



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

Processo nº 10680.013965/2006-16
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1202-001.023 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de setembro de 2013
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente FRANÇA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

PERÍCIA. REQUISITOS. NÃO ATENDIMENTO.

Não se conhece do pedido para realização de perícia quando desatendidos os requisitos do art. 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235/1972 e alterações.

APRESENTAÇÃO DAS PROVAS. MOMENTO PROCESSUAL. PRECLUSÃO.

A apresentação de provas documentais deve ocorrer na fase impugnatória do processo administrativo fiscal, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, salvo nas hipóteses previstas no § 4º do art. 16, do Decreto nº 70.235, de 1972 e alterações.

IRPJ. LUCRO PRESUMIDO. PERCENTUAL APLICÁVEL. REVENDA PARA CONSUMO DE COMBUSTÍVEIS.

A apuração do lucro presumido, no percentual de 1,6%, é próprio da atividade de revenda, para consumo, de combustíveis derivados de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural. Não confirmado nos autos essa hipótese, aplica-se a regra geral do percentual aplicável à presunção do lucro, que é de 8%.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em indeferir os pedidos de produção de provas e de encaminhamento de intimações ao advogado da autuada, em não conhecer do pedido de perícia e, no mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, vencido o Conselheiro Plínio Rodrigues Lima que entendia pela apreciação da incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, mesmo não contestada expressamente, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Ausente, momentaneamente, o Conselheiro Orlando José Gonçalves Bueno.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo – Presidente em Exercício e Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Donassolo, Viviane Vidal Wagner, Meigan Sack Rodrigues, Plínio Rodrigues Lima, Marcelo Baeta Ippolito e Orlando José Gonçalves Bueno.

Relatório

Trata-se do exame do Auto de Infração para exigência do IRPJ, relativo ao ano-calendário de 2002, acrescido da multa de ofício, no percentual de 75%, e dos juros de mora, pela taxa Selic.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, fls. 07 e seguintes, a fiscalização identificou que no Cadastro do contribuinte perante a SRFB consta o código CNAE nº 5151-9 Comércio Atacadista de Combustíveis, fls. 51.

Além disso, o próprio contribuinte informou em sua DIPJ o mesmo código de atividade 5151-9/01 - Comércio atacadista de álcool carburante, gasolina e demais derivados de petróleo - exceto transportador retalhista (TER) e lubrificantes, fls. 11.

Ainda segundo a fiscalização, fls. 08:

“O Contribuinte foi intimado no dia 12 de setembro de 2006 (fls. 46 a 47) a apresentar a devida documentação comprobatória (escrituração contábil e/ou fiscal) referente à Revisão DIPJ relativa ao ano-calendário 2002.

Ante a intimação, o Contribuinte justificou-se afirmando serem suas atividades comerciais relacionadas com o comércio de querosene iluminante, aguarrás e derivados do refino do petróleo, recolhendo seus tributos federais com opção pelo Lucro Presumido.”

Para essa atividade informada pelo contribuinte como sendo atacadista, o agente fiscal entendeu que o percentual para apuração do lucro presumido é de 8% sobre a receita bruta e não o percentual de 1,6% aplicado pela autuada, pois este último se aplicaria apenas para a atividade de “revenda, para consumo, de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural”.

As alegações trazidas na impugnação estão assim resumidas no Relatório do Acórdão nº 02-20.992 da DRJ/Belo Horizonte, de fls. 75 e seguintes, o qual passo a transcrever e adotar:

“IMPUGNAÇÃO DO LANÇAMENTO

A notificação do lançamento, conforme aviso . de recebimento a folhas 65, deu-se por via postal, em 13.03.2007. Em 12.04.2007, a autuada apresentou a

impugnação juntada a folhas 67 a 72. Resumem o seu conteúdo os enunciados seguintes.

- A autuada tem como principal atividade a revenda, para consumo, de derivados de petróleo, em forma retalhada e a varejo, conforme objetivos do contrato social.
- A empresa foi indevidamente autuada. O artigo 15 da Lei nº 9.245, de 1995, estabelece que a base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação de 8% sobre a receita bruta. O § 1º, inciso I, do mesmo artigo estabelece que esse percentual será de 1,6% para a atividade de revenda, para consumo de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural.
- As empresas optantes pelo lucro presumido devem entender o lucro auferido no período de apuração. Essa presunção é feita pela aplicação de percentuais ditados pela lei. Não obstante a determinação do procedimento fiscal, ao fisco foram prestados esclarecimentos para dirimir as dúvidas de interpretação da lei. .
- O CNAE principal da empresa é de atacadista, mas isso não impede a contabilidade de informar o que é venda a varejo e o que é venda no atacado. Isso lhe é facultado, conforme as Dirf informadas à Receita Federal.
- A autuada adquire produtos a granel (carros tanque de 15 a 30 mil litros por vez). As notas fiscais respectivas são lançadas no livro de entrada. Posteriormente - a mesma mercadoria é fracionada para saída e vendida nunca em quantidades superiores à entrada.
- A autuada envasa o produto em embalagens de 900ml, 5, 20 e 200 litros, e container de 1000 litros para comercialização. É evidente que a autuada exerce atividade varejista que se caracteriza por venda a miúdo ou a retalho. Sua atividade é essencialmente varejista.
- O querosene é um líquido resultante da destilação do petróleo e constitui uma fração entre a gasolina e o óleo diesel; é usado como combustível e como base de certos inseticidas. Seus usos incluem: combustível para aviões, aquecimento doméstico, iluminação, solvente e inseticidas. O autuante afirma ser o querosene eminentemente um solvente alifático, mas esse é apenas um dos seus usos.
- Como é sabido, o querosene iluminante é em geral usado como combustível de lamparinas, o que exige a sua combustão. Daí que é combustível e se sujeita a toda uma legislação específica sobre sua comercialização, armazenamento e transporte. Tem também classificação fiscal própria. Portanto, não procede classificá-lo apenas como solvente e atribuir à empresa a comercialização de solvente alifático, desprezando os demais usos e também um dos objetivos sociais da empresa, que é a comercialização de querosene iluminante, utilizado em geral como combustível para equipamentos de combustão industrial e geração de energia elétrica. Como derivado de petróleo é combustível. A sua especificação técnica pode ser verificada na regulamentação CNP 11/82 e no ofício nº 037/99 ANP.
- O autuante define o querosene como solvente alifático baseando-se em pesquisa realizada sem nenhuma fundamentação legal e sem citar nenhuma norma regulamentadora. Não há nenhum fundamento legal para esse entendimento, de forma que a autuação se fez arbitrariamente a partir de juízo subjetivo e de premissas falsas. Não se forneceu a fonte da pesquisa e a autoridade se justifica como químico da especialidade.

• A autuada apenas cumpriu a disposição legal aplicando o percentual de 1,6% referente à atividade que exerce de revenda para consumo de combustível derivado de petróleo. O Regulamento do ICMS de Minas Gerais inclui o querosene iluminante no rol dos combustíveis derivados de petróleo em seu artigo 73, inciso II, alínea "f", tanto que o distribuidor do produto é responsável por substituição pela retenção e recolhimento do ICMS. Isso mostra a contradição do sistema tributário desse país. Esferas diferentes têm entendimentos diferentes, se a Receita Federal realmente compartilhar a opinião do autuante.

• A empresa cumpriu suas obrigações fiscais rigorosamente em dia, aplicando a alíquota pertinente. Só utilizarão o percentual de 8% as atividades para a qual não esteja previsto percentual específico (artigo 519 do RIR/1999).

• À vista do exposto, pede-se que seja acolhida a impugnação para anular o auto de infração, julgá-lo insubsistente por contrariar a lei, divorciar-se da realidade hermenêutica e dissentir dos entendimentos pretorianos. -

• Em caso de prosseguimento do procedimento administrativo tributário, pede-se a realização de provas documentais e pericial para aferir, tecnicamente, a relação processual na formação de juízo de valor na composição do processo.

• Pede-se outrossim, que as intimações dos atos processuais sejam encaminhadas ao endereço do advogado que subscreve a impugnação

Na sequência foi emitido o Acórdão nº 02-20.992 da DRJ/Belo Horizonte, de fls. 75 e seguintes, mantendo integralmente o lançamento fiscal, com o seguinte ementário:

LUCRO PRESUMIDO - PERCENTUAL DE APURAÇÃO .

Na apuração do lucro presumido, somente se aplica o percentual de 1,6% sobre as receitas oriundas da revenda, para consumo, de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural.

Lançamento Procedente

Os principais fundamentos utilizados no acórdão recorrido estão assim sintetizados:

- o fato da autuada ter informado que é “atacadista” é o bastante para impedir a aplicação do percentual reduzido de 1,6%, ainda que se admita que as substâncias revendidas se enquadrem no disposto no § 1º, inciso I, do artigo 15 da Lei nº 9.249, de 1995.

- a autuada não comprovou que as suas receitas originaram-se do comércio para o consumo de combustíveis derivados de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural, o que implica na aplicação do percentual geral de apuração do lucro presumido, de 8%.

- constitui ônus da impugnante comprovar que sua receita foi efetivamente obtida com o “varejo” de combustíveis derivados do petróleo, visto que a própria autuada já havia informado à Receita Federal, por meio de sua declaração de rendimentos, que sua atividade era o comércio “atacadista”.

- presumem-se verdadeiros, salvo prova em contrário, os dados e informações (de que é atacadista) prestadas pelo contribuinte em suas declarações ao fisco.

- não comprovada a alegação de que sua atividade é de comércio “varejista”, torna-se irrelevante a discussão em torno da composição química e dos empregos potenciais da querosene ou de outros derivados do petróleo.

Irresignada com a decisão proferida, a autuada apresentou recurso voluntário, de fls. 85 a 91, repisando praticamente as mesmas alegações trazidas na peça impugnatória.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Donassolo - Relator

O recurso é tempestivo e nos termos da lei. Portanto, dele tomo conhecimento.

Trata-se de definir o percentual para apuração do lucro presumido para as atividades de venda de produtos derivados do petróleo efetuadas pelo contribuinte.

A defesa alega, em preliminar, nulidade do acórdão recorrido em razão do indeferimento da produção de prova documental, da realização de perícia técnica e do envio de intimações ao advogado da autuada. Requer seja convertido o julgamento em diligência “*com a finalidade de realizar as provas – pericial pela natureza técnica da relação processual, inclusive aferição da pesquisa; documental, (em respeito ao princípio da eventualidade), com intimações para indicação de assistente e formulação de quesitos e quanto a documentos proceder requisições junto aos órgãos e entidades.*”

No mérito, alega que a atividade de revenda contempla os comerciantes atacadistas, porque eles também realizam vendas dos produtos elencados na lei. Aduz que toda revenda é para consumo e a Lei nº 9.249, de 1995, em seu art. 15, § 1º, inciso I, não distinguiu a que título de consumo, no atacado ou no varejo, não cabendo ao julgador ampliar o entendimento que não consta em lei.

Já o acórdão recorrido entendeu que a autuada não comprovou que as suas receitas originaram-se do comércio para o consumo de combustíveis derivados de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural, nos termos do que dispõe a Lei nº 9.249, de 1995, o que implica na aplicação do percentual geral de apuração do lucro presumido, de 8%.

Inicialmente, cumpre registrar que, ao contrário do que alega a defesa, o Decreto nº 70.235, de 1972 foi integralmente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, não havendo que se falar que seus dispositivos afrontariam qualquer dispositivo ou princípio constitucional.

Quanto ao pedido para a realização de perícia, esclareça-se à recorrente que o seu deferimento somente ocorre se estiverem devidamente expostos os motivos que justifiquem tal procedimento, bem como, no caso de perícia, deve a requerente formular quesitos e indicar a qualificação profissional do seu perito, com o nome e o endereço, nos exatos termos do que

dispõe o art. 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1976 e alterações. Assim dispõe o citado art. 16, inciso IV:

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993) (grifei)

No presente caso, para a devida análise do julgador, a defesa deixou de expor claramente os motivos que justificariam a realização de perícia, bem como deixou de formular quesitos, de modo que o seu pedido deixou de atender os requisitos estabelecido no referido dispositivo legal, não podendo, dessa forma, ser conhecido por este órgão julgador.

Quanto ao pedido para a apresentação de provas documentais nessa fase processual, cabe dizer que o art. 16, parágrafos 4º e 5º, do Decreto nº 70.235, de 1972 é bastante claro ao fixar a fase impugnatória como o momento apropriado para a apresentação das provas, salvo as hipóteses previstas no § 4º do mesmo art. 16, que não se verificam no caso em análise.

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: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (grifei)

Dessa forma, é de se indeferir o pedido para a produção de novas provas.

Por fim, correto o indeferimento efetuado pelo acórdão recorrido relativo ao pedido de encaminhamento das intimações ao advogado do contribuinte, uma vez que o art. 23, inciso II, do Decreto nº 70.235, de 1972, estipula que as intimações devem ser encaminhadas

ao domicílio eleito pelo sujeito passivo e não ao domicílio do seu representante, como pretende a defesa.

No que se refere ao mérito do lançamento fiscal, procura-se definir os percentuais aplicáveis ao lucro presumido na atividade de comércio de combustíveis derivados de petróleo.

Na impugnação, a autuada menciona que adquire querosene a granel, em carros tanque de 15.000 a 30.000 litros, e envasa em embalagens de 900ml, de 5 litros, de 20 litros, de 200 litros e em containeres de 1000 litros, para comercialização. Menciona, ainda, que o querosene é derivado do petróleo e é utilizado em geral como combustível para equipamentos de combustão industrial e geração de energia elétrica, fls. 69 e 70.

Em que pese essas informações se prestarem a esclarecer o tipo de atividade desempenhada pela autuada, inexiste qualquer prova documental que confirme esses fatos.

Por sua vez, os percentuais aplicáveis na apuração do lucro presumido estão referidos no artigo 223 do RIR/1999, abaixo transcrito, para melhor clareza:

Art. 223. A base de cálculo do imposto em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observadas as disposições desta Subseção (Lei nº 9.249, de 1995, art. 15 e Lei nº 9.430, de 1996, art.2º)

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de (Lei 9.249, de 1995, art.15, § 1º):

I - um inteiro e seis décimos por cento, para a atividade de revenda, para consumo, de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural.

II – dezesseis por cento:

[...]

III - trinta e dois por cento, para as atividades de:

[...] (grifei)

Da leitura do dispositivo acima, depreende-se que o *caput* do art. 223 abriga a regra geral do percentual aplicável à presunção do lucro e os incisos, as exceções à regra, das quais a “atividade de revenda, para consumo, de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural”, com percentual de 1,6%.

A norma legal visou atingir com um percentual reduzido, de 1,6%, àquelas atividades que tem uma margem pequena de lucro, típicas do comércio de combustível utilizados em veículos automotores, popularmente chamados de “postos de gasolina”, que realizam suas vendas diretamente ao consumidor final.

No caso em análise, sequer existem provas nos autos de que a empresa autuada exerceria a atividade de revenda, para consumo, de combustíveis derivados de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural, o que daria o direito à utilização do percentual de 1,6%. Para contrapor a acusação da fiscalização, bastaria que a autuada trouxesse aos autos

cópias das notas fiscais de venda a varejo dos produtos mencionados, de fácil apresentação pela interessada, o que não foi feito.

Saliente-se que a demonstração do efetivo exercício da atividade de revenda, para consumo, dos combustíveis elencados em lei, que a interessada reclama em se enquadrar, é obrigação da pretendente. A par disso, assim dispõe o Código de Processo Civil, art. 333:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Ademais, a discussão em torno da composição química e dos empregos potenciais do “querosene” ou de outros derivados do petróleo torna-se irrelevante para o presente caso. O fato é que inexiste nos autos a comprovação de que a atuada exerça a atividade prevista em lei para apurar o lucro presumido no percentual de 1,6%, próprio dos comerciantes varejistas de combustíveis derivados de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural.

A jurisprudência do antigo Primeiro Conselho de Contribuinte também é pacífica nesse sentido, conforme se nota pela transcrição da ementa no Acórdão nº 08-07.852, sessão de 17 de junho de 2004, dentre outros:

IRPJ — LUCRO PRESUMIDO — BASE DE CÁLCULO — PERCENTUAL APLICÁVEL AS DISTRIBUIDORAS DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES — Não se confundem os percentuais aplicáveis na presunção do lucro no tocante à atividade de revenda de combustíveis, entre às distribuidoras e os postos varejistas.

Em vista do exposto, voto no sentido de que sejam indeferidos os pedidos de produção de provas e de encaminhamento de intimações ao advogado da autuada, que não seja conhecido do pedido de perícia e, no mérito, que seja negado provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo

Processo nº 10680.013965/2006-16
Acórdão n.º **1202-001.023**

S1-C2T2
Fl. 138

CÓPIA