



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

Processo nº 18088.000058/2009-42
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1201-001.959 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de fevereiro de 2018
Matéria IRPJ
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado LILIAN RODRIGUES PIAI

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006

CONTRADIÇÃO. OMISSÃO DE RECEITAS. ALÍQUOTA ZERO PIS E COFINS. MULTIPLICIDADE DE ATIVIDADES. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA ORIGEM DAS RECEITAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO TRIBUTAÇÃO MONOFÁSICA.

Não tendo o contribuinte logrado êxito em comprovar a origem das receitas omitidas, não há como se determinar quais delas teriam sido decorrentes da venda de combustíveis para fins de consideração do regime monofásico de PIS e COFINS o que implicaria na aplicação da alíquota zero das referidas contribuições aos distribuidores e comerciantes varejistas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso voluntário para manter também os lançamentos em relação aos lançamentos referentes ao PIS e à Cofins sobre as receitas omitidas, nos termos do voto do relator

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (Presidente), Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Luis Henrique Marotti Toselli e Leonam Rocha de Medeiros (suplente convocado). Ausentes, justificadamente, os Conselheiros José Carlos de Assis Guimarães, Rafael Gasparello Lima e Gisele Barra Bossa.

Relatório

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional em face do acórdão nº 1803-001.817 - 3ª Turma Especial, assim ementado:

“DEPÓSITO BANCÁRIO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. ÔNUS DA PROVA.

Por presunção legal contida no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, os depósitos efetuados em conta bancária cuja origem dos recursos depositados não tenha sido comprovada pela contribuinte mediante apresentação de documentação hábil e idônea, caracterizam omissão de receita.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para excluir as exações relativas ao PIS e COFINS sobre as receitas, nos termos do relatório de voto que integram o presente julgado.”

O relator houve por bem manter intacta a presunção de omissão de receitas concretizada pela fiscalização quando da constituição definitiva do crédito tributário, considerando a validade do art. 42 da Lei nº 9.430/96 e a conseqüente ausência de comprovação hábil e idônea apta a ilidi-la.

No entanto, entendeu que o PIS e a COFINS incidentes sobre a venda de gasolinas (exceto de aviação), óleo diesel, gás liquefeito de petróleo (GLP), derivado de petróleo e de gás natural, e álcool carburante, estaria amparada sob a sistemática de tributação monofásica, razão pela qual tais contribuições teriam alíquota de 0% (zero por cento) no que concerne a sua entrega ao consumidor final pelos comerciantes varejistas de combustíveis.

Deste modo, foram excluídas as exações relativas ao PIS e COFINS sobre as receitas omitidas. Especificamente contra tal medida foram apostos os presentes embargos declaratórios.

Em suma, a PGFN pugna pela contradição estampada no v. acórdão através do seguinte questionamento: “se há omissão de receitas por depósito bancário de origem não comprovada, como pode ser excluída a receita oriunda da revenda de combustíveis se a contribuinte não logrou comprovar nenhuma das receitas omitidas?” e complementa afirmando que “caso houvesse sido comprovado que o depósito se originou da revenda de combustíveis a

autuação não teria se dado por omissão de receitas por depósito bancário de origem não comprovada, pelo menos neste ponto.”

Deste modo concluiu-se que, tendo em vista a incidência desta alíquota diferenciada tão somente sobre as vendas de gasolinas (exceto de aviação), óleo diesel, gás liquefeito de petróleo (GLP), derivado de petróleo e de gás natural, e álcool carburante; e a não incidência sobre as vendas de óleos lubrificantes, graxas, aditivos, material de limpeza, serviços automotivos e aquelas ligadas a lanchonetes, restaurantes e lojas de conveniência integrantes dos "postos de serviços e combustíveis", bem assim, a qualquer outra atividade paralela à revenda de combustíveis; necessário seria o destaque da receita da contribuinte, com comprovação nos autos, estritamente no que concerne a venda/revenda dos primeiros produtos, o que segundo a PGFN, não ocorreu em momento algum.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado – Relator

Tendo os pressupostos para admissibilidade dos embargos já sido avaliados no despacho de 23/03/2016 (fls. 714 a 717), passo diretamente à análise dos vícios apontados.

De fato, há contradição explícita no v. acórdão. A presunção de omissão de receitas em nenhum momento fora ilidida pelo contribuinte, razão pela qual a origem destas não fora elucidada e não se sabe ao certo quais delas, ou se algumas delas, teriam tratamento fiscal diferenciado.

Em outras palavras, não há comprovações nos autos que atestem a venda/revenda dos produtos encartados no art. 42 da MP nº 2.158-35/2001 (norma correlata com o regime de substituição tributária previsto na Lei nº 9718/98), capazes de garantir a incidência da alíquota zero de PIS e COFINS sobre as consequentes receitas, neste caso concreto.

Inclusive este é o entendimento proferido pelo Ilustre Conselheiro Rafael Vidal de Araújo na oportunidade do despacho de admissibilidade dos Embargos da Procuradoria:

“(…)

Não houve a demonstração de forma explícita, clara e congruente quais as receitas seriam oriundas da venda de combustíveis, não obstante a fiscalização tenha feito a autuação em sua plenitude por omissão de receitas. Houve omissão de

receitas e o Sujeito Passivo não logrou comprovar nenhuma das receitas omitidas.

(...)”

Veja que a contradição escancara hipóteses excludentes em si: se o contribuinte não ofertar comprovação hábil e idônea, ou seja, se prevalecer a presunção relativa lançada, não há como determinar-se a origem das receitas omitidas e, portanto, não há como identificar se estas seriam tributadas à alíquota zero no tocante ao PIS e a COFINS; se for comprovada a origem das receitas, então não há que se falar mais na validade da presunção de omissão, falecendo o lançamento neste ponto e viabilizando-se a aplicação da alíquota zero das supracitadas contribuições àquelas receitas que se referirem especificamente a venda/revenda de combustíveis.

Portanto a presunção de omissão de receitas não deve reinar concomitantemente as exclusões de PIS e COFINS da autuação, e vice-versa. Uma conclusão exclui automaticamente a outra.

A contradição reside exatamente nesta dualidade, a qual, no caso do v. acórdão, admita-se, é manejada de forma ilógica, uma vez que ali manteve-se a omissão de receitas em sua totalidade, mas excluiu-se as parcelas de PIS e COFINS entendendo-se que estas receitas seriam decorrentes da venda/revenda de combustíveis.

Ora, como atestar que as receitas eram decorrentes da venda/revenda de combustíveis e que, assim, seriam contempladas pela alíquota zerada de PIS e COFINS, se fora definido em parte meritória do voto que o contribuinte não logrou êxito em comprovar a origem das receitas e, deste modo, manteve irretocável a presunção de relativa de veracidade lançada pela fiscalização?

Devemos considerar que houve nesta situação, em um momento tenro, um risco também dobrado. Como as receitas não têm a origem vislumbrada e aqui se instala apenas uma presunção, estas podem ter ou não ter relação direta com a venda de combustíveis. Desta forma, i) determinar a alíquota zero de PIS e COFINS a todas elas, sem saber ao certo sua origem, poderia onerar o erário público, que estaria deixando de arrecadar com a tributação de receitas cuja a alíquota é normal; e, de outro modo, ii) determinar a alíquota normal de maneira generalizada poderia prejudicar o contribuinte que, por força de lei, faria jus a alíquota de 0% caso as receitas tivessem relação com a venda de combustíveis.

Neste ponto deve prevalecer a maleabilidade da presunção relativa.

Ora, durante todo o processo administrativo, e não só na ocasião do procedimento fiscalizatório, foram ofertadas diversas oportunidades para que o contribuinte trouxesse comprovações suficientes à ilidi-la e à comprovar a origem das receitas.

A presunção, apesar de guardar um cunho de incerteza a princípio, vai se robustecendo à medida que não são apresentadas provas em sentido contrário, apesar de serem oportunizadas inúmeras chances de produzi-las. É um instrumento exímio, então, na busca pela verdade e a verdade atingida nos autos deste processo administrativo, à par de todas as versões elucidadas, deu-se no sentido de que não se sabe a origem de quaisquer receitas omitidas pelo contribuinte.

Aquele risco citado é aqui mitigado e relativizado, uma vez que as incertezas dão lugar a fatos cada vez mais concretos e robustos.

Se os autos indicam que as receitas não foram comprovadas, não há como determinar quais delas teriam sido decorrentes da venda dos artigos destacados para fins de aplicação do regime monofásico de PIS e COFINS, implicando na alíquota zero aos distribuidores e vendedores de combustíveis.

Portanto, somente se tivesse sido apontada exatamente a origem das receitas é que seria possível determinar se estas seriam passíveis ou não de aplicação da alíquota zerada das respectivas contribuições incidentes.

O entendimento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais aponta no sentido do racional aqui construído:

“OMISSÃO DE RECEITA. REVENDA DE COMBUSTÍVEIS. ALÍQUOTA ZERO. O auto de infração do PIS lavrado em decorrência do auto principal de IRPJ, em razão da presunção legal de omissão de receitas, deve ser mantido uma vez que não é possível determinar se a receita originou-se exclusivamente da venda de combustíveis.

OMISSÃO DE RECEITA. REVENDA DE COMBUSTÍVEIS. ALÍQUOTA ZERO. O auto de infração da COFINS lavrado em decorrência do auto principal de IRPJ, em razão da presunção legal de omissão de receitas, deve ser mantido uma vez que não é possível determinar se a receita originou-se exclusivamente da venda de combustíveis.”

(Acórdão nº 1101001.191 - 1ª Câmara/1ª Turma Ordinária - Sessão de 23 de setembro de 2014)

“TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Verificada a omissão de receita, o valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para a seguridade social COFINS e da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público PIS/PASEP. ALÍQUOTA ZERO. PIS/COFINS. Para que fosse possível admitir que as receitas omitidas seriam correspondentes a vendas tributadas à alíquota zero, necessário que fossem apresentadas as notas fiscais de venda corroborar a alegação, não escrituradas na contabilidade.”

(Acórdão 1101001.158 - 1ª Câmara/1ª Turma Ordinária - Sessão de 31 de julho de 2014)

“OMISSÃO DE RECEITAS. ORIGEM DE RECURSOS DESCONHECIDA. PIS E COFINS. REVENDA DE COMBUSTÍVEIS. ALÍQUOTA ZERO. NÃO APLICAÇÃO.

A presunção legal de omissão de receitas não permite verificar se a origem dos recursos decorreu exclusivamente da revenda de

gasolina e álcool para fins carburantes de modo a afastar a tributação de PIS e Cofins em razão da isenção legal, sob a forma de alíquota zero, concedida na revenda desses esses produtos, especialmente quando o estabelecimento comercializa outros produtos.”

(Acórdão nº 1202001.097 - 2ª Câmara/2ª Turma Ordinária - Sessão de 14 de fevereiro de 2014)

Diante de todo o exposto, acolho os embargos para restabelecer a incidência de PIS e COFINS sobre as receitas omitidas, reputando totalmente procedente o lançamento.

Conclusão

Diante do exposto, ACOLHO os Embargos de Declaração apresentados com EFEITOS INFRINGENTES de forma a NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO para também manter os lançamentos referente ao PIS e COFINS sobre as receitas omitidas.

É como voto!

Luis Fabiano Alves Penteado