



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

| | |
|--------------------|---|
| Processo nº | 15586.000098/2007-13 |
| Recurso nº | 167.753 Voluntário |
| Acórdão nº | 1401-00.405 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária |
| Sessão de | 25 de janeiro de 2011 |
| Matéria | IRPJ/Reflexos |
| Recorrente | THORK COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXP. LTDA |
| Recorrida | FAZENDA NACIONAL |

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

AUTO DE INFRAÇÃO. MPF. NULIDADE

Tendo o auto de infração preenchido os requisitos legais e o processo administrativo proporcionado plenas condições à interessada de contestar o lançamento, descabe a alegação de nulidade.

AUTONOMIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E CRIMINAL.

Não interfere no processo fiscal o procedimento criminal, seguindo, ambos o seu curso normal, de forma independente, até o desfecho final.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

OMISSÃO DE RECEITA. RECEBIMENTOS SEM CAUSA.

Considera-se omissão de receita a entrada de recursos do exterior, quando não comprovada a causa do recebimento e nem efetuada a sua devolução.

INFRAÇÕES DE NATUREZA TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

A responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente.

PROVA INDICIÁRIA A prova indicária é meio idôneo admitido em Direito, quando a sua formação está apoiada em ma concatenação lógica de fatos, que se constituem em indícios precisos, “econômicos” e convergentes.

OMISSÃO DE RECEITA. FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. Provado por robusta prova indicária que a distribuição de combustível foi desviada para o mercado interno, sem a emissão de documentos fiscais, caracterizado está a omissão de receita.

OMISSÃO DE RECEITA. DIFERENÇA. PROVA. Provado nos autos que parte da omissão de receita não ocorreu, cancela-se em parte o lançamento.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS. COFINS. CSLL.

Aplica-se ao lançamento reflexo o mesmo tratamento dispensado ao lançamento matriz em razão da relação de causa e efeito que os vincula.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A multa de ofício de 75% e os juros de mora equivalentes à taxa SELIC encontram amparo na legislação.

MULTA QUALIFICADA.

É cabível a multa qualificada de 150%, quando comprovado que o interessado omitiu escrituração de receitas, visando impedir ou retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação principal.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE.

Não compete à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento declarar ou reconhecer a constitucionalidade de lei.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2002

ISENÇÃO. EXPORTAÇÃO NÃO COMPROVADA. FALTA DE RECOLHIMENTO.

É cabível lançamento da contribuição, relativamente à mercadoria não exportada adquirida com isenção.

VALOR DEVIDO. DEDUÇÃO DO VALOR DA CIDE.

Somente nos casos previstos em lei, pode-se deduzir a CIDE paga do valor da COFINS devida.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2002

ISENÇÃO. EXPORTAÇÃO NÃO COMPROVADA. FALTA DE RECOLHIMENTO.

É cabível lançamento da contribuição, relativamente à mercadoria não exportada adquirida com isenção.

VALOR DEVIDO. DEDUÇÃO DO VALOR DA CIDE.

Somente nos casos previstos em lei, pode-se deduzir a CIDE paga do valor do PIS devido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial para excluir da base de cálculo do IRPJ e seus reflexos a receita referente a venda sem nota fiscal de 1.242.335,88 (um milhão, duzentos e quarenta e dois mil, trezentos e trinta e cinco litros e 88 centésimos) litros de gasolina. Fará declaração de voto o conselheiro Alexandre Antônio Alkmim Teixeira.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner – Presidente

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Maurício Pereira Faro, Karem Jureidini Dias e Viviane Vidal Wagner.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 12-15.347, da 3^a Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento Rio de Janeiro I - RJ.

Por economia processual, adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância:

Trata-se de autos de infração lavrados pela Delegacia da Receita Federal em Vitória/ES (Volume 07 - fls. 1.180/1.223, 1.232/1.237, 1.243/1.248), todos cientificados ao interessado em 26/02/2007, para exigência de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ de R\$ 1.491.937,54,. Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS de RS 70.162,65, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL de RS 545.737,51, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS de RS 331.019,26 e acréscimos legais totalizando o crédito tributário de RS 7.641.692,28 (fls. 02 e 1.203/1.204).

2 Inicialmente, cumpre observar que existem dois processos administrativos fiscais, com créditos tributários cadastrados no SIEF, originários do mesmo procedimento fiscal: o de nº 15586.000101/2007-07 (CIDE) e este (IRPJ e reflexo, PIS e COFINS).

3 No curso do procedimento fiscal, a autoridade administrativa lançadora, conforme Relatório de Encerramento da Ação Fiscal (fls. 1.180/1.204) e descrição dos fatos constantes nos autos de infração, constatou as seguintes irregularidades, relativas ao ano calendário de 2002:

I - Falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e da Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS; caracterizada por não haver "o efetivo embarque do combustível adquirido como destinado à exportação e armazenado nas empresas EXCEL Brasileira de Petróleo Ltda. e ALAMO Distribuidora de Petróleo Ltda.", tomado-se indevida a isenção das Contribuições para Financiamento da Seguridade Sócio! (COFINS) e para o Programa de Integração Social (PIS). conforme base de cálculo demonstrada às fls. 1.172/1.175.

II - Recebimentos sem causa: caracterizada pela comprovação de que o interessado recebeu recursos do exterior, na forma de recebimentos antecipados de exportação (fl. 1.196 – tabela 3), sem, no entanto, apresentar documentos comprobatórios do embarque das mercadorias ou da devolução do numerário recebido em função do desfazimento do negócio “tendo em vista que tais valores não foram contabilizados nem declarados como receita pela interessada, restou caracterizada a manutenção de recursos à margem da escrituração”.

III - Omissão de Receita: caracterizada pela distribuição de combustível no mercado interno, sem a emissão de notas fiscais e sem o registro contábil da operação de venda, conforme base de cálculo demonstrada às fls. 1.176/1.179.

A infração I resultou na formalização dos processos administrativos nº 15586.000099/2007-68 (PIS) e 15586.000100/2007-54 (COFINS), os quais foram juntados a estes autos (fls. 1.228).

As infrações II e III importaram lançamento de IRPJ e reflexos (PIS, COFINS e CSLL). Por configurarem falta de registro contábil de receitas e a consequente manutenção de recursos à margem da contabilidade, a autoridade lançadora aplicou a multa de 150% (art. 44, inciso II da Lei nº 9.430, de 1996), por caracterizarem evidente intuito de fraude, realizadas com o claro propósito de impedir o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do: fato gerador da obrigação principal.

O enquadramento legal da autuação encontra-se descrito no Relatório de Encerramento da Ação Fiscal (fls. 1.180/1.204) e na descrição dos fatos e enquadramento legal dos autos de infração.

O interessado, cientificado em 26/02/2007 (fl. 1.223), apresentou impugnação às fls. 1.516/1.562 e 1.565/1.566 (IRPJ e reflexos), fls. 1.647/1.694 (COFINS) e fls. 2.397/2.444 (PIS), em 27/03/2007, na qual alega em síntese que:

NULIDADE

I - o auto de infração é nulo, uma vez que os procedimentos cabíveis para a prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal original não foram adotados (art. 7º, 12º e da Portaria SRF nº 3.007/2001), assim como não foi expedido Mandado de Procedimento Complementar (MPF-C), para a constituição de crédito tributário relativo a tributos daquele previsto inicialmente.

OMISSÃO DE RECEITA - Recebimento de valores sem justa causa.

- foi contratado para realizar a exportação de aproximadamente 30 milhões de litros de gasolina para empresa Cambra SRL, localizada na Bolívia;

- iniciada a operação o interessado recebeu do exterior RS 1.093.444,76, a título de adiantamento de contrato de câmbio, e repassou a quantia à Refinaria de Petróleo de Manguinhos S/A, para pagamento de 1.498.648,17 litros de gasolina, através de cheques administrativos, cujas cópias se encontram anexadas (docs 11 e 08);

- os recursos oriundos do exterior foram corretamente contabilizados, conforme a seguir demonstrado, e utilizados para pagamento das mercadorias que seriam exportadas, não tendo o interessado auferido qualquer receita tributável:

*: débito: Banco
Adiantamento de Cliente*

crédito:

: débito: Adiantamento a Terceiros crédito: Banco

- as mercadorias foram extraídas pelas armazenas Álamo Distribuidora Derivativos de Petróleo Ltda e Exxel Brasileira de Petróleo Lida, razão pela qual não ocorreu a exportação, sendo a devolução do numerário para o importador inviável, pois o valor foi utilizado para pagamento do fornecedor.

OMISSÃO DE RECEITA - venda no mercado interno sem a emissão de nota fiscal

- efetivamente não exportou a mercadoria, pelos motivos expostos anteriormente (extravio da mercadoria pelos armazenedores);

- os armazenedores foram os responsáveis pela introdução da mercadoria no mercado interno;

- no laudo pericial contábil, emanado por perito judicial, nos autos da Ação - movida por ele contra os armazeneadores, está consignado que a gasolina, que se encontrava depositada, não foi entregue ao interessado (doc. 16);

- a falta de apresentação à fiscalização de canhotos de entrega das mercadorias aos armazeneadores ou do conhecimento de transporte dos produtos não são suficientes para se concluir que as mercadorias não foram encaminhadas aos atacadistas depositários;

- não pode apresentar tais documentos, porque as mercadorias foram transportadas diretamente da Refinaria de Petróleo Manguinhos S.A para as empresas depositárias (Exxel e Álamo). Assim, o transporte não foi realizado pelo interessado, mas provavelmente pela Refinaria de Petróleo Manguinhos S.A.

- conforme se verifica no "Relatório de Encerramento da Ação Fiscal", as empresas depositárias atestam que as mercadorias foram recebidas em seus estabelecimentos para armazenagem e o próprio laudo pericial contábil confirma a entrada da mercadoria nos estabelecimentos dos atacadistas depositários;

- não omitiu dolosamente a informação "Marcador" na descrição do produto, visando à venda da mercadoria no mercado interno. Somente em parte as notas fiscais de remessa simbólica para armazenagem, emitidas pelo interessado, não constou a palavra "marcador" (doc. 10) e todas as notas fiscais possuem a informação, em dados adicionais, de que a mercadoria se destinava à exportação;

- o fato de a empresa Álamo Ltda não ter capacidade para armazenar as mercadorias não caracteriza que as mesmas foram destinadas ao mercado interno, pois a referida empresa utilizou também as bases da empresa Transo, operadora de tanqueamento:

- o auto de infração foi lavrado sem que houvesse qualquer prova, ao arrepio do princípio da reserva legal;

- a falta de emissão, de nota fiscal, para que seja caracterizada a omissão de receita não pode ser presumida, deve ser provada cabalmente;

SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

- caso haja alguma dúvida quanto à participação do interessado na autoria dos crimes de sonegação fiscal e/ou descaminho, faz-se necessária a suspensão do presente processo administrativo até que ocorra o encerramento das ações penais e cíveis;

EXCLUSÃO DE NOTAS FISCAIS (1.242.335,88 litros de gasolina)

- caso o julgamento venha a concluir pela omissão de receitas, deverá ser, pelo menos desconsiderada a cobrança do IRPJ e reflexos incidentes sobre a suposta venda de mercadorias relativas às notas fiscais emitidas pela Refinaria de Petróleo Manguinhos S.A, durante o período de 28/05/2002 a 04/06/2002, ~~durante o período de 28/05/2002 a 04/06/2002, NETO, 2~~

discriminadas à fl. 1.546 (parágrafo 95 da impugnação), uma vez que tais mercadorias não foram vendidas ao interessado;

- a fiscalização afirma, no Relatório de Encerramento e no demonstrativo da base de cálculo (fls. 1.163/1.179), que o interessado teria omitido receita, em razão da venda no mercado interno de 7.140.744,26 litros de gasolina destinos à exportação para a Bolívia, sem a correspondente emissão de nota fiscal de saída. Entretanto, nos livros Registro de Entradas (doc. 13) e Registro de Saídas (doc. 14), somente foi recebido pelo interessado o volume de 5.903.229,138 litros de gasolina, conforme listagem anexa (doe. 18), dos quais 5.206.530,138 litros remetidos à empresa Álamo e 696.699 litros, à empresa Exxel-(doc. 10);

- nesse sentido, o laudo pericial contábil concluiu que a quantidade de 1.242.315 litros de gasolina não foi recebida pelo interessado (doc. 16);

- a Auditora Fiscal alega que a infração em questão está comprovada pela existência de documentos referentes aos pagamentos, bem como dos canhotos assinados, não tendo ocorrido qualquer diligência fiscal para verificação dos documentos de pagamento, bem como de quem havia assinado os canhotos;

- tais documentos são representados por depósito em dinheiro e cheques de terceiros que não possuem qualquer ligação com o interessado (doc. 08);

- o interessado somente efetuou o pagamento de 1.495.561,79 litros de gasolina, sendo a diferença, entre este volume e o total recebido (5.903.230,027 litros), qual seja, 4.407.668,237 litros, entregue sem qualquer pagamento (doc. 11);

- os canhotos de entrega não foram assinados por qualquer preposto do interessado, alem de não estarem preenchidos corretamente, já que na grande maioria o campo "Data" sequer está assinado e o campo "'Nome'" encontra-se ilegível, não sendo assim hábeis a demonstrar a efetiva transmissão de propriedade;

-conforme já esclarecido, as mercadorias foram remetidas diretamente da refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A para depósito nos estabelecimentos da Álamo Ltda e Exxel Ltda, assim não há como se provar que os canhotos foram assinados por preposto do interessado e pelo mesmo fato não há conhecimento de transporte emitido em seu nome;

-desta forma, não pode prosperar a cobrança do IR e reflexos incidentes sobre a suposta venda no mercado interno de 1.242.315 litros de gasolina, uma vez que o interessado jamais recebeu as mercadorias em questão;

ARGUMENTOS ESPECÍFICOS DO PIS E DA COFINS (ISENÇÃO)

Assinado digitalmente em 01/03/2011 por VIVIANE VIDAL WAGNER, 25/02/2011 por ANTONIO BEZERRA NETO, 2

4/02/2011 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXE

Autenticado digitalmente em 24/02/2011 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXE

Emitido em 01/03/2011 pelo Ministério da Fazenda

- "Uma vez que a gasolina, apesar de ter sido vendida à Impugnante com fim específico de exportação, não foi remetida para embarque ou para recintos alfandegados, não há que se falar em isenção e, portanto, não há que se falar em responsabilidade da Impugnante, devendo a Refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A pagar os tributos que incidiram na operação de venda da gasolina à Impugnante.".

- o interessado é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente autuação haja vista que os responsáveis pelo pagamento da contribuição, nos termos do artigo 137, incisos I e II, do CTN, são as empresas depositárias Álamo Distribuidora de Derivativos e Exxel Brasileira de Petróleo Ltda. que ate o presente momento não devolveram as mercadorias depositadas;

- da COFINS e do PIS supostamente devidos, devem ser excluídos os valores cobrados a título de CIDE, nos termos do art. 8º. Da Lei nº 10.336, de 2001;

MULTA

-a porcentagem da multa caracteriza confisco, vedado pela Constituição 1988;

- não é cabível a aplicação de multa quando há boa-fé do contribuinte, o que ocorreu no caso em tela;

JUROS DE MORA

- a utilização da taxa Selic, no cômputo dos juros de mora dos débitos ora discutidos, fere dispositivo constitucional e infraconstitucional e contraria o princípio da legalidade;

- a Selic não foi criada por lei, haja vista não serem encontrados na legislação vigente quais os critérios necessários para se chegar ao resultado da referida taxa;

- os juros de débitos tributários devem ser de 1% ao mês, como dispõe o art. 161 do CTN c/c art. 192, § 3º, da CF/1988;

- a Selic tem características remuneratórias e não moratórias;

PEDIDO

Encerra requerendo:

- seja declarado nulo o presente auto de infração, haja vista que não foram seguidos os procedimentos cabíveis para prorrogação do MPF original, assim como houve a constituição do crédito tributário sem a correspondente emissão do MPF-C;

- seja declarado nulo o presente auto de infração, pois o interessado é parte legítima para figurar no pólo passivo da

presente atuação, nos termos do artigo 137, incisos I e III do CTN;

- *sejam determinadas a improcedência da ação fiscal e a anulação da exigência e anulação da exigência imposta;*
- *ou, seja suspenso o procedimento administrativo até que ocorra o tento das ações penais e cíveis;*
- *ou, seja julgado parcialmente procedente, sendo excluída a cobrança do IRPJ e reflexos incidentes sobre a suposta venda no mercado interno de 1.242.315 litros de gasolina, que o interessado jamais recebeu as mercadorias em questão;*
- *sejam deduzidos da COFINS e do PIS a pagar os valores cobrados a título de CIDE sobre a mesma operação, exigidos por meio do processo administrativo nº 15586.000101/2007-07;*
- *seja reduzida a multa aplicada e afastada a taxa de juros pretendida, substituindo-a pelos juros legais de 1% ao mês (art. 161, § 1º. do CTN).*

Transcreve em sua impugnação trechos jurisprudenciais.

Acosta ao processo documentos às fls. 1.567/ 2.774.

E o relatório.

Leio em sessão a Nota Técnica n.º 522/SAB, de 04/12/2002 (fls. 466/478), emitida com base em diligências realizadas pela ANP.

A DRJ, manteve o lançamento, nos termos da ementa abaixo:

Ano-calendário: 2002

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. NULIDADE.

Não está inquinado de nulidade o Auto de Infração lavrado por autoridade competente e em consonância com o que preceituam os artigos 142 do CTN e 10 e 59 do PAF.

NULIDADE. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

O Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos da fiscalização, não implicando nulidade dos procedimentos as eventuais falhas na sua emissão, trâmite ou ciência.

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA. EFEITOS.

As decisões administrativas proferidas por órgão colegiado, sem lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

OMISSÃO DE RECEITA. RECEBIMENTOS SEM CAUSA.

Considera-se omissão de receita a entrada de recursos do exterior, quando não comprovada a causa do recebimento e nem efetuada a sua devolução.

OMISSÃO DE RECEITA. FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. A distribuição de combustível no mercado interno, sem a emissão de documentos fiscais, caracteriza omissão de receita.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A multa de ofício de 75% e os juros de mora equivalentes à taxa SELIC encontram amparo na legislação.

MULTA QUALIFICADA.

É cabível a multa qualificada de 150%, quando comprovado que o interessado omitiu escrituração de receitas, visando impedir ou retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação principal.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE.

Não compete à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento declarar ou reconhecer a constitucionalidade de lei.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS. COFINS. CSLL.

Aplica-se ao lançamento reflexo o mesmo tratamento dispensado ao lançamento matriz em razão da relação de causa e efeito que os vincula.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2002

ISENÇÃO. EXPORTAÇÃO NÃO COMPROVADA. FALTA DE RECOLHIMENTO.

É cabível lançamento da contribuição, relativamente à mercadoria não exportada adquirida com isenção.

VALOR DEVIDO. DEDUÇÃO DO VALOR DA CIDE.

Somente nos casos previstos em lei, pode-se deduzir a CIDE paga do valor da COFINS devida.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2002

ISENÇÃO. EXPORTAÇÃO NÃO COMPROVADA. FALTA DE RECOLHIMENTO.

É cabível lançamento da contribuição, relativamente à mercadoria não exportada adquirida com isenção.

VALOR DEVIDO. DEDUÇÃO DO VALOR DA CIDE.

Somente nos casos previstos em lei, pode-se deduzir a CIDE paga do valor do PIS devido.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este Conselho, repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação, ressaltando através de jurisprudência e de doutrina a tese das excludentes de responsabilidade (caso fortuito e força maior), em face do aparecimento de evento alheios a sua vontade, como é o caso do “descaminho”.

Informo que novos documentos foram anexados aos autos quando do ingresso do recurso voluntário (fls. 2901/2907) dando notícia de que o Ministério Público propôs o arquivamento do inquérito policial, sendo acatado pelo MM. Juízo da 2ª Vara Criminal da Justiça Federal de São Paulo nos autos do processo nº 2006.61.81.006123-8, em razão da falta de materialidade por conta de a mercadoria não ter sido exportada em função do desaparecimento da base onde foi depositada.

Também trouxe aos autos sentença proferida pelo MM. Juízo da Vara Distrital da Justiça Civil de Paulínea nos autos do processo nº 428.01.2002.001331-0, ainda em fase de apelação, cuja trecho relevante da sentença abaixo se transcreve, ajuizado pela Recorrente para o fim de condenar a Álamo a devolver a gasolina por ela armazenada:

“constata-se, portanto, do resultado da perícia que a ré (Álamo) armazenou o combustível junto à base Transo, porém deu-lhe destinação diversa, não consistente na devolução do volume total à autora, que ocorreu tão somente no papel, sem que tenha verificado fisicamente”

O recurso de fls. 2912/2938 relativo a CIDE não será conhecido pois o auto de infração da referida contribuição consta de dos autos do processo nº 15586.000101/2007-07.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator.

Conselheiro ANTONIO BEZERRA NETO, Relator

O recurso reúne as condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

A Recorrente alega que o auto de infração é nulo, uma vez que os procedimentos cabíveis para a prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal original não foram adotados, assim como não foi expedido Mandado de Procedimento Complementar

(MPF-C), para a constituição de crédito tributário relativo a tributos daquele previsto inicialmente.

O MPF é mero instrumento interno de planejamento, controle e gerência das atividades de fiscalização, disciplinado por portarias da Receita Federal que não têm o condão de alterar a competência atribuída ao auditor fiscal e não o desoneram da atividade obrigatória e vinculada do lançamento.

O art. 142 do Código Tributário Nacional expressamente confere à autoridade administrativa a competência indelegável e privativa de formalizar o lançamento. E esta autoridade, nos termos da Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º, e do Decreto nº 2.225, de 1985, é o auditor fiscal da Receita Federal. Logo, verificando a ocorrência do fato gerador da obrigação principal, ou o descumprimento de uma obrigação tributária acessória, tem ele o dever indeclinável de promover o lançamento.

Neste sentido direciona-se o Conselho de Contribuintes, conforme ementas a seguir transcritas:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PORTARIA SRF N° 1.265/99. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF. INSTRUMENTO DE CONTROLE. O MPF constitui-se em elemento de controle da administração tributária, disciplinado por ato administrativo. A eventual inobservância da norma infralegal não pode gerar nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal. A Portaria SRF nº 1.265/99 estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, sendo o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF mero instrumento de controle administrativo da atividade fiscal. (Acórdão nº 203-08483 de 16/10/2002)

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) não tem o condão de limitar a atuação da Administração Pública na realização do lançamento. Não é o mesmo sequer pressuposto obrigatório para tal ato administrativo, sob pena de contrariar o Código Tributário Nacional, o que não se permite a uma Portaria. (...) (Acórdão 107-07268 de 13/08/2003)

NORMAS PROCESSUAIS - MPF-MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - RECURSO EX OFFICIO. O pleno exercício da atividade fiscal não pode ser obstruído por força de um ato administrativo que deve ser entendido como sendo de caráter meramente gerencial. Tal instituto, por ser medida disciplinadora, visando a administração dos trabalhos de fiscalização, não pode se sobrepor ao que dispõe o Código Tributário Nacional acerca do lançamento tributário, e aos dispositivos do Decreto-lei nº 2.354/54, que trata da competência funcional para a lavratura do auto de infração. Recurso de ofício a que se dá provimento. (Acórdão 107-06952 de 29/01/2003)

MPF - O Mandado de Procedimento Fiscal, é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais, não implicando nulidade dos procedimentos fiscais as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento. (Acórdão 105-14070 de 19/03/2003)

Por conseguinte, eventual inobservância da norma infralegal em nada macularia o lançamento, razão pela qual não merece prosperar, de plano, a alegação da Recorrente.

De qualquer forma, no caso concreto sequer se configura a impropriedade alegada.

E foi o que aconteceu, conforme inclusive reportado pela DRJ e não refutado pela Recorrente:

"Consultando as informações disponíveis (fl. 2.778), verifica-se que o Mandado de Procedimento Fiscal nº 0720100 2005 00598 foi prorrogado até 13 de abril de 2007. Tendo em vista que a ciência dos autos de infração ocorreu em 26/02/2007, antes, portanto, da data final, não há que se cogitar em irregularidades quanto à prorrogação do MPF."

"De igual forma, verifica-se, no referido documento (fls. 356 e 2778), que houve ampliação de tributos/contribuições e do período de apuração."

Outrossim, não merece melhor sorte em relação a tentativa de anular o lançamento devido à suposta irregularidade de não ter sido expedido Mandado de Procedimento Complementar (MPF-C), para a constituição de crédito tributário relativo a tributos daquele previsto inicialmente.

Em primeiro lugar porque a atuação da CIDE, conforme relatado, está fora do escopo deste processo, tendo sido lavrado nos autos do processo nº 15586.000101/2007-07 (CIDE).

É que o art. 9º da Portaria SRF nº3007, de 26 de novembro de 2001, não dá guarida a esse entendimento quando os mesmos elementos de prova tiverem repercussões em outros tributos ou contribuições, situação na qual estes serão considerados incluídos no procedimento de fiscalização independente de menção expressa:

Art. 9º Na hipótese em que infrações apuradas, em relação a tributo ou contribuição contido no MPF-F ou no MPF-E, também configurarem, com base nos mesmos elementos de prova, infrações a normas de outros tributos ou contribuições, estes serão considerados incluídos no procedimento de fiscalização, independentemente de menção expressa.

Rejeita-se, portanto, a preliminar de nulidade suscitada.

Solicitação de Suspensão do Procedimento Administrativo

A Recorrente solicita a suspensão deste processo de forma a permitir o encerramento das ações penais e civis que tratam da apuração do destino do combustível adquirido, que tinha o fim específico de exportação.

Cabe salientar a esse respeito que não existe previsão legal para tal diferimento, pois os procedimentos administrativo, penal e civil são independentes entre si, a não ser que a mesma matéria tributária seja levada à justiça, o que não foi o caso.

É que a convicção dos julgadores de primeira instância é formada a partir da interpretação da legislação tributária e da análise do conjunto probatório formado por provas constantes do processo administrativo.

Outrossim, cabe aqui salientar a distinção entre ilícito penal e ilícito fiscal, pois, enquanto para o primeiro aplica-se o elemento subjetivo (trata-se de sanção de caráter personalíssimo), para o segundo, aplica-se o critério objetivo. Enquanto as sanções penais e penais-tributárias se referem à conduta do agente, as sanções meramente fiscais, assim como as sanções administrativas, referem-se ao fato (falta de recolhimento do tributo).

Nessa linha de raciocínio a notícia de que o Ministério Público arquivou o inquérito policial nos autos do processo nº 2006.61.81.006123-8 em razão da falta de materialidade por conta do desaparecimento da base onde foi depositada não interfere no presente julgamento, pois como se demonstrará mais adiante é justamente o contexto em que se deu esse desaparecimento bem assim o papel desempenhado pela Recorrente nessas circunstâncias é que será relevante para determinação da correção do presente lançamento tributário. Aqui o protagonista principal é “fato gerador” e seus consectários legais e desdobramentos, tais como, obrigação tributária, responsabilidade tributária, se o fato gerador ocorreu, se teve sua ocorrência retardada e, por fim, se houve ação dolosa do contribuinte quando este exclui ou modifica as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido

De igual sorte, qualquer que seja o resultado de ação impetrada pela Recorrente no campo do Direito civil contra os depositários e que por acaso envolva o ressarcimento de eventuais prejuízos também não interfere no presente julgamento por possuir escopo completamente distinto da presente lide tributária.

Isso não quer dizer que tais ações judiciais sejam completamente inócuas. São inócuas no que concerne a atribuir a ela algum tipo de caráter vinculante às suas conclusões finais. Mas, são antes de tudo fatos. E fatos podem interferir no presente processo, desde que sejam relevantes e se vinculem de alguma forma como o objeto desta lide. E se verá mais adiante que vou me valer de alguns fatos aduzidos nessas ações ora a favor ora contra as pretensões da Recorrente. Nos próximos dois parágrafos, observe-se que trato de algo factual, uma omissão, que gera efeitos pragmáticos que depõe contra a Recorrente, senão vejamos.

Conforme relatado a Recorrente trouxe aos autos sentença proferida pelo MM. Juízo da Vara Distrital da Justiça Civil de Paulínea nos autos do processo nº 428.01.2002.001331-0, ainda em fase de apelação, tendo ela como autora e para o fim de condenar a Álamo a devolver a gasolina por ela armazenada, onde, como já se viu, está obtendo sucesso.

Porém, deixou de trazer também aos autos sentença proferida pelo MM. Juízo da Vara Distrital da Justiça Civil de Paulínea nos autos do processo nº 428.01.2002.001332-0, ainda em fase de apelação, que dessa feita lhe foi desfavorável:

(...)Como se vê, os fatos ainda são nebulosos, não permitindo imputação de responsabilidade, seja pelo desaparecimento da mercadoria, seja pelos danos sofridos pela ré em razão do envolvimento de seu nome no caso. Portanto, a improcedência a ação e da reconvenção é medida de rigor. Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE a ação para cumprimento de obrigação de fazer que THORK COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. ajuizou contra EXXEL BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA. e JULGO IMPROCEDENTE a reconvenção ajuizada por esta contra aquela.(...) (grifei)

Como se vê, se o nosso juízo de valor for depender dessas ações entraremos em uma verdadeira aporia, pois uma ação lhe é favorável e a outra, desfavorável. O problema é que os objetos e escopos são distintos e como já se disse, os procedimentos administrativo, penal e civil são independentes entre si, a não ser que a mesma matéria tributária seja levada à justiça, o que não foi o caso.

Rejeito, portanto, esse pedido de suspensão ou de vinculação direta aos referidos processos.

Isenção do PIS e COFINS

Conforme relatado, durante a auditoria realizada, foi constatado que a fiscalizada adquiriu a mercadoria objeto dos Adiantamentos de Contrato de Câmbio (Gasolina A com Marcador) com isenção das Contribuições de Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e do Programa de Integração Social (PIS), por tratar-se de produto com o fim específico de exportação para o exterior. No entanto, a exportação não foi realizada, fato confirmado pela própria Recorrente.

Em sua defesa, o interessado afirmou que a exportação não ocorreu, em virtude de as mercadorias terem sido extraviadas pelas armazenas Álamo Distribuidora de Derivativos de Petróleo Ltda e Exxel Brasileira de Petróleo Ltda e que, em função do ocorrido, propôs ações cíveis contra as referidas empresas visando à busca e apreensão de combustível (fls. 1.632/1.646e 1.761/1.763e 1.76671.777).

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, instituída pela Lei complementar n.º 70, de 1991, que incide sobre o faturamento mensal isenta as vendas realizadas diretamente ao exterior pelo exportador e pelas empresas comerciais exportadoras ou empresas exclusivamente exportadoras.

Contudo, para a fruição do benefício, torna-se necessário que a venda tenha fim único de exportação e não estando comprovada a destinação ao exterior das mercadorias adquiridas pela Thork, não cabe o locupletamento da isenção da Cofins. Descaracterizada a exportação, a empresa fica obrigada ao pagamento das contribuições não recolhidas, incidentes sobre o valor de aquisição dos produtos adquiridos e não exportados conforme art. 89 inciso I do Decreto 4.524/2002. A mesma base legal aplica-se ao Pis.

Art. 89. A empresa comercial exportadora que utilizar ou revender no mercado interno produtos adquiridos com o fim específico de exportação, ou que no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data da emissão da nota fiscal de venda pela empresa vendedora, não efetuar a exportação dos referidos produtos para

o exterior, fica obrigada, cumulativamente, ao pagamento (Lei nº 9.363, de 1996, art. 2º, §§ 4º a 7º, e Medida Provisória nº 66, de 2002, art. 7º):

I - das contribuições não recolhidas em decorrência do disposto no inciso III¹ do art. 44 e nos incisos VIII e IX do art. 45², incidentes sobre o valor de aquisição dos produtos adquiridos e não exportados; e

II - das contribuições incidentes sobre o seu faturamento, na hipótese de revenda no mercado interno.

Como argumento subsidiário, pois aqui não se trata da isenção da CIDE, mas trata-se da mesma forma de uma Contribuição onde o legislador melhor explicitou tal circunstância. A Lei 10.336/2001 que instituiu a CIDE também trata especificamente em seu artigo 10º dos produtos adquiridos com o fim específico de exportação para o exterior. Seu parágrafo 1º é bastante claro na indicação do responsável pela não exportação dos produtos nas condições que se cuida:

§ 1º A empresa comercial exportadora que no prazo de 180 dias (cento oitenta) dias, contado da data de aquisição, não houver efetuado a exportação dos produtos para o exterior, fica obrigada ao pagamento da Cide de que trata esta Lei, relativamente aos produtos adquiridos e não exportados".

E o parágrafo 4º dispõe:

"§ 4º A empresa comercial exportadora que alterar a destinação do produto adquirido com o fim específico de exportação, ficará sujeita ao pagamento da Cide objeto da isenção na aquisição".

A Recorrente alega, também, que a isenção das contribuições (PIS e COFINS) somente abrange as receitas oriundas de vendas de mercadorias, com fim específico de exportação, à empresa comercial exportadora, quando as mercadorias forem remetidas diretamente ao estabelecimento industrial, no caso a Refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A, para embarque de exportação ou para recintos alfandegados, o que não teria ocorrido.

Vejamos o que a legislação considera com a expressão “fim específico de exportação”:

¹ Art. 44. O PIS/Pasep não-cumulativo não incide sobre as receitas decorrentes das operações de (Medida Provisória nº 66, de 2002, art. 5º):

I - exportação de mercadorias para o exterior;
II - prestação de serviços para pessoa física ou jurídica domiciliada no exterior, com pagamento em moeda conversível; e
III - vendas a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação.

² Art. 45. São isentas do PIS/Pasep e da Cofins as receitas (Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 14, Lei nº 9.532, de 1997, art. 39, § 2º, e Lei nº 10.560, de 2002, art. 3º, e Medida Provisória nº 75, de 2002, art. 7º):
(...)

VIII - de vendas realizadas pelo produtor-vendedor às empresas comerciais exportadoras nos termos do Decreto-lei nº 1.248, de 29 de novembro de 1972, e alterações posteriores, desde que destinadas ao fim específico de exportação para o exterior; e

IX - de vendas, com fim específico de exportação para o exterior, a empresas exportadoras registradas na Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

Decreto nº 4.502, de 2002, art. 45, inciso IX, § 1º:

§ 1º Consideram-se adquiridos com o fim específico de exportação os produtos remetidos diretamente do estabelecimento industrial para embarque de exportação ou para recintos alfandegados, por conta e ordem da empresa comercial exportadora. (grifei)

Ora, provado que os produtos foram efetivamente entregue a uma empresa comercial exportadora (Recorrente), entendo que foram cumpridas as condições que autorizavam a saída com suspensão do imposto. Se a empresa comercial exportadora (Recorrente) recebe o produto com preço desonerado dos tributos com a condição de exportar, condição essa devidamente registrada nos documentos fiscais emitidos pela Usina Manguinhos, assume a responsabilidade de pagar os tributos suspenso se descumprida a condição que autorizava esse procedimento, como foi o caso

Sendo assim, não prospera a alegação da Recorrente no sentido de afirmar que a responsabilidade pelo recolhimento das referidas contribuições é do estabelecimento industrial fornecedor (Usina Manguinhos). Se aceitarmos tal raciocínio estaríamos indiretamente desacatando o princípio basilar do Direito de que ninguém pode se aproveitar de sua própria torpeza em benefício próprio.

Outrossim, não merece melhor sorte o argumento utilizado de que não seria parte legítima para figurar no pólo passivo da presente atuação, haja vista que os responsáveis pelo pagamento das contribuições, nos termos artigo 137, incisos I e II, do CTN, seriam as empresas depositárias Álamo Distribuidora de Derivativos de Petróleo Ltda e Exxel Brasileira de Petróleo Ltda, pois não devolveram as mercadorias depositadas.

A Recorrente confunde responsabilidade tributária por infrações (art. 137 do CTN) com o conceito de sujeito passivo, na qualidade de responsável (art. 121, inciso II do CTN).

O interessado na medida em que descumpriu requisitos para a concessão da isenção, pois deu destinação diversa a mercadorias que deveriam ter sido exportadas, assumiu a condição de sujeito passivo, por expressa disposição legal sob (responsável).

Definida a sujeição passiva por expressa previsão legal, nada impede que se atribua também ao agente (administrador, sócio etc) responsabilidade pessoal pelas infrações por ele praticadas, nos termos do art. 137 do CTN, o que não modifica a sujeição passiva da tributária principal.

Dessa forma, descabe seu argumento de que a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições caberia às empresas depositárias.

Omissão de Receitas - Recebimento sem causa

O procedimento inicial de fiscalização tomou por base o trabalho elaborado pela Equipe Especial de Fiscalização instituída pela Portaria SRF – Secretaria da Receita Federal – nº 463, de 30/04/2004, que, apoiando-se em decisão do Juízo da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba/PR, a pedido da Polícia Federal do mesmo Estado, autorizou a quebra de sigilo bancário de contas mantidas no exterior por Instituições Financeiras que atuavam como

prepostos bancários-financeiros de pessoas físicas e jurídicas representadas por cidadãos brasileiros. Dentre essas pessoas jurídicas encontra-se o contribuinte sob fiscalização, como recebedor de recursos financeiros movimentados no exterior.

Comprovou-se que a Recorrente era beneficiária de recursos de empresa localizada no exterior, na forma de adiantamentos de contrato de câmbio, para realização de exportação de gasolina ao importador CAMBRA da Bolívia, no montante de R\$ 1.093.524,62 (US\$ 439.982,00).

Correspondência encaminhada pelo Banco Central do Brasil (BACEN) informou da celebração de os contratos de câmbio de exportação pela fiscalizada em que não houve a comprovação de embarque das mercadorias ao exterior, como demonstrado. O expediente do BACEN aponta indícios de irregularidades que tem conexão com os informados na Representação Fiscal nº 774/05 e documentos anexos (fls. 351 a 352).

Como a referida exportação não ocorreu, nem foi efetuada a devolução do numerário recebido, tampouco foi alterado o contrato de câmbio para uma finalidade de financiamento ou investimento direto de capital, a autoridade administrativa considerou os recursos recebidos como "outras receitas recebidas", informando que os valores não foram contabilizados e declarados como receita pelo interessado, fato que ensejou a lavratura do auto de infração.

Diligências realizadas pela Agência Nacional do Petróleo, de fato, constataram que a mercadoria não exportada foi distribuída no mercado interno (fls. 393 a 691). Nesse sentido a ANP autuou a Recorrente.

Desta forma a presente ação fiscal constatou que o sujeito passivo violou dispositivos legislação tributária relativamente aos produtos adquiridos com isenção de contribuições e não exportados, e ainda omitiu receitas decorrente da operação de venda do combustível no mercado interno.

Contra essa acusação alega que foi contratada pela CAMBRA SRL, localizada na Bolívia para realizar a exportação de gasolina. Iniciada a operação recebeu R\$ 1.093.444,76, referente aos contratos de câmbio para exportação, na modalidade antecipada, repassando a quantia à Refinaria de Petróleo de Manguinhos S/A, conforme documento em anexo.

Alega que os recursos foram corretamente contabilizados, através de contas Banco. Adiantamento de Cliente, Adiantamento a Terceiros), e utilizados para das mercadorias que seriam exportadas, não tendo auferido qualquer receita tributável.

Por fim, informa que a exportação não ocorreu, visto que as mercadorias foram extraviadas pelas empresas armazenadoras.

Não se contesta que as operações de crédito na forma de adiantamento de contrato de câmbio existiram. Acontece que essas operações dependem da concretização das exportações em um determinado prazo, sendo estas a efetiva causa do recebimento de recursos do exterior. Assim, se não comprovada a exportação da mercadoria, nem a devolução do numerário, a causa da antecipação de recursos oriundos do exterior deixa de existir.

Embora alegue que foi contratado para realizar operação de exportação pela empresa boliviana Cambra SRL, conforme muito bem colocado pela DRJ, o interessado sequer apresenta contrato comercial realizado com o importador. Informa que a falta de risco da

operação (sob o argumento de que só compraria a mercadoria da refinaria, após receber o adiantamento justifica a ausência de contrato).

Entretanto, tal argumento já foi muito bem rechaçado pela DRJ, não tendo sido refutado:

Uma, porque não é razoável realizar operação não escrita envolvendo vultosa quantia; outra, porque o interessado não é a única parte na operação. Se não existia risco para o interessado (exportador), certamente teria para outra ponta, para o importador, o que exigiria acordo escrito.

Quanto ao alegado extravio da mercadoria, é necessário registrar que, nos autos não há elementos suficientes a sua comprovação e ainda que estivesse comprovado, a infração não seria afastada, pois a causa do recebimento dos recursos do exterior, exportação de mercadorias, não ocorreu.

Quanto ao repasse à Refinaria de Petróleo Manguinhos S/A (fls. 1.783/1.784), cabe salientar que não justifica a causa do recebimento dos recursos do exterior (fls. 83, 89 e 94). Tal situação não substitui a necessidade de devolução do numerário ou de regularização da natureza da operação junto ao Banco Central. O locupletamento indevido permanece, pois trata-se apenas de permitir o dinheiro recebido por mercadoria que teoricamente passa a ser um ativo de sua propriedade.

Quanto à escrituração dos valores recebidos do exterior, embora alegue, não traz aos autos documentos relativos à contabilização da operação. Cabe salientar, entretanto, que os lançamentos contábeis da operação, tal como informado pela Recorrente registram fatos permutativos (contas patrimoniais), não envolvendo qualquer conta de resultado; que não afasta a infração ora imputada: falta de registro de receita. Ademais, a contabilização aduzida pela Recorrente levanta mais suspeitas ainda em relação o seu *modus operandi*. É que o crédito no passivo na conta Adiantamento de Clientes em contra partida à conta Caixa, não poderia ser desfeita com a saída de caixa para fins de compra do combustível da Usina Manguinhos, pois esse fato contábil deveria apenas registrar uma permutação entre ativos: saída caixa e entrada mercadoria no estoque. Logo, não poderia baixar a conta de passivo que ainda deveria permanecer credora, afinal quando desse evento, o Importador ainda não teria recebido a mercadoria importada.

Em suma, tendo em vista que o interessado não realizou a exportação, não devolveu os recursos ao importador, nem procedeu à alteração, junto ao Banco Central, da finalidade do recebimento::dos recursos, a causa do recebimento não restou comprovada, agiu corretamente a autoridade lançadora ao considerar como receita tributável ("outras receitas recebidas" o montante oriundo do exterior.

Deste modo, em relação a esse item nego provimento ao recurso.

Omissão de Receita – Falta de emissão de notas fiscais

O autuante constituiu o lançamento tributário tendo em vista a ocorrência de omissão de receita, caracterizada pela falta de emissão de documentos fiscais, referente à distribuição da mercadoria no mercado interno e a consequente ausência de registro contábil, conforme base de cálculo demonstrada às fls. 1.176/1.179.

Especificamente, no caso em comento, não pairam dúvidas de que ocorreu a omissão de receita. É de se ver.

A recorrente acusa a falta de provas. A comprovação material de uma determinada situação fática pode ser feita, em regra ou por uma prova única, direta, concludente por si só, ou por um conjunto de elementos/indícios que, se isoladamente nada atestam, agrupados têm o condão de estabelecer a inequivocidade daquela matéria de fato. Afinal a prova indiciária é meio idôneo admitido em Direito, quando a sua formação está apoiada em uma concatenação lógica de fatos, que se constituem em indícios precisos, "econômicos" e convergentes. É o que se passa a demonstrar.

.Conforme relatado, a Recorrente recebeu recursos do exterior com o intuito de proceder com a exportação para empresa Boliviana (Cambras).

As provas dos autos (492/691e fls. 1.163/1.167) dão conta de que o interessado adquiriu da Refinaria de Petróleo Manguinhos produto com a descrição "Gasolina A com Marcador", no total de 7.140.744,26 litros, com fim específico de exportação .

Entretanto, ao invés de exportar diretamente a mercadoria, o interessado remeteu parte do volume mencionado para as empresas Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda (fls. 426/431 e 1.793/1.938) e Exxel Brasileira de Petróleo Ltda (fls. 432).

.A remessa das mercadorias foi efetuada com suporte nas notas fiscais de remessas, tendo porém suprimido da maior parte delas em relação à descrição do produto a expressão "Marcador". A referida expressão é utilizada nas notas fiscais, para identificar a gasolina destinada ao mercado internacional, que é adquirida isenta de tributos , caracterizando assim a intenção de revender o produto no mercado interno.

Através do boletim de ocorrência nº. 2.222/02 (fls. 437/438), ficou registrado que os fiscais da Agência Nacional de Petróleo (ANP) foram nas bases da Transo Distribuidora 1 depósito da Álamo) e da Exxel Brasileira de Petróleo Ltda e não localizaram a "Gasolina A" no local informado pelo interessado. Por outro lado. as referidas empresas afirmaram ter devolvido a mercadoria ao interessado.

A esse respeito a DRJ assim se pronunciou:

Da parte conclusiva do item 2 da Nota Técnica n.º 522/SAB, de 04/12/2002 (fls. 466/478), emitida com base em diligências realizadas pela ANP, extrai-se que a empresa Álamo não possuía capacidade suficiente para armazenar o volume total de combustível remetido pelo interessado e que a empresa Exxel misturou a Gasolina A, proveniente de Manguinhos, no mesmo tanque destinado à movimentação de produtos originários de outros lagares.

No item 7, da mesma Nota Técnica, há a informação de que a gasolina enviada pelo interessado para armazenamento no Pool Transo (base da Álamo), nos meses de maio e junho de 2002, foi vendida ou para postos revendedores ou para outras empresas,

mesma conclusão verificada no item 8.3 da mencionada Nota Técnica.

A matéria foi objeto de apuração na Comissão Parlamentar de Inquérito de combustíveis (fls. 366 386) e divulgado na imprensa (fls. 353 355).

É incontroverso e o interessado reconhece que a mercadoria não foi exportada e os 7.140.744,26 litros de gasolina não foram localizados onde deveriam estar armazenados. Além disso, existe informação oficial de que o produto foi revendido no mercado interno.

E não se venha alegar que tal circunstância seria alheia à sua vontade, pois não adotou o mínimo de cautela necessário que uma comercial exportadora deveria adotar em suas operações. Não certificou-se da idoneidade das empresas depositárias e pessoas físicas envolvidas. Não celebrou contratos com o importador; não exigiu recibo de entrega da mercadoria e como se não bastasse ao remeter as mercadorias para os armazéns, o interessado fez constar na descrição do produto das notas fiscais de remessa apenas "Gasolina A", omitindo a expressão "Marcador", dando azo inclusive a que os depositários viessem depois alegar desconhecimento do fim específico de exportação das referidas mercadorias, como foi o caso da Distribuidora Exxel.

A Recorrente, ressalte-se novamente, deixou de trazer também aos autos sentença proferida pelo MM. Juízo da Vara Distrital da Justiça Civil de Paulínea nos autos do processo nº 428.01.2002.001332-0, que lhe foi desfavorável.

Extrai-se trecho relevante da sentença, encontrada no site da justiça, justamente demonstrando que a omissão da expressão "Marcador" foi alegada de forma veemente pela requerida e, quem sabe, pode ter sido determinante para o insucesso da Recorrente nesta ação:

Por sua vez, a requerida [Álamo] afirmou a devolução da mercadoria, nos termos da nota fiscal de fls. 209, apontando prejuízos a sua imagem, daí a reconvenção, uma vez que desconhecia a existência do marcador na gasolina, fato dela omitido pela autora. Como se vê, apesar das alegações das partes, não restaram comprovados os fatos constitutivos do direito delas, pois a requerida[Álamo] aponta documentos os quais ventilam comprovam a devolução da mercadoria, tal seja, a nota fiscal de fls. 209, a qual encontra-se devidamente assinada pelo recebedor (1ª via a fls. 76) e as autorizações de devolução de mercadoria fls. 211/220, devidamente assinadas pela empresa autora, [Thork] figurando como transportadora Stein Antunes Transportes Ltda. Realmente, tais documentos conferem verossimilhança aos fatos ventilados pela ré, mas a suplicante contra eles se insurge apontando que configuram mera formalidade, não tendo havido a devolução física da mercadoria.

Outrossim, a Recorrente como real proprietário da mercadoria possuía a responsabilidade de exportar o produto que era seu, pois além de receber recursos do exterior, assumindo obrigação com o importador, conforme alegado, assumiu o ônus legal de pagar as tributos contribuições relativos à mercadoria adquirida com isenção, caso a exportação não se efetivasse. Assim, todo cuidado aplicado na operação seria pouco.

O Laudo Pericial Contábil à fl. 1.990 (sexto parágrafo) consta registrado pelo perito que "ao ser re-enviada pela Requerida (Álamo) para a armazenadora Transo, tal expressão havia sido suprimida.". E no parágrafo seguinte o Perito arremata:

"Tal fato está sendo citado apenas em razão dos desdobramentos que tal ocorrência certamente irá ocasionar na área tributária, já que se tratava de uma mercadoria que deveria ser exportada e, por conseguinte, estava contemplada com os incentivos fiscais pertinentes."

Conforme registrado pela DRJ, "*O que se percebe é que gradativamente se omitiu, nas notas fiscais, o destino precípua da gasolina adquirida.*"

A história poderia ser mais um caso de roubo de carga em estradas brasileiras não fosse o rastro de irregularidades deixado pela primeira exportação terrestre do produto.

O desaparecimento de mais de sete milhões de litros de gasolina foi motivo de repercussão na imprensa nacional e bem demonstra o descaso, a ingenuidade ou engenhosidade da Recorrente, comercial exportadora que deveria ser a guardiã maior desse tipo operação:

A incrível história dos sete milhões de litros de gasolina que saíram da refinaria de Manguinhos para exportação, sem imposto, mas foram parar nas distribuidoras

Você consegue imaginar o que são sete milhões de litros de gasolina? Uma dica: se essa quantidade fosse colocada em caminhões-tanque, seria necessário um total de 233 carretas para armazená-la. Outra pista: o número equivale à venda, durante todo um mês, de nada menos que 100 postos de combustível de porte médio no País. Mais difícil do que visualizar o gigantesco volume, porém, é entender como toda essa gasolina, retirada da refinaria de Manguinhos, em Duque de Caxias (RJ), nos meses de maio e junho, desapareceu sem chegar ao destino previsto no contrato de venda: um suposto comprador na Bolívia.

A história poderia ser mais um caso de roubo de carga em estradas brasileiras não fosse o rastro de irregularidades deixado pela primeira exportação terrestre do produto.

Começa pelo tipo de mercadoria comercializada na operação. A gasolina que Manguinhos separou para a Bolívia por ser para exportação está livre da cobrança de impostos e, consequentemente, é muito visada no mercado clandestino brasileiro. Ou seja, o larápio já previa o lucro de 40% que teria sobre o preço do concorrente na hora de passá-la adiante. O valor que a suposta distribuidora boliviana aceitou pagar à refinaria fluminense também desperta desconfiança – R\$ 0,70, por litro, contra os cerca de R\$ 0,50 pedidos pela Petrobras. Sim, num mercado livre, cada um vende pelo preço que quer. Essa foi a resposta de Manguinhos, uma das duas únicas refinarias privadas do País. Mas quem tenta saber da compradora por que optou pelo preço mais alto começa a entender a fraude.(..)(destaquei)

Como se vê, o preço na faixa de R\$ 0,70 já de antemão fala muito alto a qualquer um que entenda do negócio. Como crer que a comercial exportadora não sabia onde estava se metendo?

Outro fato que chama a atenção é a falta não só de contrato entre a Thork e o importador, mas a própria falta de contato entre eles é que mais assusta. Espanta inclusive a falta de qualquer correspondência da Cambras cobrando o numerário adiantado à Thork pela exportação que não se realizou.

Vejamos o que foi notificado por aquele mesmo órgão de imprensa a esse respeito:

(..) *No contrato de exportação consta que a receptora da gasolina na Bolívia seria a Cambras, com sede em Santa Cruz de la Sierra. Consultados por ISTOÉ, nem o Consulado Boliviano em São Paulo nem a Câmara de Comércio daquela cidade conseguiram localizar a empresa. Tampouco ela é conhecida no setor de combustíveis. O diretor comercial de Manguinhos, Luiz Henrique Sanches, não se preocupou em saber quem era sua cliente num negócio de R\$ 21 milhões. Segundo ele, cabia à refinaria responder apenas para a Thork, a trade responsável pelo desembarque aduaneiro do produto do Rio de Janeiro até chegar às mãos da Cambras. “A Thork foi aprovada pela Agência Nacional de Petróleo (ANP) para operar no setor de exportação”, afirma Sanches. “O crivo da agência bastou para nós”, acrescenta.*

Na quarta-feira 17, o polêmico empresário falou a ISTOÉ e trouxe um novo nome na transação entre Manguinhos e a misteriosa compradora da Bolívia. Seria a Rush Oil, uma empresa com sede no paraíso fiscal das Ilhas Virgens. Na versão de Daim, no final do ano passado os dois sócios da Rush – que ele só revela que são holandeses – procuraram sua ajuda para comercializar gasolina do Brasil para a Bolívia. Os holandeses anônimos são os únicos que dizem conhecer a Cambras. Pelo acordo, Daim deveria arranjar uma trade que levasse a carga até lá. “Um amigo meu, de grande influência política, ajudou a Thork a conseguir a aprovação na ANP. Eles não aprovam nada sem lobby”, diz. Sobre o fato de a agência saber da sua participação no projeto, fala que foi recebido pelo superintendente Carlos Valois antes da aprovação da trade. “Ele me chamou para conversar porque queria saber mais detalhes sobre o mercado na Bolívia.”

(..)

Mas bastava um telefonema à Bolívia para descobrir que a única empresa brasileira que tem autorização para entrar com gasolina naquele país se chama Petrobras. Os bolivianos vêem a gasolina como “produto controlado”, pois suspeitam que seus compradores a usem no refino da cocaína.(destaquei).

Como já foi referido, também causa surpresa o descaso com que a Recorrente lidou as pessoas envolvidas em transação tão importante sem levantar referências das mesmas:

A justificativa de Manguinhos só não é perfeita aos olhos da Polícia Civil de Paulínia, que apura o caso, por causa de dois pontos. O primeiro é a pessoa com quem a refinaria negociava, o empresário Ricardo Daim – preso em 14 de março deste ano, pela CPI dos Combustíveis de São Paulo, por venda de combustível da Petrobras sem imposto e emissão de notas frias de sua empresa, a distribuidora Pollus em Paulínia (SP), fechada por desvio de mercadoria em 1999. Segundo Henrique Sanches, era Daim quem autorizava a maior parte do carregamento dos caminhões na refinaria.

(...)

Na quarta-feira 17, o polêmico empresário falou a ISTOÉ e trouxe um novo nome na transação entre Manguinhos e a misteriosa compradora da Bolívia. Seria a Rush Oil, uma empresa com sede no paraíso fiscal das Ilhas Virgens. Na versão de Daim, no final do ano passado os dois sócios da Rush – que ele só revela que são holandeses – procuraram sua ajuda para comercializar gasolina do Brasil para a Bolívia. Os holandeses anônimos são os únicos que dizem conhecer a Cambras. Pelo acordo, Daim deveria arranjar uma trade que levasse a carga até lá. “Um amigo meu, de grande influência política, ajudou a Thork a conseguir a aprovação na ANP. Eles não aprovam nada sem lobby”, diz. Sobre o fato de a agência saber da sua participação no projeto, fala que foi recebido pelo superintendente Carlos Valois antes da aprovação da trade. “Ele me chamou para conversar porque queria saber mais detalhes sobre o mercado na Bolívia.”

Nota Técnica n.º 522/SAB, de 04/12/2002 (fls. 466/478), emitida com base em diligências realizadas pela ANP retrata o mesmo espanto em relação a situação em que a Recorrente se coloca, ou seja totalmente como vítima dos acontecimentos que seriam alheios a sua vontade e assim lhe isentando de qualquer responsabilidade.

De acordo com os fatos narrados no Relatório transcrito acima, pode-se perceber que a Thork alega que pretendeu realizar operação de exportação de Gasolina A, a ser realizada pela primeira vez no Brasil por via terrestre e que envolveria milhões de reais sem procurar certificar-se, minimamente, nem das informações relativas às pessoas que lhe foram apresentadas, como os Srs. Fernando Gorguet, André Feldman e Ricardo Daim, nem quanto às empresas envolvidas (como, por exemplo., a importadora CAMBRAS SRL) até para preservar a reputação da empresa contra possíveis fraudadores.

Note-se que, na peça de defesa, os representantes legais querem fazer crer que a Thork foi ludibriada porque agiu por confiança. Acontece que, de acordo com o relatado, a confiança foi bem superior ao limite aceitável para qualquer empresa idônea que atue neste mercado. Alegam que a Thork atuou, praticamente, como uma marionete, por acreditar plenamente em pessoas que nunca havia conhecido, baseando toda uma complexa operação de exportação apenas nas palavras convincentes de

desconhecidos. Senão vejamos alguns trechos extraídos da peça de defesa apresentada pela Thork:

" - ressalte-se que, anteriormente ao início da operação, foi providenciado o registro da Autuada junto à ANP, o que também foi efetuado sob a responsabilidade do Sr. Ricardo Lyra Daim e do Sr. André Feldman (o que, inclusive, é confirmado pelo primeiro em declarações prestadas à imprensa), que solicitaram à Autuada a documentação bastante e cederam todos os trâmites para a obtenção da referida autorização. Importante dizer que a Autuada foi escolhida por referidos senhores para realização da operação porque, para obtenção da autorização junto à ANP, era necessário que a empresa possuisse reputação ilibada como é o caso da Thork. Vale dizer, ainda, que a coordenação direta dos trabalhos de obtenção da autorização de exportação junto à ANP foi realizada pelo Sr. Ricardo Daim e pelo Sr. André Feldman, sem qualquer contato por parte dos representantes da Thork, os quais unicamente providenciaram os documentos necessários e solicitados por estes senhores" (fls. 484 Vol II);

"- para o trânsito dessa mercadoria, foram solicitadas à Thork as emissões de notas fiscais de remessa para armazenagem, tudo isso devidamente justificado e demonstrado sobre bases plausíveis pelo Sr. Ricardo Lyra Daím, que efetivamente induziu a Autuada a efetuar essas providências" (fl. 485 Vol. II);

" - no procedimento de devolução à Refinaria de Manguinhos, novamente a Autuada foi enganada pelo Sr. Ricardo Lyra Daim, que novamente investido na qualidade de representante dos envolvidos, disse que buscava outra trading para efetuar a exportação (...)" -fl. 487 Vol. II;

' (...) Embora a Autuada tenha tentado contato direto com as partes envolvidas, o mesmo Sr. Daim nunca consentiu que isso ocorresse, dando sempre evasivas simpáticas e ténues, e, por ser leal em seus relacionamentos comerciais, até mesmo tendo construído toda sua imagem sobre esses preceitos, a Autuada não se sentiu confortável em efetuar esses contatos sem a sua expressa permissão" (fl. 490 Vol. II).

Só agora, após a ocorrência de todas as irregularidades narradas ao longo desta Nota e que o problema veio à tona, a Thork atentou para o fato de que se pode fazer uma averiguação diligente das pessoas físicas e jurídicas envolvidas na operação de exportação em tela, conforme pode-se inferir a partir do requerimento contido nas fls. 28 a 32 de sua peça de defesa (fl. 505 a 509 Vol. II). Toda empresa idônea, que atue regularmente no mercado, deveria ter o bom senso e a prudência mínimos para se assegurar de que não está lidando com trambiqueiros, ainda mais quando está em jogo vultosa quantidade de capital, o que parece não ter ocorrido. (destaquei)

Novamente coloco ingenuidade ou engenhosidade?

Assinado digitalmente em 01/03/2011 por VIVIANA ALMADA MARQUES, para AUTOMATIZADO, 2

4/02/2011 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXE

Autenticado digitalmente em 24/02/2011 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXE

Emitido em 01/03/2011 pelo Ministério da Fazenda

Dessa forma, se a mercadoria não foi exportada, nem se encontra armazenada nos depósitos para onde foi encaminhada, é razoável concluir que o produto, praticamente com o consentimento da Recorrente, foi mesmo vendido no mercado interno, conforme indica documentos oficiais (Nota Técnica da ANP) juntados aos autos.

É deveras estranho, para não dizer absurdo, o fato de, por exemplo, não haver nenhuma reclamação do importador com relação ao valor adiantado, bem assim da Usina Manguinhos que vendeu mercadoria para Recorrente recebendo dela uma ínfima parte, sem clamar pelo seu ressarcimento, afinal alguém já pagou a mercadoria a ela ou está pacientemente esperando que as ações cíveis gerem os seus frutos monetários para que a Recorrente faça o ressarcimento? Uma coisa ou outra, aponta para no mínimo um conluio. E se não é uma dessas hipóteses, então, a reparação civil, qual seja o ressarcimento dos 5.930.229,138 litros de gasolina, pleiteados na justiça perante as distribuidoras Álamo e Exxel ficará todo no patrimônio da Recorrente? Afinal ela não deve nada a ninguém, ninguém lhe cobra nada! Mas, se esse é o caso, fica mais do que caracterizada a omissão de receitas.

Assim, correto está o lançamento com base em omissão de receita, caracterizada peia falta de emissão de notas fiscais relativas à distribuição de gasolina no mercado interno.

Exclusão de Notas Fiscais (1.242.335,88 litros de gasolina)

A Recorrente alega que não recebeu as vendas de mercadorias, relativas às notas fiscais emitidas, em seu nome, pela Refinaria de Petróleo Manguinhos S.A., no total de 1.242.335,88 litros, durante o período de 28/05/2002 a 04/06/2002, discriminadas no § 95 da impugnação, razão pela qual pede a exclusão do valor no auto de infração. Junta cópias dos Livros Registros de Entrada e de Saída (doc 13 e 14).

Eis os exatos termos de sua defesa:

(...) é possível verificar, pela leitura dos livros contábeis da Recorrente: Registro de Entradas (doe. 13 da Impugnação - Processo principal) e Registro de Saídas (doe. 14 da Impugnação - Processo principal), que somente foi faturado à Recorrente o volume de 5.930.229,138 litros de gasolina, dos quais:

- 5.206.530,138 litros foram remetidos à empresa Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda., estabelecida na Cidade de Paulínia, sendo certo que a armazenagem dos produtos foi realizada nos tanques da empresa Transo Combustíveis Ltda. (notas fiscais de "remessa para armazenagem" emitidas pela Recorrente encontram-se em anexo - doe. 10 da Impugnação);

- 696.699 litros foram remetidos à empresa Exxel Brasileira de Petróleo Ltda., igualmente estabelecida na Cidade de Paulínia (notas fiscais de "remessa para armazenagem" emitidas pela Recorrente encontram-se em anexo - doe. 10 da Impugnação).

Em relação à diferença entre o volume informado pela Refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A (7.145.544,300 litros) e aquele faturado à Recorrente, qual seja 1.242.315 litros, a Sociedade não os recebeu, não tendo assim procedido a qualquer registro contábil ou fiscal a respeito de referida aquisição.

Nesse ínterim, a Recorrente recebeu uma primeira comunicação da Agência Nacional do Petróleo - ANP para que fosse informado onde estaria a gasolina

destinada à exportação, ao que respondeu, sem, contudo, saber que estava sendo ludibriada, que o combustível encontrava-se junto às referidas bases de Paulínia.

Por meio da fiscalização da ANP junto às bases de Paulínia, a Recorrente tomou conhecimento de que o volume de gasolina não se encontrava mais depositado. Sendo assim, dirigiu-se, juntamente com o representante da ANP, à delegacia de polícia de Paulínia para dar notícia do ocorrido, bem como providenciou a proposição de medidas judiciais visando à devolução da gasolina remetida para depósito (doe. 06 e 15 da Impugnação).

Importante esclarecer que até o presente momento o Inquérito Policial, iniciado em decorrência do Boletim de Ocorrência nº 2222/02, junto à Delegacia de Paulínia, bem como as ações judiciais, ainda não foram finalizados.

Ademais, conforme se verifica dos processos judiciais propostos pela Recorrente, as armazenadoras e distribuidoras de derivados de petróleo Exxel Brasileira de Petróleo Ltda. e Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda. alegam que as mercadorias foram efetivamente devolvidas à Recorrente, tendo sido emitidas notas fiscais de retorno de armazenagem, bem como foram destacados os canhotos correspondentes. Entretanto, tal alegação já foi devidamente rechaçada nos autos do processo judicial proposta em face da Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda. através das seguintes provas:

(i) carta enviada pela empresa Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda. à Recorrente, datada de 28.06.02, ou seja, data posterior àquelas de "emissão" das notas fiscais de devolução da mesma empresa para a Recorrente (última data de emissão foi 25.06.02), onde está expressamente consignado que o volume de 5.206.530,138 litros, e somente este volume, encontra-se depositado nas bases da Transo, subcontratada da Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda (doc. 12 da impugnação).

(ii) laudo pericial contábil emanado por perito judicial nos autos da Ação Ordinária para Cumprimento de Obrigaçāo de Fazer com Pedido de Tutela Específica Antecipada, que a Recorrente move contra Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda., Processo nº 1514/02, que tramita perante a Vara Distrital de Paulínia, Estado de São Paulo, que expressamente consignou que o combustível depositado não foi entregue à Recorrente (doc. 16 da impugnação).

Frise-se que referido laudo pericial não só concluiu que os combustíveis não foram devolvidos à Recorrente pela armazéndora, como igualmente deixou claro que a diferença existente entre o faturamento informado pela vendedora, Refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A e aquele contabilizado pela Recorrente[^] qual seja 1.242.315 litros, que supostamente teriam sido depositados nas bases da Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda., não foram efetivamente recebidos pela Recorrente.

A Recorrente destaca, por ser de grande importância, que: (i) todos os fornecimentos vindos da Refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A ocorreram em dias do mês de maio de 2002, sendo certo que a última nota fiscal emitida pela Refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A, e efetivamente recebida pela Recorrente é a de nº 139469, de 27.05.02; as demais notas fiscais, emitidas entre os dias 28.05.02 e 04.06.02, jamais foram enviadas à Recorrente, conforme cópia de fls. do livro Registro de Entrada da Recorrente (doe. 13 da Impugnação); (...)

A DRJ refuta os argumentos da Recorrente, nos seguintes termos:

138 A Refinaria de Petróleo Manguinhos S.A. emitiu notas fiscais em nome do interessado contemplando 7.140.744,26 litros de “Gasolina A com Marcador” (fls. 786/967 e 1.163/1.167 do principal). O interessado alega que só recebeu 5.903.229,138 litros, registrados em seus Livros de Entrada e de Saída, e que efetuou o pagamento de apenas 1.495.561,79 litros, ou seja, a diferença 4.407.668,237 litros, o interessado alega que recebeu sem efetuar qualquer pagamento.

139 Ocorre que, em diligência realizada junto a Refinaria de Petróleo Manguinhos S.A., foram coletadas cópias dos pagamentos efetuados pelo interessado (cheques e depósitos), relativo ao volume total adquirido (fls. 968/974 do principal).

140 Embora seja alegado pelo interessado que os documentos de pagamento são representados por depósitos em dinheiro e cheques de terceiros, que não possuem qualquer ligação com o mesmo, através dos documentos juntados às fls. 968/974 do principal, verifica-se que os pagamentos foram efetuados, através de cheques administrativos, ordenados pelo interessado, e de depósitos em dinheiro, onde o interessado consta como depositante.

141 Ademais, se os argumentos do interessado prevalecessem, chegariam à conclusão, pouco comum, de que os 4.407.668,237 litros de combustível, que o interessado afirma ter recebido e registrado em seus livros, foram pagos por terceiros, sem que eles tenham recebido o combustível.

142 Há de se esclarecer que o fato de as notas fiscais não terem sido registradas em seus livros, cuja comprovação do pagamento encontra-se nos autos, não significa que a mercadoria não tenha sido recebida, haja vista que o registro é feito pelo interessado e que, portanto, pode ser omitido.

143 No laudo pericial foi descrito que quanto aos “1.242.315 litros, não existe nenhum registro a respeito em sua (do interessado) escrituração contábil ou fiscal e tampouco é admitido pela Requerente (interessado) como tendo sido efetivamente comprado pela mesma.”.

144 Tal registro é apenas uma constatação, obtida através de informações prestadas ou apresentadas pelo próprio interessado, não tendo caráter conclusivo algum, como fora alegado.

145 Deste modo, os documentos coletados em diligência realizada pela autoridade autuante junto a Refinaria de Petróleo Manguinhos S.A., constituídos por cópias dos pagamentos efetuados pelo interessado (cheques, depósitos e planilha cotejando recebimentos e retiradas), relativos ao volume total adquirido (fls. 968/980 do principal), cópias dos Livros Diário e Razão da Refinaria (fls. 699/785 do principal), cópias das notas fiscais (fls. 786/967 do principal) e cópias dos comprovantes de entrega do combustível (canhotos de notas fiscais, fls.

1.132/1.142 do principal, autorização, fl. 1.143 do principal e ordens de carregamento, fls. 981/1.131 e fls. 1.144/1.160 do principal) são suficientes a comprovar que o volume total (7.140.744,26 litros – fl. 1.167 do principal) foi adquirido pelo interessado.

Discordo da conclusão chegada pela DRJ, por dois motivos convergentes.

O primeiro motivo, apesar de não ser condição *sine qua non*, terá seu peso reforçado pelo próximo argumento. Trata-se do fato de a Recorrente ter Registrado nos seus livros de Entradas e Saídas apenas o correspondente a 5.903.229,138 litros, registrados em seus Livros de Entrada e de Saída

Junta-se a esse argumento um outro argumento ainda mais forte que em conjunto com o primeiro torna-se digno de peso. Trata-se de reconhecer que na ação civil que moveu contra a distribuidora Álamo, o objeto de resarcimento é exatamente o correspondente à indenização pela não devolução de 5.206.530,138 litros, que se adicionado os 696.699 litros que foram remetidos para Exxel perfazem exatamente o montante total que a empresa assume ter movimentado. Esses mesmos 696.699 litros, por sua vez, é objeto de outra ação civil de indenização contra a Distribuidora Exxel (processo original : 420.01.2002.001332), ainda em fase de apelação, que dessa feita lhe foi desfavorável.

Transcreve-se abaixo excerto do voto do Juiz da Fórum distrital de Paulínia nos autos do processo nº 1514/02 (processo original : 420.01.2002.001331), tendo como Autora a Thork Comércio Importação e Exportação e como ré a distribuidora Álamo:

THORK COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, já qualificada nos autos, propôs ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela específica antecipada, contra ÁLAMO DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LDA, também já qualificada, aduzindo que adquiriu da Refinaria de Petróleo de Manguinhos, Rio de Janeiro, 5.206.530,138 litros de gasolina tipo "A" e os remeteu à ré, para armazenamento, antes de, enviá-la para uma empresa boliviana, a quem seria exportada a mercadoria. Afirmou que a ré depositou a gasolina junto à empresa Transo Combustíveis Ltda, situada em Paulínia, e que a própria ré emitiu relatório de recebimento da mercadoria, identificando cada descarregamento efetuado. Acrescentou que cancelou o negócio de exportação e passou a providenciar a devolução da mercadoria para a refinaria, tendo a ré emitido nota fiscal de devolução da armazenagem, porém não disponibilizou fisicamente o produto, que supôs continuar retido junto à Transo. Alegou que, em 2 de julho de 2002, foi convocada por agentes da ANP a comparecer em Paulínia, no armazém da ré, a fim de informar onde a gasolina havia sido depositada e se surpreendeu com a notícia de que a ré e o armazém não tinham tanques bastantes para a estocagem do volume a eles remetido. Requereu a antecipação de tutela

(...)

Assim é que, no período compreendido entre 03/05/2002 a 28/05/2002, a ré recebeu da autora 5.206.530,138 litros de gasolina tipo "A", e os armazenou junto à empresa Transo. Ressalte-se que, além de este fato ser incontroverso, os documentos de fls. 76/78 evidenciam que a ré efetivamente recebeu mencionado volume de combustível e o armazenou.

Ainda segundo a narrativa da autora, depois de já estarem depositados os milhões de litros de gasolina, ela desistiu do negócio que seria realizado com a

importadora boliviana, por desconfiança em sua idoneidade, e solicitou à ré a devolução do combustível armazenado.

Neste ponto reside a controvérsia, pois a ré afirma que devolveu o combustível e a autora nega tê-lo recebido.

(...) (destaquei)

Portanto, dou provimento em relação a este item, para cancelar da base de cálculo a omissão de receita referente a venda sem nota fiscal de 1.242.335,88 (um milhão, duzentos e quarenta e dois mil, trezentos e trinta e cinco litros e 88 centésimos) litros de gasolina.

EXCLUSÃO DA CIDE NA COBRANÇA DO PIS E DA COFINS

Neste ponto, pleiteia a Recorrente a observância do disposto no art. 8º da Lei nº 10.336, de 2001, de forma a excluir os valores cobrados a título de CIDE do apurado de COFINS/PIS.

Apesar de a DRJ ter refutado os argumentos da interessada, ela faz ouvido de mercador e em sede recursal contenta-se em repisar as mesmas justificativas já refutadas.

Dessa forma, em vista das explicações escorreitas da decisão de piso não refutada pela Recorrente, adoto aqui como razão de decidir os fundamentos utilizados pela decisão de piso, abaixo reproduzidos:

Abaixo transcrevo o citado artigo, com o texto vigente à época do fato gerador:

Art. 8º O contribuinte poderá, ainda, deduzir o valor da Cide, pago na importação ou na comercialização, no mercado interno, dos valores da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins devidos na comercialização, no mercado interno, dos produtos referidos no art. 5º, até o limite de, respectivamente:

I-RS 39,40 e RS 181,70 por m³, no caso de gasolinas.

(...)

Do excerto, extrai-se que a contribuição aludida (CIDE), refere-se àquela paga na entrada da mercadoria no estabelecimento, oriunda do exterior (importação), ou àquela saída da mercadoria do estabelecimento, quando da comercialização no mercado interno.

O lançamento em análise se refere à constituição de crédito tributário relativo à CIDE decorrente da entrada de mercadoria no estabelecimento comprador, adquirida no mercado interno (aquisição para exportação não efetivada), ou seja, situação distinta daquelas contempladas na Lei.

Desta forma, não assiste razão ao interessado, por falta de previsão legal, quanto à alegada exclusão da CIDE nos valores devidos a título de PIS COFINS.

Portanto, nego provimento a este item.

MULTA 75% e QUALIFICADA

A multa qualificada de 150% foi aplicada apenas nas infrações que envolveram omissões de receitas, ficando de fora as que ensejaram a falta de pagamentos das contribuições isentas em função de as mercadorias não terem sido destinadas à exportação (multa de 75%).

Multa de Ofício (75%) e Juros de Mora

Quanto à legalidade da multa de ofício, está ela prevista em disposição legal em vigor, não cabendo a este órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-la, encontrando óbice, inclusive nas Súmulas nº 2 do CARF, *in verbis*:

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

Multa Qualificada de 150%

Assoma claro nos autos que a empresa, de forma intencional e reiterada, buscou ocultar receitas com o fim de eximir-se do devido recolhimento dos tributos, o que caracteriza ação dolosa visando a impedir ou retardar o conhecimento da obrigação tributária por parte da Fazenda Pública, nos termos do art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, adiante reproduzido:

“Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.”

Foram constatadas infrações, referentes à receita não escriturada nos livros contábeis (recebimento sem causa e distribuição de combustível no mercado interno sem emissão de documentos fiscais) e, conforme foi detalhadamente exposto neste voto, não se pode apenas cogitar que as inúmeras demonstrações de negligências no trato da operação e de tanta “ingenuidade” seja factível. Na verdade a Recorrente não conseguiu justificar a contento

o seu papel lícito em meio a um sabido esquema de desvio para o mercado interno de gasolina originalmente destinada ao mercado externo.

A falta de escrituração de receitas impede ou retarda o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação principal por parte do fisco, reduzindo o montante do imposto devido.

Diante desse contexto, deve ser mantida a multa qualificada de 150%.

Juros de Mora

Quanto à legalidade dos juros de mora segundo as taxas SELIC, estão eles previstos em disposição legal em vigor, não cabendo a este órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-los, encontrando óbice, inclusive nas Súmula CARF Nº 4, *in verbis*:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (DOU, Seção 1, dos dias 26, 27 e 28/06/2006, vigorando a partir de 28/07/2006).

Lançamentos Reflexos (PIS, COFINS e CSLL)

Por estarem sustentados na mesma matéria fática, os mesmos fundamentos devem nortear a manutenção das exigências lançadas por via reflexa. Considerar nos reflexos o provimento parcial em relação a este item, para cancelar da base de cálculo a omissão de receita referente a venda sem nota fiscal de 1.242.335,88 (um milhão, duzentos e quarenta e dois mil, trezentos e trinta e cinco litros e 88 centésimos) litros de gasolina.

Por todo o exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial para dou provimento em relação a este item, para cancelar da base de cálculo do IRPJ e seus reflexos a omissão de receita referente à venda sem nota fiscal de 1.242.335,88 (um milhão, duzentos e quarenta e dois mil, trezentos e trinta e cinco litros e 88 centésimos) litros de gasolina.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto

Declaração de Voto

O Conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira:

Conforme se extrai do auto de infração em questão, imputa-se que a Recorrente teria adquirido gasolina sob a alegação de que o combustível seria exportado para a Bolívia, quando na verdade pretendia-se, desde o inicio, que referido produto fosse destinado ao mercado interno. Assim, a Recorrente teria simulado a perda de referido combustível, com o desfazimento do negocio, pelo que o resultado desse "desaparecimento" da gasolina seria tributável como omissão de receita, concluindo-se que a gasolina teria sido vendida ilegalmente no mercado interno (para o procedimento comumente conhecido como batizar a bomba do posto, fugindo dos contratos de exclusividade das bandeiras distribuidoras).

Dentre as alegações da Recorrente, alega-se que um inquérito instaurado no âmbito da Policia Federal teria sido arquivado, sem que tivesse sido constatada qualquer irregularidade atribuível aos administradores da Recorrente. Ainda, alega que propôs ação de indenização contra o transportador e o armazém onde a gasolina estava estocada, tendo em vista o seu desaparecimento, julgada procedente perante o Juízo da Comarca de Paulínea.

Diante dessas alegações, pedi vista dos autos para melhor analise dessas situações. Isso porque, apesar de existir uma independência do conhecimento da matéria fática pela Autoridade Fiscal, incomoda-me sobremaneira a ocorrência de incompatibilidade jurídica sistêmica, verificada quando instâncias e órgãos dão versões incompatíveis sobre os mesmos fatos.

Em verdade, entendo que o direito tributário funciona em superposição ao direito privado. Afinal, conforme o disposto no art. 110 do CTN, a legislação tributaria sofre limitações na caracterização dos institutos, conceitos e forma de Direito privado, justamente por depender dessa superposição.

Feitas essas considerações, identifico que não assiste razão à Recorrente quanto a alegação de que o inquérito instaurado no âmbito da Policia Federal fora arquivado, posto não ter sido identificada qualquer ação ilícita por parte dos responsáveis pela Recorrente. Isso porque as razões que levaram ao arquivamento daquele feito foram 1) a gasolina não ter sido exportada, o que retira a competência da Policia Federal para verificar qualquer ilícito relacionado ao negocio e 2) já existir investigação em curso perante a Policia do estado de São Paulo. Não existiu, assim, seja pela autoridade policial, seja pelo Ministério Publico Federal, qualquer investigação e solução de mérito que fosse relevante para o deslinde do presente feito.

No que toca a ação movida pela recorrente contra a empresa ALAMO DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETROLEO LTDA, tem-se o seguinte:

A Recorrente entrou com ação de obrigação de fazer contra a empresa ALAMO DISTRIBUIDORA DE PETROLEO LTDA. alegando que as mesmas teria se apropriado de 5.206.530,138 litros de gasolina que a recorrente teria armazenado junto a referidos estabelecimentos.

Ante a resistência da parte ré, promoveu-se perícia judicial, em que ficou constatado a existência de divergências na documentação de remessa e recebimento da mercadoria, o que levou o Juízo Cível a julgar procedente a ação.

É certo que referida decisão, além de não estar transitada em julgado, não vincula a Autoridade Fiscal e esta Corte Administrativa. No entanto, como disse anteriormente, não lido bem com as incongruências jurídicas, aqui refletida na imputação de omissão de receitas a Recorrente, sob a alegação de que ela teria praticado desvio de combustíveis, quando uma instância do poder judiciário a considerou como vítima do fato que a Autoridade Fiscal a ela imputa.

Voltando os olhos para a prova colhida na presente ação fiscal, assim como daquela apresentada pela Recorrente vinda dos autos da ação judicial em debate, não tenho duvidas de que existe prova de que a Recorrente foi responsável, em conluio com a armazanadora, pelo desaparecimento da gasolina

Na verdade, a decisão judicial parte do pressuposto apenas da não entrega da mercadoria. No entanto, para fins tributários, verifico que a Recorrente participou ou permitiu que se utilizasse seu nome para revenda da mercadoria no mercado interno, sendo que essa ação poderia equivaler à remuneração pela venda da gasolina.

Diante do exposto, concordo plenamente com a solução dada ao presente processo pelo nobre Conselheiro Relator, com a manutenção do crédito tributário quesitonado.

(assinado digitalmente)

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira