



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 10640.000628/2006-27
Recurso nº. : 153.175
Matéria: : IRPJ e outros : anos-calendário 2001, 2002 e 2003
Recorrente : Auto Posto Norte II Ltda.
Recorrida : 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Juiz de Fora – MG.
Sessão de : 12 de setembro de 2007
Acórdão nº. : 101-96.299

IRPJ – OMISSÃO DE RECEITAS – REVENDA DE COMBUSTÍVEIS – As divergências apuradas através do cotejo das receitas de venda de combustíveis registradas no Livro de Saídas e essas mesmas receitas lançadas nos Livros de Movimentação de Combustíveis - LMC, configura omissão de receitas, por falta de registro de vendas.

IRPJ – LUCRO PRESUMIDO – OUTRAS RECEITAS – Não comprovado que as receitas não oriundas da venda de combustível não se incluem entre aquelas não passíveis de integrar a receita bruta, descabe acresce-las integralmente ao lucro presumido. Assim, não é cabível a inclusão diretamente na base de cálculo do IRPJ, de valores contabilizados e declarados a maior do que aqueles registrados nos Livros de Movimentação de Combustíveis – LMC, sem qualquer investigação da origem das receitas declaradas.

TRIBUTAÇÃO DECORRENTE – CSLL – PIS – COFINS
A solução dada ao litígio principal, relativo ao IRPJ, aplica-se aos litígios decorrentes, quanto à mesma matéria fática.

JUROS DE MORA- SELIC- JUROS DE MORA - SELIC - Os juros de mora são devidos por força de lei, e a partir de 1º/04/95, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, por força do disposto nos arts. 13 e 18 da Lei nº 9.065/95, c/c art. 161 do CTN (Súmula nº 04, do 1º CC).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por Auto Posto Norte II Ltda.

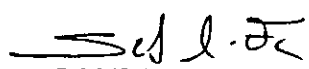
ACORDAM, os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para excluir

Processo nº. : 10640.000628/2006-27
Acórdão nº. : 101-96.299

da base de cálculo as importâncias tributadas a título de "outras receitas" (item 2 do auto de infração do IRPJ), e afastar a qualificação da multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o conselheiro Antonio José Praga de Souza que propugnava pela aplicação do percentual de 32% sobre os valores tributados a título de "outras receitas" e mantinha a aplicação da multa qualificada sobre esse item, e apresenta declaração de voto.



ANTONIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA
PRESIDENTE



SANDRA MARIA FARONI
RELATORA

FORMALIZADO EM: 30 OUT 2007.

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros JOSÉ RICARDO DA SILVA, PAULO ROBERTO CORTEZ, VALMIR SANDRI, CAIO MARCOS CÂNDIDO e ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO. Ausente, justificadamente, o Conselheiro JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR.

Processo nº. : 10640.000628/2006-27
Acórdão nº. : 101-96.299

Recurso nº. : 153.175
Recorrente : Auto Posto Norte II Ltda.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso voluntário interposto por Auto Posto Norte II Ltda em face da decisão que julgou procedentes os lançamentos consubstanciados em autos de infração relativos aos tributos IRPJ, CSLL, PIS< COFINS dos anos-calendário de 2001 a 2003, com imposição de multa qualificada. A ciência ocorreu em 07 de dezembro de 2001.

Em procedimento de diligência realizada a pedido da DRF de Volta Redonda, e a partir da análise dos livros de Movimentação de Combustíveis – LMC, a fiscalização apurou que o valor da receita bruta de vendas de combustíveis, registrada naquele livro, acrescida da receita de serviços e da de outros produtos, diverge dos valores registrados na contabilidade e informados na DIPJ, assim como da receita informada à Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais nas DAPI – Declaração de Apuração e Informação do ICMS.

Após a prestação dos esclarecimentos pedidos pela fiscalização, e a partir do confronto dos valores da receita de combustíveis contabilizada com os valores constantes do LMC, restou evidenciado que nos quatro trimestres de 2001, no 2º trimestre de 2002 e no 2º trimestre de 2003, os valores contabilizados a título de receita da venda de combustível **eram superiores aos escriturados no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC)**, enquanto nos demais trimestres de 2002 e 2003 as receitas contabilizadas **foram menores que a constante do LMC**

O fisco concluiu serem os **valores contabilizados a maior que os constantes do LMC**, valores estranhos à atividade, classificando-as como **OUTRAS RECEITAS**, visto que não tiveram origem na venda de combustível, porém seu montante foi confirmado pela empresa. Sendo indubitosa a existência da receita, mas sendo duvidosa sua origem, foi efetuado o lançamento de conformidade com art. 521 do RIR/99.

Em face de a empresa apurar seu resultado pela sistemática do Lucro Presumido, teria o contribuinte, no entender da fiscalização, utilizado,

Processo nº. : 10640.000628/2006-27
Acórdão nº. : 101-96.299

indevidamente, o coeficiente de 1,6% de presunção do lucro, quando deveria adicionar o valor das outras receitas, integralmente, à base de cálculo do imposto, sem nenhum percentual de presunção.

Quando ocorreu o inverso, ou seja, a receita contabilizada **foi menor que a escriturada no LMC**, entendeu o fisco tratar-se de **omissão de receitas** da atividade, a ser tributada na forma do art. 528 do RIR/99.

No cálculo do Imposto de Renda e da CSL levou-se em consideração o valor já recolhido pelo contribuinte.

Foi ainda constatada omissão de receita caracterizada pela contabilização a débito de Caixa e a crédito da conta 1201001-4 – Empréstimo Adalberto Salgado Junior (sócio), em 31/01/2001, no valor de R\$ 965.672,25 cuja única comprovação apresenta foi a cópia de recibo e a afirmação de que *“recebeu a mencionada importância em moeda corrente, decorrente de empréstimo concedido...”*. A operação financeira realizada foi considerada como um suprimento de caixa ou de numerário, efetuado pelo sócio, restando incomprovadas a origem e efetiva entrega de recursos à empresa.

Diante de *“vários lançamentos contábeis sem a devida prova documental, isto é, foi constatada a existência de reiterados lançamentos contábeis a título de receita operacional – venda de combustíveis, quando na realidade...”* apurou-se divergências de valores, denotando a ocorrência ora de ‘Omissão de Receitas’, ora de ‘Outras Receitas’ não explicadas/comprovadas pelo contribuinte” entenderam que *“tal fato configura evidente intuito de fraude, já que reduz o valor do imposto devido”*. Dessa forma, foi aplicada a multa qualificada.

Em impugnação tempestiva a interessada alega inobservância do princípio da verdade material, inexistência de comprovação da origem da receita supostamente omitida, ilicitude da presunção de que as receitas supostamente omitidas não decorram da atividade normal do contribuinte, ausência de amparo legal para tributar 100% das receitas omitidas, devendo ser aplicado o percentual de 8%.

Quanto à acusação de suprimento de caixa, diz que o fato de o requerente ter afirmado que o empréstimo foi contraído pelo sócio em 2000 e não em 1999 em nada prejudica a veracidade da operação. Que é irrelevante o fato de o Sr. Adalberto ser sócio da autuada, e que não existe obrigatoriedade de o

Processo nº. : 10640.000628/2006-27
Acórdão nº. : 101-96.299

empréstimo de mútuo ser celebrado por escrito. Afirma que a entrada dos valores na empresa fica clara pelo registro contábil da operação e pelo fato de o pagamento pelo sócio ter ocorrido em espécie, modalidade totalmente compatível com a atividade das empresas de que participa. Diz não ter como fazer prova da origem de recursos que não eram seus até o pagamento, restando presumir que decorrem de rendimentos do sócio oriundos de outras empresas de que participe.

Especificamente sobre as exigências do PIS e da COFINS, aduz que sua base legal, a Lei 9.718/98, ampliou indevidamente a base de cálculo das contribuições, pois estava em vigor o art. 195 da CF, e que a Emenda Constitucional 20/98 poderia dar guarida a ato inconstitucional.

Contesta a aplicação da penalidade qualificada, dizendo que as acusações que recaem sobre a requerente não passam de omissões de receitas e as divergências na escrituração, jamais podendo caracterizar evidente intuito de fraude, aduzindo que todos os tributos sobre a alegada receita omitida foram integralmente pagos.

Insurge-se contra a aplicação da taxa Selic para os juros de mora, dizendo-a própria para juros remuneratórios e não moratórios, não tendo sido instituída por lei como determina CTN.

A 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Juiz de Fora julgou procedente Ciente da decisão em 03 de julho de 2000, a interessada ingressou com recurso em 24 do mesmo mês.

Na peça recursal suscita violação da verdade material, alegando que divergência entre o Livro de Controle da Movimentação de Combustíveis (LMC) e a escrituração na caracteriza prova direta de omissão de receita, mas mero indício, não sendo lícito concluir apressadamente que o LCMC, que sequer está sujeito a registro, é o correto, devendo prevalecer os dados da escrituração comercial e fiscal. Acrescenta que não houve qualquer intimação para que fosse informada a origem ou natureza das diferenças constatadas, não sendo lícito presumir que não decoram da atividade normal da empresa.

Quanto aos valores recebidos de sócios, diz que a decisão não enfrentou as questões suscitadas na impugnação, e as reedita no recurso.

Quanto à tributação a título de "outras receitas", diz que além de ser indevidamente considerado que parte das receitas escrituradas não decorrem de

Processo nº. : 10640.000628/2006-27
Acórdão nº. : 101-96.299

sua atividade normal, é indevida a tributação de 100% das receitas. Chama atenção para equívoco da decisão, que leva a crer que houve tributação integral na hipótese em que os registros do LMC suplantaram os registros contábeis, quando na verdade a tributação integral ocorreu quanto às receitas representadas por excesso dos registros contábeis em relação aos registros no LMC.. Alega que a tributação de 100% das receitas equivale a restabelecer a vigência dos artigos 43 e 44 da Lei 8.541/92, já revogados. Invoca jurisprudência do Conselho de Contribuintes.

Reedita as razões deduzidas na impugnação em oposição à exigência do PIS e da COFINS , à multa agravada e à taxa Selic para os juros de mora.

É o relatório. 

VOTO

Conselheira SANDRA MARIA FARONI, Relatora

O recurso é tempestivo e assente em lei.. Dele conheço.

Registro, inicialmente, que o decidido em relação ao IRPJ aplica-se, no que couber, às demais exações lançadas por decorrência.

A acusação que pesa sobre a empresa é de ter omitido receitas da atividade (venda de combustíveis) e de ter tributado como originárias de vendas de combustível receitas de origem desconhecida.

OMISSÃO DE RECEITAS DA ATIVIDADE

A omissão de receitas da atividade foi apurada, em parte, mediante o confronto dos lançamentos contábeis com os lançamentos no LMC. Foi considerada omissão de receitas a diferença a menor entre o escriturado no LMC e o contabilizado. Outra parte da omissão de receitas da atividade foi presumida a partir de suprimentos realizados por sócio, sem a comprovação da origem e efetiva entrega dos recursos.

A omissão de receitas não consideradas da atividade ("outras receitas") foi apurada também do confronto entre o LMC e as receitas contabilizadas, e correspondem aos valores de receitas contabilizados que suplantaram os registrados no LMC. Esses valores foram integralmente incluídos na base de cálculo (lucro presumido), em razão da não comprovação da origem, que, no entender do fisco, não são oriundas às atividades normais da empresa.

A Recorrente alega violação do princípio da verdade material, afirmando que as divergências entre o LMC e os registros contábeis é apenas um indício, devendo ser aprofundada a fiscalização, descabendo adotar aquele livro como único elemento de convicção.

Contudo, equivoca-se a interessada.

A legislação tributária (art. 260, inc. V do RIR/99) exige do posto revendedor a manutenção do citado Livro de Movimentação de Combustíveis diariamente escriturado, o que legitima sua utilização para confronto entre os registros nele constantes com aqueles da escrituração mercantil, para fins

verificação de averiguação da vendas escrituradas.

Por outro lado, a Fiscalização não considerou, precipitadamente, como correto o LMC, em detrimento da escrituração comercial. Ao contrário, constatando as divergências, solicitou à empresa que esclarecesse, por escrito e documentadamente, as diferenças, o que não foi atendido pela interessada, que se limitou a declarar que *"a escrituração do Livro de Movimentação de Combustível tem como objetivo atender exigências específicas do Departamento Nacional de Combustíveis, não sendo sua finalidade gerar informações contábeis"*.

Ora, o procedimento de investigação fiscal não fica restrito ao exame da escrituração contábil e fiscal do contribuinte. A fiscalização pode se valer de informações obtidas em controles de outros órgãos, ou mesmo em elementos obtidos junto a terceiros, cabendo ao contribuinte esclarecer as divergências.

A legislação de regência do imposto de renda, e também a jurisprudência dominante neste Conselho de Contribuintes, são taxativos em estabelecer que a diferença de estoque, ou qualquer outro procedimento que indicie omissão no registro de receita, caracterizam a percepção de resultados não submetidos ao crivo da tributação., ressalvada ao contribuinte a prova de improcedência da acusação. É óbvio que essa prova deve fazer-se mediante exibição de documentação hábil e idônea, capaz de elidir a infração tipificada.

Não se trata de fazer prevalecer o LMC, porque seus registros seriam desconsiderados desde que o contribuinte demonstrasse, ou que teria havido erro na escrituração daquele livro, ou que a divergência se deveu a uma equivocada interpretação dos seus registros.

Não restou caracterizada qualquer violação da verdade material. Compete ao fisco buscar a verdade material, mas nessa busca não fica ele limitado à utilização de prova pré-constituída. A verdade material pode ser obtida por prova direta ou por meio indireto. E foi como agiu a fiscalização. Diante de indícios de que a escrituração do contribuinte não traduzia a verdade das vendas de combustíveis, dada a divergência com o controle da respectiva movimentação diária por ele próprio registrada, procurou chegar à real situação das vendas. Não logrando o contribuinte, único responsável pelo controle, trazer qualquer justificativa que permitisse concluir que as receitas de combustíveis registradas no livro específico para esse controle apresentam erros, concluiu que esse livro é que apresenta a

Processo nº. : 10640.000628/2006-27
Acórdão nº. : 101-96.299

verdade material das vendas.

Uma vez que na hipótese sob exame a contribuinte não logrou infirmar, com documentação objetiva e inconteste, a acusação que lhe foi feita, a decisão recorrida deve ser mantida.

A fiscalização lançou também, como omissão de receita da atividade, o valor R\$965.672,25, contabilizado a débito de conta "Caixa" a título de pagamento de empréstimo recebido do sócio Adalberto Salgado Júnior, pela falta de comprovação, com documentação hábil e idônea, coincidente em data e valor, a origem do recurso e sua efetiva entrada no caixa. À intimação feita pela fiscalização, a interessada informou que a operação foi feita em moeda corrente, anexando à resposta recibo firmado pelo outro sócio. A fiscalização registrou incoerências entre as explicações do contribuinte (empréstimo) e os lançamentos contábeis, bem como a falta de apresentação de qualquer documento comprovando a saída dos recursos que teriam sido emprestados ao sócio, embora o lançamento tenha sido feito a crédito de contas representativas de Bancos (Banco Rural e Banco do Brasil)

Em sua impugnação, a interessada alegou que o fato de o requerente ter afirmado que o empréstimo foi contraído pelo sócio em 2000 e não em 1999 em nada prejudica a veracidade da operação. Que é irrelevante o fato de o Sr. Adalberto ser sócio da autuada, e que não existe obrigatoriedade de o empréstimo de mútuo ser celebrado por escrito. Afirma que a entrada dos valores na empresa fica clara pelo registro contábil da operação e pelo fato de o pagamento pelo sócio ter ocorrido em espécie, modalidade totalmente compatível com a atividade das empresas de que participa. Diz não ter como fazer prova da origem de recursos que não eram seus até o pagamento, restando presumir que decorrem de rendimentos do sócio oriundos de outras empresas de que participe.

Analisando as razões de bloqueio apresentadas na impugnação, o Relator do voto condutor da decisão de primeira instância assim se manifestou:

No presente caso a empresa não logrou comprovar nem a origem dos recursos, nem a efetiva entrega do numerário à empresa. A motivação para esta operação - pagamento de empréstimo contraído no ano de 1999, se existiu de fato ou não, é irrelevante para análise da matéria, tenha ele sido feito ou não, o fato é que, em 31/01/2001, lançou-se a débito da conta "Caixa" o montante de R\$ 965.672,25, constando como credor o Sr Adalberto Salgado Júnior, sócio da empresa. Dessa forma, tem-se que comprovar a origem do numerário e a sua real entrada no caixa para afastar a presunção legal prevista no dispositivo legal supra citado. Uma vez que o contribuinte não foi capaz de fazer tais comprovações, não há reparos a fazer ao lançamento a título de omissão de receita.

Processo nº. : 10640.000628/2006-27
Acórdão nº. : 101-96.299

Não afasta a presunção o fato do sócio possuir disponibilidade financeira pela sua participação em outras empresas de grande fluxo de caixa. Se o numerário, dito entregue, teve sua origem em outras empresas que não a autuada, cabia a ela comprovar. Também não seria necessário intimar diretamente o sócio, pois uma vez que a empresa sob ação fiscal tinha sido intimada, nada a impedia de buscar a comprovação junto ao sócio, parte intrinsecamente ligada. Isto sem falar que o lançamento contábil quando foi feito deveria estar lastreado em documentação hábil que atendessem as exigências legais.

A decisão recorrida está de acordo com a jurisprudência mansa e pacífica deste Conselho.

O simples fato de não comprovar a efetiva entrega dos recursos já é suficiente para caracterizar a omissão de receitas. Como bem registrou a decisão, se existiu ou não o alegado empréstimo, que estaria sendo pago, prova exigida é a do ingresso dos recursos no caixa da empresa e de sua origem, não sendo bastante a demonstração da capacidade financeira do supridor. Por outro lado, não há qualquer fundamento lógico em afirmar que o pagamento pelo sócio em espécie é modalidade compatível com a atividade das empresas de que participa, todas dedicadas à venda de combustíveis. Ainda que se pudesse supor que num determinado dia o Sr. Adalberto retirasse do caixa das empresas de que participa vultosa soma em espécie para pagar o empréstimo (o que se afigura como totalmente improvável), não é razoável supor que levasse o dinheiro em mãos para depositar no caixa do mutuante, em lugar de depositá-lo em conta bancária de titularidade do prestador.

Não obstante insuficiente provar a existência do empréstimo, mesmo tal fato a recorrente não logrou provar. Conquanto não seja necessária a existência de contrato escrito, o pacto verbal deve ser provado de alguma forma. A empresa não trouxe os documentos que comprovem a saída dos recursos dos Bancos, conforme contabilizou. Se essa falta foi reclamada pela fiscalização, poderia tê-la suprido na fase de impugnação ou de recurso, não o tendo feito.

Caracterizada a presunção de omissão de receitas e não tendo o contribuinte logrado infirmá-la, deve ser mantido o lançamento correspondente.

OUTRAS RECEITAS-

A autoridade fiscal considerou que a diferença a maior entre as receitas contabilizadas declaradas ao Fisco e as registradas no LMC não teria sido originada da venda de combustíveis. Considerando que a empresa tinha apurado a base de cálculo do imposto com base no lucro presumido, a autoridade fiscal

Processo nº. : 10640.000628/2006-27
Acórdão nº. : 101-96.299

entendeu que a empresa utilizou indevidamente o coeficiente de 1,6%, e tributou integralmente o montante de receita sem correspondência no LMC, sem aplicar qualquer coeficiente de presunção.

Ocorre que esse procedimento da autoridade fiscal não tem fundamento da legislação.

De acordo com o art. 15 na Lei 9.249/95, a base de cálculo do imposto (lucro presumido) será determinada pela aplicação dos percentuais de 8%, 1,6%, 16% ou 32% sobre a receita bruta auferida no período. O percentual aplicável é definido segundo a atividade que gerou a receita..

Prevê, ainda, a lei, que no caso de atividades diversificadas, será aplicado o percentual correspondente a cada atividade, e que em caso de omissão de receitas de pessoas jurídicas com atividade diversificada, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, será ela adicionada àquela que corresponder ao percentual mais elevado (art. 24, § 1º).

Ora, se mesmo no caso de omissão de receita, o valor omitido não é integralmente adicionado à base de cálculo, no caso concreto, em que a acusação não é de omissão de receitas, mas de aplicação do coeficiente de presunção mais baixo para receitas cuja origem não está comprovada, não se sustenta a tributação integral da receita.

É óbvio que a o art. 25 da Lei 9.430/92, ao determinar a adição de outras receitas" ao lucro presumido, está se referindo a receitas não alcançadas pelo no conceito de receita bruta operacional. Cumpria à fiscalização aprofundar-se na investigação para certificar-se da origem das receitas que não estão registradas no LMC, de maneira a certificar-se que se trata de receitas não compreendidas no conceito de receita bruta operacional ou, se compreendidas, qual sua origem. Havendo dúvida sobre a exatidão dos elementos em que se baseou o lançamento, a exigência não pode prosperar.

MULTA QUALIFICADA

Esta Câmara já teve oportunidade de apreciar a questão da qualificação da multa em situação idêntica à presente, e pelo Acórdão 101-95.651, de 27 de julho de 2006, votou pelo afastamento da qualificação da multa. Entendeu o Colegiado, acompanhando o voto do Relator, o ilustre Conselheiro Paulo Robreto

Processo nº. : 10640.000628/2006-27
Acórdão nº. : 101-96.299

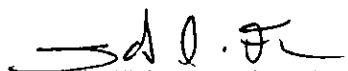
Cortez, que fatos apurados em decorrência do confronto do LMC com as receitas declaradas não são suficientes para caracterizar o evidente intuito de fraude. Especialmente considerando que em alguns períodos a contribuinte ofereceu à tributação valores superiores àqueles registrados no LMC.

Efetivamente a jurisprudência deste Colegiado é pacífica no sentido de que a aplicação da multa qualificada, de 150% exige a configuração do evidente intuito de fraude deve estar comprovada. Não é razoável presumir a ocorrência de fraude quando se trata de exigência constituída a partir do simples confronto entre os livros fiscais da autuada.

Finalmente, a aplicabilidade da taxa Selic para a incidência dos juros de mora consta da Súmula 1º CC nº 4, assim enunciada: *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

Pelas razões declinadas, dou provimento parcial ao recurso para cancelar a exigência a título de "outras receitas" e reduzir a multa para 75%.

Sala das Sessões, DF, em 12 de setembro de 2007


SANDRA MARIA FARONI 

Declaração de Voto

Conselheiro ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA.

Nos debates realizados durante o julgamento do presente recurso discordo do posicionamento da ilustre Conselheira quanto ao cancelamento da parcela da exigência relativa ao item "outras receitas".

Isso porque restou comprovado na auditoria fiscal que parte dos valores contabilizados pela contribuinte como receitas de venda de combustível, tributadas no lucro presumido ao percentual de 1,6%, não tem respaldo nas aquisições do produto, conforme registros no LMC (Livro de Movimentação de Combustível). A contribuinte foi devidamente intimada em 15/04/2005, durante a auditoria fiscal, mas não comprovou que os valores apurados realmente seriam relativos a vendas de combustível.

A meu ver, tem razão a ilustre Relatora ao concluir que equivocou a fiscalização em tributar tais valores integralmente, sem aplicar o percentual do lucro presumido. Caberia ao fisco fazer prova de que se tratariam de receitas sujeitas à tributação integral, nos termos do art. 521 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99). Em verdade, ao dar esse tratamento a fiscalização presumiu que tais receitas não seriam da atividade da contribuinte. Inexiste previsão legal nesse sentido, logo, a fiscalização deveria aprofundar as investigações ou aplicar o disposto no parágrafo único do art. 528 do RIR/99 (já transcrito na decisão de primeira instância).

Ora, se as receitas omitidas devem ser tributadas com base no maior percentual de presunção (32%), quando não identificada a origem, o mesmo tratamento deve ser dado aos valores contabilizados como receitas da atividade, sem a devida comprovação da origem.

Como se vê, o equívoco da fiscalização foi apenas no percentual, ou seja, ao aplicar o dispositivo legal que dispõe sobre a determinação da base de cálculo. Não há qualquer erro na identificação da matéria tributável, muito menos na infração atribuída ao contribuinte.

Assim, formei convicção de que o colegiado equivocou-se no cancelamento desse item da tributação; a base de cálculo deveria ter sido reduzida a 32% do valor da receita (subtraindo-se, ainda, o 1,6% já tributado pela contribuinte).



Repita-se: a correção de erro na determinação da base de cálculo, sobretudo quando se trata de aplicação de percentuais não implica alteração do critério jurídico do lançamento, muito menos aperfeiçoamento do auto de infração. Trata-se de ajuste, que pode ser determinado pelo julgador quanto não implicar em agravamento da exigência, tal qual no presente caso.

No que tange a multa qualificada, no percentual de 150% acompanhei a Relatora quanto a sua exclusão dos demais itens tributados. Porém, especificamente quanto ao item "outras receitas", entendo que a exasperação da penalidade deve ser mantida.

Verifica-se, pela análise dos autos, que a contribuinte incidiu nessa prática em vários períodos de apuração dos anos fiscalizados. E mais: a fiscalização foi além, verificou as declarações da empresa à Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais para confirmar a quantidade de combustível adquirida para revenda. A partir daí Elaborou um quadro comparativo da Receita de Vendas – DAPI x LMC x Contabilidade/DIPJ, mostrando as divergências entre as informações dadas para o Estado (DAPI), para a União (LMC e DIPJ) e a comercial (DIÁRIO), sendo que só coincidem os valores contabilizados e os declarados na DIPJ.

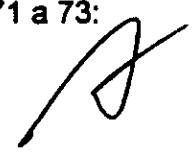
Patente está a intenção da contribuinte de reduzir os tributos devidos mediante utilização de um percentual diminuto na determinação do lucro presumido. Fosse serviços o percentual seria 32%, fosse venda de outras mercadorias, 8%. Porém a contribuinte mesmo sabendo que não se tratava de venda de combustível contabilizou nessa rubrica, tributando apenas 1,6% da aludida receita, além disso apresentou declaração do IRPJ informando ao Fisco essa origem. Trata-se de uma ação pro-ativa, tendente a reduzir os tributos devidos. Dessa forma, está suficientemente comprovada a intenção dolosa do contribuinte, aplicando-se, *in casu*, o disposto no art. 44, inciso II, da Lei n.º 9.430/96, que assim dispõe:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I – se 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;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. ..." (Grifei).

Por sua vez, a Lei nº 4.502, de 1964, estabelece nos arts. 71 a 73:



"Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

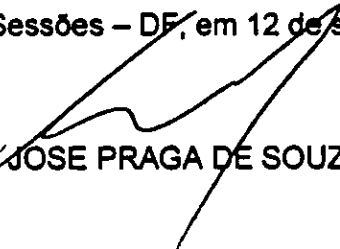
II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72." (Grifei).

Diante do exposto, oriento meu voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso para aplicar o percentual de presunção do lucro de 32% sobre os valores tributados a título de "Outras Receitas" e manter a qualificação da multa de ofício apenas sobre os valores exigidos em face dessa infração.

Sala das Sessões – DF, em 12 de setembro de 2007.


ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA.