

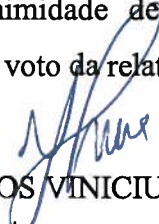


**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA**

Processo nº 10909.000606/2005-98
Recurso nº 150.054
Matéria IRPJ e OUTROS - Exs.2001 a 2003
Resolução nº 107-00.704
Sessão de 13 de Agosto de 2008
Recorrente AUTO POSTO ÂNGELA LTDA
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por AUTO POSTO ÂNGELA LTDA.

RESOLVEM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, CONVERTER o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto da relatora.


MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA
Presidente


ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA
Relatora

Formalizado em: 31 OUT 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Luiz Martins Valero, Hugo Correia Sotero, Jayme Juarez Grotto, Lisa Marini Ferreira dos Santos, Silvana Rescigno Guerra Barretto (Suplente Convocada) e Carlos Alberto Gonçalves Nunes. Ausente, justificadamente a Conselheira Silvia Bessa Ribeiro Biar.

RELATÓRIO

O recurso esteve em julgamento na sessão de 13.06.2007. Decidiu-se pela conversão do julgamento em diligência para que a Turma Julgadora adotasse as providências necessárias para sanar contradição e para que a contribuinte fosse cientificada.

A contradição diz respeito ao fato de constar no corpo do voto a exclusão da omissão de receitas de valores liberados pelas administradoras de cartões de crédito, no total de R\$ 919.094,40 e na conclusão do voto haver a expressão de que o lançamento era improcedente. A recorrente discutia tal matéria novamente no recurso voluntário e a exclusão de tal importância poderia resultar, em tese, em recurso de ofício, razão pela qual decidiu-se pela conversão do julgamento em diligência para que a Turma Julgadora adotasse as providências necessárias para sanar a contradição.

Foi proferida nova decisão que confirmou a exclusão do montante apurado pela fiscalização às fls. 2113 e 2114, dos créditos referentes aos valores liberados pelas administradoras de cartões de crédito. Excluiu-se o valor de R\$ 924.982,33. O total dos créditos tributários exonerados é de R\$ 338.399,12 mais 150% a título de multa de ofício.

A ciência da nova decisão deu-se em 07.11.2007. A contribuinte interpôs novo recurso voluntário em 06.12.2007, no qual ratifica e dá ênfase a argumentos contidos no recurso anterior, bem como apresenta novos argumentos relacionados com a multa de ofício.

Passo a relatar a autuação, a decisão da Turma Julgadora e os argumentos contidos no recurso voluntário.

I – DA AUTUAÇÃO

Trata-se de lançamento do IRPJ (regime de apuração do Lucro Real) e contribuições (CSLL, PIS e COFINS) dos anos-calendário de 2000, 2001 e 2002, relativo à infração de omissão de receitas, com exigência da multa qualificada.

A infração de omissão de receitas foi caracterizada pela não comprovação, mediante documentação hábil e idônea, da origem dos recursos movimentados em conta-corrente, nos termos do art. 42 da Lei 9.430/96.

Em 25.08.2004, a contribuinte foi intimada a apresentar entre Livros contábeis e fiscais e outros documentos, cópia dos extratos de contas bancárias e de aplicações financeiras. Após várias intimações e pedidos de prorrogação de prazo, a contribuinte apresentou os extratos, cujas cópias constituem os docs. de fls. 35 a 1014. Em 12.11.2004, foi intimada a justificar a origem dos recursos financeiros movimentados em conta-corrente de sua titularidade e a comprovar a correta escrituração na contabilidade e se foram oferecidos à tributação (anexo único com 33 páginas).

Pela resposta de fls. 1056, a contribuinte alegou que transportava combustível e que sua receita operacional era somente o frete, sendo que os valores depositados em suas contas eram das Distribuidoras de combustível e das Usinas, as quais são citadas. Segundo a



fiscalização, não apresentou nenhum documento que comprovasse as operações e que as tenha contabilizado.

Em 15.12.2004, a fiscalização, abre MPF-E, para as empresas que lista (23) e as intima a comprovar as alegações do Auto Posto Ângela, ou seja, que simplesmente transportou as mercadorias e que mesmo assim recebeu o dinheiro e depositou em sua conta-corrente e logo após pagou com cheque seu, fls. 1078 a 1136.

A fiscalização após análise dos esclarecimentos e documentos apresentados pela contribuinte, assim como as respostas às intimações de terceiros, excluiu dos depósitos bancários vários valores, tais como, transferências entre contas de sua titularidade, contrato firmado com a Texaco, valores repassados à Polícia Militar e valores repassados às distribuidoras de combustíveis (R\$ 10.538.313,36), tendo em vista as informações prestadas pelas mesmas e os cheques emitidos pela contribuinte a favor destas.

Das explicações da contribuinte, considerou como não comprovados:

- R\$ 5.182.902,44, mencionados como garantias para liberação de empréstimos, pois apenas a declaração de um ex-gerente do Banco Bamerindus não basta para comprovar a origem dos recursos;

- R\$ 16.084.505,16, que, segundo a contribuinte, referem-se as operações de desconto de cheques de terceiros, uma vez que o documento apresentado constitui mero resumo dos valores constantes da intimação fiscal;

- R\$ 1.169.886,95, relativos a empréstimos recebidos, pois não foram apresentados documentos comprobatórios;

- R\$ 919.094,40, relativos a cartões de crédito, uma vez que a contribuinte comprova apenas a venda de cartões, mas, não apresenta nenhum elemento que ateste que estas operações foram oferecidas à tributação. (VALOR EXCLUÍDO PELA TURMA JULGADORA)

O valor total de depósitos bancários cuja origem foi considerada como não comprovada atinge o montante de R\$ 34.194.794,03. Estão relacionados no Anexo Único do Termo de Intimação Fiscal de 12.11.2004, de fls. 1015/1048.

A justificativa para a multa de 150% se deu em razão dos recursos financeiros terem transitado pelas contas correntes da contribuinte e regularmente intimada, não ter a mesma, comprovado as operações na totalidade, com documento hábil e idôneo. Fato esse que demonstra que o sujeito passivo sabia e movimentou os recursos financeiros, mas, não registrou, devidamente, em sua contabilidade e tampouco ofereceu à tributação.

II – DA IMPUGNAÇÃO E DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Para tratar dos argumentos contidos na impugnação, transcrevo a síntese contida no voto da decisão de primeira instância às fls. 11: “ ... (a) erro na tipificação da infração, pois ainda que houvesse omissão a ser tributada esta estaria em desacordo com os dispositivos legais mencionados no auto de infração, conjugado com a imprestabilidade dos depósitos bancários para fins de exigência fiscal; (b) irretroatividade da Lei nº 10.174/2001; (c) falta de comprovação material uma vez que entende que haveria demonstrado que os recursos

depositados em suas contas bancárias pertenciam a terceiros; (d) erro na determinação da base de cálculo do imposto devido; (e) aplicação da multa de ofício de 150% haja vista a não caracterização de dolo; (f) inaplicabilidade da taxa Selic como juros de mora; e (g) lançamentos decorrentes.

A Turma Julgadora, em relação a erro na tipificação da infração e imprestabilidade dos depósitos bancários para fins de exigência fiscal, em síntese rejeita esses argumentos porque com o advento da Lei 9.430/96, a carga probatória atribuída ao fisco foi atenuada, bastando que fosse demonstrado a ocorrência de depósitos bancários de origem não comprovada para caracterizar a omissão de rendimentos. Considerou que os demais dispositivos legais citados não são conflitantes com o lançamento, uma vez que versam sobre o dever do contribuinte de escriturar todas as operações, sobre a definição do lucro bruto, sobre a apuração do lucro real e sobre a forma de tributação a ser adotada quando o fisco apura omissão de receitas.

No que se refere ao arbitramento do lucro, havendo o contribuinte optado pelo lucro real, não pode ela, por lhe ser mais favorável requerer o arbitramento do lucro. A detecção de uma omissão de receitas não impõe ao fisco o arbitramento do lucro, ao contrário, conforme estabelecido no art. 24 da lei 9.429/95, deve ser adotado o regime de tributação eleito pelo contribuinte para fins de determinação do imposto a ser exigido no lançamento de ofício, optando-se pelo arbitramento apenas quando se verifica uma das hipóteses previstas no art. 530 do RIR/99, o que não se aplica ao caso em discussão.

Em relação à irretroatividade da Lei 10.174/2001, concluiu que embora não haja nos autos evidências que a ação fiscal tenha se iniciado por via da CPMF, a matéria foi apreciada. A Turma Julgadora argumentou que a legislação tributária expressamente excetua do princípio da irretroatividade das disposições legais que trazem em seu conteúdo a previsão de novos critérios de apuração ou processos de fiscalização ou a ampliação dos poderes de investigação da autoridade fiscal.

Quanto à falta de fundamentação material, no que se refere aos empréstimos bancários, consigna a Turma Julgadora que a contribuinte apresentou apenas a declaração de um ex-gerente do Bamerindus, o que não basta para comprovar a origem dos recursos. Deve ser feita uma análise individualizada de cada um dos depósitos, e sendo assim, deveria ter apresentado documentação comprobatória da origem, coincidente com data e valor, de cada um dos ingressos efetuados em sua conta corrente bancária, para afastar a tributação imposta.

Da mesma forma, quanto aos demais empréstimos considerou que não foi apresentado nenhum documento, apenas foram feitas alegações. Igualmente, no que tange às operações de desconto de cheques de terceiros, além da listagem elaborada pela própria contribuinte, resumindo os valores constantes da intimação fiscal, nenhum outro documento foi apresentado que corroborasse as suas alegações.

Quanto ao valor da receita bruta contabilizada pela autuada no valor de R\$ 21.452.346,49, argüi que não se questiona se a contribuinte tributou ou não tais recursos, contudo não há nos autos qualquer prova de que estes efetivamente ingressaram nas contas correntes em análise. Caberia à contribuinte, para cada um dos depósitos que desejasse ver expurgado, apresentar os documentos, coincidentes com data e valor, que comprovasse que tais valores já haviam sido oferecidos à tributação, o que não ocorreu.



Quanto aos valores liberados pelas administradoras de cartões de crédito, a Turma Julgadora, na segunda decisão, excluiu do total da omissão, o montante de R\$ 924.982,33.

No que se refere a erro na determinação da base de cálculo, consigna a Turma Julgadora que em relação aos meses de novembro e dezembro, observa-se que a fiscalização, por equívoco, somou no anexo único do Termo de Intimação Fiscal (fls. 1039 e 1041) os depósitos de novembro e dezembro, totalizando R\$ 2.288.070,05. Esse valor corresponde a R\$ 1.490.439,86, para novembro e R\$ 797.630,19 para dezembro, sendo estes mesmos valores informados no Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal. Concluiu que trata-se de mero erro material que nenhum prejuízo trouxe à autuada, ainda mais porque no referido Termo de Intimação Fiscal, os depósitos encontram-se individualizados.

Em relação ao pedido de exclusão da CSLL lançada de ofício da base de cálculo do IRPJ, desde a edição da Lei 9.319/96, tal dedução não mais é admitida.

Quanto à multa qualificada, considerou a Turma Julgadora, que a conduta da contribuinte de não declarar recursos que transitaram em sua conta corrente ao longo de três anos-calendário consecutivos, levou a fiscalização a qualificar a multa. Entende que o valor expressivo da omissão de receitas apurada associado ao reiteramento da conduta em relação a mais de um ano-calendário, compõem um quadro no qual a existência de uma atitude tendente à deliberada subtração de valores à tributação se mostra amplamente evidenciada. Considerou que o intuito doloso ficou caracterizado.

Considerou improcedentes as alegações da autuada, no que se relaciona com a aplicação da Taxa Selic.

No que se refere ao PIS e COFINS, a decisão de primeira instância, considerou que uma vez que a omissão apurada decorre de depósitos bancários de origem não comprovada, ou seja, a natureza da omissão não foi evidenciada, a discussão acerca da substituição tributária seria pertinente se estivessemos diante de uma omissão de receitas decorrente de venda de combustível, o que não se aplica à lide.

Estendeu o decidido em relação ao IRPJ, às exigências da CSLL, COFINS e PIS.

No item 10 da decisão foram consignados os efeitos da decisão sobre o crédito tributário. Foi emitido Fapli e Facs conforme fls. 2447 a 2452.

III – DO RECURSO VOLUNTÁRIO

A ciência da primeira decisão se deu em 05.01.2006 e o recurso foi apresentado em 03.02.2006. A ciência da segunda decisão se deu em 07.11.2007 e o recurso foi apresentado em 06.12.2007.

Os argumentos são:

Falta de fundamentação material para o lançamento:

Alega que demonstrou cabalmente a origem dos recursos, comprovação que entende poder ser aferida pelos esclarecimentos que prestou e pelos documentos que forneceu

em resposta aos Termos de Intimação lavrados pelo autuante ao longo da ação fiscal, conforme resposta datada de 07.12.2004, que transcreve, e que a seguir também transcrevo:

A contribuinte, durante o período sob fiscalização, realizou operações de transporte de combustíveis, possuindo como destinatários finais diversos Postos de Combustíveis localizados no Estado de Santa Catarina;

Dentre várias Distribuidoras de combustíveis para as quais a contribuinte realizava referidas operações, citamos as empresas Petropar ..., Petrosul ..., Fox Distribuidora ..., Delta ..., Fic ...;

Ressaltamos que além das operações de distribuição de combustíveis, a contribuinte, igualmente por conta de terceiros, ou seja, em nome das supra citadas empresas Distribuidoras, realizava a cobrança dos respectivos valores junto aos Postos de Combustíveis adquirentes da mercadoria;

Ocorre que a contribuinte ao receber os pagamentos relativos aos combustíveis que distribuía aos respectivos Postos, inadvertida e equivocadamente, depositava referidos numerários em conta corrente de sua titularidade, para, posteriormente, repassa-los às Empresas Distribuidoras;

Portanto, enalteçemos que os pagamentos concretizados pela contribuinte em favor das Empresas Distribuidoras, relativamente às operações de transporte e cobrança de combustíveis que realizava por conta e nome destas últimas, efetivavam-se com cheques da titularidade da própria contribuinte e através de DOC;

Em algumas oportunidades, quando não depositava diretamente em sua conta corrente os valores percebidos dos Postos de Combustíveis adquirentes das mercadorias, a contribuinte realizava o desconto dos cheques em bancos e instituições financeiras, repassando os mesmos nos moldes acima descritos, os respectivos valores às empresas Distribuidoras

Argumenta que para comprovar o alegado, juntou durante a fiscalização diversos documentos, alguns fornecidos pelas próprias Distribuidoras, na qualidade de beneficiárias finais dos valores questionados, discriminando, inclusive os Postos de Combustíveis adquirentes dos produtos que entregava, operações essas, que em última análise, comprovam a origem dos valores questionados.

Aduz que também juntou inúmeros conhecimentos de transportes rodoviários de cargas e respectivos relatórios de vendas, fornecidos por algumas Distribuidoras (Petrosul, Petropar e Delta), discriminando as notas fiscais por ela emitidas, os valores, as quantidades e os Postos de Combustíveis, destinatários finais dos produtos transportados pela autuada.

Destaca que em novos expedientes protocolizados em 13.01.2005 e 24.01.2005, ainda durante a ação fiscal, anexou diversos documentos e demonstrativos com vistas a comprovação da origem dos valores movimentados em suas contas correntes bancárias, a saber:



- R\$ 16.084.505,16 – valor referente a operações de desconto de cheques de terceiros, sejam aqueles oriundos de seus negócios próprios, sejam provenientes de cheques recebidos por conta das Distribuidoras, nos moldes explanados;
- R\$ 5.182.902,44 – valor relativo a empréstimos, na modalidade de conta garantida (Banco do Brasil, Banco Bandeirantes e Banco Itaú);
- R\$ 1.169.866,95 – valor originário de empréstimos para capital de giro liberados pelos Bancos onde a recorrente mantém conta corrente;
- R\$ 3.983.441,24 – valor relativo a transferências entre as contas bancárias de sua titularidade (Banco do Brasil, Banco HSBC, Banco BCN, Banco Itaú e Banco Bandeirantes); tal valor foi aceito pela fiscalização;
- R\$ 919.094,40 – valor relativo a venda nos cartões de crédito, incluindo liberações antecipadas por parte das operadoras de cartões (Credicard, Redecard e Visanet); o valor da venda nos cartões de crédito foi excluído pela Turma Julgadora.
- R\$ 10.538.313,36 – valor repassado a empresas Distribuidoras fornecedoras dos produtos que a recorrente transportava, o qual era inicialmente, creditado em sua conta e posteriormente, repassado às Distribuidoras. Esta parcela é apenas a aceita pelo fisco, comprovada com cópia de cheques. Entretanto, o valor repassado foi muito superior, sendo que a diferença foi rejeitada pelo autuante em razão da cópia dos cheques não terem sido localizados pelos Bancos, conforme se comprova pelas respostas dadas pelo Banco Bandeirantes; tal valor foi aceito pela fiscalização;
- R\$ 290.000,00 – valor relativo a contrato firmado com a Texaco; tal valor foi aceito pela fiscalização;
- R\$ 343.624,06 – valor de depósitos efetuados pela Polícia Militar de Santa Catarina em favor da recorrente; tal valor foi aceito pela fiscalização;
- R\$ 21.452.346,49 – valor da receita bruta contabilizada e declarada pela recorrente em suas DIPJ nos anos-calendário fiscalizados.

Do montante total de R\$ 49.350.172,69 apurado pelo fisco, a recorrente afirma que justificou e comprovou a origem da totalidade dos valores creditados em suas contas correntes bancárias o que faria cair por terra a pretensão fiscal por absoluta ausência de fundamentação material que possa amparar o lançamento.

A diferença apurada pela fiscalização resultou da não aceitação de algumas parcelas acima enumeradas, especialmente, aquelas referentes às operações com as instituições financeiras nas quais a recorrente mantém conta corrente (operações de desconto, empréstimo conta garantia, empréstimo para capital de giro e recebimentos relativos a venda no cartão de crédito), a pretexto de que não foram apresentados os correspondentes contratos firmados entre as partes.

Ocorre que as modalidades de empréstimo acima enumeradas prescindem de contrato formal entre as partes, eis que, constituem-se em facilidades colocadas à disposição das empresas pelos Bancos em geral. Isto porque as liberações dos referidos créditos dependem

de garantias dadas pelas pessoas jurídicas às instituições financeiras, como é o caso, das operações de desconto, que na essência, equivale a liquidação antecipada de cheques de clientes da empresa que são entregues ao Banco, de antemão, a título de garantia, para posterior depósito dos mesmos, com conseqüente quitação do empréstimo.

De igual modo, o empréstimo sob a modalidade de conta garantida fica evidenciado na própria nomenclatura, o crédito liberado pelo Banco tem como garantia conta de investimento ou poupança mantida pela empresa na instituição financeira. Tanto é que o valor emprestado, normalmente tem como limite o saldo da conta investimento e/ou poupança, que fica bloqueado enquanto perdurar a dívida.

Quanto ao empréstimo de capital de giro, corresponde a um cheque especial que o Banco disponibiliza à pessoa jurídica para cobertura de seus negócios, quando necessário. Nesse caso não há necessidade de qualquer outra garantia, até porque, mensalmente, o Banco debita automaticamente, na conta corrente da empresa, a parcela de amortização e os juros cobrados.

A grande vantagem desses “empréstimos” está na baixa taxa de juros cobrada pelas instituições financeiras e na celeridade na liberação dos valores disponibilizados às empresas, resultante, exatamente, da informalidade dos contratos, que têm como respaldo os contratos iniciais para abertura das respectivas contas bancárias.

Pelas peculiaridades dos créditos financeiros, nenhum dos empréstimos necessita, para sua comprovação, de contrato formal entre as partes, o que torna descabida e infundada a rejeição pelo fisco dos extratos bancários como elemento de prova da origem dos recursos advindos desses empréstimos, eis que este é o único documento que registra a efetividade dessas operações.

Do equivocado critério jurídico e fundamentação legal adotados:

Procedendo-se à leitura atenta dos dispositivos legais mencionados no auto de infração (art. 24 da Lei 9.249/95, art. 42 da Lei 9.430/96, combinados com os arts. 249, inciso II, 251 e § único, 278, 279, 280, inciso II e 288 do RIR/99) em conjunto com a descrição dos fatos, vê-se que os mesmos não se prestam para respaldar qualquer exigência fiscal apoiada nos fatos lá descritos, eis que cuidam de tipificação legal estranha àqueles fatos.

Quanto ao art. 42 da Lei 9.430/96, o mesmo não se aplicaria, haja vista que a recorrente logrou justificar e comprovar todos os valores creditados nas contas correntes questionadas pelo fisco, mas, que o autuante desqualificou a recorrente da qualidade de mera transportadora e cobradora dos combustíveis que entregava aos Postos para considera-la como vendedora de fato de referidos produtos.

Neste ponto, faz uma indagação: Se o fisco atribui à autuada a titularidade das vendas e dos recursos delas provenientes, porque não arbitrou os seus lucros, por falta de escrituração das compras e vendas dos combustíveis? Diz que em casos de falta de escrituração de compras, vendas e depósitos bancários, etc a escrita da empresa não se presta para amparar a tributação com base no lucro real, na medida em que não espelharia as reais operações por ela realizadas.

Afirma que não está invocando o arbitramento de lucros como elemento de defesa, até porque tem consciência que escriturou todas as operações que realizou, **inclusive os**

créditos bancários que lhe pertenciam. Mas, da mesma forma que é vedado às empresas invocar o arbitramento como tábua de salvação para os seus males, não pode o fisco de deixar de adotá-lo quando a lei o determina, com o único propósito de exigir da recorrente tributo sem causa, representado pela majoração da exigência devido ao regime de tributação que elegeu, lucro real, quando a imputação que atribuiu à autuada, teria como consequência o abandono de sua escrita e o arbitramento de seus lucros.

Faz referência ao princípio da reserva legal, da tributação cerrada, conforme os artigos 3º e 142, § único do CTN.

Conclui que está demonstrada a fragilidade dos fundamentos legais da exigência relativa ao IRPJ, e lançamentos decorrentes, dado que não observados os princípios da legalidade objetivo, constantes do art. 97 do CTN, impondo-se o cancelamento do lançamento.

Da incorreta eleição da base de cálculo:

O AFRF majorou a base de cálculo dos lançamentos, porque fez incidir o tributo sobre o valor bruto das vendas (créditos bancários), desconsiderando por completo, o valor das compras dos produtos comercializados (combustíveis) que se constituiria em necessário custo para a recorrente. Diz que em razão de sua atividade de revenda de combustíveis, cujos produtos tem sua margem de lucratividade fixada pela ANP, o fisco teria o dever de levar em conta o efetivo lucro da atividade, sob pena de se exigir imposto sem causa, o que é vedado pela Carta Magna.

Aduz que não se deve argumentar que em se tratando de depósitos bancários de origem não identificada, tal lucratividade não se aplicaria, tendo em vista que a recorrente comprovou à exaustão que:

- a maior parte dos créditos originaram-se de vendas de combustíveis feitas pelas distribuidoras aos postos revendedores dos produtos, os quais eram entregues e cobrados pela recorrente, cujos valores eram posteriormente repassados para as reais vendedoras (distribuidoras);
- as operações de empréstimos junto aos bancos tinham como garantia exatamente os cheques de terceiros que transitaram em suas contas (operações de descontos e adiantamentos das administradoras de cartões);
- o fisco em momento algum, questionou a real atividade exercida pela recorrente (revenda de combustíveis), o que conduz à inarredável conclusão de que qualquer omissão de receita só pode advir dessa atividade.

Argui que se sua escrita não dá suporte a essa apuração, teria o fisco, então, o dever de arbitrar seus lucros, fazendo incidir os tributos e contribuições sobre 1,92% da receita dita omitida, percentual esse determinado em lei para tal atividade.

Ademais ainda que a recorrente tivesse omitido compras, não se poderia cogitar de omissão de receita na totalidade daquele valor, pois, a própria compra representa um custo que necessariamente teria que ser compensado na hipótese de omissão de receita.



Da imprestabilidade do depósito bancário como fundamento da exigência fiscal:

A fiscalização apesar de ter intimado parte das Distribuidoras de Combustíveis, efetivas vendedoras dos produtos transportados pela recorrente, as quais confirmaram ser as reais titulares da maior parte dos valores que transitaram nas contas correntes da autuada, não se deu ao trabalho de verificar se as mesmas contabilizavam como receita os valores que lhe eram repassados e como custo os fretes pagos à recorrente, optando pelo caminho da presunção, de considerar que a suplicante era a compradora direta das mercadorias.

Afirma que atua como simples transportadora dos combustíveis vendidos pelas Distribuidoras aos postos de combustíveis. Recebe o valor da venda, por conta e ordem das vendedoras, repassando-o, em seguida, para as efetivas titulares (distribuidoras).

Argumenta que a pretensa omissão de receitas é juridicamente insustentável, porque além de não corresponder à realidade dos fatos, afronta a legislação de regência, bem como a jurisprudência administrativa e judicial que há décadas vêm consagrando o entendimento de que o depósito ou o extrato bancário, por si só, não é fato gerador do IR. Acrescenta que mesmo a presunção legal do art. 42 e §§ da Lei 9.430/96, que atribui ao contribuinte o ônus de provar que os valores creditados não se referem a receitas omitidas, eis que, mesmo a presunção criada a favor do fisco, não afasta a tese, de que em princípio, os depósitos bancários não representam, por si só, disponibilidade econômica de rendimentos, uma vez que o autor do feito não desenvolveu nenhum esforço, para vincular alegados depósitos ditos não escriturados com alguma receita não escriturada.

Afirma que o procedimento fiscal, afrontou a orientação em voga na CSRF e a do próprio Primeiro Conselho de Contribuintes e o entendimento judicial.

Da inaplicabilidade da Lei 10.174/2001, face ao princípio da anterioridade:

Trata da impossibilidade da aplicação retroativa do art. 11, § 3º, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.147/2001. Argumenta que a lei tributária que torna mais gravosa a tributação somente entra em vigor e tem eficácia a partir do exercício financeiro seguinte àquele em que foi publicada.

Pede que seja declarada a improcedência parcial da exigência, posto que formulada em sua maior parte, sobre depósitos bancários anteriores a 01.01.2002, período esse que inexistia dispositivo legal que pudesse legitimar o lançamento fiscal a esse título.

Da tributação excedente relativa a valores não integrantes do anexo único do Termo de Intimação Fiscal:

Deve-se observar à pg. 25/33 do anexo único do Termo de Intimação Fiscal, que inexistia o valor total dos créditos ocorridos durante o mês de novembro de 2001.

A autoridade fiscal indica no quadro “Demonstração dos Valores Comprovados e Aqueles a Tributar” integrante do Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal (TVEAF), o valor de R\$ 1.490.439,86, como sendo relativo ao indicado no mês de novembro. Mas, somando-se os valores relacionados no mês de novembro de 2001, discriminados no anexo citado, se atinge o valor de R\$ 1.424.850,08, ou seja, uma diferença de R\$ 65.589,78, da qual a recorrente não foi intimada.

Verificou também na pg. 26/33 do mesmo anexo e pg. 9/11 do quadro “demonstração de valores comprovados e aqueles a tributar”, integrante do TVEAF, que o total dos valores inerentes ao mês de dezembro de 2001 atinge a importância de R\$ 2.288.070,05, mas, que ao se somar os valores desse mês constantes no anexo, chega-se ao total de R\$ 797.630,19, ou seja, uma diferença de R\$ 1.490.439,86.

Conclui que foi intimada a menor em R\$ 1.556.029,4, e conseqüentemente intimada a maior no valor de R\$ 1.490.439,86 e que esse fato por si só representa ilegalidade e cerceamento de defesa e que por essa razão, o procedimento de fiscalização é temerário, frágil e equivocado, e que esse aspecto aniquila toda a credibilidade do trabalho de fiscalização.

Afirma que a decisão de primeira instância tentou justificar a existência das diferenças em questão, atribuindo-as a erro de fato, alegando porém que os valores fantasiosos encontram-se discriminados nas planilhas sob análise, mas, que citados valores efetivamente não estão relacionados na planilha confeccionada pela autoridade fiscal.

Do descabimento da multa qualificada:

O autuante além de não produzir qualquer prova de intuito fraudulento por parte da autuada, limitou-se a aplicar a multa majorada sem qualquer justificativa para tal exarcebação. Não sendo objeto da lide qualquer dos atos ilícitos tipificados nos arts. 71 a 73 da Lei 4.502/64 é totalmente descabida e infundada a aplicação da multa exarcebada por completa ausência de suporte legal.

Inexatidão da base de cálculo do IRPJ lançado de ofício:

Pede a exclusão da base de cálculo do IRPJ da CSLL lançada de ofício. Cita acórdão 101-91594 de 20.11.97.

Tributação reflexa:

Estende os argumentos relativos ao lançamento do IRPJ à CSLL, PIS e COFINS em razão da tributação reflexa;

Especificamente para o PIS e COFINS, afirma que em se tratando de empresa comerciante varejista de combustíveis, que é a atividade que desenvolve, a capitulação legal adotada é equivocada (art. 1º da LC 70/91 e art. 2º da Lei 9.715/98) eis que em tal atividade a lei elege como contribuinte substituto dos comerciantes varejistas as fornecedoras de seus produtos, conforme art. 4º da LC 70/91 (COFINS) e art. 6º da Lei 9.715/98 (PIS).

Afirma que no procedimento fiscal, não foi questionada ou negada a atividade exercida pela recorrente, ao contrário, ao intimar as Distribuidoras e Usinas, com as quais manteve relações comerciais, atestou, que a mesma dedica-se ao comércio varejista de derivados de petróleo e de álcool etílico hidratado, para fins carburantes. Faz referência ao art. 97 do CTN que diz respeito à legalidade das exigências tributárias. Requereu o cancelamento das exigências do PIS e COFINS, por desconformidade, em seus próprios fundamentos, com os dispositivos legais aplicáveis à matéria.

Ilegalidade dos juros Selic na correção dos débitos tributários:



Por falta de previsão em lei e inadequação entre a natureza da taxa como criada e regulamentada pelo BC e o campo tributário, que vêm somar-se a delegação de competência contrária ao CTN, a aplicação da taxa Selic deve ser afastada.

Razões adicionais apresentadas no segundo recurso:

Nas razões adicionais repete parte das já constantes no primeiro recurso, exceto as relativas à discussão sobre a multa qualificada que a seguir são explicitadas.

Aduz que o autuante não se esforçou em produzir um único elemento de prova tendente a caracterizar o evidente intuito de fraude imputado à recorrente, única condição prevista em lei para autorizar a exarcebção da penalidade. Ou seja, incorreu qualquer resquício doloso, muito menos evidente intuito de fraude por parte da recorrente nos termos preconizados pela Lei. Até porque no caso vertente, a presunção de omissão de receitas respaldou-se unicamente na alegada falta de comprovação de valores creditados em suas contas correntes bancárias pertencentes a terceiros (Distribuidoras de Combustíveis), em relação aos quais a recorrente demonstrou e comprovou, à exaustão, não só sua origem, como seu repasse às reais destinatárias, e o porque dos valores serem depositados em suas contas.

Seria inequívoco que a exasperação da penalidade foi aplicada por meio de artifício fiscal repudiado pelo ordenamento jurídico, de presunção da prática de dolo ou simulação em autuação formulada com base em presunção legal de omissão de receitas respaldada unicamente em alegada falta de comprovação, com documentos hábeis e idôneos, da origem dos recursos. Se a própria fiscalização reconhece que a autuação se fez por presunção de omissão de receitas, por simples inversão do ônus da prova, o dito intuito doloso se fez também por presunção.

Ao proceder a majoração da penalidade por presunção da presunção, ou seja, presunção do intuito doloso, não se observou o entendimento do Conselho de Contribuintes expresso no acórdão 108.07.390 de 14.05.2003, 104-19333 de 2003, 102-47.066 de 12.09.2005.

Ressalta ainda que esse tema não importa mais em discussão dada a **Súmula nº 14 do 1º CC** (a simples apuração de omissão de receitas ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo).

Acrescenta que o disposto no art. 44, II, da Lei 9.430/96, exige a prova do crime para a exasperação da penalidade, e que além disso, a prova relativa ao cometimento da infração, especialmente aquelas em que a fiscalização imputa a prática de fraude, dolo ou simulação é do fisco e não do contribuinte.

É o Relatório.



VOTO

Conselheira - ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, Relatora.

O recurso voluntário atende às condições de admissibilidade e deve ser conhecido.

Trata-se de lançamento do IRPJ (regime de apuração do Lucro Real) e contribuições (CSLL, PIS e COFINS) dos anos-calendário de 2000, 2001 e 2002, relativo à infração de omissão de receitas, com exigência da multa qualificada.

A infração de omissão de receitas foi caracterizada pela não comprovação, mediante documentação hábil e idônea, da origem dos recursos movimentados em conta-corrente, nos termos do art. 42 da Lei 9.430/96.

Segundo o contrato social, o objeto social da empresa é o comércio varejista de combustível, lubrificantes, peças e acessórios de veículos [...] e serviços de lavagem e lubrificação, panificadora e locação de fitas de vídeo.

A atividade econômica informada nas DIPJ é o comércio a varejo de combustíveis e lubrificantes para veículos automotores. Verifica-se nas DIPJ que a contribuinte auferiu receitas com revenda de mercadorias e com prestação de serviços. Tomando-se como exemplo, o ano-calendário de 2002, constata-se pela demonstração do resultado que a prestação de serviços corresponde a 1,26% do total das receitas; observa-se ainda pela demonstração da base de cálculo da contribuição para o PIS, que a venda de produtos/mercadorias não sujeitos a substituição tributária corresponde a 15% da receita bruta.

O valor total não comprovado após a exclusão da Turma Julgadora de R\$ 924.982,33 relativo a depósitos de administradoras de cartões de crédito é de R\$ 33.269.811,70.

Em síntese, de uma movimentação financeira de R\$ 49.350.172,69, nos anos-calendário de 2000 a 2002 foi comprovada pela fiscalização, a origem de R\$ 15.155.378,66, sendo R\$ 10.538.313,36 com cópia de cheques microfilmados de titularidade da recorrente emitidos para distribuidoras de combustíveis (demonstrativo de fls. 1290) e fornecidos pela fiscalizada, R\$ 3.983.441,24 de transferências da mesma titularidade, R\$ 290.000,00 de contrato com a Texaco, R\$ 343.624,06 de contrato com a Polícia Militar.

Portanto, entre os valores dos depósitos com origem comprovada, a fiscalização aceitou a argumentação da fiscalizada de que apenas transportava combustível para outras empresas, sendo sua receita apenas os fretes, e que os valores dos depósitos referiam-se ao pagamento às Distribuidoras/Usinas. O valor considerado pela fiscalização como comprovado é de R\$ 10.538.313,36, tendo sido aceitos para comprovação os cheques emitidos para as Distribuidoras/Usinas.

Entre outros argumentos, além de erros materiais no lançamento, a contribuinte alega que estão comprovados os seguintes valores:

- R\$ 16.084.505,16 – valor referente a operações de desconto de cheques de terceiros (negócios próprios e aqueles provenientes de cheques recebidos por conta das Distribuidoras, nos moldes explanados);

- R\$ 5.182.902,44 – valor relativo a empréstimos, na modalidade de conta garantida (Banco do Brasil, Banco Bandeirantes e Banco Itaú);
- R\$ 1.169.866,95 – valor originário de empréstimos para capital de giro liberados pelos Bancos onde a recorrente mantém conta corrente;
- R\$ 21.452.346,49 que corresponde ao valor da receita bruta contabilizada e declarada.

O somatório desses valores totaliza R\$ 43.889.621,04.

A contribuinte informa esses valores pelo valor total e não individualizou os respectivos créditos.

Observando-se os valores movimentados de fls. 1016/1048, verifica-se que há históricos tais como: Chq. Desc., Av. Crédito, Liberação Oper, Empréstimo, Est Aut, cobrança, Liq Descont, CRD Instr. Pgto Autoriz., Av. Crédito, Lib Emp, Liberação Oper., Oper. Desconto, giro parcelado, Lib. Desconto, etc.

Com o objetivo de não haver tributação em duplicidade, entendo que o julgamento deve ser convertido em diligência para que a fiscalização possa junto às instituições financeiras esclarecer o significado de cada histórico (em tese), bem como, esclarecer para quais das operações citadas nos históricos eram dados cheques em garantia e se eram creditados na mesma conta corrente quando compensados.

Constato também pelas DIPJ apresentadas que a contribuinte apresenta saldo na conta Bancos, assim deve ser confirmado se a contribuinte não contabilizou a sua movimentação financeira em sua totalidade ou se contabilizou a movimentação parcialmente. Na hipótese dos depósitos bancários objeto do lançamento terem sido contabilizados em parte devem os mesmos serem identificados e segregados dos demais.

O autor da diligência poderá realizar as diligências que entender necessárias.

Após, deve o autor da diligência providenciar relatório com suas conclusões, inclusive cálculo do valor comprovado, se for o caso, e deve cientificar o relatório à interessada, que poderá se manifestar se entender necessário.

Do exposto, oriento meu voto para converter o julgamento em diligência nos termos acima expressos.

Sala das Sessões - DF, em 13 de agosto de 2008.


ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA