



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

Processo n° 10830.721289/2013-16
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1401-002.300 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de março de 2018
Matéria IRPJ - ARBITRAMENTO DE LUCRO
Recorrente RODOPETRO DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

LUCRO ARBITRADO.

Não se pode conferir credibilidade à contabilidade, só porque ela preenche os requisitos formais, quando materialmente se verifica que ela não reflete a realidade da empresa, se a fiscalização a partir de verificações, demonstra que a contabilidade não merece credibilidade, pois os valores das transações omitidas superam ao montante das operações registradas.

ARBITRAMENTO. COEFICIENTE.

Aplica-se o coeficiente de arbitramento do lucro de 9,6% às pessoas jurídicas prestadoras de serviços de distribuição de combustíveis, pois não exercem atividade de revenda de combustíveis para consumo.

CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO.
IMPOSSIBILIDADE.

À autoridade julgadora é vedado afastar a aplicação da lei sob fundamento de inconstitucionalidade, pelo que é impossível apreciar as alegações de ofensa aos princípios constitucionais da vedação ao confisco, razoabilidade e proporcionalidade.

Súmula CARF nº 2: "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente).

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Presidente em Exercício.

(assinado digitalmente).

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Guilherme Adolfo dos Santos Mendes (Presidente em Exercício), Ailton Neves da Silva, Livia De Carli Germano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Abel Nunes de Oliveira Neto, Leticia Domingues Costa Braga, Daniel Ribeiro Silva e Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa. Ausente o Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela contribuinte em face do Acórdão n.º 14-63.460 - 3ª Turma da DRJ/RPO, que julgou improcedente o lançamento contra RODOPETRO DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA e manteve o lançamento.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir valores devidos no período de janeiro a março de 2008, a título de IRPJ e CSLL, relativos ao período de apuração 1º trimestre/2008, mediante os quais se exige da autuada o crédito tributário total de R\$ 9.937.969,71 (nove milhões, novecentos e trinta e sete mil, novecentos e sessenta e nove reais e setenta e um centavos), incluindo multa de ofício de 75% e juros moratórios calculados até março de 2013.

Transcrevo abaixo partes do Acórdão Recorrido, que bem descreve os fatos ocorridos no feito até aquele momento:

No tocante à fundamentação fática e jurídica dos lançamentos, o Auditor-Fiscal responsável teceu, no Relatório Fiscal mencionado, as considerações a seguir sintetizadas:

1. Do Contribuinte:

· A empresa fiscalizada é sociedade empresária limitada que atua no ramo de distribuição, transporte rodoviário, importação, exportação e comércio de combustíveis, óleos lubrificantes, álcool carburante e outros combustíveis líquidos carburantes, por atacado, conforme Contrato Social de 26/05/2010.

· A contribuinte apresentou tanto a DIPJ (Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica) quanto o Dacon para o ano-calendário 2008 com os campos totalmente zerados. Observou, ainda, a ausência de recolhimentos de PIS e Cofins para os meses de 2008.

2. Da Ação Fiscal:

· O procedimento fiscal em tela iniciou-se em 25/11/2011, ocasião em que constatou-se que a empresa não funcionava no endereço informado à RFB, conforme Termo de Constatação Fiscal n.º 02 (fls. 60/62), razão pela qual a mesma foi cientificada deste e do Termo de Início de Fiscalização mediante o Edital/SEFIS/459/2011. Também foram enviadas cópias dos referidos Termos via postal para os endereços dos sócios, os quais foram recebidos.

· Após entregar cópia do Contrato Social e alterações em 22/12/2011, a fiscalizada solicitou prorrogações de prazo para atendimento ao Termo de Início e manifestação quanto ao Termo de Constatação n.º 02.

Em 18/01, 15/03 e 09/05/2012 foram lavrados Termos de Reintimação Fiscal, reiterando as solicitações constantes dos Termos iniciais. A ciência destes últimos se deu da mesma forma que os primeiros (via editalícia para a pessoa jurídica e via postal para os sócios).

· Em 17/05/2012 a contribuinte apresentou pessoalmente, por meio de seu procurador, os Livros Registro de Apuração ICMS n°s 001, 004 e 005/2008 e 002, 005 e 006/2009. Além destes, foi entregue:

“Demonstrativo das receitas auferidas pela empresa, mensalmente, na venda de combustíveis, referente ao período de Janeiro de 2008 até Dezembro de 2009, em CD-ROM e em vias impressas”, cujas planilhas relacionam as notas fiscais de saída, por estabelecimento e tipo de combustível vendido.

· Em resposta ao Termo de Constatação n° 02, entregou cópia parcial do processo n° 13746.002217/2008-48, do qual consta a solicitação da interessada pela alteração cadastral de seu endereço no CNPJ, em 05/11/2008, informando a mudança da sede da empresa para a cidade de Duque de Caxias/RJ. Na ocasião, alegou impossibilidade de proceder a tal alteração via sistema (PGD), em virtude de estar na situação “inapta” perante a Fazenda Estadual. Tal requerimento foi indeferido pela ARF/Duque de Caixas/RJ, mediante despacho exarado no processo citado, do qual o sócio responsável pela empresa foi cientificado em 22/07/2011.

· Na mesma data (17/05/2012), a fiscalizada foi novamente reintimada a atender às solicitações ainda pendentes do Termo de Início de Fiscalização, quais sejam, os livros Diário, Razão e de Apuração do Lucro Real (LALUR) dos anos-calendário (AC) 2008 e 2009. Após mais 04 (quatro) reintimações de igual teor (em 28/06, 21/08, 17/10 e 14/11/2012) – sendo advertida, nas três últimas, de que o não atendimento ensejaria o arbitramento do lucro – a contribuinte apresentou, em 20/12/2012, o LALUR do ano-calendário 2009 e foi intimada a regularizar sua escrituração contábil digital e a apresentar o LALUR de 2008 e os Livros Registro de Inventário de seus estabelecimentos, do AC 2008, conforme Termo de Constatação e Intimação Fiscal n° 12 (fls. 289/290).

· Em 07/02/2013, o sujeito passivo apresentou o LALUR de 2008 e foi intimado, através do Termo de Reintimação n° 13 (fl. 291), a regularizar sua escrituração contábil digital e apresentar os Livros Registro de Inventário de todos os seus estabelecimentos, relativos ao AC 2008, bem como o Balanço Patrimonial encerrado em 31/12/2011.

3. Do Arbitramento do Lucro

· Mesmo intimada e reintimada a apresentar seu Livro Registro de Inventário do AC 2008, a fiscalizada não apresentou tal documento fiscal de escrituração obrigatória que deve ser registrado e autenticado no órgão competente, como determina o art. 260 do Decreto n° 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR). Causou estranheza o fato de a empresa, detentora de faturamento superior a meio bilhão de reais, não fornecer tal livro fiscal, dispondo de prazo razoável para tanto. Tal escrituração é obrigatória pois fundamental à apuração do custo de mercadorias vendidas e, em consequência, do lucro bruto auferido no período. A ausência deste inviabiliza a verificação, pelo Fisco Federal, dos custos apropriados contabilmente pela contribuinte.

· Deste modo, ante expressa previsão legal de arbitramento do lucro nas hipóteses de ausência ou deficiências na documentação contábil e fiscal do contribuinte (art. 530 do RIR/99), o Auditor-Fiscal procedeu à lavratura dos Autos de Infração com base no lucro arbitrado, uma vez que a contribuinte apurou o lucro real tributável sem apresentar o livro fiscal obrigatório que lhe garantisse tal forma de tributação.

· A fiscalizada transmitiu a DIPJ/2009 (AC 2008) com os campos relativos à apuração do resultado e do lucro tributável zerados. No entanto, declarou em DCTF e recolheu, a título de IRPJ e CSLL do 1° trimestre/2008, os valores de R\$ 63.485,58

e 25.014,81, respectivamente, os quais foram considerados nos Autos de Infração em tela.

4. Do Lançamento de Ofício do IRPJ e CSLL - O cálculo do lucro arbitrado foi efetuado nos termos dos arts. 518, 519 e 532 do RIR/99, ou seja, aplicando-se os seguintes percentuais: 8% acrescido de 20% sobre a receita bruta oriunda da venda de combustíveis para revenda, e de 1,6% (com o mesmo acréscimo) sobre a revenda de combustível para consumo.

- A partir dos Livros Registro de Apuração do ICMS chegou-se ao montante da receita bruta auferida pela fiscalizada, sobre o qual foi aplicado o percentual de 9,6%, conforme a tabela a seguir:

	Receita Bruta (R\$)			percentual aplicável	Lucro Arbitrado (R\$)
	matriz	filial 0004	total		
jan/08	4.216.958,00	39.060.316,16	43.277.274,16	9,60%	12.525.852,16
fev/08	-	37.251.989,23	37.251.989,23		
mar/08	-	49.948.363,24	49.948.363,24		
1º Trimestre/08		130.477.626,63			

- Assim, constatada a insuficiência no recolhimento do IRPJ e da CSLL do 1º trimestre/2008 e diante dos fatos legalmente previstos como hipótese para arbitramento do lucro, foram lançados de ofício os tributos devidos, de acordo com as alíquotas aplicáveis nos termos do RIR/99 (arts. 541 e 542) e das Leis nº 9.430/96 (art. 29, I), nº 9.249/95 (art. 20) e nº 10.637/2002 (art. 37).

4.1 Multa de Ofício

- Incidiu no lançamento a multa de ofício de 75%, em razão do disposto na Lei nº 9.430/96, art. 44, inciso I.

Apreciada a Impugnação, o lançamento foi julgado procedente, afastadas as alegações quanto à ilegalidade do arbitramento e utilização indevida de presunções no arbitramento do lucro, bem como da inadequação do coeficiente de arbitramento utilizado no auto de infração e da imposição da multa com caráter confiscatório.

Inconformada, interpôs Recurso Voluntário com vistas a obter a reforma do julgado, repisando em suma os argumentos da Impugnação.

Era o essencial a ser relatado.

Passo a decidir.

Voto

Conselheira Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin - Relatora.

O Recurso Voluntário preenche os requisitos de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Embora não tenha sido juntado aos autos o AR confirmando a data em que a recorrente foi cientificada do acórdão recorrido, há nos autos despacho (fl. 357) mencionando

que o contribuinte apresentou Recurso Voluntário no dia 10/02/2017 e o Acórdão emitido em 05/01/2017, de forma que se presume que tenha apresentado tempestivamente, embora não conste ciência do mesmo no presente processo, tendo sido informado pela autoridade fiscal ainda que foi lançada como data de ciência do Acórdão no sistema sief a da apresentação do Recurso Voluntário, de forma que entendo superada a questão relacionada à tempestividade, principalmente, porque dado o contexto qualquer dúvida quanto a data da intimação dever ser interpretada em favor do contribuinte conforme art. 112 do CTN.

Do Arbitramento.

De início a Recorrente reclama que o arbitramento fora arbitrário, contudo, do TVF extraio que a escrituração do contribuinte continha deficiências que a tornaram imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira, a fiscalização arbitrou o lucro tudo de acordo com o artigo 47 da Lei nº 8.981, de 1995, mesmo tendo sido oportunizado inúmeras vezes que ela produzisse a prova da legitimidade de seus lançamentos, tendo por diversas vezes sido intimado para tanto, como relatado, não o fez com êxito.

Assim, pacificado nesse Conselho que o lançamento baseado no art. 42, da Lei nº 9.430/96, e que é legítimo o lançamento com base na presunção legal por ele instituída, desde que seguidos os procedimentos impostos no dispositivo.

A não apresentação dos livros comerciais obrigatórios e auxiliares e os livros fiscais, onde se acham transcritas as operações da empresa, implica na impossibilidade do conhecimento e da apuração da receita e/ou despesa da empresa sob fiscalização, impedindo, portanto, a apuração do lucro real ou do lucro presumido. Na verdade, o arbitramento é uma medida de salvaguarda do crédito tributário, não cabendo ao fiscal atuante permanecer à espera de que o contribuinte cumprisse suas obrigações fiscais quando lhe fosse conveniente.

Percebe-se no presente caso, tanto a injustificada omissão na apresentação de livro fiscal de escrituração obrigatória (Livro Registro de Inventário), quanto a apresentação de escrituração contábil digital, via sistema SPED, com erros ou deficiências (Livro Diário desacompanhado dos respectivos livros auxiliares), incidindo a contribuinte em hipóteses autorizadoras do arbitramento do lucro, previstas nos supracitados incisos do art. 530 do RIR

A autoridade fiscal, então, após ter intimado e reintimado a empresa, acertadamente, arbitrou o lucro, com fundamento no artigo 530, inciso III do RIR/1999, abaixo transcrito:

“Art.530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

(...)

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;

(...)

Em função desse contexto, cabe enfatizar novamente, não restou ao fisco outra opção senão proceder a apuração do imposto com base no lucro arbitrado, tomando-se por base a receita conhecida oriunda da presunção legal do art. 42 da Lei n. 9.430/06.

Embora haja arguição do Recorrente no sentido de que *"a fiscalização tinha, com base nos livros e arquivos magnéticos disponibilizados pela recorrente, meios suficientes de obter com precisão as base tributável dos referidos lançamentos, na medida em que a atividade desenvolvida pela Recorrente é exclusivamente de revenda"*, ela não faz a prova necessária a sustentar a sua alegação, pois sequer demonstra a viabilidade de apuração pelo Lucro Real conforme pretendido. O que leva a crer que sequer ela foi capaz de tal apuração e reforça ainda mais a necessidade de que a apuração tenha se dado na forma arbitrada.

Como o recurso voluntário discute apenas o direito, não adentrando entrando na individualização dos lançamentos contábeis somada à comprovação de suas origens, deve ser mantido o lançamento neste ponto.

Inadequação do coeficiente de arbitramento utilizado no Auto de Infração.

Defende a Recorrente que coeficiente de lucratividade utilizado pela autoridade fiscal no arbitramento do lucro, de 9,6%, não está correto, pois o art. 532 do RIR/99 determina a aplicação da alíquota de 1,92% em se tratando de empresa cujas receitas sejam oriundas da revenda, para consumo, de combustíveis derivados do petróleo ou álcool.

Segundo o argumento recursal, não caberia afirmar que tal dispositivo legal aplicar-se-ia apenas aos revendedores varejistas, pois não seria lógico imputar a uma distribuidora uma margem de lucro tão elevada, empresa esta que trabalha com reduzida margem de lucros, face a elevada concorrência existente no mercado.

Destaca que a “margem de distribuição” (lucro) divulgada pela Agência Nacional de Petróleo – ANP não é vinculante, mas é uma constatação, a partir das operações rotineiramente realizadas pelas distribuidoras, que não poderiam se afastar desse coeficiente, sob pena de responder por infração à ordem econômica. Assim, não poderia a Impugnante aceitar a presunção de lucro de 9,6%, pois o valor resultante seria muito superior ao divulgado pela ANP, autarquia à qual compete aferir o índice real nas operações do setor.

Deste modo, de acordo com o que defende a recorrente, a alíquota que mais se aproximaria da realidade das empresas distribuidoras é a de 1,92%, razão pela qual requer o cancelamento dos Autos de Infração, pois lavrados com base em coeficiente de arbitramento totalmente incorreto.

A questão relativa à escolha do coeficiente de arbitramento é resolvida com a verificação da atividade objeto da autuação empresarial da Recorrente, conforme esclarecem os art. 518 e 519 do RIR.

Art. 518. A base de cálculo do imposto e do adicional (541 e 542), em cada trimestre, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida no período de apuração, observado o que dispõe o §7º do art. 240 e demais disposições deste Subtítulo (Lei nº 9.249, de 1995, art. 15, e Lei nº 9.430, de 1996, arts. 1º e 25, e inciso I).

Art. 519. Para efeitos do disposto no artigo anterior, considera-se receita bruta a definida no art. 224 e seu parágrafo único.

§1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de (Lei nº 9.249, de 1995, art. 15, §1º):

I - um inteiro e seis décimos por cento, para atividade de revenda, para consumo, de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural; (Grifou-se)

(...)

Art.532. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, observado o disposto no art. 394, §11, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos, acrescidos de vinte por cento (Lei nº 9.249, de 1995, art. 16, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 27, inciso I).

De acordo com o já considerado pelo Acórdão DRJ, a atividade principal da Recorrente é a **distribuição de combustíveis**, a qual possui características diversas da **atividade de revenda para consumo de combustíveis**, disciplinada pelo art. 519, parágrafo 1o., inciso I, para aplicação do percentual de um inteiro e seis décimos por cento.

No Contrato Social da Recorrente à Clausula 3a. (fl. 71) aponta como atividade precípua da recorrente distribuição de combustíveis (derivados de petróleo), atendendo no atacado, qual não se confunde, portanto, com a atividade de revenda, para consumo, de combustíveis, a qual é realizada pelos postos revendedores de combustíveis ao consumidor.

Portanto, não merece reparos a decisão recorrida, quando fundamenta que Patente a ausência de fundamento das afirmações de que o percentual de 9,6% implicaria em uma margem de lucro muito elevada, diante de fatores como a elevada concorrência do mercado de distribuição de combustíveis ou da “margem de distribuição” divulgada pela Agência Nacional de Petróleo – ANP, por absoluta ausência de previsão legal nesse sentido.

Portanto, temos que foi corretamente aplicado no lançamento o percentual de 9,6% (8%, acrescido de 20%) incidente sobre a receita bruta apurada com base nos Livros Registro de Apuração do ICMS, em estrita observância ao que determinam os artigos 518 c/c o 532 do RIR/99.

Do percentual confiscatório da multa de ofício de 75%.

Argui a recorrente que o percentual de multa de 75% (setenta e cinco por cento) do valor discutido, seria exagerado, na medida em que resta por arrancar uma parcela considerável do patrimônio do contribuinte. Este é o caráter confiscatório da multa exigida.

À luz do artigo 103, I, da Constituição Federal, o chefe do Poder Executivo, no caso o Presidente da República, tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade sustentando que determinada lei viola da Constituição. Contudo, nem o Presidência da República e tampouco os demais órgãos da Administração podem deixar de cumprir lei sob o pretexto de que esta viola norma Constitucional. Neste sentido, por força do artigo 26-A, § 6º, I, do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, a seguir transcrito, os Conselheiros do Carf somente podem deixar de aplicar lei sob o fundamento de inconstitucionalidade após o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, em

controle concentrado ou difuso, por decisão definitiva, ter reconhecido a inconstitucionalidade da norma.

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

....
§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

A propósito, na mesma linha dos fundamentos anteriormente expostos, a matéria resultou Sumulada junto ao Carf, nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Deste modo, não conheço das questões que sustentam a insubsistência do crédito tributário com base em alegações relacionadas à inconstitucionalidade das normas apontadas pela recorrente.

Por todo exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente).

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin.