

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

Processo nº 10746 001329/2005-41
Recurso nº 170.202 Voluntário
Acórdão nº 1101-00.010 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de dezembro de 2009
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrente POSTO 89 LTDA
Recorrida 2ª TURMA - DRJ - BRASILIA - DF

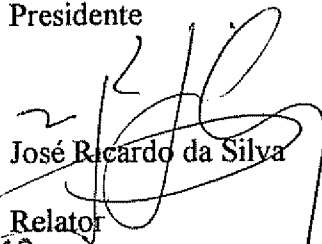
RESOLUÇÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária do **PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**, Por unanimidade de votos, CONVERTER o julgamento em diligência, para que o contribuinte seja intimado a conciliar o movimento bancário com a conta caixa, e outros procedimentos, nos termos do relatório e voto Ausente, justificadamente, o conselheiro Edwal Casoni de Paula Fernandes.


Antônio Praga

Presidente

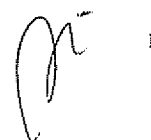

José Ricardo da Silva

Relator

01 SET 2010

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Antonio Praga (Presidente da Turma), Alexandre da Fonte Filho (Vice-Presidente), Aloysio Jose Percínio da





Silva, Jose Ricardo da Silva, João Bellini Junior (suplente convocado), Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior (suplente Convocado).

Relatório

POSTO 89 LTDA., já qualificada nos presentes autos, interpõe recurso voluntário a este Colegiado (fls. 1203/1212), contra o Acórdão nº 24.136, de 15/02/2008 (fls. 1171/1180), proferido pela colenda 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Brasília - DF, que julgou procedente o lançamento consubstanciado nos autos de infração de IRPJ, fls. 289; PIS, fls. 309; COFINS, fls. 314; e CSLL, fls. 319.

Consta do Termo de Verificação Fiscal (fls. 327/333), que foram apuradas diferenças entre o valor escriturado e o declarado sobre as receitas auferidas em relação aos tributos fiscalizados nos anos-calendário de 2000, 2002 a 2004. Com relação ao ano-calendário de 2001, a contribuinte teve seu lucro arbitrado pelo fato de que a escrituração mantida é imprestável para determinação do Lucro Real, em virtude dos erros e falhas: falta da escrituração da movimentação bancária. Enquadramento Legal: a partir de 01/04/1999: Art. 530, inciso II, do RIR/99.

Tempestivamente, a contribuinte apresentou as impugnações de fls. 342/353 e 816/827, onde alega, em síntese, que:

esclarece a Impugnante que desenvolve a atividade de Revendedor Varejista de Combustíveis e tem as suas atividades regulamentadas pela Portaria ANP nº 116 de 15/07/2000;

sobre o ano base de 2001, o arbitramento da Fiscalização sob a simples alegação de falta de contabilização do movimento bancário é infundado, a Impugnante entregou toda a contabilização, conforme atestam as cópias dos Livros Diário, Razão, LALUR e todos os balancetes, transcreve os arts. 923 e 924 do RIR/99 e afirma que o 1º Conselho de Contribuintes tem decidido e firmado entendimento de que descabe o arbitramento da pessoa jurídica em razão da falta de contabilização de movimento bancário, quando a autuante se baseia em simples suposições e não demonstra com clareza a imprestabilidade da escrituração comercial do autuado;

sobre o arbitramento das receitas no valor de R\$628.892,79 e R\$344.539,95, levantadas respectivamente em março e julho de 2001, em decorrência das diversas decisões proferidas nas instâncias judiciais, sobre a Substituição Tributária do ICMS, que tem a Base de Cálculo estimada pelos Estados bem maior do que o efetivo preço de venda praticado pelos Postos Revendedores, aliada à decisão unânime do STJ, que ao interpretar o § 7º do art. 150 da CF decidiu e firmou entendimento no sentido de que o ICMS cobrado sob um fato gerador presumido e não realizado, deveria ser restituído de imediato ao contribuinte substituído, e portanto caberia aos Estados devolver aos contribuintes substituídos a diferença de



ICMS existente entre a Base de Cálculo presumida e o efetivo valor de venda praticado pelos Postos, a Impugnante resolveu fazer parte de um litisconsorte e postular judicialmente a devolução da diferença de ICMS;

nos dias 13/03/2001 e 06/04/2001, após prestar caução aos juízos, a Impugnante levantou as importâncias de R\$628.892,79 e R\$344.539,95, relativas aos processos judiciais impetrados, contudo, em 20/09/2001, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, ao julgar o agravo de instrumento interposto pela Petrobrás S/A, não só conheceu do agravo como deu provimento a ele e reformou a decisão cautelar que autorizou o levantamento dos valores referidos, a diante disso coube à Impugnante firmar um acordo para devolver os valores, conforme Escritura Pública de Confissão de Dívida e Transação com Garantia Real e Pessoal firmada em 16/11/2004;

frise-se que o resgate dos valores somente foi autorizado mediante a prestação de caução judicial, que têm efeito suspensivo e somente podem ser caracterizados como efetivas receitas no momento em que se apurar uma decisão judicial favorável transitada em julgado, e não há o que se falar em receita realizada mediante a prestação de garantia real;

sobre os demais lançamentos relativos ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, o Fiscal Autuante não fez qualquer tipo de compensação em relação aos recolhimentos realizados pela Impugnante durante os referidos anos, especialmente com referência aos valores já confessados e pagos ao REFIS e ao PAES (documentos anexos);

caso ainda se entenda pela manutenção dos valores de R\$628.892,79 e R\$344.539,95 como sendo receitas auferidas, há que se considerar grave erro da Fiscalização, uma vez que sendo os valores resgatados judicialmente pela Impugnante originários do ICMS retido pela Refinaria, feitas por ela em anos anteriores, não poderia o IRPJ ser calculado mediante a aplicação direta da alíquota de 15%, mas sim aplicar o percentual de 1,92% sobre estes valores para posterior aplicação da alíquota de 15%, o mesmo se aplicando ao CSLL, onde a aplicação direta da alíquota de 8% sobre o Valor Tributável estaria incorreta, quando o correto seria aplicar 12% sobre o Valor Tributável para posterior aplicação da alíquota vigente;

sobre os reflexos (PIS/COFINS), os valores de R\$628.892,79 e R\$344.539,95 foram objetos de lançamento e sofreram tributação do PIS e da COFINS;

• transcreve o art. 4º da LC nº 70/91 e os arts. 3º, 4º e 5º da Lei nº 9.990/2000, para dizer que em se tratando de PIS/COFINS incidente sobre as operações com gasolina, diesel e álcool hidratado carburante, não cabe os Postos Revendedores de Combustíveis efetuarem qualquer tipo de pagamento dessas Contribuições, e tanto é verdadeira esta afirmativa que a alíquota de PIS/COFINS sobre os produtos retro foi reduzida a zero;



assim sendo, conforme demonstrado que estes valores são originados do ICMS retido pela Refinaria (Petrobrás) quando das aquisições de combustíveis derivado de petróleo feitas pela Impugnante em anos anteriores, não há o que se falar em pagamentos complementares de PIS/COFINS;

isto posto, em razão do grave erro da Fiscalização, pede a Impugnante, seja o Auto de Infração julgado como nulo em face da absoluta obscuridade e insegurança jurídica,

caso os Julgadores ultrapassem o pedido supra, pede a Impugnante que as ditas importâncias sejam excluídas do montante que serviu para o cálculo do PIS/COFINS do ano calendário de 2001 e de todos os seus reflexos, pois a sua continuidade constituiria em um verdadeiro bis in idem;

para elucidação dos fatos e prova do aqui alegado, protesta a Impugnante por todos os meios de prova em direito permitido, especialmente pelo depoimento de testemunhas, realização de diligências e de perícias, assim como pela posterior juntada de documentos, quer sejam por iniciativa da Impugnante ou por solicitação dos nobres Julgadores.

A Colenda Turma de Julgamento de primeira instância decidiu pela manutenção da exigência tributária, conforme acórdão citado, cuja ementa tem a seguinte redação:

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005

DESISTÊNCIA OU RENÚNCIA, EM PARTE, DO LITÍGIO TRANSFERÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO LITIGIOSO EM RAZÃO DA ADESÃO AO PARCELAMENTO EXCEPCIONAL - PAEX. IMPUGNAÇÃO PARCIAL.

Toma-se conhecimento da impugnação apenas quanto ao crédito tributário litigioso, o qual não foi objeto de parcelamento excepcional.

SOLICITAÇÃO DE PERÍCIA/DILIGÊNCIA. PRODUÇÃO DE PROVA ORAL. JUNTADA DE DOCUMENTOS A POSTERIORI.

I - A perícia técnica destina-se a subsidiar a formação da convicção do julgador, e não havendo matéria controversa ou de complexidade, não se justifica a produção de prova pericial. II - O momento adequado para que possa o autuado exercer o seu direito de ampla defesa ocorre quando da entrega da impugnação.

DESCCLASSIFICAÇÃO DE ESCRITURAÇÃO E ARBITRAMENTO DE LUCRO.



A desclassificação da escrita contábil, com o conseqüente arbitramento do lucro tributável, é medida aplicável quando forem apuradas falhas insanáveis, que não permitam apurar o lucro real.

Receitas Decorrentes de Ação Judicial de Cobrança e Reparação de Danos

Percepção dos valores decorrentes de ações judiciais caracteriza a disponibilidade jurídica ou econômica, com a respectiva incorporação ao patrimônio, enquadrando-se no conceito de "renda" previsto no art. 43 do CTN.

LUCRO ARBITRADO. OUTRAS RECEITAS. BASE DE CÁLCULO.

Os ganhos de capital, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, as demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas no conceito de receita bruta de vendas e de serviços são tomados, na sua integralidade, como base de cálculo para a apuração do lucro arbitrado.

PAES. INCLUSÃO.

Não tendo sido o débito apurado incluído no parcelamento especial (PAES), como alegado pelo contribuinte, cabível a exigência de ofício.

CSLL, PIS E COFINS - LANÇAMENTOS REFLEXOS.

Aplica-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL o disposto em relação ao lançamento do IRPJ, por decorrer dos mesmos elementos de prova e se referir à mesma matéria tributável. Sobre a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS e à Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, aplica-se aos valores de Rendimentos de Aplicação Financeira de Renda Fixa e de Receitas Decorrentes de Ação Judicial não inseridos na base de cálculo dessas contribuições.

Lançamento Procedente

Ciente da decisão de primeira instância em 17/04/2008 (fls. 1200-v), e com ela não se conformando, a contribuinte recorre a este Colegiado por meio do recurso voluntário apresentado em 16/05/2008 (fls. 1203), onde apresenta, em síntese, os seguintes argumentos:

Do arbitramento do lucro

a) que o autuante simplesmente presumiu que a escrituração da empresa não se prestou para fins da legislação comercial. Trata-se de alegação

totalmente infundada. Em 29.09.2005, foi entregue toda a contabilidade, Livro Diário, Razão, Lalur e todos os balancetes do período;

- b) que a fiscalização não demonstrou efetivamente a imprestabilidade da escrituração contábil. Não é cabível o arbitramento em razão da falta de contabilização do movimento bancário, quando o autuante se baseia em simples suposições e não demonstra com clareza a imprestabilidade da escrituração;
- c) que o arbitramento dos lucros fundamentado simplesmente pela falta de registro de movimentação bancária não pode prevalecer;

Das receitas decorrente de Ação Judicial

- d) que os valores recebidos em decorrência de uma Ação Cautelar interposta contra Petrobrás em face do ICMS cobrado a maior pelo regime de substituição tributária que foram adicionados como receitas para a apuração do lucro arbitrado, não podem ser considerados receitas, pois tratam-se de uma recuperação temporária e precária do ICMS retido pela refinaria de petróleo;
- e) que a propriedade plena e definitiva desse numerário dependia de um evento futuro (sentença favorável transitada em julgado), tanto que isso não foi confirmado pelo judiciário;
- f) que é inegável o fato que a recorrente resgatou os valores, mas está comprovado também que o resgate só foi concedido mediante PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO, haja vista tratar-se de uma medida judicial cautelar e que seus efeitos podem ser revogados a qualquer momento;

Da compensação dos débitos incluído no PAES e REFIS

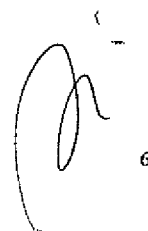
- g) que requer a compensação dos valores já confessados e pagos ao REFIS e PAES, conforme cópias dos documentos de arrecadação anexada aos autos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Ricardo da Silva, Relator

O recurso é tempestivo. Dele tomo conhecimento.



Com relação ao arbitramento dos lucros, a autoridade autuante fundamentou o lançamento nos seguintes termos (fls. 52/53): *“(...) o contribuinte não escriturou a conta bancária(...) no ano-calendário de 2001. A movimentação financeira do contribuinte nesse ano foi de R\$18.413.906,47 (dados informados pelo Banco Bradesco na Declaração da Contribuição Provisória Sobre Movimentação Financeira – DCPMF) (...). A falta de escrituração da movimentação financeira dessa magnitude, o desconhecimento da natureza dos valores creditados/depositados na conta bancária e de como afetariam o patrimônio da empresa, nos permitem concluir que a escrita comercial do contribuinte não se presta à apuração do lucro real do mesmo.”*

Pois bem, do acima exposto, constata-se que o motivo do arbitramento dos lucros da recorrente fundamentou-se exclusivamente na falta de contabilização da movimentação bancária.

Em sua defesa, a recorrente argumenta que não podem ser considerados como receitas para a apuração do lucro arbitrado, os valores recebidos em decorrência de uma Ação Cautelar interposta contra a Petrobrás, em face do ICMS cobrado a maior pela referida empresa, por intermédio do regime de substituição tributária, os quais foram adicionados como receitas para a apuração do lucro arbitrado. Referidos valores foram restituídos à recorrente mediante prestação de caução, visto tratar-se de uma determinação judicial não definitiva, cujos efeitos podem ser revogados a qualquer momento.

Outrossim, requer a compensação dos valores já confessados e pagos ao REFIS e PAES, conforme cópias dos documentos de arrecadação anexada aos autos.

Como é cediço, o crédito tributário formalizado deve corresponder rigorosamente, à subsunção do fato concreto na respectiva hipótese de incidência. É a chamada exatidão legal do tributo.

A norma legal brasileira, obedecendo aos princípios constitucionais, tem como fundamento principal, a garantia do sujeito passivo da obrigação, a ampla defesa e o contraditório.

A Constituição Federal, o Código Tributário Nacional e o Decreto nº 70.235/72, este com as alterações advindas da Lei nº 8.748/93 e 9.532/97, garantem ao sujeito passivo da obrigação tributária a ampla defesa e o contraditório. Tratam-se de direitos fundamentais que, quando violados, implicam em desrespeito a princípios como os da estrita reserva legal, do devido processo legal, da oficialidade e da verdade material, inviabilizando a almejada exatidão legal do tributo.

Sendo o processo administrativo fiscal regido pelo princípio da verdade material, onde se busca descobrir se realmente ocorreu ou não o fato gerador do tributo. Existindo dúvidas a respeito da matéria em apreço, o julgador, para formar sua convicção, deve buscar todos os elementos necessários para a elucidação dos fatos, pois, na realidade, está em jogo a legalidade da tributação. O importante é saber se o fato gerador ocorreu e se a obrigação teve seu nascimento. Porém, no caso ora em apreço, não conseguimos vislumbrar a clareza necessária para uma perfeita apreciação dos fatos em discussão.

Conforme o acima exposto, conclui-se que o processo, nos termos em que se encontra, não tem condições de ir a julgamento, pois, de um lado está sendo exigido o crédito tributário com base no auto de infração lavrado pela fiscalização e, de outro lado, a

m² 7

contribuinte insurge-se contra os valores consignados, afirmando a ocorrência de erros materiais na valoração da base de cálculo lançada.

Diante disso, entendo indispensável a realização de diligência fiscal para que sejam esclarecidas as seguintes questões:

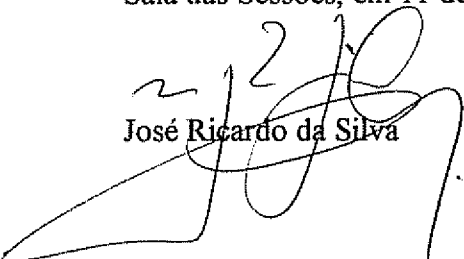
- a) que a fiscalização intime a recorrente para que esta efetue a conciliação da movimentação bancária com a conta caixa;
- b) que sejam excluídos os valores correspondentes ao recebimento decorrente da Ação Cautelar, visto não se tratar de decisão definitiva;
- c) que sejam excluídos, se for o caso, os valores já confessados e recolhidos a título de PAES e REFIS.

Que a autoridade diligenciante manifeste-se sobre o resultado da diligência por meio de relatório detalhado a respeito dos fatos constatados e que dê ciência ao contribuinte, para que este, também querendo, se manifeste.

Cumprida a diligência, que os autos retornem a este Conselho.

É como voto.

Sala das Sessões, em 11 de dezembro de 2009


José Ricardo da Silva

