



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

Processo nº 10830.006805/2004-80
Recurso nº 164.451 Voluntário
Acórdão nº 1202-00.043 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de maio de 2009
Matéria IRPJ
Recorrente DÍNAMO DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO S/A.
Recorrida 2ª TURMA DA DRJ CAMPINAS/SP

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/1999, 30/09/2002

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.**”

Data do fato gerador: 31/12/1999

LUCRO PRESUMIDO - REVENDA DE COMBUSTÍVEL DERIVADO DE PETRÓLEO, ÁLCOOL ETÍLICO CARBURANTE E GÁS NATURAL. PERCENTUAL APLICÁVEL - REVENDA ATACADISTA (8%) - CONSUMO (1,6%) - O percentual de presunção do lucro de 1,6% sobre a receita bruta auferida aplica-se unicamente à atividade de revenda, para consumo, de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural.

Não comprovado pela impugnante que a receita bruta auferida no período engloba revenda para consumo, correta a exigência de ofício da diferença de imposto incidente sobre o percentual de 8% da receita bruta constante da DIPJ, dada a atividade informada de revenda atacadista de combustível.

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.

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

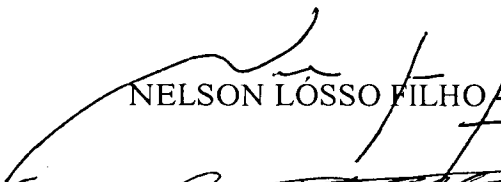
referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Recurso Voluntário Provido em Parte

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 a multa para 75%, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



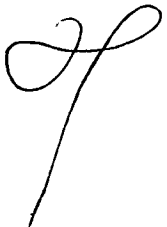
NELSON LÓSSO FILHO - Presidente



CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER - Relator

EDITADO EM: 30 SET 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nelson Lóssso 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 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Campinas - SP, assim relatada, *in verbis*:

“Trata-se do auto de infração à legislação do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, fls. 06/08, lavrado em 23/11/2004 contra a contribuinte acima qualificada, formalizando o crédito tributário no total de R\$6.238.725,26, já incluídos o principal, a multa de ofício agravada de 112,5% e os juros de mora calculados até a data da lavratura, decorrente de procedimento de verificações obrigatórias no período de 10/1999 a 12/2002.

Em 24/11/2004, por meio do despacho de fl. 151, o autuante solicitou à Senhora Delegada da DRF Campinas/SP a ANULAÇÃO do AUTO DE INFRAÇÃO, fls. 06/08, e do TERMO DE ENCERRAMENTO, fl. 143, por contatar que em 29/08/2003 a contribuinte havia optado pelo PAES (Parcelamento Especial), instituído pelo art. 1º da Lei 10.684/2003, transmitindo em 28/11/2003 a DECLARAÇÃO DE DÉBITOS contendo os valores discriminados às fls. 144/150, também inseridos no auto de infração em pauta.

Anulado o auto de infração em 25/11/2004, formalizou-se em 01/12/2004, o TERMO DE CONSTATAÇÃO IRPJ RETIFICADO, fls. 153/154, que registra dos seguintes fatos:

1) Insuficiência de Recolhimento - Glosa de Compensação

O contribuinte impetrou, no processo protocolizado sob nº 10830.011172/2002-60, pedido de restituição, tendo como base Obrigação ao Portador de Emissão de Eletrobrás - Empréstimo Compulsório, instituído nos termos da Lei 4165/62 e alterações posteriores, cumulado com Declarações de Compensação, controlados pelo processo 10830.011173/2002-12, que relacionam diversos débitos de IRPJ e CSLL.

A Delegacia da Receita Federal de Campinas, conforme Decisão de 30/03/2004, exarada no processo 10830.011172/2002-60, dispôs o seguinte: a Secretaria da Receita Federal não é o órgão competente para decidir sobre resgate das obrigações instituídas pela Lei nº 4.152/62 e suas alterações e NÃO TOMOU CONHECIMENTO do pedido de restituição.

Tendo em vista que o direito creditório não foi reconhecido, restaram insuficiências de recolhimento do IRPJ, conforme discriminados na PLANILHA 'I' em anexo, tendo sido lavrado auto de infração em 23/11/2004.

Constatei, porém, que o contribuinte optou, em 29/08/2003, pelo PAES (PARCELAMENTO ESPECIAL) instituído pelo art. 1º da Lei 10.684/2003, e transmitiu a declaração de débitos em 28/11/2003, sendo que incluiu, nesta, débitos de IRPJ (inclusive aqueles débitos incluídos no processo de compensação), conforme extratos do sistema, em anexo.



Considerando que a declaração do PAES constitui confissão de dívida, na forma do parágrafo 2º do art. 1º, da Lei 10.684/2003, e que tais débitos foram considerados no auto de infração lavrado em 23/11/2004, como já lançados, o auto de infração lançou indevidamente esses valores e foi ANULADO, conforme decisão da Delegada da Receita Federal em Campinas, de 25/11/2004.

Elaborei então PLANILHA 1A onde os débitos declarados no PAES foram considerados como já lançados, constatando-se então insuficiência de lançamento apenas no 3º trimestre de 2002.

II) Aplicação Indevida de Coeficiente de Determinação do Lucro Presumido

No ano-base de 1999 a empresa apurou o Lucro Presumido aplicando o coeficiente de 1,6% sobre a receita bruta trimestral, conforme consta na DIPJ.

De acordo com o artigo 15, parágrafo 1º, I, da Lei 9.249/95, o referido percentual é aplicável apenas na REVENDA PARA CONSUMO, de derivados de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural.

Em TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO, lavrado em 20/08/2004, o contribuinte foi intimado a apresentar demonstrativo das receitas de vendas de combustíveis, separando-se aquelas destinadas a comerciantes (postos de combustíveis, outros distribuidores de combustíveis) daquelas destinadas a consumidores finais, dos meses de outubro a dezembro de 1.999.

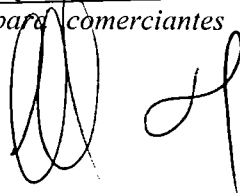
Tendo em vista que o contribuinte não apresentou resposta e não foi encontrado mais ninguém na sede do mesmo, o TERMO DE RE-INTIMAÇÃO lavrado em 29/09/2004 foi encaminhado via FAX, ao telefone da sede do contribuinte (019-3844.8705).

Este termo foi também encaminhado ao sócio Sr. LEANDRO FERREIRA DIAS, sendo que o AR voltou assinado, com data de recebimento de 05/10/2004. Posteriormente, a correspondência foi devolvida aos correios, com indicação de "mudou-se".

A fiscalizada é uma distribuidora de combustível, ou seja, adquire combustível das refinarias de petróleo e usinas de álcool, e os revende para os comerciantes varejistas (postos de combustível), os quais, por sua vez, os revendem, e não consomem.

Portanto, a base de cálculo do imposto de renda pessoa jurídica será determinada mediante a aplicação do percentual de 8% sobre a receita bruta auferida no período de apuração (Lei 9.249/95, art. 15, e Lei 9.430/96, art. 1º), a não ser que a empresa comprove que eventuais vendas foram para consumo, o que ela não comprovou, apesar de intimada.

Tendo em vista que o contribuinte não apresentou resposta ao termo de início e ao termo de re-intimação, está sendo considerado que todas as vendas foram para comerciantes



varejistas, que as revendem, ou seja, o percentual aplicável é de 8%.

O valor da receita bruta considerada é aquela indicada na DIPJ, no caso, R\$7.523.141,48.

Do débito apurado está sendo deduzido o valor de R\$874,93, indicado na DCTF e já em cobrança, e o débito declarado no PAES, de R\$23.935,73.

Observamos também que, com relação ao 1º, 2º e 3º trimestre de 1.999, já foram lançados em auto de infração, processo nº 10830.003697/00-25 e, inclusive, já foi proferida decisão de 1ª Instância, conforme ACÓRDÃO DRJ/CPS Nº 6.104, de 09 de março de 2004.

III - Considerações Finais

(...) Tendo em vista o não atendimento das intimações, está sendo aplicada também a multa agravada de 112,5%, prevista no artigo 44, inciso I, parágrafo 2º, da Lei 9.430/96.

O auto de infração de fls. 156/158 formaliza o crédito tributário no total de R\$353.947,63, em decorrência das irregularidades relatadas na 'DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO LEGAL', a saber:

001 – IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA

Insuficiência de Recolhimento e/ou glosa de compensação

Lançamento de Ofício do imposto de renda pessoa jurídica, tendo em vista insuficiência de recolhimento, tudo conforme TERMO DE CONSTATAÇÃO IRPJ RETIFICADO, lavrado nesta data e que faz parte integrante do presente.

Fato Gerador Valor Tributável ou Imposto Multa (%)

30/09/2002 R\$75,88 112,50

Enquadramento Legal:

Arts. 247 e 841 do RIR/99.

002 - APLICAÇÃO INDEVIDA DE COEFICIENTE DE DETERMINAÇÃO DO LUCRO – A PARTIR DO AC 93

Aplicação incorreta do coeficiente de 1,6% sobre as receitas da atividade de revenda de combustíveis, quando o correto seria 8%, tudo conforme TERMO DE CONSTATAÇÃO IRPJ RETIFICADO lavrado nesta data e que faz parte integrante do presente.

Fato Gerador Valor Tributável ou Imposto Multa (%)

31/12/1999 R\$7.523.141,48 112,50

Enquadramento Legal: Arts. 518 e 519 do RIR/99.



Tendo tomado ciência da autuação em 01/12/2004 (quarta-feira), fl. 163, a contribuinte, por meio de seus advogados e bastantes procuradores, procuração à fl. 203, interpôs a impugnação de fls. 166/202, postada na Agência dos Correios - ACF Barcelos - Rio de Janeiro, fl. 165, em 03/01/2005 (segunda-feira), alegando as razões de fato e de direito a seguir sintetizadas.

Preliminarmente alega nulidade do procedimento fiscal tendo em vista que a contribuinte em momento algum recebeu o mencionado Termo datado de 20/08/2004, razão de não ter oferecido resposta à fiscalização.

Acrescenta a impugnante que o autuante, ao não encontrar mais ninguém na sede da empresa, encaminhou o Termo de Reintimação de 29/09/2004 via FAX ao telefone do estabelecimento, conquanto a legislação federal exige, para que seja considerado o sujeito passivo intimado a dar cumprimento a qualquer intimação ou notificação fiscal, que seja feito na pessoa do próprio sócio, ou quando menos na pessoa que apresente poderes para tanto, não sendo, pois, válida a intimação por FAX.

A impugnante afirma que o autuante agiu por presunção ao promover lançamento desconsiderando a adesão da empresa ao PAES, o que motivou a anulação da formalização inicial, e também por considerar a totalização das receitas da pessoa jurídica constantes da DIPJ como vendas para comercialização sem definir os percentuais de vendas para consumidor final, fato relevante para diferenciar a alíquota de IR, uma vez que a empresa comercializa com ambos segmentos.

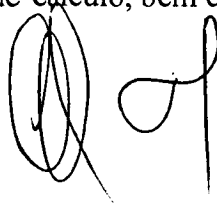
Em preliminar, conclui a impugnante ter sido cerceado o seu direito de defesa, visto que qualquer procedimento administrativo ou contencioso, após a Carta Magna de 1988, conforme previsto no inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal, somente ocorre a partir do ato, seja intimação, notificação ou citação, que chama a outra parte a participar do procedimento fiscal.

Tece extenso arrazoado sobre a inconstitucionalidade das agências (sic) do PIS e da COFINS, citando jurisprudência judicial, com enfoque nos princípios da não cumulatividade e da hierarquia das leis.

Contesta a legalidade da aplicação da taxa SELIC como juros moratórios e a constitucionalidade da multa aplicada na forma do §2º do inciso I, do art. 44, da Lei nº 9.430/96, ainda que se considerasse válida a intimação do fisco, argüindo ser indispensável que a norma legal atenda a uma finalidade específica e guarde obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Destaca a impugnante que as multas previstas no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que partem da alíquota de 75% para simples falta de pagamento, somente passarão a 112,5% quando o contribuinte não atender as intimações do auditor. Todavia, no caso presente as informações necessárias à fiscalização foram obtidas nas declarações prestadas pela própria contribuinte à SRF. Tendo em vista a boa fé da pessoa jurídica declarando sua apuração em atendimento às normas, não teria havido prejuízo para a apuração fiscal, fator esse relevante para afastar tão severa penalidade, a qual deverá ser reduzida para 20%.

Ao concluir sua contestação a impugnante protesta para que sejam declarados prescritos todos os créditos já alcançados pela prescrição e expurgados do eventual valor do crédito tributário julgado procedente e, na forma do inciso IV, do art. 16, do Decreto nº 70.235/1972, requer seja determinada a realização de prova pericial a fim de apurar os efetivos valores das vendas sujeitas à alíquota de 8% do valor da base de cálculo, bem como das vendas



praticadas a consumidor final, apresentando os quesitos periciais formulados à fl. 202 e indicando como seu perito assistente o Dr. Mauro Bernardes Junior.”

A decisão de primeira instância, fls. 223 a 236, julgou os lançamentos tributários procedentes, sob os fundamentos consignados nas seguintes ementas, fls. 223/224, *in verbis*:

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 31/12/1999

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Descabe a nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa quando a contribuinte foi regularmente cientificada do Auto de Infração e teve assegurado o direito de questionar as exigências e apresentar as provas cabíveis, nos termos das normas que regulam o processo administrativo Fiscal.

IMPUGNAÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

As alegações apresentadas na impugnação devem vir acompanhadas das provas documentais correspondentes, sob risco de impedir sua apreciação pelo julgador administrativo.

PERÍCIA CONTÁBIL. PRESCINDIBILIDADE.

A perícia destina-se à elucidação de quesitos técnicos necessários à formação da convicção do julgador, sendo totalmente prescindível quando objetiva simples consulta a documentos contábeis/fiscais da empresa, cuja apresentação compete à impugnante para comprovação de fatos contrapostos à exigência.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/1999

LUCRO PRESUMIDO. REVENDA DE COMBUSTÍVEL DERIVADO DE PETRÓLEO, ÁLCOOL ETÍLICO CARBURANTE E GÁS NATURAL. PERCENTUAL APLICÁVEL. REVENDA ATACADISTA (8%). CONSUMO (1,6%).

O percentual de presunção do lucro de 1,6% sobre a receita bruta auferida aplica-se unicamente à atividade de revenda, para consumo, de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural.

Não comprovado pela impugnante que a receita bruta auferida no período engloba revenda para consumo, correta a exigência de ofício da diferença de imposto incidente sobre o percentual de 8% da receita bruta constante da DIPJ, dada a atividade informada de revenda atacadista de combustível.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 31/12/1999



MULTA DE OFÍCIO. FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO.
AGRAVAMENTO.

Válido é o agravamento da multa de ofício quando configurada a recalcitrância da contribuinte em cumprir o seu dever de informar à fiscalização

MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAL APLICÁVEL.

No caso de lançamento de ofício, o percentual da multa aplicável é determinado por lei, não cabendo a discussão de seu valor no âmbito administrativo. Omitindo-se a contribuinte em atender as solicitações da fiscalização de esclarecimentos e apresentação de documentos, o percentual da multa de ofício passa para 112,50%.

TAXA SELIC. CABIMENTO.

Procede a cobrança de juros de mora com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), por expressa previsão legal.

Lançamento Procedente”

A repartição preparadora tentou dar ciência da decisão à contribuinte, no seu domicílio tributário, cadastrado na repartição fiscal, no endereço da Av. Sidney Cardon de Oliveira, nº 2.801 – Cascata – Paulínia – SP, via postal, segundo envelope postado em 15/05/2007, fls. 241 e “A. R.” de fls. 241 verso, devolvido pelos Correios com a anotação “*não procurado*”, bem como despacho de fls. 242.

Uma segunda tentativa de intimação da decisão, no mesmo endereço, foi efetuada em 18/07/2007, conforme envelope e “A. R.” de fls. 243, também devolvido pelos Correios com a mesma anotação “*não procurado*”, conforme se vê do despacho de fls. 244.

Em 11/10/2007, a repartição fiscal encaminhou a intimação da decisão para o endereço Rua Cândido Theodoro de Souza, nº 530 – Monte Cristo – Barra Mansa – RJ, domicílio do Sr. Leandro Ferreira Dias, lá recebida em 16/10/2007, segundo “A. R.” afixado às fls. 245.

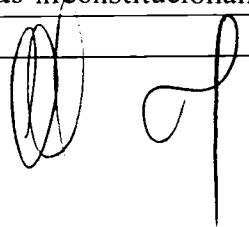
Às fls. 247, “Termo de Perempção” lavrado em 22/11/07.

A empresa apresentou recurso voluntário em 04/12/2007, fls. 251 a 268, com razões semelhantes às da impugnação, já constantes deste relatório, alegando, em síntese, mais:

- preliminarmente, assevera que o sócio Ferreira Dias, a quem foi entregue a intimação da decisão recorrida, retirou-se da sociedade em 18/09/2005, conforme ata da AGE arquivada na JUCESP em 24/10/2005, fls. 269 a 276;

- somente em 22/11/2007 recebeu a comunicação de seu ex-sócio, o Sr. Leandro Ferreira Dias, informando o recebimento no seu endereço, em Barra Mansa, da correspondência encaminhada pela repartição fiscal; de forma alguma a intimação da decisão de primeira instância deveria ter sido encaminhada ao seu ex-sócio, razão pela qual o recurso deve ser considerado tempestivo;

- 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;



- inadequação do coeficiente utilizado no auto de infração: assevera que as vendas realizadas foram para consumo devendo ser aplicado o percentual de 1,6% para fins de cálculo do imposto; o fisco presumiu que a autuada apenas comercializava seus produtos no atacado, sem qualquer venda para o consumo final;

- impropriedade na utilização do percentual de cálculo do imposto, vez que ocorreu cerceamento de defesa, o que impossibilitou a empresa de apresentar os documentos necessários que afastariam a aplicação do percentual pretendido pela Receita Federal; diante da ausência da intimação para tanto, o que macula todo o procedimento realizado, sendo, conseqüentemente, o auto de infração nulo de pleno direito; haja vista que fornece produto para consumo final, o que não geraria qualquer diferença de valores se considerada a declaração entregue pela recorrente;

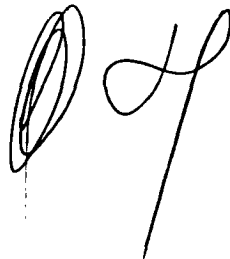
- inaplicabilidade da multa d ofício de 112,5%; sempre que há aplicação de multa ao contribuinte, esta deve observar os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, principalmente pela autoridade julgadora que deve sim observar a Constituição Federal quando profere decisões administrativas;

- a multa aplicada tem caráter confiscatório e notadamente desproporcional devendo ser repelida; 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 e espera seja o recurso voluntário considerado tempestivo ou, se assim não for entendido, seja declarada nula a intimação SECAT/EQCON 609/07, devendo ser encaminhada nova intimação para a empresa no seu endereço correto, constante de seu cadastro mantido junto a Secretaria da Receita Federal; 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.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'P' followed by a long, sweeping horizontal stroke that ends in a small loop.

Voto

Conselheiro CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER, Relator

Em primeiro lugar enfrento a questão relativa à tempestividade do recurso voluntário.

O art. 35 do decreto nº 70.235/72, que disciplina o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União estabelece:

“Art. 35. O recurso, mesmo perempto, será encaminhado ao órgão de segunda instância, que julgará a perempção.”

É necessário observar neste prólogo que este processo é foi desmembramento do processo nº 10830.000291/2007-00, recurso voluntário nº 161.234, também julgado nesta assentada.

Com o desmembramento o fisco objetivou prevenir a ocorrência da decadência do direito de constituir o crédito tributário relativo ao ano-calendário de 1999 e do fato gerador ocorrido em 30/09/2002.

A exigência fiscal foi formalizada em virtude de a contribuinte ter utilizado, indevidamente, o pecentual de 1,6% para determinação do lucro, quando deveria ter utilizado o percentual de 8%; bem como a exigência remanescente relativa ao fato gerador ocorrido em 30/09/2002, decorre de insuficiência e/ou glosa de compensação, conforme descrito no auto de infração, fls. 157.

Assim, o desenrolar de procedimento, na sua maior parte, foi registrado no referido processo nº 10830.000291/2007-00, recurso voluntário nº 161.234, sendo de pleno conhecimento da contribuinte que lá também exerceu plenamente o seu direito de defesa em todas as fases processuais.

Há que se observar que o fisco juntou aos presentes autos a documentação necessária a respaldar a exigência discriminada no auto de infração de fls. 156 a 162 e “Termo de Encerramento Parcial”, fls. 163, constituindo as fls. 46 a 150.

No referido processo nº 10830.000291/2007-00, recurso voluntário nº 161.234, a intimação da decisão de primeira instância também ocorreu na pessoa do Sr. Leandro Ferreira Dias, que a entregou à empresa em tempo hábil à apresentação do recurso voluntário tempestivo, o que, entretanto não ocorreu no caso presente.

A intimação na pessoa do Sr. Leandro Ferreira Dias, ocorreu pelo fato de, a partir de determinado momento, o fisco não mais ter encontrado a pessoa jurídica no endereço cadastrado na repartição fiscal e nem constar nos autos informações de que a contribuinte tenha atualizado seu domicílio tributário junto à repartição fiscal jurisdicionante.

Neste processo o fisco tentou intimar a contribuinte da decisão de primeira instância por duas vezes, fls. 241 a 244, sem sucesso, pois a correspondência com “A. R.” ao contrário de os Correios a entregar no endereço do domicílio tributário da contribuinte constante do envelope, a depositava em uma caixa postal, a qual posteriormente era devolvida

à repartição fiscal com a informação de “*não procurado*”, e nem consta dos autos que tenha sido utilizada a possibilidade de intimação por edital, alternativa fartamente utilizada no processo nº 10830.000291/2007-00, recurso voluntário nº 161.234, para tentar cientificar a contribuinte de uma pletera de intimações, porém também sem êxito mesmo que por edital.

O certo é que a prova nos autos é no sentido de que a intimação foi efetivada na pessoa do Sr. Leandro Ferreira Dias o qual já não mais integrava o quadro societário da autuada, e a entregou à empresa a destempo.

Assim, sem mais delongas, considerando a conexão existente entre este e o citado processo nº 10830.000291/2007-00, recurso voluntário nº 161.234, que passaram a tramitar pelo expediente desta **Primeira Seção de Julgamento** conjuntamente, acatando o posicionamento unânime de meus ilustres pares, supero o incidente processual atinente à ciência da decisão de primeira instância e conheço do recurso voluntário.

Enfrento o mérito.

A contribuinte “preliminarmente” se referiu a cerceamento de defesa e nulidade do auto de infração, alegando não ter sido intimada para apresentar documentos que comprovariam o fornecimento de combustível para consumo final, que justificaria a utilização do percentual de cálculo do imposto de 1,6%, ao invés de 8% pretendido pelo fisco.

Aqui penso que não se trata de uma preliminar no sentido técnico que se acolhida impediria a apreciação do mérito, visto que a alegação de que foi ou não intimada a comprovar se destinava produtos ao consumo, bem como a querela relativa ao percentual de determinação do lucro são questões que dizem respeito ao mérito da própria autuação fiscal e se constitui na parte nuclear do litígio e, assim será enfrentada.

A razão não assiste à recorrente, pois conforme “Termo de Inicio de Fiscalização”, fls. 22, assinado pela Sra. Edilaine Rodrigues Cardoso, em 20/08/2004, devidamente autorizada pela empresa segundo procuração de 14/05/2004, fls. 24, a empresa foi intimada a apresentar, *in verbis*:

“1)Cópia do Contrato Social e todas as alterações

2)Livros comerciais e fiscais (Diário, Razão e Livro caixa) do período de janeiro/1999 a julho/2004, ou declaração de sua não escrituração.

3)Demonstrativo das receitas de venda de combustíveis, separando-se aquelas destinadas a comerciantes (postos de combustíveis, outros distribuidores de combustíveis), daquelas destinadas a consumidores finais, dos meses de outubro a dezembro/1.999. (Destaquei)

4)Documentos comprobatórios das receitas de vendas solicitada no item anterior.”

Esta intimação não foi atendida o que motivou o fisco a expedir outro “Termo de Intimação”, fls. 25, reiterando os termos da primeira intimação, o qual também não foi atendido, visto que encaminhado ao Sr. Leandro Ferreira Dias, foi devolvido pelos Correios com a informação “*mudou-se*”, fls. 28 e 29.



Neste passo, verifica-se que no curso da ação fiscal a empresa deixou de comprovar que revendia combustível a consumidores finais; nada comprovou a respeito na impugnação e nem agora em sede de recurso voluntário, caindo, assim, por ter a sua principal tese de defesa de que vendia os combustíveis para consumidores finais bem como se mostrando inverídica a alegação de que não fora intimada a efetuar referida comprovação ou a de que não tivera oportunidade de fazê-lo.

A irregularidade fiscal foi adequadamente descrita e caracterizada no “TERMO DE CONSTATAÇÃO IRPJ RETIFICADO”, fls. 153/154, destacando-se o seguinte excerto:

“I) Insuficiência de Recolhimento - Glosa de Compensação

O contribuinte impetrou, no processo protocolizado sob nº 10830.011172/2002-60, pedido de restituição, tendo como base Obrigação ao Portador de Emissão de Eletrobrás - Empréstimo Compulsório, instituído nos termos da Lei 4165/62 e alterações posteriores, cumulado com Declarações de Compensação, controlados pelo processo 10830.011173/2002-12, que relacionam diversos débitos de IRPJ e CSLL.

A Delegacia da Receita Federal de Campinas, conforme Decisão de 30/03/2004, exarada no processo 10830.011172/2002-60, dispôs o seguinte: a Secretaria da Receita Federal não é o órgão competente para decidir sobre resgate das obrigações instituídas pela Lei nº 4.152/62 e suas alterações e NÃO TOMOU CONHECIMENTO do pedido de restituição.

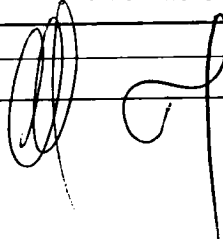
Tendo em vista que o direito creditório não foi reconhecido, restaram insuficiências de recolhimento do IRPJ, conforme discriminados na PLANILHA 'I' em anexo, tendo sido lavrado auto de infração em 23/11/2004.

Constatei, porém, que o contribuinte optou, em 29/08/2003, pelo PAES (PARCELAMENTO ESPECIAL) instituído pelo art. 1º da Lei 10.684/2003, e transmitiu a declaração de débitos em 28/11/2003, sendo que incluiu, nesta, débitos de IRPJ (inclusive aqueles débitos incluídos no processo de compensação), conforme extratos do sistema, em anexo.

Considerando que a declaração do PAES constitui confissão de dívida, na forma do parágrafo 2º do art. 1º, da Lei 10.684/2003, e que tais débitos foram considerados no auto de infração lavrado em 23/11/2004, como já lançados, o auto de infração lançou indevidamente esses valores e foi ANULADO, conforme decisão da Delegada da Receita Federal em Campinas, de 25/11/2004.

Elaborei então PLANILHA 1A onde os débitos declarados no PAES foram considerados como já lançados, constatando-se então insuficiência de lançamento apenas no 3º trimestre de 2002.

II) Aplicação Indevida de Coeficiente de Determinação do Lucro Presumido



No ano-base de 1999 a empresa apurou o Lucro Presumido aplicando o coeficiente de 1,6% sobre a receita bruta trimestral, conforme consta na DIPJ.

De acordo com o artigo 15, parágrafo 1º, I, da Lei 9.249/95, o referido percentual é aplicável apenas na REVENDA PARA CONSUMO, de derivados de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural.

Em TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO, lavrado em 20/08/2004, o contribuinte foi intimado a apresentar demonstrativo das receitas de vendas de combustíveis, separando-se aquelas destinadas a comerciantes (postos de combustíveis, outros distribuidores de combustíveis) daquelas destinadas a consumidores finais, dos meses de outubro a dezembro de 1.999.

Tendo em vista que o contribuinte não apresentou resposta e não foi encontrado mais ninguém na sede do mesmo, o TERMO DE RE-INTIMAÇÃO lavrado em 29/09/2004 foi encaminhado via FAX, ao telefone da sede do contribuinte (019-3844.8705).

Este termo foi também encaminhado ao sócio Sr. LEANDRO FERREIRA DIAS, sendo que o AR voltou assinado, com data de recebimento de 05/10/2004. Posteriormente, a correspondência foi devolvida aos correios, com indicação de "mudou-se".

A fiscalizada é uma distribuidora de combustível, ou seja, adquire combustível das refinarias de petróleo e usinas de álcool, e os revende para os comerciantes varejistas (postos de combustível), os quais, por sua vez, os revendem, e não consomem.

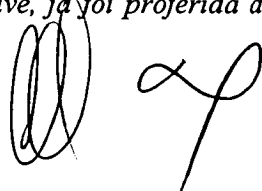
Portanto, a base de cálculo do imposto de renda pessoa jurídica será determinada mediante a aplicação do percentual de 8% sobre a receita bruta auferida no período de apuração (Lei 9.249/95, art. 15, e Lei 9.430/96, art. 1º), a não ser que a empresa comprove que eventuais vendas foram para consumo, o que ela não comprovou, apesar de intimada.

Tendo em vista que o contribuinte não apresentou resposta ao termo de início e ao termo de re-intimação, está sendo considerado que todas as vendas foram para comerciantes varejistas, que as revendem, ou seja, o percentual aplicável é de 8%.

O valor da receita bruta considerada é aquela indicada na DIPJ, no caso, R\$7.523.141,48.

Do débito apurado está sendo deduzido o valor de R\$874,93, indicado na DCTF e já em cobrança, e o débito declarado no PAES, de R\$23.935,73.

Observamos também que, com relação ao 1º, 2º e 3º trimestre de 1.999, já foram lançados em auto de infração, processo nº 10830.003697/00-25 e, inclusive, já foi proferida decisão de 1ª



Instância, conforme ACÓRDÃO DRJ/CPS Nº 6.104, de 09 de março de 2004.

III - Considerações Finais

(...) Tendo em vista o não atendimento das intimações, está sendo aplicada também a multa agravada de 112,5%, prevista no artigo 44, inciso I, parágrafo 2º, da Lei 9.430/96.”

Na hipótese dos autos o percentual de cálculo dos lucros é aquele aplicado pelo fisco, de 8% (oito por cento), visto que o percentual de 1,6% (um virgula seis décimos por cento) pleiteado pela contribuinte aplica-se apenas à atividade de revenda de combustíveis a consumidores finais, não se aplicando às empresas que se dedicam à atividade distribuição de combustíveis, por falta de expressa previsão legal.

Quanto a tributação da importância remanescente de R\$ 78,88, autuada a título de “insuficiência de recolhimento e/ou glosa de compensação”, a contribuinte nada alegou.

Mantenho a tributação.

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

O agravamento da multa de lançamento *ex officio* em 50%, elevando-a ao patamar de 122,5% 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;

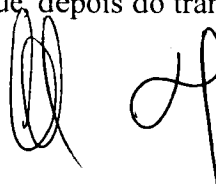
b) apresentar arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, com as alterações introduzidas pelo art. 62 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991;

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 as intimações expedidas pelo fisco o foram quase todas no bojo do citado processo nº 10830.000291/2007-00, recurso voluntário nº 161.234.

~~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 plethora de intimações, via postal, secundadas ou complementadas por editais afixados na repartição fiscal, cujos 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.

Ademais e, principalmente, para efetuar o presente lançamento tributário, atuando a diferença entre o percentual de 8% definido na legislação tributária e o percentual de 1,6%, utilizado pelo contribuinte, o fisco se valou das DIPJ's, fls. 46 a 130, apresentadas pela contribuinte.

Portanto não restou caracterizado nos autos recusa por parte da contribuinte em atender às solicitações da fiscalização, pelo que proponho a redução da multa de lançamento de ofício agravada ao percentual normal de 75% (setenta e cinco por cento).

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 150% para 75% (setenta e cinco por cento).

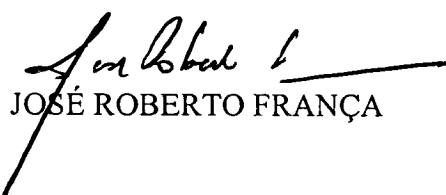

CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER



1 TERMO DE INTIMAÇÃO

Intime-se um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, da decisão consubstanciada no acórdão supra, nos termos do art. 81, § 3º, do anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009.

Brasília, 30 / 09 / 2009.


JOSÉ ROBERTO FRANÇA

Ciência

Data: ____ / ____ / ____

Nome:
Procurador(a) da Fazenda Nacional

Encaminhamento da PFN:

- ☐ apenas com ciência;
- ☐ com Recurso Especial;
- ☐ com Embargos de Declaração;
- ☐ _____.