



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

Processo nº 10950.004767/2007-15
Recurso nº 168.278 Voluntário
Acórdão nº **1302-00.935 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 04 de julho de 2012
Matéria LUCRO ARBITRADO
Recorrente LEXXON REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. SOLICITAÇÃO INDEFERIDA.

Não viola direito de defesa a decisão que indefere pedido de produção de provas, demonstradas procrastinatórias.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. BUSCA DA VERDADE MATERIAL.

Não viola direito de defesa a consulta pelo relator a sistema informatizado da Receita Federal do Brasil na busca da verdade material, desde que dela não resulte agravamento da exigência, e que tenha sido regularmente intimado o sujeito passivo a se manifestar acerca dos fatos que influíram na formação da convicção.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. EXERCÍCIO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL NÃO DEMONSTRADO. RECEITA BRUTA OMITIDA. ART. 42, LEI Nº 9.430/96. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não viola a legalidade nem a vinculação necessária ao lançamento prevista no art. 142 a apuração das receitas omitidas com base no art. 42 da Lei nº 9.430/96 se o sujeito passivo não comprova o exercício da atividade de representação comercial e os créditos não foram justificados, mediante provas hábeis e idôneas, comprovando atuação com base em operações por conta alheia

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. EXERCÍCIO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL NÃO DEMONSTRADO. ARBITRAMENTO DA RECEITA OMITIDA.

É correto o arbitramento realizado com base em depósitos bancários cuja origem não foi comprovada pelo titular se o sujeito passivo não comprova o exercício da atividade de representação comercial e os créditos não foram

justificados, mediante provas hábeis e idôneas, comprovando atuação com base em operações por conta alheia.

MULTA QUALIFICADA.

A conduta de prestar declaração de rendimentos com vultosas diferenças entre os valores declarados e apurados, sendo um dos exercícios objeto de declaração de inatividade, autoriza a exasperação da multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(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), Cristiane Silva Costa, Waldir Veiga Rocha, Eduardo de Andrade, Paulo Roberto Cortez e Márcio Rodrigo Frizzo. Ausente momentaneamente o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Relatório

Trata-se de apreciar Recurso Voluntário interposto em face de acórdão proferido nestes autos pela 2ª 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 INSTRUIR 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, conseqüentemente 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 descaracterizar 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 Camacua 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 capitulação 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, auferindo 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 incontroversa, 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 impositiva – 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 Camacua, 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), Camacua 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 advêm 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 Camacua, 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, afirmando 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, Camacua 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 nexo 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, cientificada 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 pétrea 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 exercia 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 conseqüente 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.

Subiram os autos a este colegiado, que na sessão de julgamento de 30/03/2011 decidiu por unanimidade converter o julgamento em diligência, para que a recorrente pudesse se manifestar quanto às consultas de ofício efetuadas pelo relator do julgado de primeiro grau nos sistemas informatizados da Receita Federal, acolhendo arguição da defesa que entendia 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* havia provocado cerceamento do direito de defesa, pois, uma vez já instalada a fase litigiosa era obrigatória tal prévia intimação.

Embora não houvesse indicado a recorrente quais as DCTF e DIPJ a que se referia em sua manifestação, entende-se que faz referência 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 (abaixo reproduzidos):

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 Camacua, 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.

A Agência da Receita Federal em Campo Mourão enviou a intimação nº 179/2011, a qual foi, todavia, devolvida pela ECT. A intimação foi realizada, assim, por edital e o processo foi devolvido a esta turma, sem manifestação da recorrente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Andrade, Relator.

Já analisados os requisitos de admissibilidade quando da primeira assentada, passo desde logo à análise das alegações recursais.

Das Preliminares

(a) Negativa injustificada a pedido de produção de provas

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.

A turma de julgamento da DRJ de fato rechaçou os pedidos feitos. Quanto ao pedido para que fossem obtidos documentos apreendidos por Mandado de Busca e Apreensão junto ao Núcleo de Repressão a Crimes Econômicos da Polícia Estadual do Paraná (Nurce), aduziu que cabe à interessada obter as provas do que alega, além de que, a Constituição lhe garante o acesso aos documentos se necessários à sua defesa, mediante pedido de cópia ao Nurce ou à Justiça, onde se encontra o processo crime.

Saliente-se, todavia, que consoante fl.1490, a fiscalização havia disponibilizado, por meio de Termo de Intimação, todos os elementos e documentos apreendidos pelo Nurce/Polícia Estadual e posteriormente enviados à Receita Federal.

No que tange aos pedidos para que a RFB oficiasse as usinas de álcool Central Paranaense de Álcool Ltda – CPA Trading Ltda, Usina de Açúcar e Álcool Goioerê Ltda, Cooperativa Agroindustrial Nova Produtiva, Cocamar Cooperativa Agroindustrial e Coopcana-Cooperativa Regional de Produtores de Cana Ltda, para que informassem à fiscalização se em algum momento procederam à venda de álcool combustível em favor da Lexxon, e que fornecessem a relação dos produtos intermediados pela mesma, no período objeto da presente autuação, assim se posicionou:

No que tange à Goioerê, tem-se que foi lavrada autuação exigindo IRPJ, Pis, Cofins e CSLL relativa aos anos-calendário 2001, 2002, 2003, 2004, processo nº 10950.002693/2006-93, por omissão de receita correspondente à saída de álcool etílico hidratado carburante sem emissão de nota fiscal, nos seguintes totais, infração essa não impugnada pela autuada, que apenas impugnou outros itens da autuação; também foram lavrados autos pelo mesmo motivo relativos a CIDE e IPI, processos nº 77.264.224/0001-35 e 10950.002690/2006-50; por isso, essa usina dificilmente poderá comprovar que não vendeu álcool carburante para a Lexxon.

Tem-se à fl. 1.777, informações acerca da CPA Trading S/A, constituída em 11/07/2002, iniciando as operações em junho de 2003, com o objetivo de compra, para fim específico de exportação e compra para revenda de álcool etílico a granel, para fins carburantes entre outros, tratando-se de um intermediário.

Quanto às demais usinas, cabe à autuada providenciar os comprovantes, para provar o alegado.

Aduza-se que foi realizada diligência junto àquele órgão e obtidos novos documentos, fls. 1.806/1.885, que incluem, fl. 1.865, “Autorização” em 23/08/2006 de Luiz Fernandes Correia, para que o contador que qualifica o representante e efetue a retirada de computadores e demais documentos das empresas das quais é sócio, Terra Diesel Ltda e Lexxon Representações Comerciais Ltda, apreendidos pelo Nurce em operação realizada em, Campo Mourão em 2004, o que demonstra não haver qualquer restrição ao acesso pela Lexxon ou seu sócio, aos documentos apreendidos; também, no que se refere ao Inquérito nº 8/2004, nada impede de ter vista e mesmo obter as provas desejadas, em face do disposto no art. 5º, LV da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 - CF de 1988.

Relativamente ao pedido de concessão de 120 dias para apresentação de documentos, assim se manifestou a DRJ:

A data deste julgamento ocorre em agosto/2008, tendo sido a impugnação onde consta a petição supra protocolizada em 26/10/2007, já tendo decorrido o prazo requerido para a apresentação de tais documentos adicionais, mas nada foi apresentado.

No que tange ao pedido feito para que as distribuidoras Petrotiba, DCP, Camacua, 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:

Atendendo ao requerido pela autuada, verificaram-se as DIPJ da Petrotiba, fls. 1.749/1.757, empresa que a autuada indica como sua principal representante; 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 requiera 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.

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.

As DIPJ da Camacua, 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.

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.

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

No que tange às autuações da Camacua 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 depósitos recebido com a respectiva nota fiscal emitida pela distribuidora autuada, para respaldar a acusação de dupla cobrança de tributos sobre as mesmas receitas.

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?

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.

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 Camacua (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 Alcool 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.)

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.

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

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.

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.

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*, por evidente, face aos resultados de pronto obtidos da análise dos pífios dados informados por tais distribuidoras quanto à sua movimentação comercial e reforçados pelo *modus operandi* da recorrente noticiados (que, como visto, laborava às escondidas, fazendo com que parecesse que a operação fosse realizada sem sua interferência) verificou que não resultariam profícuos os procedimentos, indeferindo-os, assim.

O pedido para realização de perícia relativa aos extratos de movimentação financeira, depois da comprovação das retiradas destinadas às usinas de álcool e distribuidoras também foi indeferido, porque, no entender do voto condutor,

Não é razoável a pretensão da contribuinte de transferir para eventual perícia a função que é sua, de ter mantido a sua contabilidade em ordem e demonstrar o alegado.

O que fica claro, contudo, é que, à míngua de alegações convincentes, a contribuinte está pretendendo transferir ao seu perito a atribuição – privativa deste Colegiado e do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda – de julgar o lançamento.

Ora, julgar se, em face da legislação vigente, a contribuinte está ou não sujeita a esse encargo é atribuição destes colegiados. Caso a impugnante entenda que seu perito tenha razões capazes de influir na formação do convencimento desta Turma, que as inclua em sua impugnação. Nada justifica, contudo, realizar uma perícia para conhecer a opinião pessoal de determinado cidadão, seja ele perito ou não.

De fato, a perícia de toda a movimentação financeira de 03 anos-calendário, importa em nova fiscalização, dada a amplitude dos exames, que, aliás, a nada chegariam, especialmente por não ter oferecido a recorrente qualquer prova para as intimações que questionavam a origem dos recursos, nada levando a crer que passasse, então, a tê-los.

De forma geral, vejo que todas as provas requeridas destinam-se a ampliar demasiadamente o procedimento, para alcançar inúmeros agentes e fatos, e decerto, a nada levariam, exceto a procrastinação indefinida, esta sim, em evidente descompasso com os princípios da eficiência e razoável duração do processo que devem nortear os julgamentos administrativos.

Desta forma, entendo que as razões pelas quais a turma de julgamento negou seguimento aos pedidos feitos não encobre o fato de que estão analisados e seus indeferimentos motivados, o que, a meu ver, afasta o cerceamento do direito de defesa.

Há um fato que merece, neste momento, toda atenção: a recorrente, durante todo procedimento fiscal, e mesmo onerada com a inversão do ônus da prova promovida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96, não produziu provas. Omitiu-se. Posteriormente, durante o contencioso administrativo, decide-se a mobilizar a Administração em seu favor, para que esta busque terceiros, e através deles produza as provas para a defesa da recorrente, provas estas que não foram apresentadas exatamente por descumprimento de obrigação acessória de escriturar livros, guardá-los, e apresentá-los quando requerido, mantendo em arquivo os documentos que lhe dão suporte.

Afinal, se é verdade que foi surpreendida por apreensão de documentos, lastreada em Mandado de Busca e Apreensão, também é verdade que nomeou representante para retirá-los junto à autoridade policial. Porém, não acostou qualquer documento que demonstrasse pedido de obtenção de qualquer documento apreendido, bem como a recusa no atendimento da pretensão. Certo, pois, que novamente se omitiu no seu dever de produzir provas, especialmente porque onerada com a inversão do ônus da prova.

Neste sentido, sou, pois pelo acerto do quanto decidido em primeira instância, posicionando-me contra a preliminar de cerceamento do direito de defesa.

(b) Apreciação de novos documentos e manifestação da recorrente

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.

Quanto a este ponto é de se ressaltar que: a) das pesquisas efetuadas não resultou qualquer agravamento da situação da recorrente, exceto pela formação de convicção do julgador quanto à sua desnecessidade. Não causaram, porém, nenhum ônus adicional ao crédito já lançado; b) a realização de pesquisas pelo julgador tem função de dar cumprimento à busca da verdade material. Neste caso, em especial, também concorreu para a eficiência e a razoável duração do processo.

Por fim, este colegiado supriu qualquer possibilidade de cerceamento de defesa, com a conversão do julgamento em diligência para obter a manifestação da recorrente quanto a tais elementos, ato logo demonstrado infrutífero dado que não pode ser encontrada no seu domicílio tributário de eleição, que é de sua livre escolha, nos termos do art.127 do CTN. Não houve, também, manifestação após intimação por edital.

De se concluir, destarte, pela manutenção do quanto decidido.

(c) Desqualificação da atividade do contribuinte

Vem afirmado pela combativa manifestação da recorrente que a presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/96 não autoriza a desqualificação da atividade do contribuinte, com o conseqüente 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.

A questão se verte para a análise do art. 44 da Lei nº 4.506/64, *verbis*:

Art. 44. Integram a receita bruta operacional:

I - O produto da venda dos bens e serviços nas transações ou operações de conta própria;

II - O resultado auferido nas operações de conta alheia;

Desta forma, conforme entende, ao operar como representante comercial autônomo, sua receita bruta seria de serviços, e compreenderia o *resultado auferido nas operações de conta alheia* e não o *produto da venda de bens*.

E embora seja bem possível que o resultado, acaso considerada a modalidade que melhor lhe aprez, seja-lhe desfavorável, posto que o coeficiente a ser aplicado saltaria de 9,6% para 38,4%, questiona a legalidade de tal agir, posto que o art. 42 da Lei nº 9.430/96 equipara os créditos em conta cuja origem não foi justificada pelo seu titular a *receitas omitidas* e não ao *resultado auferido nas operações de conta alheia*.

Contudo, analisando o caso vertente à luz das normas acima, vê-se que:

a) o *resultado auferido nas operações de conta alheia* é denominado *receita (bruta operacional)* pelo *caput* do art. 44 da Lei nº 4.506/64;

b) o art. 42 da Lei nº 9.430/96 estipula tratamento diferenciado para o caso de operações em conta alheia no seu §2º (abaixo transcrito); porém, para que ele tenha aplicabilidade, é necessário que o sujeito passivo cumpra com seu dever de prestar informações sobre a origem dos recursos, o que não se verificou neste caso, senão se veja:

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

c) conseqüentemente, concluo que embora os créditos que foram objeto de autuação - acaso fosse procedente a fundamentação da recorrente (o que não logrou provar) - possam não corresponder aos resultados auferidos nas operações de conta alheia, ela não cumpriu com o dever que a Lei lhe atribuiu para desonerar-se da imputação integral, não restando outra alternativa à autoridade senão considerar os créditos como receita omitida.

Conforme bem asseverado no acórdão recorrido, sendo o ônus da prova da recorrente, prescinde de produzir provas adicionais a autoridade para concluir pela omissão de receita, nos termos dos art. 333 e 334 do CPC, abaixo reproduzidos, uma vez demonstrado o fato indiciário (em favor do qual milita presunção legal de veracidade):

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Houvesse no caso vertente certeza quanto à situação alegada pelo sujeito passivo – de que atuou como representante comercial e não como distribuidor – entendendo que seria possível inibir a eficácia do art. 42 da Lei nº 9.430/96 com base na violação ao conceito de renda, pela evidente tributação de *quantum* excedente ao acréscimo patrimonial auferido.

No entanto, ela não existe nestes autos, sendo que tal caminho é truncado pelas regras do próprio direito. Afinal, alegar sem provar equivale a não alegar. E a alegação da recorrente, quanto à sua atividade não restou demonstrada. Assim, na dúvida, o art. 42 oferece caminho seguro para a tributação da omissão constatada, estando a prova bem constituída (fato indiciário demonstrado e não infirmado).

Vejamos alguns elementos dos autos que nos permitem assim sentenciar:

a) as declarações da recorrente são pífiyas frente a sua movimentação financeira, havendo, inclusive, declaração de inatividade relativa ao ano-calendário de 2004, em que sua movimentação financeira aproxima-se de R\$3,5 milhões de reais (fl. 1500);

b) a recorrente executava a cobrança das vendas aos clientes finais (postos de combustível), sendo, inclusive, responsável pelo inadimplemento, vez que, contrariamente ao que dispõe a Lei nº 4.886/65 (que regula a atividade de representante comercial autônomo), era estipulada a cláusula *del credere* nos contratos firmados por ela;

c) a Lexxon (ela própria) retirava o álcool das usinas e o entregava aos postos revendedores para consumo, operando com veículos de carga;

d) Relativamente a seus representados: sua principal representada (segundo ela própria), a Petrotiba, informou zero receitas de venda de álcool nos anos calendário 2002, 2003 e 2004, zero compras e zero estoques; A DCP Distribuidora e Comércio de Petróleo Ltda, fls. 1.764/1.770, declarou zero receitas de álcool etílico em 2002, 2003 e 2004; quanto à Camacuã, não constam quaisquer débitos declarados em DCTF para o ano-calendário 2004; A Sercom ou TicPetro, 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 (conforme itens 50 a 53 do acórdão recorrido);

e) 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 depósitos recebido com a respectiva nota fiscal emitida pela distribuidora autuada, para respaldar a acusação de dupla cobrança de tributos sobre as mesmas receitas (item 55 do acórdão recorrido);

f) A Secretaria Adjunta de Fiscalização do Estado do Rio de Janeiro editou Portaria em 03/08/2006, declarando inidôneas notas fiscais e selos de fiscalização emitidos em nome da distribuidora Petrotiba. Adicionado a isto está o fato de que foram apreendidos notas fiscais em branco da Petrotiba na Lexxon (fl.822). Segundo relatório elaborado pelo delegado de polícia do Nurce, Francisco Catita, as notas eram preenchidas se exigidas pelo posto de combustível, cliente final (registre-se aqui, por oportuno, que não podiam ser de emissão da recorrente, que não possuía registro na ANP. É importante ressaltar este fato porque o sustentáculo da defesa é a inexistência de comprovante de aquisição das mercadorias. Mas, se não há materialização da aquisição das mercadorias, também é de se dizer que assim o foi porque não seria possível realizar metade da operação nos termos da lei e a outra metade à sua margem. Ou seja, se a Lexxon não formalizava a compra de mercadorias é porque não as poderia vender, tudo levando a crer que adquiria as mercadorias e as revendia ou sem documentação ou com documentação de favor);

g) Afirma-se no voto condutor que os elementos de prova apreendidos pelo Nurce

comprovam a emissão de pedidos, a aquisição de álcool e pagamento às usinas, a venda de álcool a postos de combustíveis, com equipe de vendedores comissionados, a retirada com veículos próprios ou contratados (já que pagava a transportadoras e controlava os carregamentos, os veículos e os motoristas), carregamento, distribuição e cobrança do álcool vendido aos postos e, finalmente, o depósito dos recebimentos nas contas bancárias em exame, o que, diga-se de passagem, não é negado pela autuada; evidencia-se que realizava a emissão das notas de pelos menos algumas das distribuidoras, como a Petrotiba e Camacũ e que a Terra Diesel (e que não é distribuidora autorizada), da qual Luiz Fernandes Correia também é sócio, já que estavam em poder da autuada blocos de notas fiscais em branco dessas empresas.

h) o documento de fls.889 que retrata fluxo de caixa da recorrente indica na coluna “compra” aqueles de quem se efetuou a compra e na coluna “venda” para quem ela foi feita, sendo mais um elemento de convicção de que controlava toda a cadeia;

i) no contrato de fl. 827, a Lexxon consta como vendedora, sendo comprador “Sebastião Gil”, e devendo a mercadoria ser retirada na usina Goioerê Ltda;

j) os contratos de representação comercial apresentados pela recorrente demonstram um acordo de vontades, acaso considerados; porém nada dizem do relacionamento comercial contínuo e prolongado que se deu no decorrer dos anos-calendário de 2002 a 2004, uma vez que os documentos comerciais e fiscais não foram carreados aos autos, os quais, se harmonizados, poderiam fornecer indicativo mais seguro no sentido do que alega.

Consoante acima alertado, tais elementos não os colijo para efeito de provar que a recorrente não exercia a representação comercial e sim a distribuição de fato dos combustíveis, mas para demonstrar que há fortes indícios de que agia como distribuidor, e que não restou demonstrado o contrário, o que, a meu ver, basta para endossar a legalidade do procedimento e sua conformidade com o art. 142 do CTN.

Do mérito**(d) Depósitos bancários de origem não comprovada – lançamento insubsistente**

Sustenta a recorrente que 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.

Neste ponto, verte seus argumentos no sentido de demonstrar a insubsistência do auto de infração, uma vez que, segundo aduz, está o lançamento calcado sobre o fato de que atuou como distribuidor e não como representante comercial. Em seu favor cita que 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.

Para não ser repetitivo, em vista do quanto analisado no item anterior, apenas ressalto a conclusão a que cheguei, de que em vista dos elementos em sentido contrário, que não são poucos, não é possível chegar-se à conclusão de que, conforme afirma, agiu como representante comercial, havendo fortes indícios que militam em sentido oposto.

Desta forma, como não infirmou o fato indiciário, demonstrando a origem dos créditos em conta corrente, não é possível ser albergado pela regra do §2º do art. 42 da Lei nº 9.430/96. Também não fica mitigado o conceito de renda, exatamente por não ter logrado provar que praticava de fato o objeto social de representação comercial, ônus que lhe cabia.

Assim, conforme concluí acima, inexistente violação à legalidade ou à vinculação necessária do ato de lançamento.

Com base nas receitas omitidas, foi efetuado o lançamento com base no critério do lucro arbitrado, baseado na alíquota mais favorável de 9,6%, concernente à revenda de mercadorias.

Tal procedimento foi executado porque a recorrente, durante o procedimento fiscal não apresentou livros e documentos que compunham sua escrituração, mesmo intimada, nos termos do art. 530, III, do RIR/99, o que está de acordo com o preceito legal. Com efeito, no caso concreto não havia qualquer outra possibilidade de aferimento do resultado, senão com base no método empregado.

Sou, portanto, pela manutenção do lançamento.

(e) Multa qualificada

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.

Não foi esse o entendimento do colegiado *a quo*, baseado no voto condutor que decidiu pelo acerto da multa exasperada diante do fato de que

a Lexxon participava de um esquema para sonegação de impostos, o que torna forçoso a aplicação da multa qualificada

Compulsando os autos verifiquei, ainda, os seguintes elementos:

a) o esquema do qual tomava parte a recorrente foi assim descrito na imprensa, após a deflagração da operação policial que desarticulou o esquema:

O Nurce (Núcleo de Repressão a Crimes Econômicos), em parceria com a Promotoria de Investigações Criminais (PIC) do Ministério Público Estadual, fez uma megaoperação para cumprir mais de quarenta mandados de prisão e busca e apreensão na região Noroeste do Paraná, na manhã desta terça-feira (19). O trabalho reuniu cerca de 50 policiais civis e militares, além de representantes da PIC, que prenderam 12 pessoas acusadas de envolvimento com adulteração de combustíveis e sonegação fiscal, entre outros.

Há cinco meses, a equipe investigava crimes de sonegação de impostos, adulteração de combustíveis, formação de quadrilha, falsificação de documentos, falsidade ideológica e lavagem de dinheiro entre postos de combustíveis, distribuidoras e usinas de álcool. Postos de gasolina, escritórios e residências de empresários foram revistados para encontrar notas fiscais e extratos bancários que comprovassem os crimes. Computadores, caixas e pacotes com diversos documentos foram apreendidos.

As buscas e apreensões foram realizadas em Maringá, no escritório autorizado da distribuidora Camacua Transportes de Petróleo Ltda., no escritório autorizado da DCP Distribuidora e Comércio de Petróleo Ltda, em escritório de vendedores varejistas. Em Campo Mourão foi investigado o escritório Lexus Combustíveis Ltda, representante da Petrotiba Petróleo Ltda. Em Moreira Sales, próximo à cidade de Goioçerê foi vistoriada a usina de Açúcar e Alcool Goioçerê Ltda. e em Londrina,

alguns escritórios de distribuidoras, inclusive de São Paulo. Todo material apreendido foi encaminhado à Receita Estadual.

Fraude — De acordo com as denúncias as distribuidoras de combustíveis da região de Maringá comprariam o álcool das usinas com nota fiscais subfaturadas, ou seja, declaravam valores inferiores, para pagar menor impostos. Além disso elas mantinham escritórios regionais, que compravam o combustível das usinas e enviavam diretamente para os postos, sem passar pela base da distribuidora, onde o combustível deveria passar pelo controle de qualidade. Com o bloco de notas fiscais em mãos, os representantes das distribuidoras faziam a venda do álcool diretamente para os postos, muitas vezes subfaturando a venda, para, assim, conseguir lucro maior.

b) às fls. 1812, o relatório elaborado pelo Nurce, demonstra que o sócio da recorrente, Luiz Fernandes, não só tinha conhecimento de que participava de ilícito como também agia para obstar a produção de provas. Veja-se o trecho relatado:

A concorrência da Usina: As interceptações telefônicas ainda remetem a uma outra situação. Algumas compras de álcool são feitas sem que a Usina emita nota fiscal para a distribuidora. Neste trabalho somente foi possível identificar que a Usina de Açúcar e Alcool Goioerê Ltda, localizada na cidade de Goioerê PR participa ativamente do esquema noticiado, em conluio com a distribuidora PETROTIBA, em estreitas e escusas parcerias para a prática da sonegação fiscal. Numa das ligações telefônicas interceptadas Luiz Fernandes lembrou Sueli, funcionária de seu escritório, que deveria fazer o cruzamento das informações dos relatórios da usina com o deles, já que, segundo ele, a segurança do negocio dependeria da conformidade das informações, a fim de que o esquema não seja detectado.

c) às fls. 1817, prossegue o relatório, com as conclusões finais obtidas:

A SAGAE PERON REPRESENTAÇÃO COMERCIAL LTDA, LEXUS COMBUSTÍVEIS LTDA, PETROTIBA DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA, e a USINA DE AÇÚCAR E ÁLCOOL GOIOERÊ LTDA representam nessa estrutura uma quadrilha estável e sólida, formada para o cometimento de ilícitos penais contra a ordem tributária e econômica na seara de combustíveis;

d) às fls. 1835, no depoimento de Afonso Seiji Sagae, é por ele afirmado que

no escritório de Campo Mourão ligados a distribuidora PETROTIBA, além do escritório de representação LEXUS, o proprietário Luiz Fernandes Correia também possui a TERRADIESEL, que é uma TRR, tendo como sócio nesta empresa Jorge Farina; quando contacta com este escritório sempre fala com a pessoa de Francisco que é funcionário da empresa e só essa com quem negocia; enfim, todos que participam deste processo são cientes das irregularidades, nelas incluindo as distribuidoras PETROTIBA, o escritório LEXUS, a

distribuidora CAMACUÃ e seu escritório de representação em Maringá, a DCP e seu escritório de representação em Maringá e os donos de postos revendedores, os quais se beneficiam financeiramente desta prática; dentre as usinas, a única que sabe apontar como vendedora de álcool sem nota fiscal é a usina GOIOERÊ, que tem acordo com o escritório LEXUS; quanto as notas fiscais, pode dizer que estas são expedidas pelo escritório LEXUS, quando se refere a PETROTIBA e quanto às demais distribuidoras referidas não sabe por onde as notas são emitidas.

Este depoimento foi confirmado pelo de Paulo Guilherme Paes Perón, às fls. 1839/1840.

Às fls. 1487, o depoente Francisco Carlos Teodoro, auxiliar administrativo, afirma

que todas as Distribuidoras representadas por Luiz Fernandes passavam uma tabela escalonada de preços que variava desde a venda a ser feita com nota cheia (mais cara) até a venda sem nota (mais barata)

Por fim, às fls.1861, relata o investigador Marcos Assis Gonçalves

Conclui-se que, apesar de responder a Inquérito Policial n.008/2004 junto ao Núcleo de Repressão a Crimes Econômicos, LUIZ FERNANDO e as empresas TERRA DIESEL e PETROTIBA continuam a atuar de forma desleal, irregular, clandestina e ilícita junto ao comércio de derivados de Petróleo e Álcool, causando transtorno e prejuízo a empresas devidamente constituídas e "recolhedoras" de impostos.

Não fosse bastante tal enxurrada de elementos em sentido único, verificou-se neste caso a prestação de declarações de rendimentos em diversos anos-calendário com valores bastante inferiores àqueles efetivamente lançados. Num dos anos-calendário inclusive, conforme já se mencionou, foi prestada declaração de inatividade.

A prestação de declaração de rendimentos com valores inferiores àqueles efetivamente percebidos denota intenção de subtrair do conhecimento da Administração fatos geradores ocorridos, autorizando a qualificação da multa de ofício.

Correta, assim, aplicação da multa qualificada ao caso.

Assim, voto para negar provimento ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, 04 de julho de 2012.

(assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade - Relator

Processo nº 10950.004767/2007-15
Acórdão n.º **1302-00.935**

S1-C3T2
Fl. 2.015



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por EDUARDO DE ANDRADE em 30/07/2012 12:09:50.

Documento autenticado digitalmente por EDUARDO DE ANDRADE em 30/07/2012.

Documento assinado digitalmente por: MARCOS RODRIGUES DE MELLO em 07/08/2012 e EDUARDO DE ANDRADE em 30/07/2012.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 10/10/2018.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP10.1018.09282.P8XC

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:
C2C396DC56130A1B3763BD0D7C02C0998A681A11