



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

Processo nº 10830.000291/2007-00
Recurso nº 161.234 Voluntário
Acórdão nº 1202-00.042 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de maio de 2009
Matéria IRPJ e OUTROS
Recorrente DÍNAMO DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO S/A.
Recorrida 4ª TURMA DA DRJ CAMPINAS/SP

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2004, 2005, 2006

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL DA UNIÃO – ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADES – “**Súmula 1ºCC nº 2: O primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.**”

ARBITRAMENTO DOS LUCROS – FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS E DOCUMENTOS DA ESCRITURAÇÃO COMERCIAL E FISCAL - O cálculo do imposto é determinado com base no lucro arbitrado quando a contribuinte deixa de apresentar ao fisco os livros e documentos da sua escrituração comercial e fiscal.

ARBITRAMENTO DOS LUCROS - BASE DE CÁLCULO – RECEITA BRUTA CONHECIDA - OMISSÃO DE RECEITAS – O conceito de receita bruta conhecida inclui não só a receita declarada pelo contribuinte, mas também a receita omitida apurada pelo fisco no curso do procedimento fiscal, incidindo o percentual de arbitramento sobre o somatório das receitas declaradas e omitidas.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA – EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE – A apresentação ao fisco federal das Declarações de Informações da Pessoa Jurídica – DIPJ, com omissão total das receitas, quando no curso da ação fiscal foi constatado que a empresa, nos exercícios fiscalizados, auferiu vultosas receitas configura o evidente intuito de fraude, consistente em impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais e justifica a cominação da penalidade pecuniária exasperada de 150%, prevista no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, aplicável “*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*”.

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA – FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÕES FISCAIS. - Incabível o agravamento da multa de ofício de 150% para 225% quando a contribuinte, **embora não tenha** não exibido à fiscalização todos os livros comerciais e fiscais que amparariam sua tributação com base no lucro real ou no lucro presumido, colocou à disposição do fisco documentação existente de suas operações que possibilitou o arbitramento dos lucros em base confiáveis.

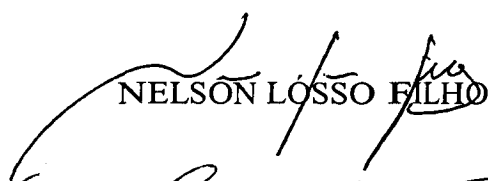
CSLL - COFINS - PIS - EXIGÊNCIAS REFLEXAS - aplica-se às exigências das contribuições sociais CSLL, COFINS e PIS a mesma decisão adotada em relação ao IRPJ em virtude do suporte fático comum que as instruem.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC - 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.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade votos, dar provimento parcial ao recurso para reduzir o percentual da multa de ofício a 150%, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


NELSON LOSSÓ FILHO – Presidente


CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER - Relator

EDITADO EM: **30 SET 2009**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nelson Lósso Filho (presidente da turma), Cândido Rodrigues Neuber, Orlando José Gonçalves Bueno, Mário Sérgio Fernandes Barroso, Irineu Bianchi, Karem Jureidini Dias. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros José Carlos Teixeira da Fonseca e Valéria Cabral Géo Verçoza.

Relatório

DÍNAMO DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO S/A., recorre da decisão de primeira instância proferida pela 4ª Turma de Julgamento da DRJ em Campinas - SP, assim relatada, *in verbis*:

~~“Trata-se dos Autos de Infração relativos ao Imposto Sobre a Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS e Contribuição para o Financiamento da Seguridade~~

Social - COFINS , lavrados em 18/01/2007, que formalizaram o crédito tributário contra a contribuinte em epígrafe no valor total de R\$ 195.285.192,18, incluindo multa de ofício e juros de mora calculados até 29/12/2006, devido às irregularidades assim discriminadas na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fls. 548/551, 560/562, 572/573 e 583/585:

Do IRPJ:

“0001 – RESULTADOS OPERACIONAIS NÃO DECLARADOS

RESULTADOS NÃO DECLARADOS/RECOLHIDOS

Valor correspondente ao lucro operacional escriturado, mas não declarado/recolhido, no ano-calendário de 2003, tudo conforme TERMO DE CONSTATAÇÃO 03, 04 E 05, lavrado nesta data e que faz parte integrante do presente.

Fato Gerador Valor Tributável ou Imposto Multa (%)

30/06/2003 R\$ 2.668.679,13225,00

30/09/2003 R\$ 2.675.235,53225,00

31/12/2003 R\$ 7.754.648,76225,00

Enquadramento legal: arts. 248, 249, 250 e 926 do RIR/99.

*Razão do arbitramento no(s) período(s): 03/2004 06/2004
09/2004 12/2004 03/2005 06/2005 09/2005 12/2005*

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte, sujeito a tributação com base no Lucro Real, não apresentou os livros DIÁRIO, RAZÃO e LALUR, dos anos-calendário de 2004 e 2005, tudo conforme TERMO DE CONSTATAÇÃO 2003, 2004 e 2005, lavrado nesta data e que faz parte integrante do presente.

Enquadramento legal:

A partir de 01/04/1999

Art. 530, inciso I, do RIR/99.

002 – RECEITAS OPERACIONAIS (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA)

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS GERAIS

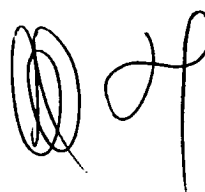
Valores apurados de prestação de serviços gerais, tudo conforme TERMO DE CONSTATAÇÃO 2003, 2004 E 2005, lavrado nesta data e que faz parte integrante do presente.

Fato Gerador Valor Tributável ou Imposto Multa (%)

31/03/2004 R\$ 8.863,27225,00

30/06/2004 R\$ 15.745,28225,00

30/09/2004 R\$ 47.087,86225,00



31/12/2004 R\$ 151.165,11225,00

Enquadramento legal: Art. 532 do RIR/99.

003 – RECEITAS OPERACIONAIS (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA)

REVENDA DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO

Valores apurados de revenda de combustíveis e derivados de petróleo, tudo conforme TERMO DE CONSTATAÇÃO 2003, 2004 E 2005, lavrado nesta data e que faz parte integrante do presente.

Fato gerador Valor Tributável ou Imposto Multa (%)

31/03/2004 R\$ 101.422.787,75225,00

30/06/2004 R\$ 87.508.106,50225,00

30/09/2004 R\$ 79.896.713,24225,00

31/12/2004 R\$ 80.655.567,41225,00

31/03/2005 R\$ 34.230.338,56225,00

31/03/2005 R\$ 33.932.400,98225,00

31/03/2005 R\$ 34.498.587,08225,00

30/06/2005 R\$ 31.764.719,75225,00

30/06/2005 R\$ 27.138.721,76225,00

30/06/2005 R\$ 27.860.666,64225,00

30/09/2005 R\$ 25.471.204,09225,00

30/09/2005 R\$ 18.400.301,89225,00

30/09/2005 R\$ 29.387.042,20225,00

31/12/2005 R\$ 22.251.424,72225,00

31/12/2005 R\$ 35.469.630,14225,00

31/12/2005 R\$ 37.824.211,33225,00

Enquadramento legal: Art. 532 do RIR/99.

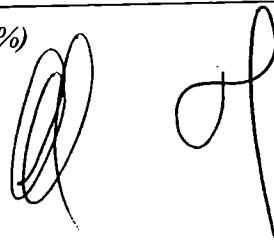
Art. 42 da Lei 9.430/96 (ano-calendário 2005)

004 – RECEITAS OPERACIONAIS (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA)

OUTRAS RECEITAS

Valores apurados de outras receitas, tudo conforme TERMO DE CONSTATAÇÃO 2003, 2004 E 2005, lavrado nesta data e que faz parte integrante do presente.

Fato gerador Valor Tributável ou Imposto Multa (%)



30/06/2004 R\$ 20.368,91225,00

30/09/2004 R\$ 23.853,52225,00

31/12/2004 R\$ 17.017,65225,00

Enquadramento legal: Art. 536 do RIR/99.”

Da CSLL:

“001 – CSLL

FALTA DE RECOLHIMENTO DA CSLL

Valor correspondente ao lucro operacional escriturado, mas não declarado/recolhido, no ano-calendário de 2003, tudo conforme TERMO DE CONSTATAÇÃO 03, 04 E 05, lavrado nesta data e que faz parte integrante do presente.

Fato Gerador

Ocorrência Val. Tributável ou Contribuição Multa(%)

30/06/2003

06/2003 R\$ 2.668.679,13225,00

30/09/2003

09/2003 R\$ 2.675.235,53225,00

31/12/2003

12/2003 R\$ 7.754.648,76225,00

Enquadramento legal: Art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88; art. 1º da Lei nº 9.316/96 e art. 28 da Lei nº 9.430/96; art. 37 da Lei nº 10.637/02.

002 – CSLL

CSLL SOBRE O LUCRO ARBITRADO

Valores apurados de prestação de serviços gerais, tudo conforme TERMO DE CONSTATAÇÃO 2003, 2004 E 2005, lavrado nesta data e que faz parte integrante do presente.

Fato Gerador

Ocorrência Val. Tributável ou Contribuição Multa(%)

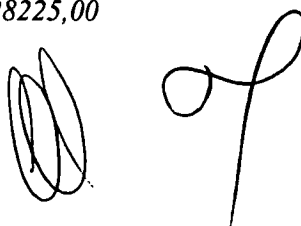
31/03/2004

03/2004 R\$ 8.863,27225,00

30/06/2004

06/2004 R\$ 15.745,28225,00

30/09/2004



09/2004R\$ 47.087,86225,00

31/12/2004

12/2004R\$ 151.165,11225,00

CSLL SOBRE O LUCRO ARBITRADO

Valores apurados de revenda de combustíveis e derivados de petróleo, tudo conforme TERMO DE CONSTATAÇÃO 2003, 2004 e 2005, lavrado nesta data e que faz parte integrante do presente.

Fato Gerador

Ocorrência Val. Tributável ou Contribuição Multa(%)

31/03/2004

03/2004R\$ 101.422.787,75225,00

30/06/2004

06/2004R\$ 87.508.106,50225,00

30/09/2004

09/2004R\$ 79.896.713,24225,00

31/12/2004

12/2004R\$ 80.655.567,41225,00

31/03/2005

01/2005R\$ 34.230.338,56225,00

02/2005R\$ 33.932.400,98225,00

03/2005R\$ 34.498.587,08225,00

30/06/2005

04/2005R\$ 31.764.719,75225,00

05/2005R\$ 27.138.721,76225,00

06/2005R\$ 27.860.666,64225,00

30/09/2005

07/2005R\$ 25.471.204,09225,00

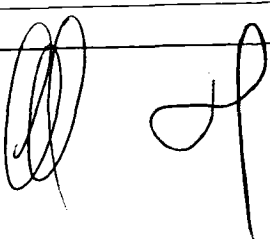
08/2005R\$ 18.400.301,89225,00

09/2005R\$ 29.387.042,20225,00

31/12/2005

10/2005R\$ 22.251.424,72225,00

11/2005R\$ 35.469.630,14225,00



12/2005R\$ 37.824.211,33225,00

CSLL SOBRE O LUCRO ARBITRADO

Valores apurados de outras receitas, tudo conforme TERMO DE CONSTATAÇÃO 2003, 2004 E 2005, lavrado nesta data e que faz parte integrante do presente.

Fato Gerador

OcorrênciaVal. Tributável ou ContribuiçãoMulta(%)

30/06/2004

06/2004R\$ 20.368,91 225,00

30/09/2004

09/2004R\$ 23.853,52225,00

31/12/2004

12/2004R\$ 17.017,65225,00

Enquadramento legal: Art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88; art. 20 da Lei nº 9.249/95; art. 29 da Lei nº 9.430/96; art. 37 da Lei nº 10.637/02."

Do Pis:

"001 – PIS

*FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE
RECOLHIMENTO/DECLARAÇÃO*

Durante o procedimento de verificações obrigatórias foram constatadas faltas ou insuficiências de recolhimento ou declaração em DCTF do PIS, tudo conforme TERMO DE CONSTATAÇÃO 2003, 2004 E 2005, lavrado nesta data e que faz parte integrante do presente.

Fato GeradorVal. Tributável ou ContribuiçãoMulta(%)

30/12/2003R\$ 4.638,4075,00

30/01/2004R\$ 6.066,6075,00

28/02/2004R\$ 3.832,7075,00

30/03/2004R\$ 2.511,8275,00

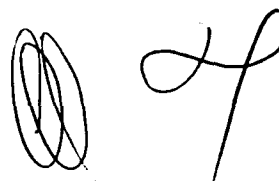
30/04/2004R\$ 7.023,3575,00

30/05/2004R\$ 4.786,6975,00

30/06/2004R\$ 2.324,2675,00

30/07/2004R\$ 5.178,5875,00

30/08/2004R\$ 8.842,6275,00



30/09/2004R\$ 11.010,0975,00

30/10/2004R\$ 16.003,9075,00

30/11/2004R\$ 22.523,8175,00

30/12/2004R\$ 49.200,2675,00

30/01/2005R\$ 40.888,04112,50

28/02/2005R\$ 24.126,87112,50

30/03/2005R\$ 26.205,52112,50

30/04/2005R\$ 38.881,76112,50

30/05/2005R\$ 21.670,95112,50

30/06/2005R\$ 26.059,98112,50

30/07/2005R\$ 39.826,49112,50

30/08/2005R\$ 47.828,87112,50

30/09/2005R\$ 44.502,38112,50

30/10/2005R\$ 53.783,42112,50

30/11/2005R\$ 42.042,74112,50

30/12/2005R\$ 68.654,92112,50

Enquadramento legal: Arts. 2º, inciso I, alínea "a" e parágrafo único, 3º, 10, 26 e 51 do Decreto nº 4.524/02."

Da COFINS:

"001 – COFINS

*FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE
RECOLHIMENTO/DECLARAÇÃO*

Durante o procedimento de verificações obrigatórias foram constatadas falta ou insuficiência de recolhimento ou declaração em DCTF da COFINS, tudo conforme TERMO DE CONSTATAÇÃO 2003, 2004 E 2005, lavrado nesta data e que faz parte integrante do presente.

Fato GeradorVal. Tributável ou Contribuição Multa(%)

30/01/2003R\$ 1.242,0975,00

28/02/2003R\$ 750,4875,00

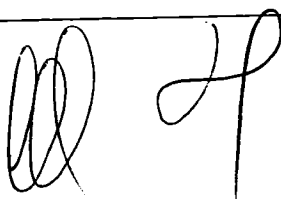
30/03/2003R\$ 944,8675,00

30/04/2003R\$ 1.086,8075,00

30/05/2003R\$ 988,9675,00

30/06/2003R\$ 4.286,6375,00

30/07/2003R\$ 2.321,8875,00



30/08/2003R\$ 2.594,2975,00
30/09/2003R\$ 602,7475,00
30/10/2003R\$ 2.897,1775,00
30/12/2003R\$ 29.936,8875,00
30/01/2004R\$ 28.770,0375,00
28/02/2004R\$ 17.207,4575,00
30/03/2004R\$ 11.596,1675,00
30/04/2004R\$ 33.230,6875,00
30/05/2004R\$ 22.096,9875,00
30/06/2004R\$ 10.729,8175,00
30/07/2004R\$ 23.906,5775,00
30/08/2004R\$ 40.821,0875,00
30/09/2004R\$ 50.827,4275,00
30/10/2004R\$ 73.865,1975,00
30/11/2004R\$ 103.979,8075,00
30/12/2004R\$ 227.130,0075,00
30/01/2005R\$ 188.757,14112,50
28/02/2005R\$ 111.380,19112,50
30/03/2005R\$ 120.976,16112,50
30/04/2005R\$ 179.495,25112,50
30/05/2005R\$ 100.042,61112,50
30/06/2005R\$ 120.304,28112,50
30/07/2005R\$ 183.856,54112,50
30/08/2005R\$ 220.799,01112,50
30/09/2005R\$ 205.442,48112,50
30/10/2005R\$ 248.287,85112,50
30/11/2005R\$ 194.087,74112,50
30/12/2005R\$ 316.941,22112,50

Enquadramento legal: Arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02."



O Termo de Constatação 2003, 2004 e 2005, constante de fls. 456/466, assim detalha as infrações:

"I) A EMPRESA

(...)

4. Constitui objeto social da sociedade a aquisição, armazenamento, e comércio de combustíveis derivados de petróleo, álcool combustíveis, gás natural e outros combustíveis automotivos derivados ou não de petróleo, a granel; o comércio de lubrificantes e graxas automotivas ou industriais, a granel ou envasadas, o transporte de derivados de petróleo e demais combustíveis líquidos a granel, através de veículos próprios, ou arrendados de terceiros, locação, empréstimos de equipamentos, para armazenagem, medição, controle de qualidade e comércio de combustíveis e outros derivados de petróleo.

5. Apresentou as Declarações de Informações da Pessoa Jurídica (DIPJs), da seguinte forma:

Ano-calendário 2003: Apresentou em 30/06/2004 com base no lucro real trimestral, com receitas iguais a zero. Não apresentou retificadora.

Ano-calendário 2004: Apresentou em 30/06/2005 com base no lucro real anual, com receitas iguais a zero. Apresentou retificadora em 31/10/2006 (já sob ação fiscal), com base no lucro real trimestral, informando receita anual de R\$ 349.706.036,00.

Ano-calendário 2005: Apresentou em 30/06/2006 com base no lucro real trimestral, com receitas iguais a zero. Apresentou retificadora em 31/10/2006 (já sob ação fiscal), com base no lucro real trimestral, informando receita anual de R\$ 306.270.641,90.

6. Apresentou as DCTFs (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais) no período de apuração de janeiro/2003 a dezembro/2004, sem, no entanto, informar quaisquer valores de débitos a título de IRPJ (Imposto de Renda Pessoa Jurídica) e CSLL (Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido). Com relação ao ano-calendário 2005, encontra-se omissa na entrega.

7. Apresentou as DACONs (Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais) no período de apuração de janeiro/2003 a dezembro/2004. Com relação ao ano-calendário de 2005, encontra-se omissa na entrega.

II – A AÇÃO FISCAL

(...)

11. Em TERMO DE INTIMAÇÃO lavrado em 01/12/2004 o contribuinte foi intimado a:

~~Apresentar extratos das contas-correntes/poupança bancárias que deram origem à movimentação financeira do ano-calendário de 2003, que totalizavam o valor de R\$ 413.770.930,09.~~

Comprovar, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos que possibilitaram a realização dos depósitos e/ou créditos nas referidas contas bancárias.

Apresentar os Livros comerciais e fiscais (Diário e Razão) do período de janeiro/2003 a setembro/2004, ou declaração de sua não escrituração.

Informar os nomes e os nºs das contas contábeis em que foram contabilizadas as movimentações das contas bancárias mantidas nas instituições financeiras.

Apresentar demonstrativo das bases de cálculo do PIS e da COFINS do período de janeiro/2003 a setembro/2004.

Apresentar cópia dos instrumentos de constituição da sociedade e todas as suas alterações.

12. Em correspondência datada de 30 de dezembro de 2004 a fiscalizada solicitou prorrogação de prazo para entrega da documentação, a qual foi deferida pelo prazo de 20 dias, em TERMO DE PRORROGAÇÃO DE PRAZO lavrado em 13/01/2005, dado ciência em 15/02/2005.

13. Não apresentada resposta, a fiscalizada foi reintimada em TERMO DE REINTIMAÇÃO lavrado em 13/04/2005.

14. Não apresentada resposta, a fiscalizada foi reintimada em TERMO DE REINTIMAÇÃO lavrado em 09/06/2005. Foi também intimada a:

Apresentar a escrituração, com observância das leis comerciais e fiscais (Livros Diário e Razão) do período de janeiro/2000 a dezembro/2000, e outubro/2004 a março/2005, ou declaração de sua não escrituração.

Apresentar demonstrativo das bases de cálculo do PIS e da COFINS do período de outubro/2004 a março/2005.

15. Em 21/06/2005 a fiscalizada apresentou os seguintes documentos:

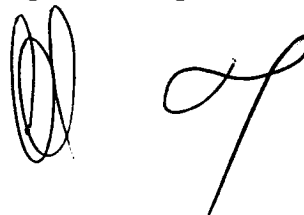
Livro RAZÃO do ano-calendário 2003, em folhas soltas;

Cópia do plano de contas da empresa;

Cópia dos instrumentos de constituição da sociedade e alterações.

16. Em TERMO DE RECEBIMENTO DE DOCUMENTOS E REINTIMAÇÃO lavrado na mesma data, a fiscalizada foi reintimada a apresentar os demais documentos solicitados no TERMO DE REINTIMAÇÃO lavrado em 09/06/2005.

17. Em 05/08/2005 a fiscalizada entregou os seguintes documentos:



Livros DIÁRIO de nºs 09, 10, 11 e 12, do ano-calendário de 2003;

Folhas dos balancetes analíticos mensais do ano-calendário 2003.

18. Em TERMO DE RECEBIMENTO DE DOCUMENTOS E REINTIMAÇÃO lavrado na mesma data a fiscalizada foi intimada e reintimada a:

Apresentar extratos das contas correntes/poupança bancárias que deram origem à movimentação financeira, do ano-calendário de 2003.

Apresentar a escrituração, com observância das leis comerciais e fiscais (Livros DIÁRIO e RAZÃO), do período de janeiro/2004 a junho/2005, ou declaração de sua não escrituração.

Apresentar demonstrativo das bases de cálculo do PIS e da COFINS do período de janeiro/2003 a junho/2005.

Apresentar a escrituração, com observância das leis comerciais e fiscais (Livros Diário e Razão) do período de janeiro/2000 a dezembro/2000, ou declaração de sua não escrituração.

Apresentar o Livro LALUR, do período de janeiro/2003 a junho/2005.

Apresentar em meio magnético, os livros Diário e Razão, do período de janeiro/2003 a junho/2005.

19. Em 23/09/2005 a fiscalizada entregou cópia de ata de assembléia geral extraordinária lavrada em 05 de dezembro de 2004. Em TERMO DE RECEBIMENTO DE DOCUMENTOS E REINTIMAÇÃO lavrado na mesma data a fiscalizada foi intimada e reintimada a apresentar os documentos solicitados no termo lavrado em 05/08/2005.

20. Em 04/10/2005 a fiscalizada entregou os seguintes documentos:

Livro RAZÃO do ano-calendário de 2000;

Cópia da ata de assembléia geral extraordinária lavrada em 18 de setembro de 2005.

21. Em TERMO DE RECEBIMENTO DE DOCUMENTOS E REINTIMAÇÃO lavrado na mesma data a fiscalizada foi intimada e reintimada a apresentar os demais documentos solicitados no termo lavrado em 05/08/2005.

22. Em 04/11/2005 a fiscalizada entregou os seguintes documentos:

Extratos bancários do ano-calendário 2003;

Livros DIÁRIO e RAZÃO dos anos-calendário de 2003 e 2004, em meio magnético.

Demonstrativos de PIS/COFINS dos anos-calendário de 2003 e 2004, em meio magnético.

23. Os extratos bancários do ano-calendário de 2003 foram conferidos, por amostragem, com os registros constantes nos livros DIÁRIO e RAZÃO entregues em 05/08/2005, não tendo sido encontradas irregularidades.

24. Em TERMO DE RECEBIMENTO DE DOCUMENTOS E INTIMAÇÃO lavrado em 04/11/2005 a fiscalizada foi intimada e reintimada a:

Apresentar a escrituração, com observância das leis comerciais e fiscais (Livros DIÁRIO e RAZÃO), do período de janeiro/2004 a junho/2005, em papel, ou declaração de sua não escrituração.

Apresentar demonstrativo das bases de cálculo do PIS e da COFINS do período de janeiro/2003 a junho/2005, em papel, devidamente assinado por representante legal da empresa.

Apresentar a escrituração, com observância das leis comerciais e fiscais (Livro Diário) do período de janeiro/2000 a dezembro/2000, ou declaração de sua não escrituração.

Apresentar o livro LALUR, do período de janeiro/2003 a junho/2005.

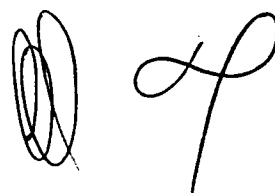
25. Não apresentada resposta, a fiscalizada foi reintimada em TERMOS DE REINTIMAÇÃO lavrados em 29/11/2005, 16/01/2006 e 14/03/2006.

26. Não tendo sido encontrada no endereço da matriz, sita à Av. Sidney Cardon de Oliveira, intimada, via Correios, por A.R. (aviso de recebimento), encaminhados ao endereço da matriz e ao endereço da filial 0003, sita à Av. Pres. Antonio Carlos, 600, em Duque de Caxias/RJ. Os termos encaminhados à matriz voltaram com indicação de "não procurado" e os A.Rs. encaminhados à filial retornaram devidamente recepcionados. A fiscalizada foi também intimada via Edital.

27. A partir desses termos, a fiscalizada foi intimada via correios, por A.Rs. encaminhados ao endereço da filial 0003, devidamente recepcionados, e também por Edital.

28. Com base no livro RAZÃO do ano-calendário de 2004, em meio magnético, apresentado pelo contribuinte em 04/11/2005, elaborei PLANILHA 5, onde constam as receitas do contribuinte. Isto posto, em TERMO DE INTIMAÇÃO lavrado em 14/03/2006 a fiscalizada foi intimada a ratificar ou alterar, se for o caso, todos os valores constantes na PLANILHA 5.

29. Em TERMO DE INTIMAÇÃO lavrado em 20/04/2006 a fiscalizada foi intimada a apresentar os extratos bancários do ano-calendário de 2005, que apresentam movimentação financeira de R\$ 351.089.760,80, bem como comprovar a origem dos recursos que possibilitaram a realização dos depósitos e/ou créditos nas contas bancárias. Foi reintimada também a apresentar os documentos solicitados nos termos lavrados em 04/11/2005, 29/11/2005, 16/01/2006 e 14/03/2006.



30. Não apresentada resposta, a fiscalizada foi reintimada a apresentar os documentos, em termos lavrados em 13/06/2006, 07/08/2006, 04/10/2006 e 04/12/2006.

31. Em 11 de outubro de 2006, foram emitidas RMFs (REQUISICÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA) às instituições financeiras, solicitando os extratos bancários da fiscalizada do ano-calendário de 2005, com base nos incisos VII e XI do Decreto 3.724/2001.

32. Com base nos extratos encaminhados pelos bancos, elaborei PLANILHAS 1 a 18, onde constam os demonstrativos dos depósitos/créditos bancários, do ano-calendário de 2005. Esses demonstrativos foram confeccionados da seguinte forma:

Na primeira coluna de valores, foram colocados os créditos com origem de mesma titularidade, quando identificados.

Na segunda coluna de valores, foram colocados os créditos com origem a comprovar.

Não foram incluídos os créditos referentes a resgates e rendimentos de aplicações financeiras, os estornos de CPMF, os cheques emitidos devolvidos e os estornos de débitos indevidos.

Foram deduzidos os cheques depositados devolvidos e os créditos indevidos.

33. Isto posto, em TERMO DE INTIMAÇÃO lavrado em 11/12/2006, a fiscalizada foi intimada e reintimada a:

Conferir, corrigir ou complementar todos os dados constantes nas PLANILHAS 1 a 18.

Comprovar, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos que possibilitaram a realização dos depósitos e/ou créditos relacionados nas PLANILHAS 1 a 18.

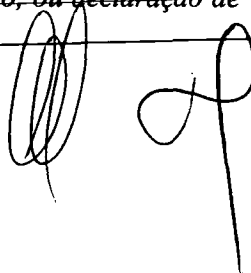
Apresentar as DCTFs referentes ao período de apuração do ano-calendário 2005.

Apresentar as DACON – Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais – referentes ao período de apuração do ano-calendário 2005.

Apresentar a escrituração, com observância das leis comerciais e fiscais (Livros DIÁRIO e RAZÃO), do período de janeiro/2004 a dezembro/2004, em papel, ou declaração de sua não escrituração.

Apresentar demonstrativo das bases de cálculo do PIS e da COFINS do período de janeiro/2003 a dezembro/2005, em papel, devidamente assinado por representante legal da empresa.

Apresentar a escrituração, com observância das leis comerciais e fiscais (Livros DIÁRIO e RAZÃO) do período de janeiro/2005 a dezembro/2005, em papel e meio magnético, ou declaração de sua não escrituração.



Apresentar o livro LALUR, do período de janeiro/2003 a dezembro/2005.

Ratificar ou alterar, se for o caso, todos os valores constantes na PLANILHA 5, em anexo ao TERMO DE INTIMAÇÃO lavrado em 14/03/2006.

34. O contribuinte não apresentou qualquer resposta aos 10 (dez) últimos termos, lavrados nas seguintes datas: 04/11/2005, 29/11/2005, 16/01/2006, 14/03/2006, 20/04/2006, 13/06/2006, 07/08/2006, 04/10/2006, 04/12/2006 e 11/12/2006.

III) DA APURAÇÃO DO LUCRO REAL DO ANO-CALENDÁRIO 2003

35. Com base nos demonstrativos "Apuração de Resultados" trimestrais, constantes dos livros DIÁRIO n.ºs 09, 10, 11 e 12, cópias em anexo, elaboramos PLANILHA 19 – Demonstrativo do Lucro Real – Ano-Calendário 2003.

36. O lucro real foi calculado a partir do lucro líquido antes do IRPJ e da CSLL, adicionados das multas não dedutíveis e das outras despesas não operacionais, constantes nos demonstrativos "apuração de resultados", tendo em vista que o contribuinte não apresentou o LALUR, apesar de intimado a fazê-lo.

37. Tendo em vista que foi apurado prejuízo fiscal no 1º trimestre, compensou-se este prejuízo, nos trimestres posteriores, limitado a 30% do lucro do trimestre, conforme relacionados na PLANILHA 19.

38. Considerando-se que a fiscalizada não efetuou qualquer recolhimento e também não declarou em DCTFs (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais) quaisquer valores a título de imposto de renda pessoa jurídica e CSLL, no ano-calendário de 2003, está sendo efetuado o presente lançamento de ofício.

IV) DO ARBITRAMENTO DO LUCRO DO ANO-CALENDÁRIO 2004

39. A fiscalizada foi intimada a apresentar os livros comerciais e fiscais (Diário e Razão) do ano-calendário 2004 em 7 (sete) termos, lavrados nas seguintes datas: 01/12/2004, 13/01/2005, 13/04/2005, 09/06/2005, 05/08/2005, 23/09/2005 e 04/10/2005.

40. Em 04/11/2005 a fiscalizada entregou os livros DIÁRIO E RAZÃO do ano-calendário 2004, somente em meio magnético.

41. A fiscalizada foi então intimada a apresentar os livros DIÁRIO E RAZÃO em papel, bem como o livro LALUR, por 10 (dez) vezes, em termos lavrados nas seguintes datas: 04/11/2005, 29/11/2005, 16/01/2006, 14/03/2006, 20/04/2006, 13/06/2006, 07/08/2006, 04/10/2006, 04/12/2006 e 11/12/2006.



42. *Observamos que a manutenção dos livros em meio magnético não exime o contribuinte da emissão em forma gráfica, nos termos do art. 267 do RIR/99.*

43. *Não apresentados os livros do ano-calendário de 2004, em papel, ficou sujeita ao arbitramento do lucro, com base no inciso I do art. 530 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto 3.000/1999 (RIR/99).*

44. *Com relação às receitas mensais da DÍNAMO, do ano-calendário de 2004, base de cálculo para o arbitramento do lucro, serão utilizadas aquelas constantes da DIPJ retificadora, apresentada sob ação fiscal, via internet, em 31/10/2006, as quais estão sendo consolidadas na PLANILHA 20, cuja soma anual alcançou o valor de R\$ 349.767.276,50. Observamos que este valor está coerente com a movimentação financeira do contribuinte, que atingiu o valor de R\$ 319.835.170,30, conforme relacionado na PLANILHA 21, em anexo.*

45. *A fiscalizada é uma distribuidora de combustíveis, ou seja, adquire combustível das refinarias de petróleo e usinas de álcool, e os revende para os comerciantes varejistas (postos de combustível), e não para CONSUMO.*

46. *Portanto, a base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica com base no lucro arbitrado será determinada mediante a aplicação do percentual geral de 9,6% sobre a receita bruta de revenda de mercadorias. Sobre a receita de serviços, será aplicado o percentual de 38,4% e, sobre as outras receitas, 100%, tudo conforme o disposto nos artigos 532, 536, 519 e 518, do RIR/99.*

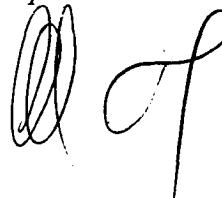
47. *Considerando-se que a fiscalizada não efetuou qualquer recolhimento e também não declarou em DCTFs (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais) quaisquer valores a título de impostos de renda pessoa jurídica e CSLL, no ano-calendário de 2004, está sendo efetuado o presente lançamento de ofício.*

V) DO ARBITRAMENTO DO LUCRO DO ANO-CALENDÁRIO 2005

48. *A fiscalizada foi intimada a apresentar os livros comerciais e fiscais (Diário, Razão e LALUR) do ano-calendário 2005 em 6 (seis) termos, lavrados nas seguintes datas: 20/04/2006, 13/06/2006, 07/08/2006, 04/10/2006, 04/12/2006 e 11/12/2006.*

49. *Não apresentados os livros do ano-calendário de 2005, ficou sujeita ao arbitramento do lucro, com base no art. 530, inc. I, do RIR/99.*

50. *Com relação às receitas mensais da DÍNAMO, do ano-calendário de 2005, base de cálculo para o arbitramento do lucro, serão utilizadas aquelas constantes da PLANILHA 18, em anexo ao TERMO DE INTIMAÇÃO lavrado em 11/12/2006, que consolida os depósitos/créditos bancários, cuja origem dos recursos o contribuinte não comprovou, apesar de intimada a fazê-lo, nos termos do art. 42 da Lei 9.430/96, cuja soma anual atingiu o valor de R\$ 358.229.249,14. Observamos que na DIPJ*



Retificadora, encaminhada via internet em 31/10/2006, já sob ação fiscal, as receitas, relacionadas na PLANILHA 22, em anexo, alcançou o valor anual de R\$ 306.613.400,39, valor da ordem de 15% inferior aos depósitos/créditos bancários.

51. A fiscalizada é uma distribuidora de combustíveis, ou seja, adquire combustível das refinarias de petróleo e usina de álcool, e os revende para os comerciantes varejistas (postos de combustível), e não para CONSUMO.

52. Portanto, a base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica com base no lucro arbitrado será determinada mediante a aplicação do percentual de 9,6% sobre a receita bruta de revenda de mercadorias, conforme o disposto nos artigos 532, 519 e 518, do RIR/99.

53. Considerando-se que a fiscalizada não efetuou qualquer recolhimento e também não declarou em DCTFs (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais) quaisquer valores a título de imposto de renda pessoa jurídica e CSLL, no ano-calendário de 2005, está sendo efetuado o presente lançamento de ofício.

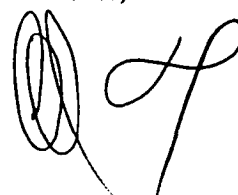
VI) DA QUALIFICAÇÃO E AGRAVAMENTO DA MULTA DE OFÍCIO DO IRPJ E DA CSLL

54. A fiscalizada demonstrou ânimo em fugir da tributação, informando receitas em suas DIPJs (aquelas entregues espontaneamente) iguais a zero, enquanto que os valores de sua movimentação financeira atingiam valores no intervalo de trezentos e dezenove a quatrocentos e treze milhões de reais, conforme demonstrativo a seguir.

Ano-calendário	Receita Informada nas DIPJs entregues espontaneamente (em Reais)	Valores da Movimentação Financeira (em Reais)	Receita Informada nas DIPJs Retificadoras, Entregues em 31/10/2006, já sob Ação Fiscal (em Reais)
2003	zero	413.770.930,09	Não entregou retificadora
2004	zero	319.835.170,30	349.767.276,50
2005	zero	351.089.760,80	306.613.400,39

55. Observamos que na data do encaminhamento das DIPJs retificadoras, a empresa encontrava-se com a espontaneidade excluída, nos termos do parágrafo 1º do art. 7º do Decreto 70.235/72 (Processo Administrativo Fiscal).

56. A empresa também não efetuou qualquer recolhimento e também não declarou em DCTFs (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais) quaisquer valores a título de imposto de renda pessoa jurídica e contribuição social sobre o lucro, nos anos-calendário de 2003 a 2005, apesar de ter declarado valores de Imposto de Renda Retido na Fonte, PIS e COFINS.



57. Ficou patente, dessa forma, reiterada declaração inexata das DIPJs e DCTFs, mediante omissão sistemática dos valores devidos a título de IRPJ e CSLL, com vistas a retardar o conhecimento das reais dimensões do fato gerador pela autoridade fazendária, sob o manto da regularidade aparente na entrega das declarações.

58. A fiscalizada também não apresentou resposta aos 10 (dez) últimos termos lavrados, que abrangeram um período de 13 (treze) meses, ficando também sujeita ao agravamento da multa, previsto no parágrafo 2º do art. 44 da Lei 9.430/66 (sic).

59. Por tudo o exposto, está sendo aplicada a multa qualificada e agravada de 225%, prevista no inc. II do art. 44 da Lei 9.430/96, c/c parágrafo 2º do mesmo artigo, por entendermos ficar demonstrada a existência de fatos que, em tese, configuram crime contra a ordem tributária, definida no art. 1º inc. I, da Lei 8.137/90, que dispõe: "Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias".

VII – DAS VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS DE PIS E COFINS

60. A Fiscalizada foi intimada a apresentar demonstrativo das bases de cálculo do PIS e da COFINS, a partir de janeiro/2003, em 8 (oito) termos lavrados nas seguintes datas: 01/12/2004, 13/01/2005, 13/04/2005, 09/06/2005, 21/06/2005, 05/08/2005, 23/09/2005 e 04/10/2005.

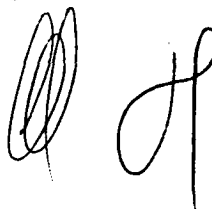
61. Em 04/11/2005 a fiscalizada apresentou os demonstrativos das bases de cálculo dos anos-calendário de 2003 e 2004, **em meio magnético**, os quais encontram-se anexados ao processo.

62. A Fiscalizada foi então intimada a apresentar demonstrativo das bases de cálculo do PIS e da COFINS, **em papel**, em 10 (dez) termos lavrados nas seguintes datas: 04/11/2005, 29/11/2005, 16/01/2006, 14/03/2006, 20/04/2006, 13/06/2006, 07/08/2006, 04/10/2006, 04/12/2006 e 11/12/2006. A fiscalizada não atendeu às intimações.

63. Com base nos arquivos em meio magnético, imprimimos os demonstrativos "Cálculo da Contribuição para o PIS" e "Cálculo da Contribuição para o COFINS", em anexo ao presente.

64. A fiscalizada também encaminhou, via internet, as DACONs (DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS) dos anos-calendário 2003 e 2004, conforme extratos em anexo. Com relação ao ano-calendário 2005, encontra-se omissa na entrega.

65. Observamos que a fiscalizada não informou, nas DACONs, o PIS/Combustíveis e a COFINS/Combustíveis, incidentes sobre as vendas de álcool hidratado. Tais valores, então, estão sendo considerados com base nos demonstrativos entregues em meio magnético pela fiscalizada.



VII.1. – PIS DOS ANOS-CALENDÁRIO 2003 E 2004

66. A fiscalizada é contribuinte, nos anos-calendário de 2003 e 2004, de duas contribuições PIS:

PIS NÃO CUMULATIVO, nos termos dos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 10.637/02 e art. 59 do Decreto 4.524/02.

PIS/Combustíveis, nos termos dos arts. 2º, inciso I, alínea “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 53, inc. I, do Decreto 4.524/02.

67. A PLANILHA 23 apresenta os valores devidos, sendo que o PIS NÃO CUMULATIVO foi extraído das DACONs, enquanto que o PIS/Combustíveis foi extraído dos demonstrativos entregues pelo contribuinte.

68. Somando-se essas duas contribuições e comparando-se com o PIS indicado nas DCTFs ou DARFs recolhidos (o valor maior), encontramos insuficiências de recolhimento/declaração do PIS, nos períodos de apuração de dezembro/2003 a dezembro/2004, os quais estão sendo lançados de ofício em auto de infração.

VII.2. – PIS E COFINS DO ANO-CALENDÁRIO 2005

69. Com relação ao ano-calendário 2005, a fiscalizada não entregou os demonstrativo de base de cálculo do PIS e da COFINS, apesar de intimada a fazê-lo e também não encaminhou as DACONs.

70. Isto posto, oficiamos a ANP, através dos Ofícios nºs 189 e 281/SEFIS/DRF-CPS, cópias em anexo, para que informassem o volume de comercialização dos produtos da DINAMO.

71. Através do Ofício nº 27 / 2007 / SAB, de 8 de janeiro de 2007, cópia em anexo, a ANP encaminhou os dados solicitados em meio magnético.

72. Com base nos arquivos em meio magnético, elaboramos PLANILHAS 24 a 26, a seguir relacionadas:

PLANILHA 24 – DEMONSTRATIVO DO VOLUME DE VENDAS DE ÁLCOOL HIDRATADO

PLANILHA 25 – DEMONSTRATIVO DOS PREÇOS MÉDIOS DE ÁLCOOL HIDRATADO.

PLANILHA 26 – DEMONSTRATIVO DO PIS/COMBUSTÍVEIS

73. Essas planilhas foram confeccionadas da seguinte forma:

Com base no volume de vendas e nos preços médios, calculou-se o valor das vendas mensais de álcool hidratado.

Sobre o valor das vendas mensais de álcool hidratado, aplicaram-se as alíquotas de 1,46% e 6,74%, respectivamente, para se calcular o PIS/Combustíveis e a COFINS/Combustíveis, nos termos da legislação já citada.



74. Considerando-se que a empresa não declarou em DCTFs e não efetuou qualquer recolhimento de PIS e COFINS, os mesmos estão sendo lançados integralmente de ofício em auto de infração.

75. Considerando-se que a fiscalizada não apresentou resposta às intimações para apresentar os demonstrativos das bases de cálculo do PIS e da COFINS, do ano-calendário 2005, está sendo aplicada a multa agravada de 112,5%, prevista no parágrafo 2º do art. 44 da Lei 9.430/96.

VII.3. – COFINS DOS ANOS-CALENDÁRIO 2003 E 2004

76. A fiscalizada é contribuinte, nos anos-calendário de 2003 e 2004, de três contribuições COFINS:

COFINS/Faturamento, nos termos dos arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02 (até o mês de janeiro de 2004).

COFINS NÃO CUMULATIVA, nos termos dos arts. 1º, 3º e 5º da Lei 10.833/03 (a partir de fevereiro de 2004).

COFINS/Combustíveis, nos termos dos arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 53, inciso I, do Decreto nº 4.524/02.

77. A PLANILHA 27 apresenta os valores devidos de COFINS/Faturamento e COFINS/Combustíveis, do período de janeiro/2003 a janeiro/2004, extraídos dos demonstrativos entregues pelo contribuinte.

78. Somando-se essas duas contribuições e comparando-se com a COFINS indicada nas DCTFs ou DARFs recolhidos (o valor maior), encontramos insuficiências de recolhimento/declaração da COFINS, os quais estão sendo lançados de ofício em auto de infração.

79. A PLANILHA 28 apresenta os valores devidos da COFINS NÃO CUMULATIVA (extraídas das DACons) e COFINS/Combustíveis (extraídas dos demonstrativos entregues pelo contribuinte), do período de fevereiro a dezembro/2004.

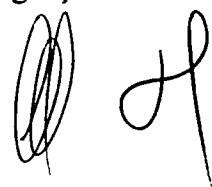
80. Somando-se essas duas contribuições e comparando-se com a COFINS indicada nas DCTFs ou DARFs recolhidos (o valor maior), encontramos insuficiências de recolhimento/declaração da COFINS, os quais estão sendo lançados de ofício em auto de infração.

VIII – CONSIDERAÇÕES FINAIS

(...)

84. Cópia do presente termo e dos autos de infração estão sendo encaminhados à Procuradoria da República em Campinas."

A interessada foi cientificada dos autos de infração por via postal, em 20/01/2007, conforme faz prova o AR de fls. 594. Inconformada, a contribuinte apresentou, por intermédio de seus representantes legais, em 16/02/2007, impugnação de fls. 600/624, acompanhada de documentos de fls. 625/636.



Ao relatar os fatos, acusa que a medida da fiscalização foi extremada, eis que havia condições de calcular os tributos sem que houvesse necessidade de utilização do arbitramento. Além do mais, julga equivocados os critérios de cálculo adotados pelo Fisco, vez que os coeficientes aplicados foram demasiadamente gravosos, levando em consideração que no tipo de atividade da impugnante a margem de lucro arbitrada é simplesmente impossível de ser obtida. Por fim, diz que não houve qualquer investigação e comprovação quanto ao “evidente intuito de fraude” que justificasse a aplicação da multa de 225%.

Sobre o arbitramento nos anos-calendário de 2003 a 2005, entende que se deu de forma precipitada, pois em sendo única a atividade exercida, qual seja, a distribuição de combustíveis, típica de revenda, não precisaria a fiscalização ter se valido do instituto do arbitramento.

Diz que a utilização desse recurso é medida de caráter excepcional, a qual somente deve ser colocada em prática quando a escrituração contábil do contribuinte não merecer fé ou apresentar indícios de fraude, o que em nenhum momento ocorreu. Cita doutrina e jurisprudência.

Acrescenta que o arbitramento é tipo de lançamento utilizado quando não se possui qualquer possibilidade de reconstituir a escrita da contribuinte. E que, *in casu*, o Fisco dispunha de elementos que poderiam determinar, com maior precisão, a base de cálculo do IRPJ. Em suas palavras:

“Como se disse anteriormente, a Impugnante atua no ramo de distribuição de combustíveis, o que equivale a dizer que a sua atividade precípua é a de revenda, (...).

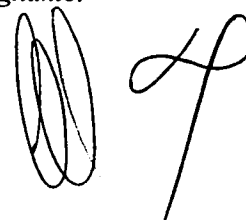
Isto significa que praticamente todo o resultado da Impugnante advém do confronto entre as receitas que ela obtém com a venda de tais combustíveis, com os custos relativos às respectivas compras.

Ora, o AFRF teve acesso a diversos Livros Contábeis e arquivos magnéticos da Impugnante, os quais continham todos os valores relacionados às compras e às vendas de combustíveis por ela efetuadas nos períodos fiscalizados.

Aliás, não só o AFRF teve acesso aos referidos Livros, como os utilizou para lavrar o presente Auto de Infração.

Por outro lado, e conforme consta do próprio Termo de Verificação Fiscal, o AFRF requisitou junto à ANP, (...), para que informassem o volume de comercialização dos produtos da empresa ora Impugnante nos períodos que fiscalizou. Tal requisição, por óbvio, teve o objetivo de checar a veracidade das informações contidas nos documentos fiscais apresentados pela Impugnante.

A ANP, (...), encaminhou tal relação ao Agente Fiscal, que a considerou válida e fidedigna. Isto é, a Autoridade Fiscal reconheceu que as obrigações relativas àquelas compras de combustível foram de fato incorridas pela Impugnante.



Trocando em miúdos, o que se pode perceber é que o AFRF validou as informações que possibilitavam a mensuração de praticamente todo o custo da Impugnante.

De igual modo, e como já mencionado anteriormente, restou validado, também, o total da sua Receita de Vendas.

Em sendo assim, o que se percebe é que se o AFRF investigasse com a profundidade imposta pela legislação, poderia recompor toda apuração do Lucro Real (vendas menos compras), ignorando as despesas gerais, de modo que resta claro o fato de que o arbitramento em tela foi absolutamente desnecessário.

O Conselho de Contribuintes compactua com este entendimento, consoante atesta a ementa abaixo transcrita:

(...)

Ante o exposto, pede e espera a Impugnante que o presente Auto de Infração seja cancelado, por restar claro que a utilização do instituto do arbitramento foi efetuada de forma precipitada."(grifos do original)

E ainda que se considere válido o arbitramento, argumenta que o coeficiente de lucratividade não está correto. Alega que o artigo 532 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) estabelece a aplicação do percentual de 1,92% como coeficiente de lucratividade "a ser aplicado nos casos em que a Receita Federal arbitra o lucro de empresas que auferam receita com a revenda, para consumo, de combustíveis derivados do petróleo ou álcool".

Entende que tal dispositivo não se aplica apenas para os revendedores varejistas, até porque não faria qualquer sentido lógico imputar a uma Distribuidora uma margem de lucratividade tão elevada. Afirma ser intuitivo que as Distribuidoras trabalham com uma margem muito pequena de lucro, fato notório, ante a acirrada concorrência existente no mercado.

Tomando como referência um resumo feito da tabela ANP da 'Composição do Faturamento da Gasolina "C" no Distribuidor', tece as seguintes considerações:

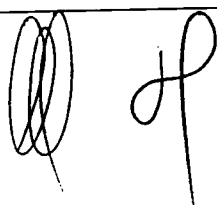
"A tabela acima, aqui transcrita de forma resumida, foi desenvolvida pela ANP para auxiliar o Governo Federal no monitoramento dos preços de venda dos combustíveis no País. Isto porque, desde fevereiro de 1999, não há mais preço fixo de revenda dos combustíveis para o consumidor final.

(...)

Conquanto não exista "tabelamento de preços", a ANP fornece aos consumidores alguns subsídios para que eles mesmos possam compor o preço final da gasolina, do álcool e de outros combustíveis.

Nesse sentido, além de estruturar a fórmula de cálculo, a ANP sugere alguns dados para preenchimento da tabela.

É óbvio que alguns valores, a exemplo do frete, dependem da distância entre a refinaria e o distribuidor, ou de qualquer outra circunstância peculiar às adversidades de cada distribuidora.



Por isso, como destacado na tabela *exemplificativa* acima, a ANP não sugere valores a esse título.

Outros dados, porém, como a “*margem de distribuição* (leia-se *margem estimada de lucro*), guardam relação *menos* direta com fatores individuais de cada distribuidora, *ou seja*, não estão fortemente vinculados a condições *singulares* de cada distribuidora.

Estão pautados, isto sim, por uma realidade *macroeconômica*, na qual se inserem não uma, mas *a totalidade* dessas distribuidoras.

E isto confere maior homogeneidade a tais *índices*. Desse modo, porque fiel a uma realidade *equânime*, a “*margem de distribuição*” divulgada pela ANP é mais *consistente* do que o valor do frete, como vimos.

Embora a “*margem de distribuição*” não *seja fixada* pela ANP, *inegável* que a indicação deste coeficiente (*3% a 5%*, no caso) não é mera sugestão, *mas fortíssimo indicativo* das bases reais praticadas no mercado.

Em outras palavras, a distribuidora pode *adotar* outros índices de “*margem de distribuição*”, todavia, a *destoar* dos coeficientes normais, de conseguinte, ela sofre *grande* risco de ser penalizada por *infrações* à ordem econômica. E lembre-se, esta é uma das finalidades *precípua*s do *monitoramento* dos preços dos combustíveis.

A “*margem de distribuição*” (lucro) *divulgada* pela ANP *não é vinculante*. É uma simples constatação, *retirada* das operações efetivamente realizadas no dia a dia. E *justamente* por estar afinada com a realidade, a Distribuidora *que* muito se afastar desses coeficientes pode ser penalizada *por infração* à ordem econômica.

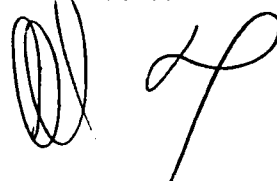
Diante disso, ilustre julgador, como é *que pode* a Impugnante aceitar uma presunção de lucro de 9,6% (...) ???

Como é que se pode arbitrar o lucro em *um valor* muito superior àquele divulgado pela própria *Autarquia Federal* (ANP) encarregada de aferir o índice real nas *operações* do setor???

É impossível que se faça prevalecer um *índice* de lucro arbitrado que muito *destoa* das próprias *informações* oficiais sobre a atividade de Distribuição de Combustíveis.

Fica, assim, demonstrado que o *coeficiente* de lucratividade utilizado pelo Agente Fiscalizador é *absurdo*, pois não condiz, em hipótese alguma, com aquele que *mais* se aproxima à realidade das empresas Distribuidoras, *qual seja*, o de 1,92%.

Assim, pede e espera a Impugnante *que*, ainda que o arbitramento em tela seja considerado *válido*, *que o AI ora combatido seja cancelado*, pelo fato *de ter* sido lavrado com



base em um coeficiente de arbitramento totalmente incorreto.”
(grifos do original)

Quanto à multa exigida no patamar de 225%, **contrapõe-se** dizendo que não bastam simples e sucintas alegações para agravar e qualificar a **penalidade**, não significando, tal conclusão, que a impugnante aceita, de outro giro, o coeficiente de 75%, já que procura demonstrar serem descabidas as exigências contidas no auto de **infração**.

Reportando-se às disposições constantes do art. **44**, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, afirma que a aplicação da multa de 225% somente está **autorizada** nos casos em que houver evidente intuito de fraude.

E continua, em suas palavras:

*“Com efeito, as Autoridades Fiscais não são livres **para inferir** se, frente a tal ou qual caso concreto, o contribuinte **agiu com evidente intuito de fraude** (requisito indispensável à aplicação da multa de 225%). O mesmo artigo 44, inciso II, da Lei 9.430, dispõe taxativamente qual tipo de conduta (o que) **pode** ser qualificada como fraude para efeito da aplicação da **multa** mais gravosa.*

*Os elementos caracterizadores **da fraude**, conforme remissão do sobredito dispositivo legal, são dados pelos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 30 de novembro de 1996 (sic), a **saber**: (i) a **ação lesiva**, prejudicial ao Erário Público e (ii) **dolo**, ou seja, **intenção real** do agente em praticar a lesão.*

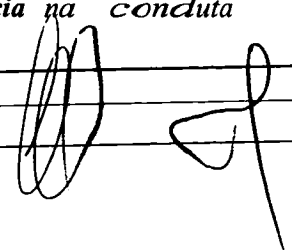
*A doutrina mais avalizada no assunto, na pessoa de **ALBERTO XAVIER**, reportando-se às lições de **GALVÃO TELLES**, assim se pronunciou acerca do conceito de dolo:*

*“Dolo, na acepção com que lhe dá a linguagem dos **juristas**, é **intenção de provocar um evento ou resultado contrário ao Direito**. O agente **prevê e quer** o resultado **ilícito**; este representa-se no espírito do sujeito que o elege como **fim**, e para ele se dirige a sua vontade através de uma conduta **ativa** ou **passiva**. **Não pode se falar em fraude sem que exista dolo e não pode falar-se em dolo onde não ocorra uma especial direção subjetiva da consciência e vontade do agente que possa caracterizar-se como ‘intenção fraudulenta’**” (grifos nossos – in Direito Tributário e Empresarial, editora Forense, página 34)*

*Outro aspecto necessário à adoção da multa mais **gravosa** (225%) é o da **evidência** do intuito de fraude.*

*Se o legislador, com o fim de que não se ampliasse o **circulo** de condutas gravadas com a penalidade de 225%, houve **por bem** definir o que era fraude, e tampouco descuidou de **assegurar** ao contribuinte outra proteção: não bastam **quaisquer irregularidades ou singelas imprecisões** para se **autorizar a pena** de 225%; a Lei deixa expresso e transparente que é **necessário** muito mais do que isso, deve haver **evidência** na conduta fraudulenta.*

(...)



Além do mais, como sabemos, o processo administrativo é regido pelo princípio da verdade real.

Segundo esse princípio, não pode o Fisco, no seu mister fiscalizatório, fazer as alegações que bem entender e ficar aguardando que o contribuinte se desdobre para provar o contrário.

(...)

No caso vertente, o Agente Fiscalizador, alegou “que a fiscalizada foi intimada a apresentar os livros comerciais e fiscais (Diário e Razão)” sendo que a Impugnante “somente apresentou em meio magnético” para arbitrar o lucro da Impugnante.

Como se pode perceber de toda a fundamentação do Agente Fiscalizador, o principal motivo, segundo a sua ótica, que o autorizou imputar à Impugnante o ônus de recolher a multa devida em caso de fraude, foi o fato da Impugnante ter entregado os livros fiscais em meio magnético (e não em papel) e o arbitramento do lucro da Impugnante.

*Além disso, e este fato nunca pode ser perdido de vista, o Auto de Infração, por ser um procedimento administrativo por excelência, deve ser lavrado com base em regras jurídicas muito bem delimitadas, regras estas que além de prescreverem uma **conduta imparcial** por parte dos servidores públicos responsáveis pela sua lavratura, estabelecem também **critérios objetivos** quanto à forma como deve se desenrolar o referido processo investigatório.*

Deste modo, é vedado a tais servidores públicos divagarem e efetuarem ilações de cunho subjetivo, desprovidas de respaldo fático e documental, sobretudo na hipótese em que se sustenta a prática de um crime.

*Em outras palavras, sendo o fim do procedimento de lançamento, em si mesmo considerado, um fim de aplicação **objetiva** da lei, nele não se desenrola propriamente um litígio, mas uma **atividade disciplinada de colaboração para a descoberta da verdade material**, de modo, que, nesse contexto, **não há espaço para conjecturas subjetivas, decorrentes das convicções pessoais do Agente Fiscalizador.***

*Ora, pode-se perceber que o Agente Fiscalizador tratou a aplicação da multa de 225% como um simples reflexo do arbitramento. Vale dizer, a referida Autoridade entendeu o arbitramento, por si só, acarreta **legítima presunção de fraude.***

A impugnante agora pergunta:

Onde está a devida fundamentação para aplicação da penalidade mais gravosa???

Onde é que está demonstrada pelo AFRF a existência de fraude???



Por que estas meras irregularidades implicam em direto e cabal comprovação de fraude???

Houve, por isso, real intenção (dolo) de lesar o Erário Público???

As respostas para todas essas perguntas são negativas, porquanto o Agente Fiscalizador nem sequer fundamentou sua pretensão de maneira objetiva, limitou-se a majorar a multa como consequência (simples reflexo) do arbitramento do lucro.

Em momento algum o Agente Fiscalizador demonstrou que houve evidente intuito de fraude!

A despeito disso, de forma precipitada lançou a multa de 225%, com base em breves linhas de argumentação, as quais foram dedicadas a justificar o arbitramento do lucro (e não o evidente intuito de fraude, como requer a aplicação dessa multa).

Assim, uma vez que a fraude não foi devidamente comprovada, não há o menor cabimento na exigência da multa extremamente elevada."(grifos do original)

Cita jurisprudência administrativa e acrescenta que mais um reparo deve ser apostado na conduta do Agente Fiscalizador. Trata-se do fato de que os atos da administração devem ser fundamentados, sob pena de obscurecer o direito ao contraditório e à ampla defesa. Nesse contexto, acusa que a fundamentação precisa e bem acabada é imprescindível à aplicação da penalidade pretendida. Apóia-se, novamente, na jurisprudência, protestando pelo cancelamento da multa aplicada no percentual de 225%.

Ainda com relação à penalidade, argúi ter o caráter confiscatório e notadamente desproporcional, o que é vedado pela Constituição Federal. Cita decisões do STF nesse sentido e acrescenta que aquele colendo Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado no sentido de ser admissível o percentual a título de multa moratória entre 20% e no máximo 30%, o que no presente caso não foi observado.

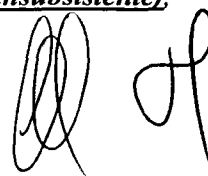
Por fim, contrapõe-se à exigência de juros à taxa Selic. Alega que o art. 13 da Lei nº 9.250, de 1995, que instituiu referido acréscimo legal, não definiu o que seja a taxa Selic, pelo que afronta claramente o art. 161, §1º, do CTN.

Entende que para ser albergada para fins tributários, havia imperiosa necessidade de lei estabelecendo critérios para sua exteriorização, por ser notório o princípio de que o contribuinte deve saber de antemão como será apurado o *quantum debeatur* da obrigação tributária.

E que, na realidade, pretende-se aplicar à taxa Selic um misto de ganho de capital e neutralização dos efeitos da inflação. Argumenta não se poder dizer que a taxa Selic seja correção monetária. Porém, sendo apurada segundo a taxa média das operações com títulos públicos federais calculados com base nas operações de financiamento do mercado aberto, não guarda relação com o art. 161, § 1º, do CTN.

Encerra protestando:

~~"a) que o presente Auto de Infração nº 10830.000291/2007-00 (MPF nº 0810400-2004-00571-7), com ciência dada em data de 20/01/2007, seja julgado improcedente (insubsistente),~~



requerendo o arquivamento do presente procedimento administrativo, com o cancelamento das exigências do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, com os respectivos juros e multas, diante dos argumentos acima expendidos:

1)- diante da utilização indevida do "arbitramento" do lucro tributável;

2)- o coeficiente utilizado (9,6%) não está correto, vez que conforme o Artigo 532 do RIR/99 deve ser de 1,92% e não 9,6% conforme estabelecido na autuação ora combatida;

3)- improcedência da multa de ofício aplicada no percentual de 225%, vez que não existe prova cabal da ocorrência de fraude, bem como da real intenção de lesar o Erário Público, conforme exigido no Artigo 44 da Lei nº 9.430/96.

b)- além disso, requer a Impugnante:

1)- que seja afastada a imposição da multa com caráter confiscatório, fixando-se nos limites estabelecidos pelo Colendo Supremo Tribunal Federal – STF; e

2)- que seja afastada a incidência da "Taxa SELIC".

A decisão de primeira instância, fls. 721 a 765, julgou os lançamentos tributários procedentes, sob os fundamentos consignados nas seguintes ementas, fls. 721 a 723, *in verbis*:

"Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003, 31/03/2004, 30/06/2004, 30/09/2004, 31/12/2004, 31/03/2005, 30/06/2005, 30/09/2005, 31/12/2005

AC 2003. LUCRO REAL. RECOMPOSIÇÃO PELO FISCO.

Ainda que à falta da apresentação do LALUR, quando restar perfeitamente aferível o lucro da contribuinte pela existência de escrituração dos Livros Diário e Razão e de Demonstrativos de Apuração de Resultados, pertinente é o cálculo dos tributos e contribuições devidos, mediante a utilização pelo Fisco da modalidade de tributação pelo lucro real, conforme exercida pela contribuinte.

AC 2004 E 2005. ARBITRAMENTO.

Deixando a contribuinte de apresentar documentação hábil e idônea a justificar a legitimidade da apuração dos resultados pelo lucro real, a despeito de ter sido reiteradamente intimada para tanto por lapso de tempo superior a um ano, prazo mais que suficiente para a elaboração, emissão gráfica e/ou recomposição de escrituração regular, correto é o arbitramento do lucro.

É matéria pacífica no âmbito administrativo que a utilização de sistemas eletrônicos de escrituração não desobriga a pessoa jurídica da guarda e conservação dos livros e documentos originais de interesse da fiscalização de tributos federais, até que ocorra a prescrição dos créditos tributários a que se refiram.



A falta da apresentação dos livros emitidos graficamente aliada à constatação de que as receitas extraídas do livro Razão fornecido em meio magnético divergem consideravelmente daquelas informadas pela contribuinte na DIPJ retificadora, permite a opção pelo abandono dos dados extraídos da escrituração apresentada em meio magnético, ratificando a necessidade do arbitramento.

AC 2003 A 2005. DECLARAÇÃO INEXATA. OMISSÃO DE RECEITA E FALTA DE DECLARAÇÃO DE IRPJ E DE CSLL. PRÁTICA SISTEMÁTICA E REITERADA. MULTA QUALIFICADA.

A existência de declaração inexata, que omite sistematicamente e de forma reiterada toda a receita auferida, bem como a existência também sistemática e reiterada de falta de declaração de IRPJ e de CSLL, caracteriza intenção de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, das dimensões do fato gerador da obrigação tributária, configurando a hipótese prevista no art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, condição necessária e suficiente para qualificar a multa aplicada.

AC 2003 A 2005. DEVER DE PRESTAR INFORMAÇÕES. DESCUMPRIMENTO. MULTA AGRAVADA.

Se a pessoa jurídica é intimada na condição de sujeito passivo a prestar informações sobre bens, negócios e atividades próprios, no caso de evidente negativa, caracterizada por comportamento omissivo, deverá suportar a imposição de multa agravada, se do procedimento Fiscal resultou a formalização de exigência de tributo.

MULTA DE OFÍCIO E JUROS À TAXA SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. COMPETÊNCIA.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

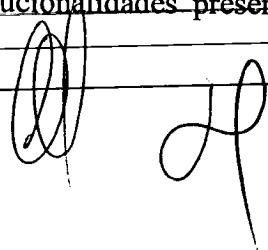
Lavrado o Auto principal, devem também ser lavrados os Autos reflexos, nos termos do art. 142, parágrafo único do CTN (lei nº 5.172/66), devendo estes seguir a mesma orientação decisória daquele do qual decorrem.

Lançamento Procedente”

Cientificada dessa decisão em 28/06/2007, segundo “A. R.” afixado às fls. 775 verso, a contribuinte apresentou recurso voluntário datado de 30/07/2007, fls. 776 a 801, onde repete as razões de defesa apresentadas na impugnação já relatadas, a seguir resumidas, e aduziu, em síntese:

- preliminarmente, assevera que o sócio Ferreira Dias, a quem foi entregue a intimação da decisão recorrida, retirou-se da sociedade;

- a decisão recorrida deve ser reformada na sua totalidade, especialmente no que diz respeito à impossibilidade de apreciação das inconstitucionalidades presentes, que viciam todo o auto de infração;



- é necessário que a autoridade julgadora observe as decisões proferidas em tribunais judiciais, bem como as decisões administrativas em casos análogos;

- havia condições de calcular os tributos sem que houvesse necessidade de utilização do arbitramento;

- entende equivocados os critérios de cálculo adotado pelo Fisco, vez que os coeficientes aplicados foram demasiadamente gravosos, levando em consideração que no tipo de atividade da impugnante a margem de lucro arbitrada é simplesmente impossível de ser obtida;

- sendo a única atividade exercida a distribuição de combustíveis, típica de revenda, não precisaria a fiscalização ter se valido do instituto do arbitramento; a utilização desse recurso é medida de caráter excepcional, a qual somente deve ser colocada em prática quando a escrituração contábil do contribuinte não merecer fé ou apresentar indícios de fraude, o que não ocorreu; citou doutrina e jurisprudência; no caso o Fisco dispunha de elementos que poderiam determinar, com maior precisão, a base de cálculo do IRPJ; o fisco dispunha de total controle sobre os preços e volumes que são obtidos perante a Agência Nacional de Petróleo - ANP; o percentual de arbitramento de 9,6% é inadequado, pretendendo a aplicação do percentual de 1,92%, previsto para a atividade de revenda de combustível para consumo;

- não houve qualquer investigação e comprovação quanto ao “evidente intuito de fraude” que justificasse a aplicação da multa de 225%; assevera que as autoridades fiscais não são livres para inferir se o contribuinte agiu ou não com evidente intuito de fraude;

- a imposição da multa tem caráter confiscatório e notadamente desproporcional, a respeito citou jurisprudência judicial;

- pugna pela inaplicabilidade da taxa SELIC para cálculo dos juros de mora, asseverando que se trata de uma taxa média das operações de mercado com títulos públicos em afronta às disposições do art. 161 do CTN.

Alfim a contribuinte pede sejam os autos remetidos à DRJ para julgamento acerca da inconstitucionalidade presentes no auto de infração ou que, aprecie o mérito para reformar, *in totum*, a decisão recorrida.

É o relatório resumido do processo.

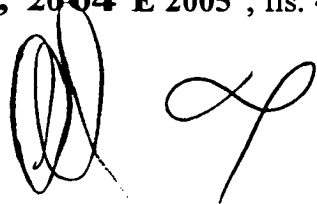
Voto

Conselheiro CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos legais e regimentais de admissibilidade. Dele tomo conhecimento.

ARBITRAMENTO DOS LUCROS

O fisco procedeu ao arbitramento dos lucros da empresa em virtude dos seguintes fatos descritos no “Termo de Constatação 2003, 2004 E 2005”, fls. 456 a 466, com se vê dos excertos a seguir transcritos, fls. 457 e 461/462:



“[...]

5. *Apresentou as Declarações de Informações da Pessoa Jurídica (DIPJs), da seguinte forma:*

Ano-calendário 2003: Apresentou em 30/06/2004 com base no lucro real trimestral, com receitas iguais a zero. Não apresentou retificadora.

Ano-calendário 2004: Apresentou em 30/06/2005 com base no lucro real anual, com receitas iguais a zero. Apresentou retificadora em 31/10/2006 (já sob ação fiscal), com base no lucro real trimestral, informando receita anual de R\$ 349.706.036,00.

Ano-calendário 2005: Apresentou em 30/06/2006 com base no lucro real trimestral, com receitas iguais a zero. Apresentou retificadora em 31/10/2006 (já sob ação fiscal), com base no lucro real trimestral, informando receita anual de R\$ 306.270.641,90.

6. *Apresentou as DCTFs (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais) no período de apuração de janeiro/2003 a dezembro/2004, sem, no entanto, informar quaisquer valores de débitos a título de IRPJ (Imposto de Renda Pessoa Jurídica) e CSLL (Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido). Com relação ao ano-calendário 2005, encontra-se omissa na entrega.*

7. *Apresentou as DACONs (Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais) no período de apuração de janeiro/2003 a dezembro/2004. Com relação ao ano-calendário de 2005, encontra-se omissa na entrega.*

[...]”

Fls. 461/462:

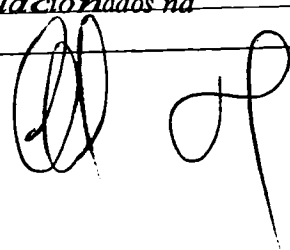
“[...]

III) DA APURAÇÃO DO LUCRO REAL DO ANO-CALENDÁRIO 2003

35. *Com base nos demonstrativos “Apuração de Resultados” trimestrais, constantes dos livros DIÁRIO n°s 09, 10, 11 e 12, cópias em anexo, elaboramos PLANILHA 19 – Demonstrativo do Lucro Real – Ano-Calendário 2003.*

36. *O lucro real foi calculado a partir do lucro líquido antes do IRPJ e da CSLL, adicionados das multas não dedutíveis e das outras despesas não operacionais, constantes nos demonstrativos “apuração de resultados”, tendo em vista que o contribuinte não apresentou o LALUR, apesar de intimado a fazê-lo.*

37. *Tendo em vista que foi apurado prejuízo fiscal no 1º trimestre, compensou-se este prejuízo, nos trimestres posteriores, limitado a 30% do lucro do trimestre, conforme relacionados na PLANILHA 19.*



38. Considerando-se que a fiscalizada não efetuou qualquer recolhimento e também não declarou em DCTFs (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais) quaisquer valores a título de imposto de renda pessoa jurídica e CSLL, no ano-calendário de 2003, está sendo efetuado o presente lançamento de ofício.

IV) DO ARBITRAMENTO DO LUCRO DO ANO-CALENDÁRIO 2004

39. A fiscalizada foi intimada a apresentar os livros comerciais e fiscais (Diário e Razão) do ano-calendário 2004 em 7 (sete) termos, lavrados nas seguintes datas: 01/12/2004, 13/01/2005, 13/04/2005, 09/06/2005, 05/08/2005, 23/09/2005 e 04/10/2005.

40. Em 04/11/2005 a fiscalizada entregou os livros DIÁRIO E RAZÃO do ano-calendário 2004, somente em meio magnético.

41. A fiscalizada foi então intimada a apresentar os livros DIÁRIO E RAZÃO em papel, bem como o livro LALUR, por 10 (dez) vezes, em termos lavrados nas seguintes datas: 04/11/2005, 29/11/2005, 16/01/2006, 14/03/2006, 20/04/2006, 13/06/2006, 07/08/2006, 04/10/2006, 04/12/2006 e 11/12/2006.

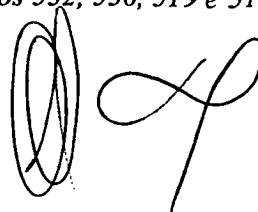
42. Observamos que a manutenção dos livros em meio magnético não exime o contribuinte da emissão em forma gráfica, nos termos do art. 267 do RIR/99.

43. Não apresentados os livros do ano-calendário de 2004, em papel, ficou sujeita ao arbitramento do lucro, com base no inciso I do art. 530 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto 3.000/1999 (RIR/99).

44. Com relação às receitas mensais da DÍNAMO, do ano-calendário de 2004, base de cálculo para o arbitramento do lucro, serão utilizadas aquelas constantes da DIPJ retificadora, apresentada sob ação fiscal, via internet, em 31/10/2006, as quais estão sendo consolidadas na PLANILHA 20, cuja soma anual alcançou o valor de R\$ 349.767.276,50. Observamos que este valor está coerente com a movimentação financeira do contribuinte, que atingiu o valor de R\$ 319.835.170,30, conforme relacionado na PLANILHA 21, em anexo.

45. A fiscalizada é uma distribuidora de combustíveis, ou seja, adquire combustível das refinarias de petróleo e usinas de álcool, e os revende para os comerciantes varejistas (postos de combustível), e não para CONSUMO.

46. Portanto, a base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica com base no lucro arbitrado será determinada mediante a aplicação do percentual geral de 9,6% sobre a receita bruta de revenda de mercadorias. Sobre a receita de serviços, será aplicado o percentual de 38,4% e, sobre as outras receitas, 100%, tudo conforme o disposto nos artigos 532, 536, 519 e 518, do RIR/99.



47. Considerando-se que a fiscalizada não efetuou qualquer recolhimento e também não declarou em DCTFs (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais) quaisquer valores a título de impostos de renda pessoa jurídica e CSLL, no ano-calendário de 2004, está sendo efetuado o presente lançamento de ofício.

V) DO ARBITRAMENTO DO LUCRO DO ANO-CALENDÁRIO 2005

48. A fiscalizada foi intimada a apresentar os livros comerciais e fiscais (Diário, Razão e LALUR) do ano-calendário 2005 em 6 (seis) termos, lavrados nas seguintes datas: 20/04/2006, 13/06/2006, 07/08/2006, 04/10/2006, 04/12/2006 e 11/12/2006.

49. Não apresentados os livros do ano-calendário de 2005, ficou sujeita ao arbitramento do lucro, com base no art. 530, inc. I, do RIR/99.

50. Com relação às receitas mensais da DÍNAMO, do ano-calendário de 2005, base de cálculo para o arbitramento do lucro, serão utilizadas aquelas constantes da PLANILHA 18, em anexo ao TERMO DE INTIMAÇÃO lavrado em 11/12/2006, que consolida os depósitos/créditos bancários, cuja origem dos recursos o contribuinte não comprovou, apesar de intimada a fazê-lo, nos termos do art. 42 da Lei 9.430/96, cuja soma anual atingiu o valor de R\$ 358.229.249,14. Observamos que na DIPJ Retificadora, encaminhada via internet em 31/10/2006, já sob ação fiscal, as receitas, relacionadas na PLANILHA 22, em anexo, alcançou o valor anual de R\$ 306.613.400,39, valor da ordem de 15% inferior aos depósitos/créditos bancários.

51. A fiscalizada é uma distribuidora de combustíveis, ou seja, adquire combustível das refinarias de petróleo e usina de álcool, e os revende para os comerciantes varejistas (postos de combustível), e não para CONSUMO.

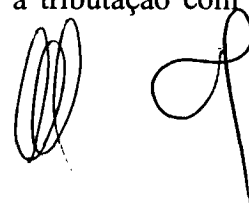
52. Portanto, a base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica com base no lucro arbitrado será determinada mediante a aplicação do percentual de 9,6% sobre a receita bruta de revenda de mercadorias, conforme o disposto nos artigos 532, 519 e 518, do RIR/99.

53. Considerando-se que a fiscalizada não efetuou qualquer recolhimento e também não declarou em DCTFs (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais) quaisquer valores a título de imposto de renda pessoa jurídica e CSLL, no ano-calendário de 2005, está sendo efetuado o presente lançamento de ofício.

[...]"

Em grau de recurso a situação da contribuinte continuou inalterada em face do decidido em primeira instância.

~~As empresas sujeitas à tributação com base no lucro real, que não mantiverem escrituração em conformidade com as disposições das leis comerciais e fiscais, ou que deixarem de elaborar demonstrações financeiras submetem-se à tributação com base no~~



regime do lucro arbitrado, a teor das disposições do art. 47 da Lei nº 8.981/1995 e art. 1º da Lei nº 9.430/1996.

O art. 16 da Lei nº 9.249/1995 e art. 27, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, estabelecem os percentuais para a determinação do lucro arbitrado incidentes sobre a receita bruta conhecida.

Na hipótese dos autos o percentual de arbitramento dos lucros é aquele utilizado pelo fisco, de 9,6%, aplicado sobre o montante da receita bruta conhecida, visto que o percentual de 1,92% pleiteado pela contribuinte aplica-se apenas à atividade de revenda de combustíveis a consumidores, não se aplicando às empresas que se dedicam à atividade distribuição de combustíveis, por falta de expressa previsão legal.

Já a receita bruta conhecida abrange não só a receita declarada pelo contribuinte bem como a receita omitida apurada pela fiscalização com base em elementos de prova confiáveis, como talonários de notas fiscais não escrituradas, informações e documentação obtidas junto a fornecedores e clientes, declarações fiscais aos entes federados, boletins de caixa, extratos bancários, livros fiscais, dentre outras fontes de pesquisas.

Os critérios de definição da base de cálculo do lucro arbitrado previstos no art. 51 da Lei nº 8.981/1995, matriz legal do art. 535 do RIR/99, somente devem ser utilizados quando não for conhecida a receita bruta. Poderia até ocorrer a hipótese de o lucro ser arbitrado por uma das alternativas previstas no citado art. 51, todavia a ele seria acrescido o montante da receita omitida apurada pela fiscalização, situação que seria mais desfavorável à contribuinte, ou seja, a quantificação da base de cálculo do lucro arbitrado por uma das alternativas do art. 51, eventualmente, seria mais favorável ao contribuinte somente quando pudesse ser aplicada isoladamente, sem a constatação de omissão de receitas, o que não é a hipótese dos autos.

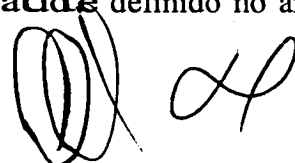
O art. 24, § 1º, da Lei nº 9.249/1995, matriz legal do art. 537 do RIR/99, determina que constatada omissão de receita o seu montante deve ser computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, sendo o caso, no período de apuração correspondente.

Neste passo, verifica-se que a autuação observou a legislação de regência aplicável ao caso, bem como a decisão de primeira instância decidiu corretamente, à luz da legislação tributária pertinente e da melhor jurisprudência administrativa consentânea com a hipótese dos autos devendo ser mantido o arbitramento dos lucros.

MULTA DE LANÇAMENTO *EX OFFICIO* QUALIFICADA DE 150%

Os fatos narrados no item anterior justificam a cominação da penalidade pecuniária exasperada de 150%, prevista no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, aplicável “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”, utilizados para definir o “intuito de fraude”.

Com efeito, o fato de a contribuinte ter declarado nas DIPJ's relativas aos anos-calendário de 2003, 2004 e 2005, com a informação de receitas igual a zero e, posteriormente, tendo o fisco constatado que a contribuinte, nos referidos anos-calendário, auferiu vultosas receitas, por ela mesma informadas em DIPJ's retificadoras apresentadas sob ação fiscal, caracteriza a intenção de ocultar a verdadeira natureza daqueles atos, sendo possível vislumbrar a ocorrência do evidente intuito de fraude definido no art. 71, da Lei nº



4.502/1964, consistente em impedir ou retardar, total ou **parcialmente**, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da **obrigação tributária principal**, sua natureza ou circunstâncias materiais, como se vê da dicção do referido dispositivo legal:

“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 do contribuinte, **suscetíveis de afetar** a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.”.

Destarte, mantenho a exigência da multa de **lançamento ex officio** qualificada de 150%.

MULTA DE LANÇAMENTO *EX OFFICIO* AGRAVADA EM 50%, POR ALEGADA FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÕES FISCAIS.

No “**Termo de Constatação 2003, 2004 E 2005**”, fls. 46, consta a seguinte descrição:

“[...]

III) DA APURAÇÃO DO LUCRO REAL DO ANO-CALENDÁRIO 2003

35. Com base nos demonstrativos “Apuração de Resultados” trimestrais, constantes dos livros DIÁRIO n^{os} 09, 10, 11 e 12, cópias em anexo, elaboramos PLANILHA 19 – Demonstrativo do Lucro Real – Ano-Calendário 2003. (Destaquei).

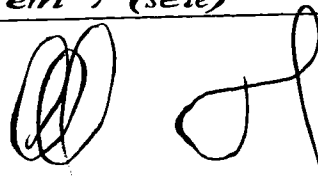
36. O lucro real foi calculado a partir do lucro líquido antes do IRPJ e da CSLL, adicionados das multas não dedutíveis e das outras despesas não operacionais, constantes nos demonstrativos “apuração de resultados”, tendo em vista que o contribuinte não apresentou o LALUR, apesar de intimado a fazê-lo.

37. Tendo em vista que foi apurado prejuízo fiscal no 1^o trimestre, compensou-se este prejuízo, nos trimestres posteriores, limitado a 30% do lucro do trimestre, conforme relacionados na PLANILHA 19.

38. Considerando-se que a fiscalizada não efetuou qualquer recolhimento e também não declarou em DCTFs (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais) quaisquer valores a título de imposto de renda pessoa jurídica e CSLL, no ano-calendário de 2003, está sendo efetuado o presente lançamento de ofício.

IV) DO ARBITRAMENTO DO LUCRO DO ANO-CALENDÁRIO 2004

39. A fiscalizada foi intimada a apresentar os livros comerciais e fiscais (Diário e Razão) do ano-calendário 2004 em 7 (sete)



termos, lavrados nas seguintes datas: 01/12/2004, 13/01/2005, 13/04/2005, 09/06/2005, 05/08/2005, 23/09/2005 e 04/10/2005.

40. Em 04/11/2005 a fiscalizada entregou os livros DIÁRIO E RAZÃO do ano-calendário 2004, somente em meio magnético.

41. A fiscalizada foi então intimada a apresentar os livros DIÁRIO E RAZÃO em papel, bem como o livro LALUR, por 10 (dez) vezes, em termos lavrados nas seguintes datas: 04/11/2005, 29/11/2005, 16/01/2006, 14/03/2006, 20/04/2006, 13/06/2006, 07/08/2006, 04/10/2006, 04/12/2006 e 11/12/2006.

42. Observamos que a manutenção dos livros em meio magnético não exime o contribuinte da emissão em forma gráfica, nos termos do art. 267 do RIR/99.

43. Não apresentados os livros do ano-calendário de 2004, em papel, ficou sujeita ao arbitramento do lucro, com base no inciso I do art. 530 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto 3.000/1999 (RIR/99).

44. Com relação às receitas mensais da DÍNAMO, do ano-calendário de 2004, base de cálculo para o arbitramento do lucro, serão utilizadas aquelas constantes da DIPJ retificadora, apresentada sob ação fiscal, via internet, em 31/10/2006, as quais estão sendo consolidadas na PLANILHA 20, cuja soma anual alcançou o valor de R\$ 349.767.276,50. Observamos que este valor está coerente com a movimentação financeira do contribuinte, que atingiu o valor de R\$ 319.835.170,30, conforme relacionado na PLANILHA 21, em anexo. (Destaquei)

[...]"

O agravamento da multa de lançamento *ex officio* em 50%, elevando-a ao patamar de 225% me parece improcedente.

O dispositivo legal citado para amparar a majoração da exasperadora foi o art. 44, § 2º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo inciso I do art. 70 da Lei nº 9.532/97, sob a seguinte redação:

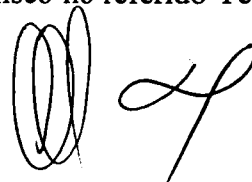
“§ 2º. As multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de 112,5% (cento e doze inteiros e cinco décimos por cento) e 225% (duzentos e vinte e cinco por cento), respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

a) prestar esclarecimentos;

b) apresentar arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, com as alterações introduzidas pelo art. 62 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991;

c) apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38.”

Confrontando os fatos descritos pelo fisco no referido Termo de Constatação não vislumbrei subsunção dos fatos à norma aplicável.



Com efeito, compulsando os autos verifica-se que o fisco expediu mais de uma dezena de intimações à contribuinte, que as respondeu algumas tendo apresentado o livro Diário n.ºs. 09, 10, 11 e 12, (fls. 461) com base nos quais o fisco elaborou a “*PLANILHA 19 – Demonstrativo do Lucro Real – Ano-Calendário 2003*”, fls. 467. Verifica-se também que em relação aos anos-calendário de 2004 e 2005, o fisco quantificou as respectivas bases tributáveis a partir das DIPJ’s retificadoras apresentadas sob ação fiscal, ou seja, todo o crédito tributário foi apurado e formalizado a partir das informações prestadas pela contribuinte ao fisco.

O fato de a partir de determinado momento a contribuinte não ter sido mais encontrada em seu domicílio tributário, levou o fisco a enviar-lhe uma pletora de intimações, via postal, secundadas ou complementadas por editais afixados na repartição fiscal, cujas envelopes eram colocados em uma caixa postal nos Correios que, depois do transcurso de certo lapso de tempo as devolvia à repartição fiscal com a informação “*não procurado*”, não caracteriza recusa da contribuinte em atender as referidas intimações até porque depositadas em caixa postal e não retiradas ou procuradas pela contribuinte, ao passo que já havia colocado à disposição do fisco os referidos livros diários e DIPJ’s retificadoras, além da entrega de livros Diários e Razão em meio magnético (CD’s), os quais foram juntados aos autos.

Portanto não restou caracterizado nos autos recusa por parte da contribuinte em atender às solicitações da fiscalização.

Jurisprudência administrativa corrobora a impropriedade da majoração da multa de ofício em situações quejandas, como se vê das seguintes ementas, a saber:

Acórdão n.º 108-07.795, de 12/05/2004 (DOU de 29/09/2004):

“AGRAVAMENTO DO PERCENTUAL DA MULTA DE OFÍCIO – FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO – Incabível o agravamento do percentual da multa de ofício pela falta de atendimento à intimação, quando não restou caracterizado nos autos o seu descumprimento intencional por parte da empresa.”

Acórdão n.º 101-94.444, de 03/12/2003 (DOU de 18/03/2004):

“AGRAVAMENTO DA MULTA – Incabível o agravamento da multa de ofício de 75% para 112,5%, quando o contribuinte não exhibe à fiscalização os livros comerciais e fiscais que amparariam sua tributação com base no lucro real e que foi motivo de arbitramento do lucro por parte da autoridade lançadora.”

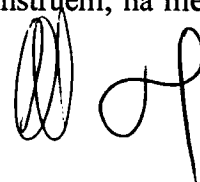
Acórdão n.º 106-14.187, de 16/09/2004 (DOU de 22/11/2004):

“MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA - O agravamento da multa de ofício não se coaduna com as disposições do art. 44, § 2º da Lei n.º 9.430, de 1996, nos casos em que a fiscalização já dispõe das informações da CPMF e pode obter extratos bancários por Requisição de Movimentação Financeira sem a participação do contribuinte.”

Dessarte, acolho as razões recursais quanto a este item e, revisando a decisão recorrida, dou provimento parcial ao recurso voluntário, nesta parte, para reduzir a exasperadora aplicada de 225%, para de 150% (cento e cinquenta por cento).

EXIGÊNCIAS REFLEXAS: CSLL - COFINS - PIS

~~Às exigências reflexas da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, COFINS e PIS aplicam-se as mesmas razões de decidir adotadas neste voto em relação à exigência do IRPJ em virtude do suporte fático comum que as instruem, na medida em que~~



relativamente a essas contribuições sociais não foram declinadas razões específicas de discordância e nem apresentadas outras provas ou argumentação diversas das ofertadas quanto ao IRPJ, exceto questões atinentes à inconstitucionalidade já enfrentadas neste voto.

INCONSTITUCIONALIDADES

A recorrente se insurgiu contra o posicionamento da decisão de primeira instância, no que tange às alegadas inconstitucionalidades e ilegalidades existentes no auto de infração, especialmente em relação ao caráter confiscatório das multas aplicadas, em ofensa ao princípio do não confisco, não enfrentadas na decisão sob o argumento de o contencioso administrativo não ser o foro próprio para examinar questões dessa natureza.

Na seara administrativa os julgadores de primeira ou de segunda instância não detêm atribuições para apreciar questões atinentes à inconstitucionalidade de leis, competência, no direito Pátrio reservada ao Poder Judiciário.

Assim, a apreciação de hipotética violação de princípios constitucionais e legais citados no recurso voluntário, a respeito da alegada inconstitucionalidade da multa de lançamento de ofício, sob o pálio de ser confiscatória, são matérias reservadas e somente podem ser solucionadas no âmbito do Poder Judiciário, sendo defeso aos julgadores na esfera administrativa decidir sobre estas questões.

Por oportuno, a Súmula 1ºCC nº 2, dispõe neste sentido, sob o seguinte enunciado:

“Súmula 1ºCC nº 2: O primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

As Súmulas de nº 1 a 15, do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, foram publicadas no Diário Oficial da União, Seção 1, dos dias 26, 27 e 28/06/2006, vigorando a partir de 28/07/2006.

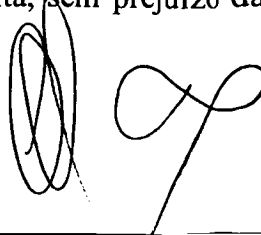
JUROS DE MORA CALCULADOS COM BASE NA TAXA SELIC.

O inconformismo da recorrente em relação à exigência dos juros moratórios calculados com base na taxa SELIC é improcedente.

A autoridade administrativa não possui competência para se manifestar sobre a constitucionalidade ou legalidade de normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico, atribuição reservada constitucionalmente ao Poder Judiciário, podendo apenas reconhecer inconstitucionalidades já declaradas pelo Supremo Tribunal Federal, e nos estritos termos do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, condições que não se apresentam neste caso.

Os juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) estão legitimamente inseridos no ordenamento jurídico, haja vista o disposto no § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional:

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das



penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.” (Destaquei).

Portanto, o art. 161 do Código Tributário Nacional, prevê a possibilidade de os juros de mora serem fixados em percentual superior a 1% (um por cento). Sob o pálio desse dispositivo as Leis nºs. 8.981/95; 9.065/95; e 9.430/96 fixaram juros moratórios em percentuais superiores a 1% (um por cento). A cobrança dos juros de mora com base na taxa SELIC foi introduzida pelo art. 26 da Medida Provisória nº 1.542/96, encontrando em plena consonância com as disposições do art. 161 do CTN e também é de observância obrigatória por parte das autoridades fiscais lançadoras, bem como pelos julgadores administrativos.

Ademais, a questão do cálculo dos juros de mora com base na taxa Selic é matéria que não mais suscita dissídio jurisprudencial no âmbito deste Conselho de Contribuintes eis que a matéria foi pacificada em súmula deste Conselho, a saber:

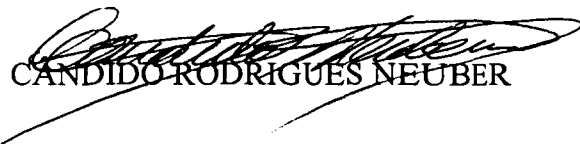
“Súmula 1º CC nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.”

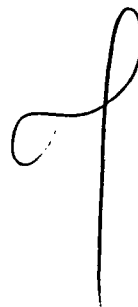
Mantenho a exigência dos juros moratórios calculados com base na taxa Selic por consentânea com a legislação vigente.

CONCLUSÃO

Na esteira destas considerações oriento o meu voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a multa de lançamento *ex officio* de 225% para 150% (cento e cinquenta por cento).

Sala das Sessões, em 13 de maio de 2009


CANDIDO RODRIGUES NEUBER





MINISTÉRIO DA FAZENDA

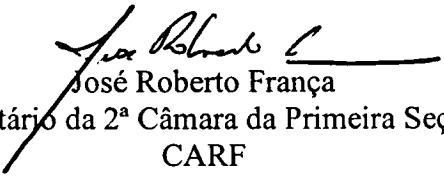
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

Processo : 10830.000291/2007-00
Recurso : 161.234
Acórdão : 1202-00.042

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do artigo 81 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Portaria MF nº 259/2009), intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Segunda Câmara da Primeira Seção do CARF, a tomar ciência do inteiro ter do **Acórdão nº 1202-00.042**.

Brasília - DF, em 30 de setembro de 2009


José Roberto França
Secretário da 2ª Câmara da Primeira Seção
CARF

Ciente, com a observação abaixo:

- ☐ Apenas com Ciência
- ☐ Com Recurso Especial
- ☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência:-----/-----/-----

Procurador(a) da Fazenda Nacional