIDA NA IMPUGNAÇÃO. OMISSÃO OBJETIVA.

É bastante consolidado no CARF o entendimento de que preclui a matéria não contestada especificamente pela contribuinte na Impugnação. Não houve sequer análise pela DRJ da possibilidade de incidência do PIS e da COIFINS sobre as operações da contribuinte, de modo que não poderia ter sido trazida em Recurso e examinada pelo CARF. Embargos acolhidos para sanar omissão "objetiva".

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, conhecer dos Embargos de Declaração para acolhê-los, sanando a omissão ocorrida no acórdão embargado e dando-lhe efeitos infringentes para que seja restabelecida a cobrança de PIS e COFINS.

Documento assinado digitalmente.

Antonio Bezerra Neto - Presidente.

Documento assinado digitalmente.

Marcos de Aguiar Villas-Bôas - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto (presidente da turma), Guilherme Mendes, Ricardo Marozzi, Marcos Villas-Bôas (relator), Fernando Mattos e Aurora Tomazini.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração apresentados pela Fazenda Nacional contra o Acórdão nº 1401-001.403, desta 1ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 1ª Seção do CARF, sob a alegação de existência de omissão no acórdão que julgou os Recursos Voluntários interpostos pela contribuinte Suprema Distribuidora de Combustíveis Ltda. e pelos responsáveis.

O referido Acórdão negou provimento a boa parte dos argumentos trazidos nos Recursos, exceto no tocante à cobrança do PIS e da COFINS. O fundamento da decisão foi o de que as operações com combustíveis estão sujeitas ao regime monofásico de arrecadação dessas contribuições e não faria sentido exigir esses tributos dos Recorrentes, pois eles já teriam sido, ou deveriam ter sido, pagos anteriormente, no início na cadeia produtiva.

Vide a ementa do acórdão:

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005

Ementa: PERÍCIA. PROVA PERICIAL. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO FINANCEIRA. INTIMAÇÃO DO CONTRIBUINTE.

A Administração Tributária pode requisitar informações bancárias do contribuinte às Instituições Financeiras quando este, após regular intimação, deixa de apresentá-las espontaneamente. A requisição de informações bancárias do contribuinte não configura quebra de sigilo financeiro, posto que as informações arrecadadas estão protegidas pelo sigilo fiscal.

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE. Os mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são responsáveis solidários pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, ou, ainda, se houve dissolução irregular da sociedade.

MULTA QUALIFICADA. DEVIDA

Configurada a conduta proativa da Recorrente, bem como o confessado uso de pessoa jurídica para a prática da omissão de receitas, entendo correta a aplicação da multa qualificada de 150% sobre os tributos apurados em decorrência da infração à lei. DECADÊNCIA INOCORRÊNCIA.

Em se tratando de omissão de receitas em que haja conduta proativa do contribuinte na não declaração ou oferta de receitas à tributação, considera-se como termo a quo da decadência o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, a teor do disposto do Art. 173, I.

PIS-COFINS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA REVENDA DE COMBUSTÍVEIS LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 ART. 4º.

Em se tratando de combustíveis, a legislação prevê a incidência monofásica do PIS e COFINS, no momento da saída dos produtos das refinarias de petróleo. Não há se falar em incidência de PIS e COFINS sobre a receita omitida, tendo-se em vista que estes são objeto de tributação monofásica, por substituição tributária, e suportados exclusivamente pela refinaria de petróleo, na condição de produtora. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos" (grifo aditado).

A Embargante alega ter havido "**omissão** do r. acórdão, ao não apreciar, ou ao não afastar expressamente, a inexistência de pressupostos a permitirem a apreciação de matéria que, a propósito, não se configura como de ordem pública".

Trata-se de alegação de omissão que vem sendo chamada de "objetiva" no âmbito do CARF. O entendimento é o de que, uma vez não suscitada na Impugnação e não apreciada, portanto, pela DRJ; o CARF deveria se manifestar sobre eventual preclusão antes de analisar a matéria.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcos de Aguiar Villas-Bôas - Relator.

Sendo tempestivos e atendidos os demais requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento dos Embargos de Declaração e passo a analisá-los.

Assiste razão à Embargante no que toca à impossibilidade de o CARF apreciar a discussão a respeito da incidência ou não do PIS e da COFINS por conta de a Embargada comercializar produtos sujeitos ao regime de tributação monofásica.

Há inúmeros precedentes do CARF consolidando o entendimento de que a matéria não trazida na Impugnação precluiu e não pode ser analisada em segunda instância, o que representaria supressão da primeira instância. Vide, por exemplo:

"PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO APRESENTADA NA IMPUGNAÇÃO. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

Não pode a Recorrente alegar, em sede recursal, matéria não impugnada, caso contrário ter-se-ia a análise inicial de defesa na fase recursal, o que causaria supressão de instância, pois os argumentos levantados seriam analisados apenas e diretamente em segunda instância" (CARF, 3ª Seção, 2ª Câmara, 2ª Turma Acórdão nº 3202-001.601, Sessão de 18 de março de 2015, Rel. Cons. Gilberto de Castro Moreira Júnior).

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO VOLUNTÁRIO. IMPUGNAÇÃO INOVADORA. PRECLUSÃO.

No Processo Administrativo Fiscal, dada à observância aos princípios processuais da impugnação específica e da preclusão, todas as alegações de defesa devem ser concentradas na impugnação, não podendo o órgão *ad quem* se pronunciar sobre matéria antes não questionada, sob pena de supressão de instância e violação ao devido processo legal" (CARF, 2ª Seção, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, Acórdão nº 2302-002.387, Sessão de 13 de março de 2013, Rel. Cons. Arlindo da Costa e Silva).

Em sua Impugnação, a Embargada apenas questionou genericamente a acusação de omissão de receitas, que ficou bem configurada com base nos extratos de movimentações bancárias dela.

Se a Embargada não impugnou especificamente esse ponto da cobrança do PIS e da COFINS, não tendo, inclusive, havido apreciação sobre ele pela DRJ, não poderia ter trazido a discussão em sede de Recurso Voluntário, o que fere a segurança jurídica e o duplo grau do processo administrativo.

O art. 17 do Decreto nº 70.235/1972 é claro e direto na prescrição sobre a preclusão de matéria não expressamente contestada na Impugnação.

Observe-se que, para reconhecer a não incidência de PIS e COFINS sobre as operações praticadas pela Embargada, era preciso, primeiro, analisar se todas as suas operações estão, de fato, sujeitas à tributação monofásica desses tributos. Há, portanto, antes de tudo, um pressuposto fático, que, somente então, possibilitaria a análise da aplicação do direito.

Ainda que a empresa seja uma distribuidora de combustíveis, não se pode ter certeza de que todas as receitas omitidas referem-se, de fato, a operações com combustíveis sujeitos ao regime monofásico de PIS e COFINS, a menos que se analise os fatos, o que não foi feito pela DRJ.

Caso fosse permitida essa atitude dos contribuintes, eles poderiam até mesmo usá-la como estratégia processual para, eventualmente, não trazerem a matéria em primeira instância quando suspeitassem que o julgamento da DRJ seria duramente contrário a eles, deixando apenas para trazê-la em segunda instância, sem um pronunciamento contrário anterior acerca do tema no processo administrativo.

Se, por exemplo, não há interposição de Recurso de Ofício, a Fazenda Nacional não pode trazer discussões ao CARF por meio de Contrarrazões. Essas preclusões devem valer para ambos os lados e são necessárias para que se tenha um mínimo de ordem e de segurança no processo administrativo.

A busca pela verdade material afrouxa as formalidades e impõe uma busca pelos fatos e direito que, em alguns determinados casos, pode até ir além do que está nos autos. No entanto, não se pode romper com o próprio rito do processo administrativo fiscal, permitindo que se traga matérias novas, que não são de ordem pública, apenas em segunda instância.

Não há problema, por exemplo, em se trazer novas provas na fase de Recurso Voluntário, desde que haja uma justificativa razoável para tanto e que a matéria já tenha sido alegada em Impugnação. Por outro lado, trazer matéria completamente nova em sede de Recurso fere o já referido art. 17 do Decreto nº 70.235/1972.

Deste modo, houve omissão objetiva no acórdão embargado, que deveria ter se manifestado a respeito do fato de estar analisando matéria não trazida em sede de Impugnação.

Uma vez que houve preclusão, o cancelamento da cobrança específica do PIS e da COFINS com base no fato de os produtos da Embargada estarem sujeitos ao regime monofásico não deveria ter sido realizado pelo acórdão embargado.

Há precedentes do CARF no mesmo sentido para casos semelhantes. Vide, por exemplo, esse precedente desta mesma 4ª Câmara da 1ª Seção:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXAME DE MATÉRIA DE FATO NÃO CONTESTADA NA IMPUGNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO QUANDO DO RECURSO VOLUNTÁRIO. EMBARGOS ADMITIDOS. EFEITOS INFRINGENTES.

Havendo preclusão quanto à impugnação de matéria de fato, tal questão não pode ser levantada em recurso voluntário. Embargos admitidos e acolhidos para excluir da apreciação do acórdão embargado da questão relacionada ao imposto de renda retido na fonte IRRF, não contestada quando da impugnação. Embargos Admitidos e Providos" (CARF, 1ª Seção, 4ª Câmara, 2ª Turma, Acórdão nº 1402-001.594, Rel. Cons. Moisés Giacomelli Nunes da Silva).

Pelo exposto, conheço dos Embargos de Declaração para acolhê-los, sanando a omissão ocorrida no acórdão embargado e dando efeitos infringentes a este acórdão para que seja restabelecida a cobrança de PIS e de COFINS.

(assinado digitalmente)

Marcos de Aguiar Villas-Bôas

CÓPIA