



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

Processo nº 10950.004767/2007-15

Recurso nº 168.278

Resolução nº 1302-000.078 – 3^a Câmara / 2^a Turma Ordinária

Data 30 de março de 2011

Assunto Solicitação de Diligência

Recorrente LEXXON REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA

Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência.

(assinado digitalmente)

MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Presidente.

(assinado digitalmente)

EDUARDO DE ANDRADE - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Rodrigues de Mello (presidente da turma), Irineu Bianchi (vice-presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Sandra Maria Dias Nunes, Eduardo de Andrade e Daniel Salgueiro da Silva.

Relatório

Trata-se de apreciar Recurso Voluntário interposto em face de acórdão proferido nestes autos pela 2^a Turma da DRJ/CTA, no qual o colegiado decidiu, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade e considerar procedente o lançamento, mantendo o crédito tributário exigido, conforme ementa que abaixo reproduzo:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

*Data do fato gerador: 31/03/2002, 30/06/2002, 30/09/2002,
31/12/2002, 31/03/2003, 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003,
31/03/2004, 30/06/2004, 30/09/2004, 31/12/2004*

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DOCUMENTOS RETIDOS PARA INSTRUÍR INQUERITO E PROCESSO CRIME.

Descabe o argumento de impossibilidade de defesa por terem sido retidos documentos pela polícia e integrarem processo crime, dado que aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, o que implica em que têm direito ao acesso às provas, bastando fazer o devido requerimento, e porque a autuada já havia requerido e obtido documentos junto ao órgão.

ATIVIDADE DE REVENDA DE COMBUSTÍVEIS.

A execução de compra, pagamento, retirada, carregamento, venda, distribuição, cobrança das vendas e recebimento das receitas em suas próprias contas bancárias repassando a outras empresas, emissoras das notas fiscais, uma margem de lucro prefixada independente da liquidez dos títulos de cobrança emitidos ou da apuração de lucros ou prejuízos, consequentemente assumindo os riscos da atividade, caracterizam a atividade de revenda ou distribuição de combustíveis, mesmo a empresa não estando autorizada para tal pelo órgão competente.

PERÍCIA DESNECESSÁRIA.

Indefere-se a realização de perícia requerida, quando evidentemente desnecessária e meramente procrastinatória.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS.

A Lei nº 9.430, de 1996, no seu art. 42, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprovar mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

LANÇAMENTO COM BASE EM PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE.

O lançamento com base em presunção legal transfere o ônus da prova ao contribuinte em relação aos argumentos que tentem descharacterizar a movimentação bancária detectada.

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

O imposto devido trimestralmente no decorrer do ano-calendário será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado quando o contribuinte, optante pelo lucro presumido, deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa no qual esteja escriturada toda a movimentação financeira, inclusive bancária.

DECORRÊNCIA. PIS, COFINS E CSLL.

Tratando-se de tributação reflexa de irregularidades descritas e analisadas no lançamento de IRPJ, constante do mesmo processo, e dada à relação de causa e efeito, aplica-se o mesmo entendimento ao PIS, Cofins e CSLL.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

Mantém-se a multa qualificada relativa a lançamento fiscal que exige impostos e contribuições arbitrados com base em receitas omitidas, identificadas a partir de depósitos/créditos em contas bancárias de titularidade da contribuinte, cuja origem esta não consegue comprovar serem relativas a somente comissões de representação, conforme alega, e não da atividade clandestina de distribuição de álcool combustível, como se evidencia dos documentos acostados e contexto em que ocorreu a autuação, e para a qual a empresa que não tem a necessária autorização.

Os eventos ocorridos até o julgamento na DRJ, foram assim relatados no acórdão recorrido:

Trata o processo dos autos de infração de fls. 1.492/1.555, no qual foi efetuado o arbitramento do lucro, com base legal nº art. 530, III do Regulamento do Imposto de Renda - RIR de 1999 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999), porque a contribuinte deixou de apresentar os livros e documentos que compunham a sua escrituração, mesmo intimada; exigem-se:

a) Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica-IRPJ, R\$ 355.529,22 devido às infrações:

a. omissão de receitas de revenda de álcool etílico hidratado para fins carburantes - AEHC, relativamente aos fatos geradores assinalados, sendo a base legal os arts. 532 e 537 do RIR de 1999, c/c o art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

b. diferenças de imposto relativas a receitas declaradas como de representação comercial, sendo que, na realidade, tratam-se de receitas de revenda de álcool combustível, relativamente aos mesmos fatos geradores, sendo a base legal o art. 532 do RIR de 1999 c/c o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996;

b) contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, R\$ 245.929,93, devido às infrações:

a. omissão de receitas de revenda de álcool e insuficiência de recolhimento pelo fato de a contribuição devida sobre revenda de álcool carburante ser devida com alíquotas diferenciadas, em relação ao período de 01/01/2002 a 31/12/2004, com base legal nos arts. 1º e 3º da Lei Complementar nº 7, de 07 de setembro de 1970; arts. 2º, I e 9º da Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998 art. 2º, 5º, I e 6º da Lei nº 9.718, de 27

de novembro de 1998, com a redação dada pela Lei nº 9.990, de 21 de julho de 2000; arts. 2º, I, a e parágrafo único, 3º, 10, 22, 39 e 53, I do Decreto nº 4.524, de 17 de dezembro de 2002;

c) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, R\$ 1.135.320,97, devido às infrações:

a. insuficiência de recolhimento, pelo fato de a Cofins sobre revenda de álcool carburante ser devida com alíquotas diferenciadas, em relação ao período de 01/01/2002 a 31/12/2004, e em relação à omissão de receitas de revenda de álcool, com base legal nos art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991; art. 2º da Lei nº 9.718, de 1998, com a redação dada pela Lei nº 9.990, de 2000; arts. 2º, II, e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 53, I do Decreto nº 4.524, de 2002;

d) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, R\$ 181.920,83, devido às infrações:

a. diferenças relativas a receitas declaradas como de representação comercial, sendo que, na realidade, tratam-se de receitas de revenda de álcool combustível, relativamente aos mesmos fatos geradores, sendo a base legal os art. 2º e §§ da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988; arts. 19 e 20 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; art. 29 da Lei nº 9.430, de 1996; art. 6º da Medida Provisória nº 1.858, de 29 de junho de 1999, e reedições; art. 37 da Lei nº 10.637 de 30 de dezembro de 2002;

b. omissão de receitas de revenda de álcool combustível, relativamente aos fatos geradores assinalados, sendo a base legal os art. 2º e §§ da Lei nº 7.689, de 1988; arts. 19 e 24 da Lei nº 9.249, de 1995; art. 29 da Lei nº 9.430, de 1996; art. 6º da MP nº 1.858, de 1999, e reedições; art. 37 da Lei nº 10.637 de 2002;

e) foi aplicada a multa de ofício de 150% (qualificada) do art. 44, II da Lei nº 9.430, de 1996, sobre as exigências, porque a empresa, cadastrada como representante comercial, na realidade atuava como distribuidora de combustíveis, praticando atos lesivos ao fisco caracterizados nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

2. Às fls. 1.492/1.501, o Termo de Verificação Fiscal descreve os procedimentos e detalha as infrações autuadas e, às fls. 1.502/1.503, estão demonstradas as bases de cálculo dos lançamentos.

3. Foi formalizado, em decorrência da presente autuação o processo nº 10950.004768/2007-51 de Representação Fiscal p/ Fins Penais - IRPJ .

4. Cientificada em 27/09/2007, fls. 1.501, 1.512, 1.525, 1.537 e 1.550, a interessada apresentou, tempestivamente, em 26/10/2007, a impugnação de fls. 1.559/1599 e 1.602/1.614, por meio de seu procurador, fls. 1.616/1.617, acompanhada dos documentos de fls. 1.618/1.730.

5. Ressalta que entregou espontaneamente os extratos de movimentação bancária de sua titularidade e, intimada a esclarecer a origem dos recursos, informou que atuava na representação comercial de combustíveis e que agenciava álcool combustível vendido por inúmeras distribuidoras habilitadas no mercado, principalmente a Petrotiba Petróleo Ltda e a Camacuã Transportes de Petróleo Ltda, entre 2002 e 2004, na sua zona de atuação, conforme contratos que entregou à fiscalização onde, conforme cláusula quarta e parágrafo primeiro, cabia à autuada gerir os recursos advindos das vendas promovidas em nome das distribuidoras, executando a cobrança junto aos postos revendedores; que, como esses pagamentos eram recebidos pela autuada,

também os depósitos eram realizados na conta corrente de titularidade desta, conforme expressa autorização contratual; que, para evitar dupla incidência da CPMF (dado que a margem de lucro operacional das distribuidoras é notoriamente pequena), boa parte dos valores que recebia dos postos de combustíveis era utilizada para pagar a fornecedora de álcool Usina Goioerê (que remetia o produto para as distribuidoras), mas tais pagamentos eram realizados em nome e por conta das distribuidoras representadas, com expressa autorização destas; o saldo remanescente era repassado mensalmente às distribuidoras, havendo somente a retenção das comissões a que tinha direito.

6. Em suma, afirma que a movimentação financeira da acusada decorre de vendas que agenciou e de pagamentos à usina fornecedora em nome e por conta das distribuidoras contratantes, sendo tais operações estritamente de acordo com a atividade de representação comercial, nos termos do Código Civil Brasileiro e da legislação que rege a matéria.

7. Reclama que a fiscalização concluiu que a litigante atua como distribuidora de combustível com base na identificação da empresa como Lexus Combustíveis no sistema CNPJ e com base em parte dos documentos que o Núcleo de Repressão a Crimes Econômicos - Nurse da Secretaria de Segurança Pública do Paraná apreendeu e que foram encaminhados à RFB, para exame pela fiscalização e, em consequência, autuou a interessada exigindo-lhe impostos e contribuições devidos como distribuidora de combustíveis, aplicando-lhe ainda multa qualificada, em face da presença dos requisitos inseridos nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

8. Afirma que a autuação é improcedente e pleiteia preliminarmente a nulidade ao argumento de enquadramento jurídico diverso da atividade comercial da contribuinte, carecendo de provas a classificação da empresa como distribuidora de álcool combustível em vez de representante comercial e prestadora de serviços.

9. Reclama que, ante a inexistência de escrituração regular da autuada, os fiscais não se limitaram a arbitrar a receita omitida pela empresa com base nos depósitos bancários, mas lhe imputaram atividade estranha ao seu objeto social, dessa forma alterando a base de cálculo, que eram as comissões sobre vendas intermediadas, para as receitas de vendas dos combustíveis.

10. Assevera que tal alteração é ilegal, fulcrada somente em elementos de prova circunstanciais e contrária a todas as evidências colhidas pela própria fiscalização nos autos; transcreve os arts. 532 e 537 do RIR de 1999 c/c o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, e destaca que nenhum desses comandos autoriza a qualificação discricionária das operações e atividades da empresa autuada, portanto, sendo a atividade administrativa subordinada aos princípios da tipicidade e legalidade, o auto de infração extrapolou os limites da discricionariedade delegados ao fiscal autuante.

11. Argumenta que todos os registros da real atividade desenvolvida pela empresa, CNPJ, declarações, evidenciam a atividade de agenciamento.

12. Portanto deve ser declarada nula a autuação por falta de descrição da matéria tributável e de capituloção legal, conforme arts. 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 1972.

13. A par da ilegalidade, impugna também o critério de arbitramento utilizado, alegando falta de motivação e prova da atividade que lhe foi imputada, resumida pelo fiscal da seguinte forma: “*elementos constantes desta Relação (Alfa) que foram numerados e rubricados pela auditoria da DRF/Maringá-Pr, que também os agrupou em pastas, demonstram de maneira inequívoca que a empresa em tela, de fato, funcionava como distribuidora de combustível...*”, estando ausentes qualquer menção à prova ou provas que demonstrem a atividade, ou o nexo causal entre a prova e o fato

imputado à contribuinte, qualquer exposição que concilie os documentos e a qualificação imputada, apesar da extensão dos documentos carreados aos autos.

14. Portanto, inequívoca a ausência de fundamentação, de descrição do fato e da indicação da disposição legal infringida e da penalidade aplicável.

15. Para respaldar seus argumentos, descreve que as atividades de distribuição e de agenciamento são muito semelhantes, portanto, a desqualificação da empresa como representante deveria ter sido precedida de todas as cautelas necessárias, dado que a tributação é completamente distinta.

16. Sobre as atividades de distribuição e de agenciamento (representação comercial), informa serem reguladas pelo art. 710 do Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e Lei nº 4.886, de 1965, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada; transcreve autor que afirma que o distribuidor é comerciante autônomo negociando por sua conta e risco, que compra o produto e o comercializa com exclusividade, auferindo lucro na atividade; já o agente ou representante comercial, mesmo exclusivo, vende a mercadoria de outrem, por conta e no interesse deste, ou seja, é um representante.

17. Em resumo, o distribuidor compra e vende os bens por conta própria, ou seja, de sua própria titularidade, aufera lucro decorrente da diferença entre o preço de aquisição e o de revenda, a propriedade do bem passa do fabricante ao distribuidor e, depois, ao terceiro adquirente; o representante comercial intermedeia negócios, seu faturamento consiste na comissão (percentual) sobre o valor do negócio agenciado e vende bem de propriedade de terceiros; o representante exerce atividades atinentes à venda e a atividade pode incluir os poderes de mandato mercantil, porém não assume o risco do negócio, ocorrendo toda sua atuação em nome e por conta do representado.

18. Ressalta que, sendo o representante comercial um vendedor dos produtos, participa diretamente dos negócios de compra e venda, sendo-lhe delegados poderes de mandato e gestão, portanto, a mera participação da autuada na compra e venda de combustíveis não a caracteriza uma distribuidora de combustíveis, sendo necessário que a fiscalização demonstrasse que a contribuinte adquiriu os combustíveis e os revendeu aos postos revendedores.

19. Aduz que a afirmativa fiscal de que a litigante atuou na venda de álcool é incontrovertida, dado que atuou na qualidade de representante comercial das distribuidoras, residindo aí o erro da fiscalização ao presumir que tais vendas caracterizam a distribuição.

20. Complementa que não seria possível ser praticada pela autuada a atividade de distribuição porque, do ponto de vista jurídico, nenhuma empresa poderia exercê-la sem a autorização da Agência Nacional de Petróleo – ANP (conforme determinou a Lei nº 9.478, de 1997), que homologa o registro de distribuidoras e tem autoridade para cancelar a autorização, nos termos da Portaria ANP nº 202, de 1999; assevera que se trata de setor intensamente fiscalizado e nenhuma empresa pode atuar como distribuidora sem o dito registro, o que a impediria de sequer obter inscrições cadastrais perante os Fiscos Estadual e Federal; e questiona de que forma poderia a autuada operar como distribuidora se é expressamente vedado às usinas e refinarias, que são os fornecedores, vender combustíveis sem a autorização da ANP e inscrição estadual.

21. Conclui que os documentos da “relação Alfa”, citados pelo fiscal como comprobatórios da prática pela interessada da atividade de revenda, na realidade, evidenciam que a autuada intermediou a compra do produto junto às usinas, bem como as vendas aos postos revendedores, em nome e por conta das distribuidoras, sendo

evidente que a fiscalização não logrou demonstrar que a autuada exerceu a atividade que lhe é imputada, ou seja, que tenha comprado o álcool das usinas e o revendido aos postos por sua própria conta e risco; em síntese, a conclusão fiscal carece de provas.

22. Reconhece que o fato de a autuada não ter contabilidade autoriza o arbitramento, mas não a desclassificação da atividade de representante comercial que exerce; e o arbitramento visa a fixação da base de cálculo sobre o qual incidirá a exação tributária, não podendo servir como penalidade, ao alterar a base imponível – comissões, para uma base maior – receitas de venda; cita jurisprudência, o Parecer Normativo nº 23, de 1978 e o art. 539, I do Regulamento do Imposto de Renda - RIR de 1994 (Decreto nº 1.041, de 11 de janeiro de 1994).

23. Aduz que está pacificado que qualquer lançamento baseado pura e simplesmente na movimentação bruta da conta corrente é nulo, dado que deve ser vinculado à verdade material, não bastando ao fisco meramente somar os depósitos para apurar a base tributável, sem estabelecer nexo entre os depósitos e a receita supostamente auferida, e cita acórdão de 1995.

24. Afirma que a fiscalização dispunha de documentos que lhe permitiam aprofundar-se na análise sem precisar recorrer à presunção legal dos depósitos bancários; que a fiscalização efetuou somente uma análise superficial dos documentos da “relação Alfa”, sem fundamentar porque desclassificou a atividade da autuada; que o fato de os documentos se reportarem ao sócio da autuada não pode servir de prova de que a empresa exerceu a distribuição e nenhum dos documentos mencionados evidencia que a Lexxon tenha adquirido álcool combustível, mas sim que intermediou:

a) todos os documentos da “relação Alfa” indicam que a autuada atuou sempre em nome e por conta de distribuidoras habilitadas pela ANP, que as operações de compra e venda foram devidamente contabilizadas por quem é devido, ou seja, pela usina fornecedora e pelas distribuidoras:

a. na Pasta 01: em cada operação contida nos relatórios de clientes/produtos consta menção à operação fiscal atinente ao produto, vinculando cada venda às notas fiscais das distribuidoras representadas, o que prova que a titularidade do produto não é da contribuinte;

b. na Pasta 02: constam comprovantes de pagamentos e pedidos de álcool, relações de retirada e correspondências da DCP Distribuidora e Com de Petróleo Ltda e da Petrotiba Petróleo Ltda; a venda efetuada pela usina foi destinada às distribuidoras pois em cada correspondência consta “*estamos enviando comprovante de DEPÓSITO no banco (...) referente a pagamento de álcool hidratado no valor (...) em nome da distribuidora (...)*”, o que evidencia que o álcool foi adquirido pelas distribuidoras, atuando a interessada como mera intermediária; na mesma pasta, inúmeras solicitações de venda emitidas pela Central Paranaense de Álcool Ltda, onde constam expressamente os dados dos compradores: DCP e Petrotiba;

c. na Pasta 03: em todas as relações de retirada de álcool observa-se o vínculo da operação de retirada com as distribuidoras Camacuã, Petrotiba, TicPetro (outro nome da Sercom); e também as relações de carregamento; na fl. 34, relação de vendas de álcool hidratado pela Usina Goioerê em favor e por conta das distribuidoras Petrotiba, TicPetro (Sercom), Camacuã e Sercom (TicPetro);

d. na Pasta 04: idem;

e. na Pasta 05: relatórios de carregamento direcionados às distribuidoras e nenhum documento acusando a compra de álcool, da usina, pela Lexxon;

f. na Pasta 06: às fls. 2/10, no relatório de estoque dos postos revendedores, para cada operação, consta a expressa menção à operação fiscal atinente a cada produto, documentos esses que retratam a contabilização pelas distribuidoras representadas e evidenciam que as operações de vendas realizadas com a intermediação da Lexxon foram devidamente registradas por aquelas e, inevitavelmente e obrigatoriamente, prestadas à fiscalização estadual e federal; às fls. 11/42, os boletins de entrega de álcool pelas usinas às distribuidoras não exteriorizam que a Lexxon adquirisse o produto;

g. na Pasta 07: um pedido de compra intermediado pela Lexxon;

h. na Pasta 08: nos relatórios de movimento de estoques, destacam-se os postos combustíveis e as notas fiscais de vendas, todas das empresas distribuidoras;

i. na Pasta 09: fluxo de caixa de vendas das usinas para as distribuidoras Ocidental, Oil Petro e Idasa Distribuidora de Petróleo Ltda, depósitos para aquisição de álcool em nome e por conta da distribuidora Petrotiba; o projeto de representação junto a uma distribuidora de Manaus, não implementado, de 1999, é irrelevante para a presente apuração;

j. na Pasta 10: relação de devedores por cliente e produto, estando todos esses valores a receber atrelados às notas fiscais de fornecimento das distribuidoras;

k. na Pasta 11: correspondências da Nurce e a relação dos documentos retidos.

25. Aduz que o nome fantasia da empresa Lexus Combustíveis (alterado depois para Lexxon), mencionado pela fiscalização, não é prova de que a interessada exercesse a distribuição e os contratos de distribuição que anexa regulam perfeitamente a atividade da autuada, mormente a cláusula quarta e parágrafo único, onde se delegou à autuada a execução e gestão das vendas e dos recursos advindos das vendas agenciadas; explica que tal pacto se deu porque as distribuidoras estavam à época com restrições no Serasa e em outro serviço de proteção ao crédito e, dada a proximidade da Lexxon com os postos revendedores, esta tinha maior facilidade de cobrar e receber os pagamentos das faturas e, para evitar o trânsito de cheques, por questão de segurança e por causa das citadas restrições, os cheques eram depositados na conta da Lexxon, até mesmo por uma questão de terceirização de serviços, pois a Lexxon geriu os recursos das distribuidoras a quem tinha o dever de prestar contas; finalmente, para evitar dupla incidência da CPMF, por solicitação das distribuidoras, a Lexxon realizava os pagamentos do álcool retirado nas usinas, em favor das representadas.

26. Apresenta certidão do sistema fazendário estadual que atesta que a autuada não era habilitada para a compra e venda de combustíveis, sequer possuindo cadastro ICMS para tal.

27. No mérito, aponta erro na base de cálculo da receita omitida e pleiteia a correta apuração à luz dos critérios legais de arbitramento.

28. Reitera que ocorreu majoração do tributo dada a apuração da receita omitida com base nos depósitos bancários e que não reflete o faturamento da empresa; afirma que a própria fiscalização reconhece que os depósitos advém de vendas de álcool agenciadas pela autuada, resumindo-se o erro na quantificação dos depósitos como receita, quando, na verdade, serviriam apenas para averiguar o volume de vendas agenciadas e em relação às quais a autuada auferiu comissões.

29. Invoca o art. 42, § 5º da Lei nº 9.430, de 1996, no sentido de que, quando provado que os valores depositados/creditados pertencem a terceiro, a determinação da receita será efetuada em relação a esse terceiro na condição de efetivo titular da conta

bancária; afirma que a movimentação financeira em exame acusa repasses às usinas e às distribuidoras, conforme restará demonstrado na apuração probatória produzida.

30. Em síntese, a receita conhecida imposta na autuação é inválida e a base de cálculo está equivocada, devendo a correta apuração ser feita com base nas comissões auferidas pela contribuinte e cabe à fiscalização utilizar a metodologia da lei conforme os arts. 284, 285, 286, 535, do RIR de 1999, relativos a critérios de arbitramento, que transcreve; e ainda que o art. 288 do RIR, de 1999, e o art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995, determinam que, verificada a omissão de receita, o valor do imposto deverá ser lançado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período de apuração a que corresponder a omissão; acresce que a correta análise da movimentação financeira disponibilizada infirma inúmeros lançamentos em débito (retiradas), além dos depósitos apurados no lançamento, destacando-se as retiradas destinadas às usinas fornecedoras de álcool e às distribuidoras contratantes.

31. Acusa que ocorreu *bis in idem* na medida em que, diante da declaração expressa das empresas, contida em documentos fiscais, as operações foram inevitavelmente contabilizadas e sujeitas à tributação e, uma vez declaradas ao fisco, a exigência contida na presente autuação configura duplicidade de cobrança sobre os mesmos fatos geradores.

32. Explica que, conforme demonstrará a análise dos extratos, a principal cliente da autuada era Petrotiba e se esta ofereceu os resultados dessas vendas à tributação, então a exigência sobre os mesmos fatos geradores, na presente autuação, configura dupla incidência de tributos; e o mesmo se aplica em relação às empresas Camacuã, TicPetro (ou Sercom), DCP e demais distribuidoras representadas pela autuada; requer que se traga à colação as declarações de Imposto de Renda, as Declarações Fisco-Contábeis e eventuais lançamentos e autos de infração dessas empresas, a fim de que se analise o *bis in idem*.

33. Rechaça a aplicação da multa qualificada ao argumento de ausência de tipicidade, dada a inexistência de provas de que a autuada tivesse, deliberadamente, ocultado a ocorrência de fato gerador objeto da presente análise, afirmado que disponibilizou espontaneamente, os extratos bancários, só não entregando mais documentos por causa da ação da Nurce, em cujo poder se acham todos os documentos da empresa, o que dificultou a defesa prévia e agora a defesa administrativa.

34. Requer a produção de provas tendo em vista a verdade material, para complementar as já existentes nos autos e que evidenciam que a litigante atuou como representante e não como distribuidora:

a. Requer a expedição de ofício à distribuidoras Petrotiba CNPJ 74.068.388/0001-07, DCP CNPJ 00.826.662/0003-87, Camacuã CNPJ 75.150.264/0001-00 e Sercom (TicPetro) CNPJ 95.954.681/0001-33 a fim de que confirmem as vendas realizadas aos postos relacionados nas Pastas 01, 08 e 10 da “relação Alfa”, mediante cópias das notas fiscais, dos livros Registro de Saídas ou arquivos magnéticos entregues à Receita Estadual;

b. Que sejam trazidos à colação cópias da DCTF dos anos 2001 a 2004, DIPJ, ou, na inexistência destes, cópias de processos administrativos fiscais, autos de infração em relação a essas distribuidoras;

c. Expedição de ofício às usinas de álcool Central Paranaense de Álcool Ltda – CPA Trading Ltda CNPJ 05.203.519/0001-90, Usina de Açúcar e Álcool Goioerê Ltda CNPJ 77.264.224/0002-16, Cooperativa Agroindustrial Nova Produtiva CNPJ 03.345.641/0003-38, Cocamar Cooperativa Agroindustrial CNPJ 79.114.450/0004-08 e

Coopcana-Cooperativa Regional de Produtores de Cana Ltda CNPJ 78.340.270/0002-10, para que informem à fiscalização se em algum momento procederam à venda de álcool combustível em favor da Lexxon, e que forneçam a relação dos produtos intermediados pela mesma no período objeto da presente autuação;

d. Requer 120 (cento e vinte) dias para anexar ao processo as informações financeiras individualizadas atinentes aos pagamentos e transferências destinadas às usinas (para demonstrar conexão entre o pagamento e a aquisição de álcool destinado às distribuidoras) e às distribuidoras (para demonstrar que o lucro auferido na atividade de distribuição foi destinado às distribuidoras);

e. Requer a expedição de ofício à ANP indagando se a autuada possuía ou possui registro e autorização para a atividade de distribuição de combustíveis;

f. Requer a juntada de novos documentos que se encontram em poder do Nurce e que comprovam depósitos efetuados em favor das distribuidoras, para complementar os que já se encontram nos autos, sendo que negar essa diligência implica em nulidade da autuação, porque evidencia a falta de análise integral dos elementos de prova disponíveis;

g. Requer a produção de nova prova técnica pericial dos extratos de movimentação financeira, depois da comprovação das retiradas destinadas às usinas de álcool e distribuidoras; indica os peritos, fl. 1.612, e os quesitos que relaciona à fl. 1.613.

35. Esta DRJ/CTA solicitou a diligência de fl. 1.802, cumprida pela DRF em Maringá, fls. 1.806/1.885, científica à autuada em 08/07/2008, fl. 1.885, que se manifestou, tempestivamente, em 06/08/2008, afirmando que os documentos anexados em função da diligência não demonstram que tenha atuado como distribuidora, mas, pelo contrário, evidenciam que a autoridade policial sempre se dirigiu à autuada e seu sócio, como representante das distribuidoras envolvidas no inquérito policial, o que é corroborado pelos depoimentos dos sócios destas.

36. Que tal fato é comprovado pelo documento de fl. 58 (sic) do anexo (na verdade, fl. 1.863 do processo, na qual está anotado “Anexo 6”), onde consta autorização firmada pela Petrotiba Ltda ao sócio da autuada para representar, em nome da outorgante Petrotiba, os negócios referentes à *trading* de álcool.

37. Diz que as afirmativas das autoridades policiais e indiciados no inquérito não servem de prova contra a autuada, devido à presunção de inocência prevista em cláusula pétreia da Constituição Federal, não sendo razoável considerar como prova depoimentos de partes envolvidas dado que é notório o interesse de tais partes em afastar de si a suspeita da autoria do delito investigado.

38. Mas que, o conjunto probatório representado pelo anexo formalizado neste processo milita em favor de ser a autuada representante das distribuidoras envolvidas no inquérito e se, absolutamente nenhuma prova de que a autuada exerce a atividade de distribuidora existe, então a autuação é improcedente, em face da nulidade do fato gerador, base de cálculo e alíquota arbitrados neste processo.

39. Reitera o pedido de provas, prova pericial e diligências requeridas junto às distribuidoras, a fim de averiguar se estas foram autuadas, ou se as operações indevidamente arbitradas nos presente processo restaram contabilizadas e os impostos recolhidos pelas representadas da impugnante.

A recorrente, na peça recursal submetida à apreciação deste colegiado, alegou, em síntese, que:

Preliminarmente,

(a) a decisão recorrida é nula (art. 59, II, Decreto nº 70.235/72) por indeferir provas requeridas pela recorrente sem justificativa aceitável. Ressalta que o lançamento com base no art. 42 da Lei nº 9.430/96 inverteu o ônus da prova com relação aos créditos em conta e com relação à sua atividade de representante comercial e não de distribuidor (conforme autuada), restando a ela produzir provas para infirmar as conclusões da fiscalização. O indeferimento da perícia requerida cerceou a defesa da recorrente, vez que seria ela necessária para analisar as movimentações financeiras, ante os documentos carreados aos autos, bem como aqueles que adviriam das demais solicitações feitas pela recorrente e que restaram rejeitadas;

(b) ao apreciar novos documentos trazidos ao processo (DCTF e DIPJ) sem prévia intimação do contribuinte para sobre eles se manifestar, o colegiado *a quo* provocou cerceamento do direito de defesa, pois, uma vez já instalada a fase litigiosa era obrigatória tal prévia intimação;

(c) a presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/96 não autoriza a desqualificação da atividade do contribuinte, com o consequente arbitramento dos créditos em conta. Afinal, o próprio julgado admite, como também consignado pela fiscalização, que a recorrente atuou como representante comercial, mas também como distribuidora, não se sabendo quais as proporções em que isso se deu. Assim, há violação à legalidade e à vinculação do ato administrativo à norma;

No mérito,

(d) O arbitramento qualifica a recorrente como distribuidora de combustíveis de fato, enquadrando os créditos em conta como decorrentes da venda de álcool combustível, alterando os critérios de cálculo do tributo, pois a base de cálculo é imposta sobre as vendas dos produtos e não sobre as comissões de vendas intermediadas. A base superficial em que se baseia tal fato reside na superficialidade de notícias da imprensa e documentos afetos ao procedimento policial investigatório.

Quanto às notícias de imprensa, não se prestam a provar qualquer fato, vez que vinculadas a fontes e opiniões que não podem ser meramente acatadas sem antes se proceder à sua correta averiguação.

Já quanto aos documentos oriundos do inquérito policial, somente podem ser adotados após trânsito em julgado no Poder Judiciário, especialmente quanto aos depoimentos prestados no inquérito, pois é óbvio que as pessoas ouvidas, envolvidas com a comercialização do álcool, também estavam sendo investigadas ou indiciadas naquele feito. É inimaginável que os sócios das distribuidoras confirmassem a sonegação de tributos, sendo aceitável crer que posicionaram-se no sentido de negar autoria. Mas por outro lado, os documentos vindos do inquérito policial demonstram que a atividade exercida pela recorrente é a de agenciamento e não de distribuição, porque em todos os documentos se observa que os atos da recorrente eram

realizados em nome e por conta de distribuidoras de combustíveis, devidamente habilitadas perante a ANP para o exercício da atividade.

Os documentos oriundos das pastas que compõem a chamada relação Alfa demonstram que as atividades eram vinculadas às distribuidoras de combustíveis. Os contratos de representação juntados têm cláusula prevendo a delegação à autuada da gestão dos recursos advindos das vendas agenciadas.

Não deteve a disposição das mercadorias negociadas, condição que diferencia a representação da distribuição, nos termos do art. 710 do Novo Código Civil e Lei nº 4.886/65.

A contradição existente pela existência da cláusula *del credere* não invalida o raciocínio de que atuava como representante, porque é usual, mesmo ilegal, a inserção desta cláusula, impondo esta responsabilidade ao representante, face a subordinação e hipossuficiência do representante face aos representados.

A listagem de vendas de fls.295/307, que contém na coluna do representante a informação “VD-Venda Direta” não evidencia que atuava como distribuidora, só porque tais vendas foram diretas. Isto se dá porque o produto era vendido diretamente da usina às distribuidoras, sem intermediação dos vendedores da usina.

O mercado de combustíveis é regulado pela Lei nº 9.748/97 que delegou à Agência Nacional do Petróleo (ANP) poderes para regular e autorizar o exercício da atividade de distribuição de combustíveis (exercido com a Portaria nº 202/99). Sem a autorização e registro desse órgão nenhuma empresa pode operar neste ramo, pois não obteria as inscrições cadastrais perante a Fazenda Estadual e Federal. Assim, não poderia ter atuado dessa forma, pois os fornecedores não poderiam-lhe vender combustíveis.

(e) A recorrente alega ter disponibilizado todos os documentos e informações que dispunha, não havendo provas que ocultou deliberadamente fato gerador. Não se verificou, também, ato seu que caracterize fraude, ocultação ou atitude dolosa que configure crime contra a ordem tributária.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Andrade, Relator.

O recurso é tempestivo, e portanto, dele conheço.

Juntada de novas informações pelo órgão de julgamento

Sustenta a recorrente ser nula decisão recorrida, nos termos do art. 59, II, Decreto nº 70.235/72, por indeferir provas requeridas pela recorrente sem justificativa aceitável. Ressalta que o lançamento com base no art. 42 da Lei nº 9.430/96 inverteu o ônus da prova com relação aos créditos em conta e com relação à sua atividade de representante comercial e não de distribuidor (conforme autuada), restando a ela produzir provas para infirmar as conclusões da fiscalização.

No que tange ao pedido feito para que as distribuidoras Petrotiba, DCP, Camacuã, Sercon, fossem intimadas a apresentar as notas fiscais de venda aos postos revendedores relacionados na documentação "Alfa" presente no processo, assim se manifestou a DRJ, nos itens 50 a 53:

50. Atendendo ao requerido pela autuada, verificaram-se as DIPJ da Petrotiba, fls. 1.749/1.757, empresa que a autuada indica como sua principal representada; tem-se que informou zero receitas de venda de álcool nos anos calendário 2002, 2003 e 2004, zero compras e zero estoques; e os únicos débitos declarados em DCTF foram alguns de IRRF, conforme fls. 1.786/1.788, não se identificando declaração de quaisquer outros débitos, muito menos de 6824 PIS – COMBUSTIVEIS, nem 6840 COFINS – COMBUSTIVEIS, de onde se tem que a acusação de bis in idem, porque a “representada” teria declarado as mesmas receitas que ora são exigidas da Lexxon, não procede, bem como tornando dispensável que se requeira à mesma a confirmação de que vendia álcool aos postos distribuidores; quanto a autuações, não se localizou auto de infração relativo ao período, somente notificação de cobrança de IRPJ, fl. 1.894.

51. A DCP Distribuidora e Comércio de Petróleo Ltda, fls. 1.764/1.770, declarou zero receitas de álcool etílico em 2002, 2003 e 2004; informou em DCTF débitos de 6824 PIS – COMBUSTIVEIS, e 6840 COFINS – COMBUSTIVEIS, somente nos 1º e 2º trimestres 2003; não declarou qualquer débito em DCTF para o ano de 2004, fls. 1.789/1.793. Localizaram-se dois autos de infração, IRPJ, um deles objeto do acórdão DRJ 07.10481, de 2007, referente a omissão de receitas com base em depósitos bancários não esclarecidos recebidos em contas pertencentes à DCP e o outro não impugnado, referente ao ano-calendário 2002, fls. 1.898/1.899.

52. As DIPJ da Camacuã, fls. 1.749/1.757, informam vendas de álcool etílico hidratado para fins carburantes nos anos de 2002, 2003 e 2004; declarou em DCTF débitos de 6824 PIS – COMBUSTIVEIS, e 6840 COFINS – COMBUSTIVEIS em 2002 e 2003; não constam quaisquer débitos declarados em DCTF para o ano-calendário 2004, fls. 1.783/1.785. Localizou-se auto de infração de IRPJ referente a períodos que abrangem a presente autuação inclusive, que se encontra na Procuradoria da Fazenda Nacional em Guarapuava, fls. 1.895/1.986, não consta que tenha sido julgado por DRJ e ao que tudo indica, não foi impugnado.

53. A Sercom ou TicPetro, fls. 1.771/1.776, consignou nas DIPJ dos anos-calendário 2002, 2003 e 2004 que não apurava PIS/Pasep e Cofins a alíquotas diferenciadas, declarando a revenda de mercadorias comuns, mas não de combustíveis; declarou débitos 6912 PIS - NAO CUMULATIVO (LEI 10.637/02) e 2172 – Cofins, em 2003; não declarou 6824 PIS – COMBUSTIVEIS, nem 6840 COFINS – COMBUSTIVEIS em nenhum dos períodos analisados e não declarou quaisquer débitos em DCTF em 2004, conforme fls. 1.794/1.797. Não se localizaram autos de infração para o período, fl. 1.897.

54. Assim, das distribuidoras examinadas, somente a Camacuã declarou receitas de venda de álcool combustível, e mesmo assim nenhum débito declarou em DCTF em 2004; as demais nem isso.

55. No que tange às autuações da Camacuã e DCP citadas, tem-se que não consta dos presentes autos que os depósitos nas contas bancárias de titularidade da autuada tivessem sido reconhecidos como de terceiros a justificar que os mesmos valores de depósitos lastreassem lançamentos fiscais contra aquelas distribuidoras e se as distribuidoras autorizadas emitiram notas fiscais e não declararam receitas, nem tributos correspondentes como já se evidenciou, deve a interessada correlacionar cada depósito recebido com a respectiva nota fiscal emitida pela distribuidora autuada, para respaldar a acusação de dupla cobrança de tributos sobre as mesmas receitas.

56. A litigante requer que a RFB oficie as distribuidoras a fim de que confirmem as vendas realizadas aos postos relacionados nas Pastas 01, 08 e 10 da “relação Alfa”, mediante cópias das notas fiscais, dos livros Registro de Saídas ou arquivos magnéticos entregues à Receita Estadual – ora, qual o empecilho da litigante em obter esses documentos junto às suas representadas, de quem alega (e apresenta cópias de contratos) era plenipotenciária?

57. O interesse em não ser classificada como distribuidora se deve, à parte da falta de autorização legal para a atividade, ao fato de a tributação ser concentrada nas distribuidoras; no caso do PIS e Cofins, as alíquotas são respectivamente 1,46% e 6,74%, incidentes sobre a receita bruta.

58. Destaquem-se ainda as notícias publicadas acerca da ação do Núcleo de Repressão a Crimes Econômicos (Nurce) no Estado do Paraná, relativos a sonegação de ICMS, em que a fraude consistia em vender álcool combustível direto da usina para os postos, com notas fiscais de empresas que não recolhem ICMS, nem PIS, nem Cofins nem IRPJ, sendo o produto carregado na destilaria e colocado diretamente nos postos, sem passar pelas distribuidoras, e onde se destaca que o problema é que as distribuidoras são o elo da cadeia tributária em que ocorre o recolhimento do ICMS, fls. 1.733/1.739; nesse noticiário, as distribuidoras citadas pela autuada estão destacadas, além da própria autuada e da usina Goioerê, principal fornecedora de álcool combustível retirado e transportado até os postos sem passar pela distribuidora autorizada, fl. 1.734:

IMPOSTOS –Esquema que envolvia notas frias funcionava em diversas cidades do Paraná. Postos compravam álcool direto de usina, sem pagar alíquota pelo produto

(...)

Esquema: O suposto esquema de fraudes consiste em vender álcool hidratado (usado por veículos automotores) direto da usina para os postos, com notas fiscais de empresas que não recolhem o ICMS, além de tributos federais (PIS, Cofins e Imposto de Renda). O produto seria carregado na destilaria e colocado diretamente nos postos, sem passar pelas distribuidoras. O problema é que as distribuidoras são o elo da cadeia tributária em que ocorre o recolhimento do ICMS.

Segundo especialistas do setor, as empresas pagavam R\$ 0,02 a mais por cada litro de álcool comprado nesse esquema. Em troca sonegavam o imposto.

(...)

Segundo o delegado (...) titular do Nurce em Maringá, "a rede de sonegação de impostos no comércio varejista é formada por cinco distribuidoras e pela destilaria de Goioerê." As distribuidoras seriam a Distribuidora Camacuã (Guarapuava – PR) a DCP Distribuidora e Transporte de Petróleo (Itajaí – PR (sic)), a Petrotiba (Araucária – PR), a Geraes Distribuidora de Petróleo (Paulínia – SP), a TicPetro (Araucária – PR) e a Usina de Açúcar e Álcool Goioerê (região de Goioerê – PR).

(...)

Em Campo Mourão, o delegado (...) visitou seis distribuidoras, sendo que cinco funcionavam em salas comerciais de um mesmo prédio. Ele apreendeu documentos, computadores e notas fiscais em branco. Parte do material estava no escritório Lexus Combustíveis Ltda, representante da Petrotiba Petróleo Ltda." (Grifou-se.)

59. Destaquem-se também as informações de que Secretaria Adjunta de Fiscalização do Estado do Rio de Janeiro editou Portaria em 03/08/2006, declarando inidôneos notas fiscais e selos de fiscalização emitidos em nome da distribuidora Petrotiba; a Portaria SAF nº 225 de 11/11/2006, de mesmo teor; a notícia de adulteração de combustíveis pela Petrotiba no estado do Rio de Janeiro, onde foi interditada, fls. 1.736/1.741; destaque-se ainda a informação veiculada no Sindicombustíveis, fl. 1.736:

Mesmo banidas do mercado, várias distribuidoras continuam abordando revendedores em seus postos (...) oferecendo produtos, sempre a preço baixo. Essas empresas já tiveram o cadastro de pessoa jurídica cassado na ANP. Mas continuam agindo no mercado paralelo, adquirindo combustível irregularmente e, obviamente, sem o recolhimento dos obrigatórios 31% de ICMS. As empresas irregulares apresentam aos revendedores notas fiscais fraudulentas, nas quais aparece como registrado o pagamento do imposto aos cofres do Estado.

60. À fl. 1.741, extrato de processo em que a Petrotiba, pleiteia normalização da sua inscrição estadual, em Santa Catarina.

61. Às fls. 1.742/1.744, extrato do Processo Crime nº 2005.0004286-4, referente à infração sonegação fiscal, Inquérito Policial nº 008/04, onde são indiciado(s)/réu(s) os sócios da Petrotiba, Camacuã, Lexxon e Sercom ou TicPetro, entre outros.

62. Às fls. 1.745/1.748, a relação das empresas com registro e autorização revogados de 2000 a 2007 pela Superintendência de Abastecimento da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP onde está relacionada a Petrotiba Petróleo Ltda, CNPJ 74.068.388/0001-07, com a data de publicação do cancelamento em 26/07/2005; constam como autorizadas até 02/2008, a Camacuã, a Sercom e, atuando com autorização por força de decisão judicial em face da ANP, a DCP; o que responde ao item e requerido pela impugnante de que a RFB envie ofício à ANP indagando se a autuada possuía ou possui registro e autorização para a atividade de distribuição de combustíveis – não possui, e o registro da sua principal “representada” Petrotiba foi cancelado.

63. Resumindo, apenas a Camacuã declarou vendas de álcool combustível (em 2002 e 2003, mas não em 2004), as demais, não; cabe à autuada provar que os depósitos recebidos em suas contas eram receitas das citadas distribuidoras; não há prova nos autos que aquelas compravam e vendiam o álcool retirado pela autuada das usinas, e cujos estoques controlava, e o qual vendia, recebia, depositava o produto da venda em suas próprias contas correntes bancárias e efetuava o pagamento das usinas fornecedoras, a partir dessas mesmas contas, e o fato de a autuada não ter a autorização devida não é prova da não-atuação como distribuidora, como se evidencia desta análise e do contexto descrito, bem como dos elementos que se discute adiante.

Analisando os longos termos da manifestação, vê-se que o órgão *a quo*, entendeu que não resultariam profícuos os procedimentos, indeferindo-os, assim.

Aduz a recorrente que ao apreciar novos documentos trazidos ao processo (DCTF e DIPJ) sem prévia intimação do contribuinte para sobre eles se manifestar, o colegiado *a quo* provocou cerceamento do direito de defesa, pois, uma vez já instalada a fase litigiosa era obrigatória tal prévia intimação.

Embora não indique quais as DCTF e DIPJ a que se refere, é certo que se refere às consultas às DCTF e DIPJ que o próprio relator efetuou, para formar sua convicção no que diz respeito às solicitações de diligência para produção de provas junto a terceiros.

Tais consultas encontram-se concluídas pelo ilustre relator nos itens 50 a 53 (acima reproduzidos).

Assim, voto para converter o julgamento em diligência para que para que se dê oportunidade à recorrente de se manifestar sobre os novos documentos juntados pela DRJ e por ela referidos nos itens 50 a 53 do acórdão recorrido.

Sala das Sessões, 30 de março de 2011.

(assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade - Relator