



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA

Processo nº : 13971.001291/99-21
Recurso nº : 129.526
Matéria : IRPJ e OUTROS – Exs.: 1998 e 1999
Recorrente : WALENDOWSKI DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
Recorrida : DRJ - FLORIANÓPOLIS/SC
Sessão de : 22 de maio de 2002
Acórdão nº : 108-06.968

PAF - PEDIDO DE PERÍCIA - Está no âmbito do poder discricionário do julgador administrativo, o atendimento ao pedido de perícia. Sua negativa não constitui cerceamento do direito de defesa, quando os autos trazem elementos suficientes para firmar convicção.

PAF - NULIDADES – Não provada violação das regras do artigo 142 do CTN nem dos artigos 10 e 59 do Decreto 70.235/1972, não há que se falar em nulidade, do lançamento, do procedimento fiscal que lhe deu origem, ou do documento que formalizou a exigência fiscal.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – IMPROCEDÊNCIA – Tendo sido dado ao contribuinte no decurso da ação fiscal todos os meios de defesa aplicáveis ao caso, não prospera a preliminar suscitada.

PAF - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS – A argüição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.

IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS.COMPRA E VENDA DE COMBUSTÍVEL. LEVANTAMENTO POR ESPÉCIE. ESTOQUE. PREÇO MÉDIO. O levantamento quantitativo sobre movimentação comercial (estoque anterior + entradas (-) vendas (-) estoque final = saídas no período) é a equação básica com conferência da movimentação dos estoques. Constatada diferenças, o preço médio é um critério legal para valoração do ilícito.

IRPJ - REGISTRO DE INVENTÁRIO. Havendo divergência entre os valores apresentados na DIRPJ e aqueles consignados nos livros fiscais e contábeis, legítimo é o lançamento da diferença verificada.

IRPJ – LUCRO PRESUMIDO – BASE DE CÁLCULO - PERCENTUAL APLICADO ÀS DISTRIBUIDORAS DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES – Não se confundem os percentuais aplicáveis na presunção do lucro no tocante à atividade de revenda de combustíveis, entre às distribuidoras e os postos varejistas.

Processo nº. : 13971.001291/99-21
Acórdão nº. : 108-06.968

LANÇAMENTOS DECORRENTES - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL.PIS.COFINS. Tratando-se da mesma matéria do lançamento do IRPJ e não havendo fatos ou argumentos a ensejar conclusão diversa, mantêm-se o lançamento reflexivo, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula

JUROS DE MORA E TAXA SELIC - Incidem juros de mora e taxa Selic, em relação aos débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional.

MULTA DE OFÍCIO - Nas infrações às regras instituídas pelo direito fiscal cabe a multa de ofício. É penalidade pecuniária prevista em lei, não se constituindo em tributo. Incabível a alegação de inconstitucionalidade, baseada na noção de confisco, por não se aplicar o dispositivo constitucional à espécie dos autos

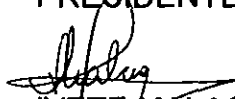
Preliminares Rejeitadas.
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por WALENDOWSKY DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares suscitadas e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE



IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO
RELATORA

FORMALIZADO EM: 27 MAI 2002

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NELSON LÓSSO FILHO, LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA, TÂNIA KOETZ MOREIRA, JOSÉ HENRIQUE LONGO, MARCIA MARIA LORIA MEIRA(Suplente convocada) e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR.

Processo nº. : 13971.001291/99-21

Acórdão nº. : 108-06.968

Recurso nº : 129.526

Recorrente : WALENDOWSKI DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEL LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de lançamento para o imposto de renda pessoa jurídica, fls. 327/333, no valor de R\$ 171.054,77, Termo de Verificação Fiscal de fls. 314/326, consigna omissão de receitas constatada a partir do confronto entre as entradas e saídas de mercadorias. Também percentual de presunção diverso da espécie aplicável à atividade exercida.

Foram lavrados os autos de infração decorrentes: Contribuição Social Sobre o Lucro (CSL fls. 334/338) - R\$33.760,48; PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL - (PIS fls. 339/344) - R\$34.950,10; CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - (COFINS fls. 345/351) - R\$107.707,47

Impugnação de fls. 359/376, em apertada síntese, reclama da cobrança do PIS e COFINS, como contribuinte ou substituto, por força da imunidade constitucional, conforme parágrafo 3º do artigo 155 da Constituição Federal. Seria inconstitucional a Emenda 02/93 que instituiu o fato gerador presumido. Pede conferência das contribuições efetivadas pela Petrobrás, para não se materializar a bitributação. O preço estimado como base de cálculo dessas contribuições, também ofenderia princípios constitucionais.

Como empresa distribuidora de combustíveis, de pequeno porte, optou pelo lucro presumido. Contudo, manteve escrita regular e o autuante em momento algum comprovou a suposta omissão de receitas. Tal conclusão, decorreu de premissas equivocadas. Não considerou os estoques existentes, os percentuais de evaporação e sinistro ocorrido com os estoque. Pede análise dos seguintes fatos, como provas do acerto em seu procedimento:



Processo nº. : 13971.001291/99-21
Acórdão nº. : 108-06.968

- a) os caminhões tanques teriam grande capacidade de armazenamento e não foram considerados (prova 2);
- b) teria contrato de locação com empresas de tancagem (prova 3);
- c) não fora considerado o percentual de evaporação;
- d) caminhão avariado, levou consigo 15.000 litros de álcool hidratado (prova 4 - boletim de ocorrência);
- e) ao final de cada mês, a Petrobrás fatura para a distribuidora o saldo de sua cota, mais isto não significa que tenha retirado e vendido a mercadoria;
- f) a circularização utilizada no levantamento fiscal, não abrangeu todos os fornecedores, o que prejudica sua conclusão;
- g) algumas notas da Petrobrás não são de vendas (prova 5);
- h) o procedimento omitiu os estoques existentes em 12/1998, o que distorceu o resultado;
- i) a falta apenas de lançamento de algumas notas de compras, não justifica a conclusão do autuante como omissão de receitas (prova 6);
- j) a ação tomou as saídas físicas como superiores às entradas e levanta omissão de vendas, o que não parece correto;
- k) o valor do lançamento constitui 126,74% do patrimônio da empresa (prova 7).

O valor lançado ao considerar o preço médio, onerou a exação, por não utilizar-se do preço efetivo. O percentual aplicado para tributar as receitas de vendas, está incorreto. O artigo 223 do RIR, seria inconstitucional, nos termos do artigo 150,IV da CF, por instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente. Reclama das multas, juros e do arrolamento de bens se constitui em uma inconstitucionalidade.

A decisão da 3ª Turma de Julgamento da DRJ de Florianópolis, julga procedente em parte o lançamento (fls.457/484). Opõe à possível estocagem de



Processo nº. : 13971.001291/99-21
Acórdão nº. : 108-06.968

combustível nos próprios tanques dos caminhões, que os certificados de registro invocados, referem-se a veículos fabricados em 1999, portanto fora do período auditado. Os contratos das locações dos tanques, por si só não bastariam para garantir estoques finais nos mesmos. Registra contrato celebrado apenas em 1999 e nenhum elemento de prova que apontasse para acerto das operações.

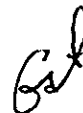
Ao pedido de perícia para mensurar a possível evaporação, responde que pelo tipo de atividade exercida, a interessada retira da produtora o combustível e repassa aos varejistas. Como é apenas um transbordo, não teria perdas relevantes. Também não juntou qualquer elemento de prova convincente, o que implica em não haver qualquer reparo a ser feito neste item.

À possível perda de 15.000 de álcool, o Boletim de Ocorrência anexado, apenas noticia o sinistro com veículos e informa a incineração de documentos fiscais. Quanto às operações com a Petrobrás (faturamento para entrega futura) e a suposta incorreção com a circularização realizada, não foram apresentadas provas que contestassem o acerto no procedimento atacado.

À omissão de receitas por vendas não declaradas, foi calculada a partir de circularização, conforme planilhas preenchidas pela própria interessada, nenhum prejuízo lhe causando. A metodologia do levantamento, em litros, obedeceu o artigo 41 da Lei 9430/1996 (demonstrado no termo de fls. 318).

As omissões de entradas seriam sanadas se a peça impugnatória trouxesse as supostas notas que não foram escrituradas. O argumento da existência de saldo em caixa para tais aquisições, não seriam suficientes para ilidir a presunção do fisco.

Considera as quantidades declaradas no Registro de Inventário em 31/12/1998, exclui as diferenças desses ajustes no lançamento inicial.



Processo nº. : 13971.001291/99-21
Acórdão nº. : 108-06.968

Informa a correção do procedimento quanto ao percentual aplicado na apuração do lucro presumido, dizendo que o equívoco do sujeito passivo, seria pela interpretação extensiva pretendida, para o inciso I do parágrafo 1º do artigo 15 da Lei 9249/1995, base legal do artigo 223 do RIR/1999. Ratifica a multa e juros, aplicados nos estreitos limites da lei.

Quanto à cobrança das contribuições para financiamento da seguridade social, ferirem princípios constitucionais, opõe a atividade vinculada do julgador administrativo e a competência dos poderes em relação à matéria. Ajusta os valores lançados, frente à exoneração praticada quanto ao IRPJ, pela estreita relação de causa e efeito existente entre os procedimentos.

Ciência em 27/11/2001, recurso interposto em 19 de dezembro seguinte, onde em preliminar argui nulidade do procedimento, pois a ação fiscal durou 10 meses e não teve prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal. O prazo, segundo o Decreto 70235/72 (parágrafo 2º do inciso III e inciso I do artigo 7º) teriam sido, em muito, ultrapassado. Destaca doutrina sobre validade do ato jurídico, segundo Aurélio Pitanga Seixas Filho, concluindo que no caso, foram afrontados os princípios da legalidade, da ampla defesa e contraditório. Continua reclamando de rasuras no procedimento, pois constariam 'preenchimentos à caneta', o que também seria causa de nulidade. O artigo 2º do sobredito Decreto 70235/72, fora descumprido. Da mesma forma, o artigo 9º, no que tange às provas do ilícito, repercutindo na aplicação do artigo 10, em todo seu teor e forma.

O enquadramento legal, a partir de análise mais detalhada que fez dos lançamentos conteriam impropriedades, tais como: artigo 19 e parágrafo único da Lei 9429/95; artigo 29 incisos I e II da Lei 9430/96, sem falar dos demais dispositivos, todos, impertinentes.



Processo nº. : 13971.001291/99-21
Acórdão nº. : 108-06.968

Refere-se à imunidade prevista no parágrafo 3º do artigo 155 da Constituição Federal no tocante às contribuições para PIS e COFINS, expendendo longo estudo sobre a elaboração constitucional. Argüi inconstitucionalidade da substituição tributária.

Requer perícia para confronto das contribuições realizadas pela Petrobrás para não incidir em bitributação. Notas em anexo confirmariam este fato.

A tabela de preços máximos estipulados para recolhimento de PIS e COFINS, informa que praticou preços menores, premido pela concorrência. Além do que, cabe a lei determinar a forma de cálculo do imposto e não a ato normativo administrativo.

O cálculo da omissão de receitas fora tendencioso. Teria combustível nos veículos e tanques alugados, provas não aceitas no juízo de 1º grau. Reitera os demais argumentos expendidos no primeiro arrazoado: evaporação, sinistro, antecipação de faturamento, circularização dos principais clientes, relação de vendas da Petrobrás, inventário, omissões de compra e venda, sua forma de cálculo, o coeficiente de determinação do lucro, da multa e juros, da aplicação de lei inconstitucional no arrolamento de bens, do confisco resumindo seus pedidos: "

- a) que seja considerado nula a notificação pois o termo de início, prorrogação não foi confeccionado;
- b) da mesma forma deve ser nula por conter rasuras na notificação;
- c) o prazo legal estipulado para o fim da ação fiscal não foi respeitado, logo, é nula também por este motivo;
- d) por total falta de provas ou indícios desta, também deve propiciar nulidade deste ato administrativo;
- e) o enquadramento feito de forma errada anula a pretensão do estado, logo, mais um fato que se converte em nulidade;
- f) que seja considerada imune a cobrança do PIS/COFINS no caso de operações de derivado de petróleo e combustíveis;
- g) que seja considerado inconstitucional a cobrança do PIS/COFINS na forma de substituição Tributária;
- h) que se apure os impostos já recolhidos por Walendowsky Distribuidora de Petróleo Ltda (Perícia) ;
- i) caso venha a entender que é constitucional a cobrança do PIS/COFINS, que seja apurado sobre bases reais (perícia) e não as instituídas pela Portaria Interministerial;

Processo nº. : 13971.001291/99-21
Acórdão nº. : 108-06.968

- j) que seja feita nova perícia na empresa para que se apurem os saldos em estoques, índices de evaporação, o reflexo do sinistro nos estoques, antecipação de faturamento, confirmação das vendas citadas acima, consideração dos estoques existentes, para que ao final seja feita análise sem os reflexos dos pontos acima;
- k) que seja desconsiderada a omissão de compras e vendas pois não existem indícios fortes o suficiente para conclusão que isto realmente aconteceu;
- l) impugnamos todas as cobranças de impostos sobre omissões (Pis, Cofins, Imposto de Renda e Contribuição Social);
- m) que mantenha-se o índice de 1,6% para apuração do IR e não onerá-lo para 8% como pretende o agente fiscalizador, portanto impugnamos a aplicação indevida do coeficiente de lucro;
- n) diminuição dos percentuais e por consequência dos valores aplicados a título de multa e juros, sob pena de incidir em confisco;
- o) que seja indeferido o arrolamento de bens pretendido pelo fisco, pois até a presente data não podemos ser considerados devedores, desta forma não cabe qualquer arrolamento, pois a lei que instituiu é inconstitucional;
- p) impugnamos desde já todas as cobranças, todos os cálculos, todos os números, todas as datas, todos os fatos, pois os mesmos não concluem a verdade;
- q) e derradeiramente, que seja julgado improcedente o processo de notificação e os autos de infração, por não representarem a verdade real, base para qualquer notificação e por poder se configurar em confisco. "

Arrolamento de bens às fls. 514/515.

É o Relatório.



Processo nº. : 13971.001291/99-21
Acórdão nº. : 108-06.968

V O T O

Conselheiro IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO, Relatora

Presentes os pressupostos processuais, tomo conhecimento do recurso.

Em preliminar, é requerida a nulidade absoluta do procedimento por se encontrar viciado. A ação excedera o prazo contido no Mandado de Procedimento Fiscal sem prorrogação expressa; os documentos que instruíram os autos apresentam rasuras; a materialidade do ilícito não fora comprovada; o enquadramento legal estaria incorreto.

Cabe salientar, que na prática não se encontram presentes os pressupostos legais do Decreto 70235 de 06/03/1972 quanto a atos nulos:

Artigo 59 - São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoas incompetentes;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Ausentes também os defeitos capitulados no artigo seguinte do Processo Administrativo Fiscal:

Artigo 60 - As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influíram na solução do litígio.

À nulidade referida pelo excesso de tempo dispendido na auditoria, informa o PAF:

Artigo 7º - O procedimento fiscal tem início com:



Processo nº. : 13971.001291/99-21
Acórdão nº. : 108-06.968

I - O primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

(...)

parágrafo 2º - Para os efeitos do disposto no parágrafo 1º os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de 60 dias, **prorrogável, sucessivamente**, por igual período com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento do trabalho. (Destaquei)

A cronologia do procedimento é a seguinte;

- Termo de Início de Fiscalização - 17/03/1999 - fls. 02;
- Termo de Retenção de Documentos - 22/03/1999 - fls. 66;
- Termo de Solicitação de Esclarecimentos - 10/08/1999 - fls.67;
- Intimação Fiscal - 20/08/1999 - fls. 68;
- Intimação Fiscal - 06/09/1999 - fls. 92/93;
- Termo de Devolução de Documentos - 16/08/1999 fls. 136/137;
- Termo de Verificação Fiscal - 23/12/1999 - 314/326.

Convém notar que durante o transcurso dos trabalhos, várias intimações para fornecedores foram emitidas, dados coletados para subsidiar levantamentos realizados (fls. 92/135) Não houve inércia do autor, ao contrário, causaria estranheza o encerramento de procedimento tão complexo, em tempo mais curto. A jurisprudência invocada nas razões, ementa juntada (fls. 402), diz respeito a ICMS, e não tem aplicação ao caso presente.

As reclamadas rasuras, no Termo de Verificação Fiscal, estão nos números das folhas as quais se referem os itens. Foram posto à tinta, pela simples razão de não estar formalizado o processo quando da ciência ao contribuinte, e por consequência, ainda não numerado (fls.314/326).

Quanto à incorreção no enquadramento legal, refere-se a recorrente, apenas aos dispositivos: artigo 19 e parágrafo único da Lei 9249/95 e artigo 29 incisos I e II da Lei 9430/1996, sem qualquer conexão com os fatos, "*causando desgaste*

Processo nº. : 13971.001291/99-21
Acórdão nº. : 108-06.968

desnecessário nas partes envolvidas , impossibilitando desta forma, a empresa de exercer seu direito de ampla defesa , garantido constitucionalmente”(fls.494).

O Artigo 19 da Lei 9249/1995, reduziu a alíquota da CSLL de 10 para 8%. O parágrafo único, excetua as instituições financeiras desta redução. O artigo 29 e incisos da Lei 9430/1996, trata das parcelas que comporão a base de cálculo da Contribuição Social Sobre o Lucro. A complexidade das atividades e dos ilícitos, implicam em vários dispositivos que se conjugam para respaldar a ocorrência do fato gerador. A clareza e a extensão dos argumentos trazidos à colação, militam a favor do fisco. Comprovam que não houve qualquer cerceamento do direito de defesa da recorrente. Esta compreendeu a autuação, e pelas explanações apresentadas nas razões iniciais e finais vê-se que se defendeu plenamente.

Confronta-se o pedido de perícia não realizada, como causa de nulidade absoluta por haver cerceado o direito de defesa da recorrente. O indeferimento da realização de perícia se deu com fundamento no art.18 do Decreto nº 70.235/72, dentro da competência discricionária do juízo “a quo”, por entender suficientes os elementos constantes nos autos, para elucidação da matéria. Tese com a qual comungo. A interessada não juntou a comprovação dos seus argumentos, ficando apenas no discurso.

Por todos esses fatos, não prospera a tese de nulidade, corroborada pelo entendimento depreendido nos seguintes Acórdãos do 1º Conselho de Contribuintes:

PAF - NULIDADES - Não cabe arguição de nulidade do lançamento se os motivos em que se fundamenta o sujeito passivo não se subsumem aos fatos nem a normal legal citada, mormente quando o auto de infração foi lavrado de acordo com o que preceitua o Decreto 70235/72 (Ac. 107-05683 10/06/1999).

IRPJ - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO - IMPROCEDÊNCIA - Tendo sido dado ao Contribuinte no decurso da ação fiscal todos os meios de defesa aplicáveis ao caso, improcede a preliminar suscitada. (Ac. 107-05.511 de 28/01/1999).



Processo nº. : 13971.001291/99-21
Acórdão nº. : 108-06.968

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Não se configura a hipótese, se os elementos em que se baseou o auto de infração se encontram nos autos à disposição da fiscalizada para articular sua defesa. (Ac. 107-05.565 de 16/03/1999).

Também não avança o argumento de que as provas acostadas pelo agente fiscal seriam insuficientes para firmar a presunção de omissão de receitas. A ação fiscal tomou por base a escrita fiscal e contábil da recorrente. Circularizou os principais fornecedores, e cobrou a diferença entre as quantidades saídas e declaradas, tudo a partir das informações prestadas pela própria recorrente.

As contraprovas documentais podem e devem, ser apresentadas com a impugnação do lançamento, admitida sua juntada posterior, presente uma das hipóteses previstas no § 4º do art. 16 do Decreto n.º 70235/72. A lei não obriga o julgador a aguardar indefinidamente sua produção, tampouco autoriza a produzi-las em lugar da interessada.

A matéria do lançamento decorre de presunção legal, válida, reconhecida e pacificada neste tribunal administrativo. A omissão de receitas, é o resultado de um procedimento adotado pelo sujeito passivo, que é quem conhece os fatos, possui toda documentação relacionada com o evento e está apto a esclarecê-lo. As provas que ratificariam o acerto nos argumentos discursivos apresentados, não foram juntadas. A perícia pretende que a administração as produza. Isto é inverter o ônus da prova, mostrando-se como medida protelatória, uma vez que não foram afastadas as presunções legais originárias do lançamento.

A matéria do litígio, a ocorrência de omissão de receita por falta de escrituração de compra e venda de combustíveis é presunção legal, válida no mundo jurídico. O seu afastamento dependeria da comprovação do acerto no procedimento.

Na omissão de compras, invoca falta de escrituração de notas fiscais de entrada. Contudo, não juntou essas notas embora tenha tido tempo suficiente para

Processo nº. : 13971.001291/99-21
Acórdão nº. : 108-06.968

fazê-lo. (A lavratura do auto de infração foi em 23/12/1999. O julgamento de 1º grau foi em 07/11/2001). O declarado e arguido saldo em caixa, não é bastante em si, para infirmar a presunção legal.

A omissão de vendas foi detectada a partir da diferença entre as entradas e saídas físicas. Invoca a recorrente que "*não pode se permitir que chegue a conclusões devastadoras e ilegais por mera presunção sem considerar a totalidade dos fatos. O julgamento deve ser feito em conformidade com a lei, porém com o compromisso maior com o real com o justo, portanto deve se rever o método utilizado para conclusão justa*" (fls.501). Apresenta as seguintes Ementas de Acórdãos:

Omissão de Receitas(85/6) - O registro de entradas e saídas de recursos não serve por si só, de base a demonstração de omissão de receitas. A investigação há de ser minuciosa para que elementos seguros revelem a falta apontada. Recurso Provido (Ac. 1 CC 105-5454/91 DO 17/06/91)

Omissão de Receita - A omissão de receita, em todos os casos, não dispensa a prova de sua ocorrência. Indícios colhidos junto a terceiros demandam maior aprofundamento da ação fiscal no sentido de levar o julgador a convicção de que o ilícito fiscal realmente aconteceu. (Ac. 101-81.026/91 - DO 05/06/91). (Destaque do original)

O autor da ação, pesquisou junto aos principais fornecedores as aquisições, cotejando-as com as escriturações fiscais e a movimentação física. Isto tudo a partir de planilhas fornecidas pela recorrente (fls. 72/91). No Termo de Verificação Fiscal de fls.314/326 detalha todo procedimento. As planilhas de fls.320/323/325 resumem as diferenças encontradas. A duração da auditoria, motivo de invocação de nulidade, mostra a forma como a auditoria se desenvolveu. Verificados os indícios, as omissões foram apuradas de acordo com o artigo 41 e parágrafos da Lei 9430/1996, através de levantamentos quantitativos, avaliadas pelo preço médio de compra ou venda, conforme a equação: (Vm=Valor/Volume). Como ilustração, transcrevo a seguinte Ementa:

LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS - *Procede o lançamento como omissão de receitas com base em levantamento quantitativo de mercadorias adquiridas e vendidas, se o contribuinte não demonstrar ter ocorrido erro na especificação das mesmas por ocasião das entradas e saídas do estabelecimento (Ac. 101-81.977/91 DOU 12/05/92).*

Processo nº. : 13971.001291/99-21
Acórdão nº. : 108-06.968

A aceitação do argumento de que teria havido perecimento de mercadoria por sinistro e a possível perda por evaporação, não restaram comprovadas. Nos casos mencionados nas razões, há formalidades necessárias que não foram atendidas, tais sejam: laudo técnico da ANP ou outro órgão que atestasse o percentual de evaporação e laudo do corpo de bombeiro ou outra autoridade que atestasse o sinistro e a perda efetiva do combustível. Neste sentido, as Ementas deste Conselho de Contribuintes:

PERDA DE ESTOQUE - Somente integram os custos os valores do prejuízo resultante da perda de estoque, quando comprovada de forma inquestionável, por laudo técnico firmado por autoridade competente. (Ac. 1^o CC 103-9394/89 DOU 24/04/90).

COMPROVAÇÃO - Se os custos estão relacionados com quebras e perdas ocorridas no processo de produção, a lei não dispensa a comprovação da ocorrência dessa perda, sendo livre a forma de prova (Ac. 1^o CC 101-85.381/93).

Invoca imunidade tributária, nos termos do artigo 155 parágrafo 3^o da Constituição Federal, para não incidência do PIS e Cofins na comercialização de combustíveis e derivados de petróleo. Também, a substituição tributária, criada na EC 2/93 seria inconstitucional. A instituição do fato gerador presumido, violaria princípios consagrados: segurança e certeza do direito, tipicidade, igualdade, capacidade contributiva e vedação de confisco.

O conhecimento das matéria trazida à colação é possível, exceto aquelas que tratem de legalidade e constitucionalidade de Lei, em razão da matéria, são de competência absoluta, privativa do Poder Judiciário. " É consagrado neste Colegiado, o entendimento de que a arguição de inconstitucionalidade não lhe é oponível, por transcender os limites de sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional. Da mesma forma, não cabe a discussão de que a norma legal não é aplicável por ferir princípios constitucionais, por força de exigência tributária. Esses são observados pelo legislador no momento da criação da lei. Nesses princípios não são cogitadas proibição aos atos de ofício praticado pela autoridade administrativa em cumprimento às determinações legais inseridas no ordenamento jurídico, mesmo porque a atividade administrativa é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional ". (Retirado do Ementário do 1^o CC)



Processo nº. : 13971.001291/99-21
Acórdão nº. : 108-06.968

À possibilidade de haver bitributação na cobrança das contribuições, resvala mais uma vez para ausência de comprovação. A cobrança que se faz, diz respeito à receita não declarada. Restam prejudicados os argumentos de que houvera recolhimentos das distribuidoras em nome da recorrente. As notas juntadas já foram consideradas na ação fiscal e dizem respeito às notas escrituradas. O preço de referência decorre de dispositivo legal, validamente editado.

Os percentuais de presunção ajustados na ação fiscal, obedeceram à atividade realizada pelo sujeito passivo, à luz do regramento jurídico da matéria. Não há como dilatar o sentido do dispositivo para dar guarida ao pedido. Não cabe interpretação extensiva como pretendem as razões recursais.

A permissão para a cobrança da multa, vem do artigo 161 do Código Tributário Nacional, quando determina sua aplicação, sem prejuízo das penalidades cabíveis. Não é possível desvio do comando da norma que determina os percentuais aplicáveis segundo a infração detectada. As limitações constitucionais ao Poder de Tributar obriga o legislador observância do artigo 150, IV, da Constituição Federal. Dispositivo dirigido portanto ao elaborador e não ao aplicador da lei. É pacificado nestes Conselhos, que as multas de ofício não representam confisco, conforme Ementas a seguir vazadas:

CONFISCO - A multa constitui penalidade aplicada como sanção de ato ilícito, não se revestindo das características de tributo, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso V do artigo 150 da Constituição Federal. (Ac.102-42741, de 20/02/2998).

MULTA DE OFÍCIO - A vedação ao confisco, como limitação ao poder de tributar, restringe-se ao valor do tributo, não extravasando para o percentual aplicável às multas por infração à legislação tributária. A multa deve no entanto, ser reduzida aos limites impostos pela Lei 9430/1996, conforme preconiza o artigo 112 do CTN (Ac. 201-71.102 de 15/10/1997)

Melhor sorte não tem as razões apresentadas quanto a não aceitação da taxa Selic, por suposta afronta à Constituição Federal. O artigo 161 parágrafo 1º do CTN. Legitima sua inserção no ordenamento jurídico. A Lei 8981/1995 em seus artigos 84 inciso I, estabeleceu a equivalência para os juros de mora e a taxa média

Processo nº. : 13971.001291/99-21

Acórdão nº. : 108-06.968

mensal de captação do Tesouro Nacional, relativa à Dívida Mobiliária Federal interna. A partir de 01/04/1995, a Medida Provisória nº 947, de 23/03/1995, estabeleceu em seus artigos 13 e 14, que os juros de mora seriam equivalentes à taxa referencial do Sistema de Especial de Liquidação e Custódia - SELIC. Mesma linha da MP 972, de 22/04/1995. O artigo 13 da Lei 9065 de 21/06/1995 ratificou essas Medidas Provisórias. Mesmo sentido do parágrafo 3º do artigo 61 da Lei 9430/96, em vigor até esta data.

Nos lançamentos, os juros foram calculados pela soma dos valores mensais, com juros simples. Nenhuma inconstitucionalidade se verifica no procedimento. Juro não é tributo, descabendo a vedação do artigo 150, I da Constituição Federal.

A decisão do STF sobre a aplicação da taxa SELIC, cingiu-se apenas ao período compreendido entre fevereiro a julho de 1991. Ademais, o dispositivo constitucional que visa reduzir os juros a 12% ao ano, necessita de Lei Complementar para regulamentação, conforme Acórdão do STF na ADIN 4-7 DF, da qual se transcreve da Ementa, os itens 6 e 7:

6. Tendo a Constituição Federal, no único artigo que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no caput, nos incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu parágrafo 3º, sobre taxas de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional, na futura Lei Complementar, com observância de todas as normas do caput dos incisos e parágrafos do artigo 102, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma.

7. Em consequência, não são inconstitucionais os atos normativos em questão (parecer da Presidência da República e Circular do Banco Central) o primeiro considerando não aplicável à norma do parágrafo 3º sobre juros reais de 12% ao ano, e a Segunda determinando a observância da legislação anterior à Constituição de 1988, até o advento da lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional



Processo nº. : 13971.001291/99-21

Acórdão nº. : 108-06.968

À falta de razões de direito diferenciadas, é de se estender a decisão proferida no processo principal, aos lançamentos decorrentes, por se respaldar nos mesmos pressupostos de fato e de direito. Neste sentido, as ementas seguintes:

LANÇAMENTOS DECORRENTES- tratando-se da mesma matéria fática do lançamento do IRPJ e não havendo fatos ou argumentos a ensejar conclusão diversa, mantêm-se o lançamento reflexivo, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula (Ac.103-20014 de 09.06.1999)";

TRIBUTAÇÃO REFLEXIVA - PIS - IRRF - COFINS- CSLL- dada a íntima relação de causa e efeito que vincula um ao outro, a decisão proferida no lançamento principal é aplicável aos lançamentos reflexivos (Ac. 105-12973 de 21/10/1999)".

Por todo exposto, Rejeito as preliminares e no mérito Nego Provitimento ao Recurso.

É meu voto.

Sala das Sessões, DF em 22 de maio de 2002



IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO.

