



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

Processo nº 19647.008545/2008-52
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Resolução nº **3302-000.369 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 27 de novembro de 2013
Assunto AI IPI
Recorrente FAZENDA NACIONAL E PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES DO NORDESTE S/A
Recorrida PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES DO NORDESTE S/A E FAZENDA NACIONAL E

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto da relatora.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA Presidente.

(assinado digitalmente)

Maria da Conceição Arnaldo Jacó- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Walber José da Silva, Paulo Guilherme Derouledé Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Alexandre Gomes, Fabiola Cassiano Keramidas e Gileno Gurjão Barreto.

Tratam-se de recursos de ofício e voluntário interpostos, respectivamente pela DRJ do Recife e pela contribuinte PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES DO NORDESTE S/A, contra decisão da 5ª Turma da DRJ/REC a qual, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte a impugnação, nos termos do Acórdão nº 11-34.532 - 5º Turma da DRJ/REC, proferido em 29 de julho de 2011.

Na origem, cuida-se de Auto de Infração do Imposto sobre Produtos Industrializados, relativo aos períodos de apuração de 01/05/2003 a 31/12/2005, com multa qualificada em 150%, em face de suposta participação da contribuinte em esquema criminoso.

A detalhada descrição dos fatos está no Termo de Verificação Fiscal, às e-fls. 1683 a 1723 V9.

Segundo a fiscalização, em resumo, houve falta de destaque do IPI quando das saídas dos produtos destinados às empresas: 1) Disbetil - Distribuidora de Bebidas Timbaubense Ltda, CNPJ: 00.130.689/0001-79; 2) Cocais Distribuidora de Bebidas Ltda, CNPJ: 04.584.044/0005-90 e 3) Subeal - Surubim Bebidas Alimentos Ltda, CNPJ: 01.016.078/0001-69 e 4) Outros Destinatários, no período em que produziam efeitos decisões prolatadas pela Justiça Federal, favoráveis aos distribuidores acima nomeados, no sentido de afastar a tributação por unidade, instituída pela Lei nº 7.798/89, que tem seus valores fixados por normas infralegais, contrariando, no entendimento das autoras das ações, o Código Tributário Nacional e a Constituição Federal.

Para melhor esclarecimento acerca do lançamento, transcreve-se a seguir trecho do relatório do Acórdão ora recorrido:

“Por força do disposto no RIPI/2002, quando se tratarem de saídas de produtos classificados no Cap. 22 da TIPI (bebidas, líquidos alcoólicos e vinagres), ficam os estabelecimentos industriais sujeitos à alíquota específica (valor do IPI devido por unidade do produto) prevista na TIPI. Os produtos assim sujeitos ao IPI por unidade de produto, pagarão o imposto uma única vez (conforme arts. 139 e 143 do RIPI/02).

Constatadas, pois, saídas de produtos fabricados pela autuada, em operações de venda para as distribuidoras DISBETIL, SUBEAL E COCAIS, sem o devido destaque do IPI nas notas fiscais de saída, sob a alegação de haver decisões judiciais favoráveis a essas distribuidoras com o efeito suspensivo conferido em consonância com o art.151 do CTN.

Contudo, a fiscalização apurou que as decisões judiciais que obstavam a cobrança do IPI foram revistas, conforme exposto no TVF, às fls.1.415/1.416, no subtítulo "Interrupção da suspensão amparada em decisão judicial. Dai o lançamento.

No subtítulo "Interrupção da Suspensão amparada em decisão judicial", fls.1.415/1.416, informa-se que:

(1) Quanto à SUBEAL: processo nº 2001.83.00.007982-4 (TRF/5º Região). A distribuidora impetrante pediu tutela antecipada para que fosse desobrigada do IPI nas aquisições das indústrias fornecedoras (como a Primo Schincariol) em face da alegada ilegalidade de atos declaratórios da Receita Federal que haveriam imposto pautas fiscais para os produtos referidos. A autora obteve sentença judicial favorável, da qual a Fazenda Nacional apelou. O TRF/5ª R deu provimento parcial à apelação da União, determinando que o IPI fosse exigido sob as normas do regime geral, isto é, mediante a aplicação das alíquotas constantes da TIPI sobre o valor da operação tributável, reconhecendo, entretanto, a legitimidade da autora (distribuidora de bebidas) para figurar no pólo passivo da ação, bem como a ilegalidade do regime de pauta fiscal para efeito de recolhimento do IPI. A publicação desse acórdão se deu em 15.12.2005, e desde então o IPI passou a ser exigível nos termos definidos. Houve recurso especial ao

STJ, por parte de ambas as partes o qual não havia sido julgado até a data da autuação (até ai chegou a informação fiscal As fls.1.416);

(2) Quanto à DISBETIL: processo nº 2002.83.00.011789-1 (TRF/5ªR). A autora obteve êxito inicial mediante sentença proferida pela 6ª Vara-PE nos autos da ação mandamental, ficando a impetrante desobrigada de suportar o IPI nas aquisições a seus fornecedores fabricantes de bebidas. Houve recurso da Fazenda Nacional, e esta apelação obteve provimento integral, reconhecendo-se a ilegitimidade da apelada para figurar no pólo ativo da ação mandamental, e determinado-se a extinção do processo sem julgamento do mérito. O acórdão foi publicado em 23.05.2006, e a partir de então deixou de haver a suspensão do IPI anteriormente consignada na sentença judicial, A DISBETIL interpôs, contudo, recurso especial ao STJ (REsp no 1029241);

(3) Quanto à COCAIS: processo nº 2002.37.00.003414-9 (6ª Vara JF/MA).

Segundo a fiscalização, também para esse os efeitos suspensivos da cobrança do IPI perderam validade.

A fiscalização informou que para o período auditado, os valores do imposto não destacados nas notas fiscais de saída da Primo Schincariol (fls.171/933) se confundem com os valores devidos de IPI lançados de ofício no auto de infração objeto do presente processo.

Em síntese, segundo a fiscalização, a autuada infringiu as disposições do RIPI/02 omitindo-se, enquanto estabelecimento industrial contribuinte do IPI, de fazer o devido lançamento do IPI (destaque do IPI), nas respectivas notas fiscais de saída, sujeitando-se à penalidade prevista no art.80, II, da Lei 4.502/64, c/a redação dada pela Lei 9.430/96.

Os valores do IPI não destacados estão discriminados no demonstrativo "Saídas sem lançamento do IPI" (fls. 934/1.185) para cada uma das empresas que ajuizaram ações judiciais a fim de impedir a obrigatoriedade de tais destaques.

Ademais, a fiscalização aponta que os atos praticados pelo Grupo Schincariol com a participação de terceiros estão tipificados como crimes tributários nos termos da Lei 4.502/64, arts.72 e 73, traduzindo-se em fraude e conluio. A acusação penal contra dirigentes do Grupo Schincariol foge ao escopo do presente processo administrativo, no entanto, para subsidiar as investigações fiscais de que ora se trata, a fiscalização levou em consideração elementos colhidos no âmbito da investigação de inteligência fiscal pela Coordenação-Geral de Pesquisa e Investigação da Secretaria da Receita Federal — COPEI (Operação Pista Livre, também denominada Operação Cevada), a qual resultou posteriormente em operação conjunta com a Polícia Federal em regime de Força-Tarefa., efetivamente cumprido em meados de 2005, e porquanto O Relatório resultante dessas investigações especiais foram levadas ao Ministério Público, que ofereceu denúncia de prática de crimes tributários

perante a Justiça Federal. A denúncia foi recebida e gerou a ação penal que também abrange dirigentes do conglomerado Schincariol, inserta no processo judicial nº 2005.51.07.000650-3 da 1ª Vara Federal de Itaboraí (tramitando então no TRF/2ª R). Esses fatos constam também da representação perante a Justiça Federal feita pela Polícia Federal, no inquérito policial IPL nº 154/2005, objetivando a busca e apreensão de documentos e/ou objetos relacionados aos crimes investigados e para a prisão temporária das pessoas indicadas se refiram a fatos verificados em investigações anteriores podem seus efeitos não perdurarem necessariamente até a data da presente autuação. A investigação policial objetivou demonstrar esquema milionário de sonegação fiscal por parte de grandiosa organização criminosa liderada por dirigentes do conglomerado Schincariol, relacionando além de crimes contra a ordem tributária, crimes de falsidade e de corrupção ativa/passiva (ver fls.1.417/1.442).

No relatório policial demonstra-se que o sistema de comercialização dos produtos Schincariol foi estruturado em uma rede de distribuição direta, por empresas do próprio grupo, e por distribuição indireta, por meio de distribuidores terceirizados (chamados "parceiros"), através de contratos de distribuição/revenda. Dentre os revendedores "parceiros" constava o Grupo Marinaldo Rosendo o qual atuava preferencialmente por meio de "laranjas", para proteger o titular Marinaldo Rosendo de Albuquerque da imputação dos crimes praticados e das sanções decorrentes, inclusive as tributárias. Pertencem a esse grupo a DISBETIL, a SUBEAL e a COCAIS, além da PR Distribuidora de Bebidas e Alimentos Ltda, da Barbosa Distribuidora Norte de Bebidas Ltda e da Distribuidora de Bebidas Dois Pingüins Ltda (esta INAPTA; vide quadro as fls.1.420). A partir de e-mails interceptados, reproduzidos as fls.1.421, observam-se fortes indícios de que as empresas mencionadas agiam sob o comando do Grupo Marinaldo Rosendo, explicitando-se também a preocupação em dissimular a vinculação entre as empresas, para fazê-las parecer independentes. Chama a atenção a situação da DISBETIL que, cumprindo o cronograma de mudanças planejadas para extinção e abertura de novas filiais e mudança no quadro societário, abriu filial em São Gonçalo/RJ onde antes funcionava centro de distribuição da própria Schincariol, transformou essa filial em matriz, que antes era localizada em Pernambuco e, não por coincidência, após a execução do mandado de busca e apreensão já referido, retornou com a matriz para Pernambuco. Constatou-se, por meio de interceptação de e-mails e conversas telefônicas, que o Grupo Schincariol além de comandar/promover constantes mudanças no quadro societário das empresas mencionadas, empenhava-se na abertura de novas empresas distribuidoras em locais sob jurisdição de órgãos da Justiça Federal que vinham julgando favoravelmente as demandas relativas ao IPI, com obtenção de tutela antecipada/liminares que impediam o destaque de IPI nas suas aquisições junto a Schincariol (ver tabela de fls.1.423).

Registrrou-se que o auto de infração objeto do presente processo administrativo visa ao lançamento de ofício de IPI que deixou de ser destacado e recolhido, com respaldo em liminares concedidas em mandados de segurança ou por força de tutela antecipada em ações

ajuizadas por empresas do Grupo Marinaldo Rosendo (neste caso interessando especialmente a DISBETIL, a SUBEAL e a COCAIS). Que, embora essas ações fossem aparentemente patrocinadas por terceiros, a investigação policial apontou que os verdadeiros mentores e beneficiários dessas decisões judiciais parciais era o Grupo Schincariol que, em última análise, se utilizava daquelas empresas como meio fraudulento de se esquivar do pagamento de tributos federais.

As autoras das ações judiciais, enquanto adquirentes das bebidas, pretendiam ficar desobrigadas de suportar o ônus do IPI incidente na saída do estabelecimento industrial fornecedor. Segundo o pedido na esfera judicial, os fornecedores deveriam ser notificados a se abster de agregar o IPI (e de fazer o destaque na NF) nas vendas as distribuidoras. Conforme os registros policiais, a intenção era uma blindagem do Grupo Schincariol contra efeitos financeiros e penais decorrentes das ações ilegais, havendo preocupação de levar a responsabilidade pelo possível desfecho desfavorável das ações judiciais, quando transitassem em julgado, para as distribuidoras autoras e não para as empresas fornecedoras (Grupo Schincariol). Se prosperasse tal esquema, resultariam incobráveis os impostos devidos e não destacados e nem recolhidos, senão pela incapacidade econômica das referidas distribuidoras e de seus sócios, pela falta de previsão legal, haja vista que no caso em comento o contribuinte de direito do IPI é exclusivamente o estabelecimento industrial fornecedor, descabendo cobrar das empresas adquirentes o IPI omitido naquelas saídas das empresas do Grupo Schincariol.

Segundo a fiscalização, a fraude e o conluio restaram constatados pela demonstração, por meio de fortes e numerosos indícios na investigação policial, de que o esquema de sonegação foi arquitetado a partir do interesse do Grupo Schincariol de utilizar distribuidores "parceiros", incumbidos de montar uma rede de empresas em nome de laranjas, para assumir a responsabilidade pela parte suja e arriscada do esquema criminoso, entre elas o ajuizamento das comentadas ações judiciais. As interceptações telefônicas e de e-mails, vide fls.1.428/1.434, evidenciam que a decisão sobre a conveniência ou não de pedidos liminares judiciais cabia à administração do Grupo Schincariol. Há partes em que advogado contratado pelo G. Schincariol contacta o contador geral de um distribuidor parceiro para informar a cassação de uma das liminares obtidas, lamentando especialmente que a decisão judicial acusava ilegalidade de utilização de pauta fiscal, mas reconhecia que havia IPI a ser cobrado com base nas alíquotas constantes da TIPI sobre o valor da venda. Em outros trechos de conversas interceptadas fica estabelecido o pleno conhecimento por parte do Grupo Schincariol de que em muitas operações, embora as notas fiscais de saída fossem emitidas tendo por destinatário a DISBETIL, detentora de liminar judicial que impedia a cobrança do IPI nas vendas realizadas pela Schincariol, na verdade as mercadorias se destinavam à PR Distribuidora de Bebidas e Alimentos, que não estava amparada por decisão judicial, e para onde seguiam fisicamente.

A fiscalização chama a atenção para o interesse financeiro do apontado esquema de sonegação (desenhado na investigação policial),

como aspecto importante para a compreensão do modus operandi em sua completude. As reiteradas utilizações de liminares/tutela antecipada pelas distribuidoras "parceiras", adquirentes de mercadorias da Schincariol, permitia não apenas a esta se eximir do pagamento do IPI (e em alguns casos do ICMS) na qualidade de contribuinte de direito, mas também aquelas distribuidoras se beneficiavam ao adquirir mercadorias desoneradas do IPI que em condições normais, deveriam comprar as mercadorias com o destaque do IPI a ser repassado ao consumidor final, que é quem de fato suporta o ônus financeiro do IPI. Havia assim uma redução do custo do produto por meio de sonegação do IPI. A estratégia serviu à Schincariol em estabelecer um preço entre o preço dos concorrentes, os quais tinham seu produtos devidamente onerados pelo IPI/ICM ao longo da cadeia de produção/comercialização, e um preço mínimo, chamariz para a conquista predatória de novos mercados, em prejuízo de concorrentes cumpridores de suas obrigações fiscais. O esquema proporcionou, além da desoneração aproveitada pela Schincariol enquanto contribuinte de direito, também a realização de lucros excedentes e ilegais, visto que o preço final do produto ficava estabelecido abaixo do valor dos produtos concorrentes, apenas no quantum necessário à conquista predatória de mercado.

A fiscalização aponta, ainda, que como a apropriação desse "lucro" extraordinário pelo Grupo Schincariol não poderia ser registrada nos seus registros contábeis, estes se realizavam por meio de ingressos em papel-moeda, conforme registrou a investigação policial. Nas folhas 1.435/1.442 aponta-se a trajetória desses "lucros", primeiro sua apropriação pelo Grupo Mariano Rosendo, em seguida sua entrega ao grupo Schincariol.

Concluiu-se, por fim, que todos os indícios apurados por decorrência das investigações a cargo da força-tarefa que reuniu a Receita Federal e a Polícia Federal apontam a prática de crimes contra a ordem tributária, pelos dirigentes do Grupo Schincariol, em conluio com os chamados Distribuidores Parceiros, permitindo a acusação fiscal de que a ora autuada agiu com evidente intuito de fraude, como definido nos arts. 72 e 73 da Lei 4.502/64, em consonância com o art.44, II, da Lei 9.430/96."

A autuada foi cientificada da exigência em 12/06/2008 (e-fls. 1464) e, irresignada, apresentou de impugnação, em 11/07/2008 (e-fls. 1735 A 1792 V9), na qual, em longa argumentação, baseia a sua defesa, fundamentalmente, nos seguintes itens:

1. Ilicitude das provas obtidas através de escutas telefônicas e interceptações de mensagens eletrônicas reconhecida pelo STJ em favor do proprietário de um dos maiores distribuidores envolvidos (o Sr. Marinaldo Rosendo de Albuquerque teve em seu favor Habeas Corpus (HC nº 57.2641RJ; DJ de 13/03/2007) impetrado perante o E. STJ (2006/0080302-3)), com o fundamento de que se buscava, principalmente, sonegação fiscal na chamada "Operação Cevada" e ainda não havia crédito tributário constituído e que, por expressa determinação judicial, não podem servir de fundamento a lavratura do auto de infração ora combatido;

2. Inexistência de fraude e conluio, em face: **Das Decisões Soberanas e Independentes do Poder Judiciário**- “não se pode cogitar da prática de dolo/conluio, em face do Fisco, quando a exoneração do recolhimento do tributo deu-se por ordem do Poder Judiciário, em decisão soberana e incontestável, e não por meros atos praticados voluntariamente pelas partes mencionadas no presente processo (o que, insista-se, não ocorreu).(…) Portanto, é claro que a presunção do Sr. Agente Fiscal', para caracterizar a prática de fraude/conluio pela Impugnante, no sentido de que as distribuidoras seriam abertas nas regiões em que a Justiça Federal concedia decisões favoráveis à tese da pauta fiscal, não merece qualquer guarida, tendo em vista o direito constitucional direito constitucional ao livre acesso ao Poder Judiciário.”; **Da Necessidade Operacional da Contratação dos Distribuidores para a Revenda dos Produtos da Impugnante** decadência do direito de constituir parte dos créditos tributários de IPI (*Prejudicial de mérito*).
3. Falta de motivação para constituição dos créditos tributários de IPI em vendas efetuadas a "outros destinatários".
4. necessidade de recomposição dos cálculos efetuados no ato de infração.
5. peculiaridade das ações judiciais propostas pelas distribuidoras.
6. Ilegitimidade passiva da fábrica, já que quem ingressou com as ações foram os distribuidores e a falta de destaque se deu em obediência a ordem judicial.
7. Impossibilidade de aplicação da multa agravada, seja pela aplicação da retroatividade benigna, já que a norma disposta no art.45 da Lei 9.430/196 foi expressamente revogada pelo art.40, I, da Lei nº 11.488/07. seja pela falta de comprovação da prática de fraude ou conluio pela ora impugnante, haja vista que a fiscalização se baseou exclusivamente em indícios considerados ilícitos para tal acusação fiscal.

A DRJ/REC, em 30/06/2009, ao examinar inicialmente os presentes autos, resolveu, na esteira do Despacho de Diligência nº 401 – 5ª Turma da DRJ/REC.(e-fls. 2045 a 2049 do V9, com repetição às e-fls. 2314 a 2316 e e-fls. 2321 a 2323), determinar à Unidade de Origem a realização de diligência no sentido de que fosse fornecido:

“1) Cópia do inteiro teor da decisão da Justiça Federal de 1ª instância que concedeu a tutela antecipada na Ação Ordinária nº 2001.83.00.007982-4, 7ª Vara/PE;

2) Cópias (ou comprovação através de consultas aos Sistemas da RFB), de eventuais depósitos administrativos ou judiciais do IPI feitos pelo fabricante ou pela autora, desde que foi prolatada a decisão a que se refere o Item 1;

3) Cópias (ou comprovação através de consultas aos Sistemas da RFB), de eventuais depósitos administrativos ou judiciais do IPI feitos pelo fabricante ou pela autora, desde que foi prolatada a decisão que

concedeu, em parte, o pedido de liminar no Mandado de Segurança nº 2002.83.00.0117891,68 Vara/PE;

4) O valor das vendas, mês a mês, para a SUBEAL — SURUBIM BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA., de dezembro de 2004 a abril de 2005, e se, neste mesmo período, a partir da data em que foi publicado o acórdão (03/02/2005) no qual o TRF da 5ª Região decidiu pela exigibilidade do tributo na conformidade do regime geral, no julgamento da AC nº 289.199/PE, houve ou não destaque do IPI e de que forma (alíquota específica ou ad valorem);

5) O valor das vendas, mês a mês, para a DISBETIL — DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS TIMBAUBENSE LTDA, de dezembro de 2004 a abril de 2005;

6) Justificativa da fábrica para o não destaque do IPI nas saídas para a DISBETIL apenas a partir de fevereiro de 2005, quando a Justiça Federal de 1º grau já tinha concedido a segurança desde 22/11/2002, no MS nº 2002.83.00.011789-1, 6ª Vara/PE.”

A diligência solicitada foi respondida pelo auditor fiscal autuante, conforme documento de e –fls. 2053 a 2055 (repetição às fls. 2317 e 2318). Consta às e-fls. 2057 a 2075, as contra-razões apresentadas pela interessada, por decorrência da ciência do TIF datado de 09.06.2010, em atenção ao teor do Despacho nº 401- 5ª Turma da DRJ/REC.

Na resposta da diligência, a fiscalização chama a atenção para a os dados que evidenciam que a SUBEAL operou apenas até dez/2004, e as operações passam a ser realizadas a partir de março/2005 com a DISBETIL, notando-se que foi em 03/02/2005, data intermediária entre a saída de cena da primeira e a entrada da segunda, que houve a publicação do acórdão TRF/5 3R que revogou a ordem que favorecia a SUBEAL. A conclusão da autoridade fiscal, consoante com a descrição realizada no TVF anexo ao auto de infração, foi que as datas de operação confirmam o modus operandi cujo comando atribui a Primo Schincariol, que tratava de transferir as operações de determinada distribuidora (geralmente em nome de "laranjas"), quando deixasse de estar amparada por medida judicial, para outra ainda amparada pela medida impeditiva de destaque do IPI nas operações focadas.

A autoridade julgadora de 1ª instância administrativa por meio do Acórdão nº 11-34.532 - 5º Turma da DRJ/REC, proferido em 29 de julho de 2011, decide por unanimidade de votos, julgar a impugnação procedente em parte, declarando-se a legalidade da constituição do crédito tributário de IPI, preventiva de decadência, cujo valor não foi destacado nas operações especificadas, não foi recolhido aos cofres públicos, nem tampouco foi objeto de depósito judicial cautelar, mas afastando a aplicação da multa qualificada, para que seja exigida apenas no percentual de 75% sobre os valores de IPI devidos e não recolhidos em cada período de apuração, consoante se demonstra pela transcrição da ementa:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 31/05/2003 a 31/12/2005

LEGITIMIDADE PASSIVA.

O IPI é tributo indireto. Na instância judicial foi reconhecida, pelo E. STJ, urna muito específica legitimidade ativa das distribuidoras de

bebidas, restando claro que a fabricante ostenta a condição de contribuinte de direito do IPI, isto é, responsável tributário, e a distribuidora a de mero contribuinte de fato. Nessa condição a distribuidora teve legitimidade reconhecida para questionar judicialmente apenas certos aspectos como, por exemplo, a inclusão de descontos incondicionais na base de cálculo do tributo ou até para pleitear eventual repetição de indébito dali decorrente. Não se descaracterizou a condição da fabricante de bebidas como responsável tributário. A distribuidora, autora na demanda judicial, ao obter da autoridade judicial a expedição de ordem dirigida a fabricante, para impedi-la de destacar o IPI nas notas fiscais de saída, certamente poderá ser chamada a suportar o ônus de eventual sucumbência, mas, em face da lei, não se poderá afastar a responsabilidade tributária do contribuinte de direito do IPI, único responsável legal pelo tributo não destacado e não recolhido. A distribuidora de bebidas cumpre o papel do chamado contribuinte de fato, conceito econômico, e não jurídico, utilizado para identificar aquele que suporta o ônus financeiro da tributação embutida no custo do produto, mas, com base no ordenamento jurídico tributário, não tem perante a administração fiscal a responsabilidade pelo pagamento do IPI incidente na operação. Essa responsabilidade é do contribuinte de direito do IPI, por força de lei. Este que, no caso, é identificado na fabricante fornecedora das bebidas, que pode e deve ser alojada no pólo passivo da relação jurídica tributária material. Assim, a fabricante de bebidas é legítimo sujeito passivo para o lançamento tributário objeto do presente processo.

IPI DEVIDO E NÃO RECOLHIDO AO ERÁRIO. No período considerado apenas foram registrados saldos devedores do IPI. Não havendo saldos credores do IPI registrados no RAIPI nos períodos de apuração abrangidos na auditoria, os valores não destacados do IPI apurados no auto de infração identificam os valores de imposto efetivamente devidos e não recolhidos.

LANÇAMENTO. CONSTITUIÇÃO FORMAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Em nenhum momento deixou de existir a responsabilidade tributária do contribuinte de direito. Na decisão judicial que conferiu a tutela parcial antecipada a certa distribuidora, ao se determinar ao fabricante fornecedor que depositasse os valores de IPI que deixaria de destacar e de recolher, lembrou-se ali tal responsabilidade. No âmbito do Habeas Corpus, no qual resultaram anuladas as autorizações de interceptação telefônica e de dado a autoridade judicial também reiterou a necessidade de prévia constituição do crédito tributário, por lançamento contra o contribuinte de direito, sobre o qual pendia a acusação de sonegação fiscal promovida pelo Ministério Público. É cabível o lançamento objeto do presente processo.

NÃO CARACTERIZAÇÃO DE DOLO.

Não restou caracterizada como fraudulenta ou dolosa a falta de destaque e de recolhimento do IPI, visto que tais omissões decorreram de provisória tutela judicial antecipada às distribuidoras. A conduta

de autoridade judiciária. A ora impugnante não se valeu de artifício doloso para deixar de destacar o IPI nas notas fiscais de venda aos distribuidores. Não caracterizada a figura típica da sonegação.

ARGUIÇÃO DE DECADÊNCIA AFASTADA.

Ainda que afastada em consideração preliminar a caracterização de dolo, segundo o entendimento oficial da Receita Federal, tratando-se de tributo submetido ao lançamento por homologação, e não tendo havido prévio recolhimento do IPI, a regra é a do art.173, I, do CTN. No caso, quanto aos créditos tributários cujos fatos geradores ocorreram entre 31.05.2003 e 10.06.2003, não houve qualquer antecipação do valor devido, e somente haveria decadência a partir de 01.01.2009, no entanto o auto de infração objeto do presente processo foi cientificado a interessada em 12.06.2008. Não houve decadência.

NÃO CABIMENTO DA MULTA QUALIFICADA. MANTIDA MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO.

Não restou caracterizada a hipótese de sonegação fiscal nos termos delineados pelo art.71 da Lei 4,502/64. Não pode a ora impugnante ser punida pelo cumprimento de decisões judiciais que por certo tempo beneficiaram as distribuidoras ainda que com repercussão patrimonial favorável à fabricante, mas à medida que reste descaracterizada a alegação de suposta ilegalidade na tributação das bebidas, que não se tratou de utilizar regime de pauta fiscal, ao transitar em julgado as respectivas ações judiciais em desfavor das distribuidoras, haverá de ser exigida a responsabilidade tributária do contribuinte de direito, com relação justamente ao crédito tributário regular e devidamente constituído pelo lançamento objeto do presente processo. No caso, não cabe a aplicação da multa qualificada de 150%, mas tão somente limitada a 75% sobre o valor do IPI devido e não recolhido ao erário.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI FORMAL VIGENTE. INCOMPETÊNCIA.

A aplicação dos juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC está legitimamente inserida no ordenamento jurídico. As teses apresentadas contra a aplicação da taxa SELIC são arguições de inconstitucionalidade de lei formalmente vigente, assunto que não compete às instâncias administrativas analisar.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte”

Em face da exoneração parcial do crédito tributário relativo à multa, em montante superior ao limite de alçada estabelecido na Portaria MF nº 03/2008, a autoridade julgadora de 1ª instância administrativa recorreu de ofício da decisão ao Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

A ciência da decisão à contribuinte deu-se por meio da INTIMAÇÃO 13876.368/2012 KG – DRF/SOR/ARF/ITU Itu, 27 de Junho de 2012 (e-fl. 9308), em 05/07/2012, conforme Aviso de Recebimento-AR de e-fl. 9316.

A contribuinte, irresignada, apresenta em 03/08/2012, por intermédio de sua sucessora, recurso voluntário de e-fls. 9317/9465, no qual reprisa os argumentos de sua impugnação, e, em face da decisão proferida acrescenta outras alegações, consoante itens e subitens a seguir relacionados:

I - DOS FATOS

II - PRELIMINARMENTE

II.1 - Da Utilização de "Supostas Provas" Ilícitas para Fundamentar o Presente Lançamento

II.2 - *AD ARGUMENTANDUM* - Da Inexistência de Fraude e Conluio

II.2.1. Das Decisões Soberanas e Independentes do Poder Judiciário

II.2.2. - Da Necessidade Operacional da Contratação dos Distribuidores para a Revenda dos Produtos da Recorrente

II.3 - Da Decadência do Direito do Fisco Constituir Parte dos Créditos Tributários de IPI

II.4. - Da Falta de Motivação para a Constituição dos Créditos Tributários de IPI, Supostamente Devidos, em Decorrência das Vendas Efetuadas aos "Outros Destinatários

III- DO DIREITO

III.1. - Das Ações Judiciais Propostas pelas Empresas Distribuidoras - Aspectos Gerais

III.1.1 - Da Ação Proposta pela Empresa COCAIS DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA ("COCAIS")

III.1.2 - Da Ação Proposta pela Empresa SUBEAL - SURUBIM BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA ("SUBEAL")

III.1.3 - Da Ação Proposta pela Empresa DISBETIL - DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS TIMBAUENSE LTDA ("DISBETIL")

III.2. - Da Responsabilidade do Contribuinte de Fato (Empresas Distribuidoras) pelo não Recolhimento do IPI / Da Ilegitimidade Passiva da Recorrente - Da Nulidade do Auto de Infração

III.3. - Da Impossibilidade da Cobrança da Multa de Ofício

III.4. - Da Ilegalidade da Cobrança de Juros Sobre a Multa

IV. DO PEDIDO

Assim requer: *“Diante de todo o exposto, requer-se seja conhecido e provido o presente Recurso Voluntário, com a consequente reforma parcial da decisão ora recorrida, quer com relação às preliminares, quer com relação ao mérito, com o consequente cancelamento do auto de infração, originário do presente processo administrativo.”*

Às fls 9477 a 9518 consta as contrarrazões da PGFN.

Nos termos regimentais, o processo foi a mim distribuído.

É o Relatório.

VOTO

Conselheira MARIA DA CONCEIÇÃO ARNALDO JACÓ

RECURSO DE OFÍCIO

Passa-se, inicialmente, ao exame do recurso de ofício, o qual foi impetrada em face da exoneração parcial do crédito tributário relativo à desqualificação da multa de ofício (reduzida de 150% para 75%), em montante superior ao limite de alçada estabelecido na Portaria MF nº 03/2008.

Entendeu o julgador de 1ª instância administrativa que, no caso, não restou caracterizada como fraudulenta ou dolosa a falta de destaque e de recolhimento do IPI, *in verbis*:

“Pretende a impugnante que todas as provas obtidas mediante interceptação considerada ilegal, pelo STJ, não podem servir de fundamento ao auditor fiscal para o lançamento objeto deste processo administrativo.

Há, primeiramente, que se observar que a ilicitude constatada decorreu da ausência até aquele momento de lançamento do crédito tributário supostamente sonogado, conforme explicitado no voto do eminente Relator no âmbito do processo do Habeas Corpus nº 57.264/RJ supramencionado, Min. Paulo Medina (fls.1.614/1.615):

‘Falou-se em suspeita e prática de crime de sonegação de tributo sem que, naquele momento, como de resto, até o presente, tenha havido, por parte da autoridade administrativa competente, qualquer procedimento de autuação ou notificação de natureza fiscal.

A existência do crédito tributário é, no entanto, condição absolutamente indispensável para que se possa dar início à persecução penal pela prática do delito dessa natureza. O lançamento definitivo do tributo é condição objetiva de punibilidade dos delitos definidos no art.º , da Lei 8.137/90’.

Vale dizer o eminente Ministro relator chamou a atenção para que no caso do chamado crime de resultado, como acontece com a sonegação fiscal, o processo penal é dependente da constituição definitiva do crédito tributário que caracterize a materialidade do tributo sonogado. Porém o contrario não acontece, isto é, o processo administrativo fiscal formado para apreciar o lançamento do crédito tributário, abrangendo a acusação fiscal de sonegação, cujo dolo deve ser provado também na seara administrativa, não é dependente de

eventual processo penal paralelo formado a partir do acatamento de denúncia do Ministério Público.

Naquele HC, houve a decisão de conceder a ordem para anular todas as decisões judiciais autorizativas das interceptações telefônicas e de dados, especificamente para determinar o desentranhamento das respectivas transcrições dos autos da ação penal que já estava instaurada. Assim esclareceu o Min. Relator, conforme consta em cópia As fls.1.619 do presente processo:

‘A consequência da anulação das decisões de quebra do sigilo telefônico, entretanto, não é outra senão o desentranhamento, seja dos autos de eventual inquérito (policial) seja dos autos da ação penal já instaurada ...’.

Observe-se, entretanto, por outro lado, que as informações colhidas na investigação conjunta da Receita Federal e da Polícia Federal conquanto tenham sido consideradas ilegítimas para compor o processo penal antes da caracterização da materialidade do tributo sonegado, trazem a lume a chamada verdade material atinente as condutas dos envolvidos, entre os quais a ora impugnante e alguns dos distribuidores de seus produtos.

A partir da circunstância de serem as distribuidoras contribuintes de fato do IPI, com legitimidade ativa para contestar judicialmente suposta ilegalidade no valor do IPI que deveria ser destacado na nota fiscal pelo contribuinte de direito, estabeleceu-se um planejamento tributário que justificasse a omissão em destacar o IPI nas saídas para as distribuidoras que se beneficiassem de tutela antecipada ou de liminar em mandado de segurança.

Em tese, há que se distinguir espécies de planejamento tributário. Há a forma lícita, capaz de resultar na chamada elisão fiscal, mas há outra espécie ilícita, que vêm sendo identificada no direito comparado e também na doutrina tributária pátria como "elusão tributária". Vale notar, que por força da verdade material, no âmbito do presente processo administrativo não podem e não devem ser desprezadas as evidências de concerto das condutas instrumentalizadas das distribuidoras, a partir do interesse da ora impugnante.

Há aqui que se levar em conta o imbróglio planejado para que pequenas empresas distribuidoras, na maior parte representadas por "laranjas", sem patrimônio suficiente para garantir o valor dos tributos que pretenderam questionar judicialmente na qualidade de contribuinte de fato do IPI (não de direito), com legitimidade reconhecida apenas para reclamar de supostas ilegalidades na apuração do quantum de IPI a ser destacado na Nota Fiscal de aquisição de bebidas, pudessem escamotear a responsabilidade tributária da fabricante das bebidas, contribuinte de direito, obrigada não somente a fazer o destaque do IPI, mas também a considerá-lo como débito na apuração não-cumulativa, para recolher o que viesse a resultar como saldo devedor do IPI no período legal de apuração.

Dai porque em casos como, por exemplo, a da Distribuidora SUBEAL, o Poder Judiciário com elogiável prudência explicitou a necessidade de depósitos judiciais por parte do fornecedor (Primo Schincariol), conforme se explicitou na tutela inicialmente concedida, porque em

nenhum momento restou afastada a responsabilidade tributária do contribuinte de direito. Registra-se, no entanto, que tais depósitos judiciais não se realizaram, nem quanto a esta distribuidora e nem quanto às demais eventualmente beneficiadas temporariamente pela tutela antecipada em face da alegação, não confirmada, de suposta utilização de ilegal pauta fiscal para a tributação do IPI - bebidas. Já dissemos antes que o E. TRF/5ª Região já decidiu no processo referente à DISBETIL, que não se tratou de utilização do que se convencionou chamar de "pauta fiscal", não havendo nenhum arbitramento de base de cálculo, mas mera utilização de alíquota "ad rem" (chamada de alíquota específica), prevista no art.2º da Lei 7.798/89, e explicitada por meio de decreto presidencial, na TIPI. Vale dizer, utilizou-se premissa inválida, de suposta ilegalidade da base de cálculo do IPI a ser destacado pelo fabricante, para permitir que a distribuidora pudesse obter, ainda que provisoriamente, tutela judicial que transbordou para justificar à fabricante, contribuinte do IPI por força de lei, a omissão de destacar o IPI nas notas fiscais de saída para a distribuidora beneficiada.

Mas, reitera-se, em nenhum momento deixou de existir a responsabilidade tributária do contribuinte de direito. Quando na mesma decisão judicial que conferiu a tutela parcial antecipada se exigiu do fornecedor que depositasse os valores que deixaria de destacar e de recolher, estava-se ali afirmando tal responsabilidade, e mesmo no âmbito do Habeas Corpus acima identificado, quando se estabeleceu a necessidade de prévia constituição do crédito tributário, por lançamento contra o contribuinte de direito, sobre o qual pendia a acusação de sonegação fiscal promovida pelo Ministério Público, mais uma vez houve lembrança dessa responsabilidade.

Contudo, deve ser reconhecido que, mesmo quando se considerem as comunicações e articulações entre a ora impugnante e as mencionadas distribuidoras, não restou caracterizada a hipótese de sonegação fiscal nos termos delineados pelo art.71 da Lei 4.502/6,. não restou caracterizada como fraudulenta ou dolosa a falta de destaque e de recolhimento do IPI, visto que tais omissões decorreram de provisória tutela parcial antecipada às distribuidoras. Reconhecendo-se neste ponto que a conduta omissiva encontrou provisória justificativa por força de ato emanado de autoridade judiciária e não apenas pela vontade da ora impugnante. Esta não se valeu de artifício doloso para deixar de destacar o IPI nas notas fiscais de venda aos distribuidores. E verdade que instrumentalizou a conduta das distribuidoras, de impetrar ações judiciais a partir de premissa inválida e inverídica, capaz ao menos de procrastinar o cumprimento de suas obrigações tributárias, mas incapaz de fazer desaparecer sua responsabilidade pelos tributos afinal não recolhidos ao erário.

Embora não possa ser punida pelo cumprimento de decisões judiciais que por certo tempo beneficiaram as distribuidoras com repercussão patrimonial favorável à fabricante, medida que reste descaracterizada a alegação de suposta ilegalidade, que não se tratou de utilizar regime de pauta fiscal, ao transitar em julgado as respectivas ações judiciais haverá de ser lembrada a responsabilidade tributária do contribuinte de direito, com relação justamente ao crédito tributário devidamente constituído pelo lançamento objeto do presente processo. Em suma,

neste ponto já resta claro que não caberá a aplicação de multa qualificada, ou punição específica pela falta de destaque, mas tão somente poderá caber a multa de ofício sobre o valor do IPI que tenha sido apurado como devido e não recolhido ao erário.”

Em seu recurso de ofício defende a contribuinte que todas “as ‘supostas provas’ utilizadas para fundamentar a autuação fiscal, que teve como premissa a suposta ocorrência de fraude e conluio, tais como as transcrições das interceptações telefônicas e os e-mails trocados entre as partes envolvidas (administradores da Recorrente e os representantes dos distribuidores do suposto Grupo Marinaldo), já foram consideradas ilícitas pelo Superior Tribunal de Justiça..”(grifos do original)

Constata-se do Termo de Verificação Fiscal (e-fls 1683 a 1723 V9) que a qualificação da multa foi fundamentada no item DENÚNCIA DA PRÁTICA DE CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTARIA, no qual se afirma que os atos praticados pelo Grupo Schincariol, em conluio com os ali denominados distribuidores parceiros, buscavam impedir que o momento da ocorrência do fato gerador fosse tomado na saída dos produtos das Industrias Schincariol, postergado-o para o momento da saída dos produtos de estabelecimentos comerciais em nome de laranjas, modificando, pois, uma de suas características essenciais, e assim evitando o pagamento e inviabilizando o ressarcimento aos cofres públicos das importâncias do IPI que deixaram de ser recolhidas, enquadrando tais condutas nos arts. 72 e 73 da supracitada Lei nº 4.502/64.

Segundo relato da fiscalização, a demonstração da conduta dolosa baseou-se nas provas colhidas pelas investigações levadas a efeito, - no âmbito da operação Pista Livre (também denominada operação Cevada), - pela Copei (Coordenação-Geral de Pesquisa e Investigação da Secretaria da Receita Federal) e posteriormente, em regime de "Força Tarefa", com o Departamento de Polícia Federal e, conseqüentemente nas provas contidas na Ação Penal inserta no processo judicial nº 2005.51.07.000650:3 da 1ª Vara Federal de Itaboraí, conforme se extrai do referido termo, *in verbis*:

“Para alcançarmos nosso objetivo nos valeremos das investigações levadas a efeito, no âmbito da operação Pista Livre (também denominada operação Cevada) pela Copei (Coordenação-Geral de Pesquisa e Investigação da Secretaria da Receita Federal) e posteriormente, em regime de "Força Tarefa", com o Departamento de Polícia Federal.

Relatório encaminhado ao Ministério Público Federal provocou o oferecimento de denúncia junto à Justiça Federal pela prática de crimes perpetrados, inclusive, pelos dirigentes do conglomerado SCHINCARIOL. Recebida a denúncia, gerou a Ação Penal inserta no processo judicial nº 2005.51.07.000650:3 da 1ª Vara Federal de Itaboraí, atualmente tramitando no TRF – 2ª Região.

Os fatos aqui narrados estão consignados na Representação — formulada pelo Departamento de Polícia Federal (inquérito policial IPL nº 154/2005 —• DELEFIN/DRCOR/SR/DPF/RF) junto a Justiça Federal — para a busca e apreensão de documentos e/ou objetos relacionados aos crimes então investigados e para a prisão temporária das pessoas indicadas. Lembramos que o mandado de busca e apreensão foi autorizado à vista dos elementos consignados na Representação, tendo aquele sido executado em meados de 2005, logo

os fatos foram verificados nas investigações anteriores a esta data e necessariamente não perduram até a presente data”.

Depreende-se, portanto, que a operação cevada iniciou-se por meio do trabalho efetuado pela RFB, especificamente pela Copei (Coordenação-Geral de Pesquisa e Investigação da Secretaria da Receita Federal) e cujo relatório encaminhado ao Ministério Público Federal provocou o oferecimento de denúncia junto à Justiça Federal pela prática de crimes perpetrados, inclusive, pelos dirigentes do conglomerado SCHINCARIOL. Recebida a denúncia, gerou a Ação Penal inserta no processo judicial nº 2005.51.07.000650:3 da 1ª Vara Federal de Itaboraí, atualmente tramitando no TRF - 2a Região.

Consoante consta dos autos às e-fls 1889 a 1931 do Volume 10, a Decisão do STJ no Habeas Corpus nº 57.624 - RJ (2006/0080302-3), do eminente relator Min. Paulo Medina, cujo Paciente é o Sr. Marinaldo Rosendo de Albuquerque, este citado diversas vezes no aludido "Termo de Verificação" como sendo o representante dos distribuidores (COCAIS, SUBEAL E DISBETIL), foi no sentido de conceder a Ordem para anular todas as decisões autorizativas da interceptação das comunicações telefônicas e de dados, aí incluídas as decisões de prorrogação do prazo fixado originalmente e, conseqüentemente, determinar o desentranhamento, dos autos da ação penal já instaurada, de todo e qualquer elemento originado das decisões anuladas.

Verifica-se que a motivação para a anulação de tais decisões autorizativas foi o entendimento de que *“a existência de crédito tributário é condição absolutamente indispensável para que se possa dar início à persecução penal pela prática de delito de sonegação fiscal. O lançamento definitivo do tributo é condição objetiva de punibilidade dos delitos definidos no artigo 1º, da Lei 8.137/90.”*

Em outras palavras, entendeu o STJ que a autorização judicial para quebra do sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas, para o efeito de investigação de crime de sonegação de tributo, é ilegal se deferida antes de configurada a condição objetiva de punibilidade de delito, qual seja, o lançamento definitivo do crédito tributário, que no caso, ainda não existia.

Entrementes, verifica-se do voto do relator do mencionado *Habeas Corpus* que *“a denúncia oferecida contra o Paciente e mais 77 (setenta e sete) pessoas, não faz qualquer alusão a delito tributário (HC nº 49.524), mas aos crimes de ‘quadrilha ou bando’ (art. 288, CP); ‘corrupção ativa’ (art. 333, parágrafo único, CP); ‘corrupção passiva’ (art. 317, 1º, CP); ‘falsificação de documento particular’ (art. 298, CP) e ‘falsidade ideológica’ (art. 299, CP)- todos eles, aliás, no contexto de comportamentos tendentes à sonegação, como fim último.”*

Em face dessa realidade, o relator efetua ressalva sobre os efeitos da decisão proferida naquele *Habeas Corpus* para a ação penal, nos seguintes termos:

“Bem, feitos esses esclarecimentos, concluo, no que respeita ao pedido formulado na impetração, que não podia ter sido deferida a escuta telefônica, não por se tratar de investigação de crime tributário, mas, rigorosamente, por não haver tributo em concreto e, via de conseqüência, condição de punibilidade do fato.”

Hão de ser, assim, anuladas todas as decisões autorizativas da interceptação das comunicações telefônicas e de dados, aí incluídas as decisões de prorrogação do prazo fixado originalmente.

Uma vez anuladas as decisões, surge uma questão que não pode ser olvidada:

E quanto à prova colhida em relação aos demais delitos, cuja prática o Ministério Público Federal atribui ao Paciente e a outras 77 (setenta e sete) pessoas, de nacionalidade brasileira e estrangeira, dentre advogados, contadores, fiscais fazendários, auditores fiscais, policiais militares, dirigentes, gerentes e empregados de empresas envolvidas?

Estaria essa prova "contaminada" pela ilegalidade da forma de sua obtenção?

Enfim, qual o efeito, para a ação penal já instaurada, que estaria a decorrer da anulação da decisão judicial e, via de consequência, da imprestabilidade das provas colhidas por intermédio da interceptação anulada?

Sem dúvida que essa matéria está estreitamente vinculada ao objeto deste habeas corpus, mas a resposta, ao menos no momento, não pode ser conclusiva.

Os elementos trazidos nesta impetração não são suficientes para examinar-se, a contento, a exata origem do conjunto probatório que dá sustentação à denúncia, bem como o liame existente entre uma e outra prova.

Em suma, com base no que consta destes autos, impossível dirimir qualquer dúvida ou assentar qualquer premissa necessária à conclusão no tocante à validade da prova carreada contra o Paciente, pela imputação de outros delitos que não o de sonegação fiscal.

A consequência da anulação das decisões de quebra do sigilo telefônico, entretanto, não é outra senão o desentranhamento, seja dos autos de eventual inquérito seja dos autos da ação penal já instaurada, de todo e qualquer material gravado ou impresso de degravação de comunicação telefônica ou documento relativo à comunicação telemática ou informatizada, produzido em consequência da medida que se invalida.

A hipótese de vir a ser ou não esse material probatório a única fonte de prova relativa aos delitos constantes da denúncia já oferecida é algo que não pode ser confirmado nos limites desta impetração, como já se disse, por falta de instrução suficiente."

É de se ressaltar, então, que a decisão do STJ proferida no Habeas Corpus nº 57.624 - RJ (2006/0080302-3), não julgou sobre a existência ou não de crime contra a ordem tributária, sobre a autoria e, tampouco, desconstituiu a denúncia, como, também, não efetuou análise sobre quais provas constantes da ação penal estariam inválidas em face daquela decisão, mas, unicamente, determinou a anulação das decisões autorizativas das escutas telefônicas e telemáticas e, em consequência, o desentranhamento, seja dos autos de eventual inquérito seja dos autos da ação penal já instaurada, de todo e qualquer material gravado ou

impresso de degravação de comunicação telefônica ou documento relativo à comunicação telemática ou informatizada, produzido em consequência da medida que se invalida.

Ainda, convém ressaltar que no referido *Habeas Corpus*, o relator menciona que por idêntico motivo foi concedida a ordem, por unanimidade, no *Habeas Corpus*- HC nº 49.524, para trancamento do Inquérito Policial, naquilo que respeita à investigação quanto à prática de delito tributário, até o exaurimento da via administrativo-fiscal.

Entretanto, na decisão deste HC nº 49.524, cuja cópia foi adquirida no sítio do STJ e anexada aos autos às e fls 9522 a 9551(por meio do Despacho 3302-10/CAJ2013 de e-fl 9554), restou destacado que a autoridade policial requereu a quebra do sigilo bancário ao Juízo Federal de Itaboraí, fazendo referência à possível prática de outros delitos: ‘*exportação fictícia*’, ‘*formação de quadrilha, através de utilização de empresas em nome de ‘laranjas*’’, ‘*notas fiscais ‘viajadas*’ e ‘*clonagem de placas*’, dentre outras.” O que pode sugerir a motivação pelo o qual o Inquérito Policial só tenha sido trancado parcialmente.

Também, na mesma decisão do HC nº 49.524, não se conheceu do pedido de trancamento da Ação Penal, posto que, segundo as palavras do relator, o Min. Paulo Medina, “*Rigorosamente falando, não há lugar para a tese invocada de ausência de condição objetiva de punibilidade- lançamento definitivo -fundamento original da impetração para o pedido de trancamento de ‘eventual futura ação penal*’, visto que a ação penal já instaurada não tem como objeto delito de natureza tributária”.

Ressalta aquele relator que o Ministério Público “classifica os fatos narradas na denúncia em ‘quadrilha ou bando’ (art.288,CP); ‘corrupção ativa’ (art. 333, parágrafo único,CP); ‘corrupção passiva’ (art.317,1º,CP); ‘falsificação de documento particular’ (art.298,CP) e ‘falsidade ideológica’(art.299,CP).” E, ressalta que a individualização da conduta do Paciente está no sub-item 4.45 da denúncia, transcrevendo *in totum* essa parte da denúncia, demonstrando o *modus operandi*.

Portanto, tendo em vista que:

1. o Termo de Verificação Fiscal descreve que a demonstração da conduta dolosa baseou-se nas provas colhidas pelas investigações levadas a efeito, - no âmbito da operação Pista Livre (também denominada operação Cevada), - pela Copei (Coordenação-Geral de Pesquisa e Investigação da Secretaria da Receita Federal) e posteriormente, em regime de "Força Tarefa", com o Departamento de Polícia Federal;
2. a denúncia ofertada pelo o Ministério Público Federal junto à Justiça Federal pela prática de crimes perpetrados, inclusive, pelos dirigentes do conglomerado SCHINCARIOL foi provocada pelo então Relatório encaminhado pela Copei (Coordenação-Geral de Pesquisa e Investigação da Secretaria da Receita Federal), e que, tal denúncia gerou a Ação Penal inserta no processo judicial nº 2005.51.07.000650:3 da 1ª Vara Federal de Itaboraí, atualmente tramitando no TRF - 2a Região, a qual teve o pedido de trancamento negado no HC nº 49.524 e, portanto, teve o seu curso normal;
3. o eminente relator do Habeas Corpus nº 57.624 - RJ (2006/0080302-3), **Min. Paulo Medina**, efetuou ressalvas acerca dos efeitos da decisão

proferida no mencionado Habeas Corpus sobre as provas constantes da Ação Penal inserta no processo judicial nº 2005.51.07.000650:3 da 1ª Vara Federal de Itaboraí, no sentido de ser impossível analisar naquele *Habeas Corpus* quais provas constantes da ação penal estariam, ou não, contaminadas com a decisão ali proferida;

o relator da decisão do HC nº 49.524, o Min. Paulo Medina, - que decidiu pelo o trancamento do Inquérito Policial, apenas no que pertine ao crime de sonegação fiscal, até que o Processo Administrativo fiscal esteja transitado em julgado, mantendo-se, porém, em relação aos demais supostos crimes;- ressaltou que as provas desse crime devem ser levantadas pela própria administração fiscal;

4. O convencimento acerca da existência, ou não, de conduta dolosa, está atrelado unicamente à questões probatórias.

Faz-se necessário, então, ter o conhecimento sobre:

1. o teor do relatório encaminhado pela Copei (Coordenação-Geral de Pesquisa e Investigação da Secretaria da Receita Federal) para o Ministério Público e qual o efeito da decisão proferida no Habeas Corpus nº 57.624 - RJ (2006/0080302-3) sobre ele ;
2. o inteiro teor da denúncia efetuada pelo o Ministério Público e das decisões até então proferidas na Ação Penal inserta no processo judicial nº 2005.51.07.000650:3 da 1ª Vara Federal de Itaboraí;
3. o teor dos relatórios da Polícia Federal que ensejaram a solicitação da medida cautelar de afastamento do sigilo de comunicações e posterior instauração do inquérito policial nº 154/2005;
4. informações atinentes à situação atual da Ação Penal inserta no processo judicial nº 2005.51.07.000650:3 da 1ª Vara Federal de Itaboraí, e do Inquérito Policial nº 154/2005.

E ainda, compulsando os autos, verifica-se que, em um grande número de notas fiscais não há a comprovação de recebimento das mercadorias pelo o adquirente. Em outras tantas, verifica-se que o frete corre por conta do destinatário. As cargas são recebidas na fábrica, no mesmo dia da emissão da nota, pelo o transportador, em cujo recibo da nota consta a seguinte declaração: “*Declaro que acompanhei a amarração da carga e que está em perfeita ordem para o seu transporte*”. Assim, faz-se necessário demonstrar a efetiva entrega das mercadorias nas instalações dos adquirentes, quais sejam: 1) Disbetil Distribuidora de Bebidas Timbaubense Ltda, CNPJ: 00.130.689/0001-79; 2) Cocais Distribuidora de Bebidas Ltda, CNPJ: 04.584.044/0005-90 e 3) Subeal Surubim Bebidas Alimentos Ltda, CNPJ: 01.016.078/0001-69.

Também, em face das alegações da contribuinte apresentadas no sub item “II.2.2. - Da Necessidade Operacional da Contratação dos Distribuidores para a Revenda dos Produtos da Recorrente”, no qual efetua a ressalva de que o rígido controle que exerce sobre as ações judiciais de seus distribuidores não significa interesse econômico, mas sim interesse em emitir corretamente as notas fiscais em conformidade com as decisões judiciais, mister se faz demonstrar a destinação da produção para mencionadas distribuidoras, em períodos antes das liminares concedidas atendendo aos pleitos dos distribuidores ora sob análise, durante a vigência das liminares e depois da cassação das liminares, visando, inclusive, esclarecer as divergências alegadas pela contribuinte em suas contrarrazões ao resultado da diligência efetuada pela DRF/Rec, consoante consta à e-fl 2271, quando assim se manifestou:

“Contudo, diversamente da afirmação exposta pela DRF, é importante demonstrar, com base nas informações extraídas do próprio auto de infração, originário do presente processo, as impropriedades dessa alegação, conforme ilustra o quadro abaixo”:

<i>INFORMAÇÕES EXTRAÍDAS DO PRÓPRIO AUTO DE INFRAÇÃO</i>	<i>ALEGAÇÕES DA DRF/REC EM RESPOSTA À DILIGENCIA</i>
<i>No período compreendido entre 10/01/05 e 10/02/05 (ou seja, mesmo após a publicação do acórdão proferido na ação judicial da SUBEAL), a Requerente vendeu os seus produtos industrializados à SUBEAL. Tanto isso é verdade que a Fiscalização constituiu os créditos tributários de IPI nesse período</i>	<i>Nesse período não foi realizada qualquer venda à SUBEAL</i>
<i>No período compreendido entre 10/02/05 e 28/02/05 (ou seja, antes mesmo da publicação do acórdão proferido na ação judicial da SUBEAL), a Requerente vendeu os seus produtos industrializados à DISBETIL. Tanto isso é verdade que a Fiscalização constituiu os créditos tributários de IPI nesse período.</i>	<i>Nesse período não foi realizada qualquer venda à DISBETIL</i>

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Entre outras arguições, a recorrente insiste na decadência do direito do Fisco constituir parte dos créditos tributários de IPI, especificamente referentes aos períodos de apuração ocorridos entre 31.05.2003 e 10.06.2003, tendo como uma das linhas de seus argumentos a aplicação do disposto no artigo 150, §4º do CTN, sob a alegação de que não restou comprovada a ocorrência de fraude e do conluio, que o tributo exigido - IPI - é sujeito

ao lançamento por homologação e que houve o devido recolhimento do IPI nos períodos de apuração compreendidos entre 31/05/2003 e 10/06/03, relacionando, a título exemplificativo, algumas guias DARF

A DRJ/REC, apesar de reconhecer a inexistência de fraude/conluio, não aplicou o disposto no artigo 150, §4º do CTN, mas sim a regra prevista no artigo 173, I do mesmo diploma, sob a alegação de que não houve o pagamento do IPI, *in verbis*:

“Não se sustenta a argumentação. Primeiro deve ser esclarecida qual a norma regente do prazo decadencial no presente caso. Ainda que se tenha afastado, em consideração preliminar, a caracterização de fraude/conluio, segundo o entendimento oficial da Receita Federal tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, e não tendo havido prévio recolhimento do IPI, a regra é o art. 173, I, do CTN”.

Diante da negativa da DRJ e da afirmativa da recorrente, resta a necessidade de se confirmar, ou não, a existência dos pagamentos alegados.

E, ainda, no sub item “III.1- Das Ações Judiciais Propostas pelas Empresas Distribuidoras - Aspectos Gerais”, a recorrente alega que “*ao lavrar o aludido auto de infração, o Sr. Auditor Fiscal, referendado pela DRJ, não observou, como seria de rigor, as peculiaridades de cada uma das ações judiciais propostas pelas empresas distribuidoras nem, tampouco, os efeitos, concretos, decorrentes da revogação das medidas judiciais para a Recorrente. Ao contrário, pela análise da decisão ora recorrida, nota-se que a DRJ fez um breve comentário sobre o andamento de cada uma das ações judiciais propostas pelas distribuidoras (fls. 1.861) e, ao final, concluiu, de maneira genérica, que a premissa utilizada pelas distribuidoras, nas respectivas lides judiciais era equivocada.*”

E arremata: “*Dessa forma, faz-se necessário analisar a situação processual de cada uma das ações propostas pelos distribuidores, a fim de se demonstrar os graves equívocos cometidos pela DRJ ao referendar o procedimento adotado pela Fiscalização, que impedem a manutenção dos créditos tributários de IPI lançados (caso não tenham sido acolhidas as preliminares até aqui expostas, suficientes do cancelamento da autuação).*”

Ao mencionar cada uma das ações impetradas pelas distribuidoras, a recorrente afirma que as ações visavam a suspensão da exigibilidade da cobrança do IPI com base na pautas fiscais de valores.

Para melhor análise dos argumentos trazidos neste sub item, faz-se necessário analisar as petições de cada uma das ações impetradas pelas distribuidoras mencionadas neste lançamento.

Sabe-se que no Processo administrativo fiscal prepondera o princípio do livre convencimento motivado, podendo a autoridade julgadora solicitar diligência que achar necessária, como se pode inferir dos artigos 29 e 31 do Decreto n.º 70.235/1972:

“Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias”.

“Art. 31. A decisão conterà relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências”.

Assim, tendo em conta o que foi acima mencionado, remanescendo dúvidas diante dos fatos presentes nos autos. e em face do princípio da Oficialidade, informador do Processo Administrativo Fiscal, segundo o qual, de acordo com as palavras do Auditor Fiscal Gilson Wessler Michels¹, *“compete à própria administração impulsionar o processo até a sua conclusão, diligenciando no sentido de reunir o conhecimento dos atos necessários ao seu deslinde”*, proponho a realização de diligência para que sejam trazidos aos autos os documentos e informações relacionados abaixo, devendo o agente responsável pela realização da diligência promover todos os esforços para bem concretizar a demanda, tais quais, intimar a contribuinte e/ou as distribuidoras, oficiar a Polícia Federal, o Ministério Público e ou o Poder Judiciário, elaborar planilhas e, ao final, cientificar a contribuinte para que a mesma, querendo, possa manifestar-se sobre o resultado da diligência, em observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa, retornando, depois de tais providências, o presente processo ao CARF para posterior julgamento:

DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES SOLICITADOS:

- i. Cópia do relatório encaminhado pela Copei (Coordenação-Geral de Pesquisa e Investigação da Secretaria da Receita Federal) para o Ministério Público relativo à operação denominada Pista livre ou Cevada;
- ii. Cópia de provas elaboradas pela RFB e que acompanharam o relatório mencionado no item imediatamente acima, se existirem;
- iii. Cópia da denúncia efetuada pelo o Ministério Público e das decisões até então proferidas na Ação Penal inserta no processo judicial nº 2005.51.07.000650:3 da 1ª Vara Federal de Itaboraí;
- iv. Cópia dos relatórios da Polícia Federal que ensejaram a solicitação da medida cautelar de afastamento do sigilo de comunicações e posterior instauração do inquérito policial nº 154/2005;
- v. Certidão de Objeto e Pé da Ação Penal inserta no Processo Judicial nº 2005.51.07.000650:3 da 1ª Vara Federal de Itaboraí, visando apurar a situação atual do respectivo processo judicial;
- vi. Informações acerca das provas ilícitas (contaminadas) e sobre as consideradas válidas na Ação Penal inserta no Processo Judicial nº 2005.51.07.000650:3 da 1ª Vara

Federal de Itaboraí, tendo em conta os efeitos da decisão do STJ no Habeas Corpus nº 57.624 - RJ (2006/0080302-3);

- vii. Informações atinentes à situação atual do Inquérito Policial nº 154/2005.
- viii. Cópias das ações judiciais impetradas pelas distribuidoras 1) Disbetil Distribuidora de Bebidas Timbaubense Ltda, CNPJ: 00.130.689/0001-79; 2) Cocais Distribuidora de Bebidas Ltda, CNPJ: 04.584.044/0005-90 e 3) Subeal Surubim Bebidas Alimentos Ltda, CNPJ: 01.016.078/0001, contemplando os seguintes itens:
- Cópia das petições iniciais, relacionadas com a Ação Ordinária, Medida Cautelar ou Mandado de Segurança;
 - Cópia das medidas liminares concedidas; Cópia das sentenças proferidas;
 - Certidão de Objeto e Pé, visando apurar a situação atual do processo judicial;
 - Certidão de trânsito em julgado, se este já foi alcançado;
- ix. Cópias dos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas relativos aos serviços de transportes efetuados para a devida entrega dos produtos destinados aos distribuidores mencionados nos lançamentos, nos respectivos períodos de apuração objeto do lançamento ora sob litígio;
- x. Planilha demonstrativa das operações mensais praticadas pela contribuinte, ora recorrente, com as distribuidoras mencionadas na autuação, abrangendo os períodos que antecedem (um ano antes) as liminares e/ou sentenças judiciais proferidas que atenderam o pleito das distribuidoras, durante a vigência dessas liminares e ou decisões judiciais e depois da cassação das liminares e ou decisões judiciais (um ano depois), bem como a representação percentual mensal dessas operações em relação à produção total em cada mês;
- xi. Planilha demonstrativa contendo informações sobre quais outros fornecedores transacionaram com as distribuidoras mencionadas na autuação, nos mesmos períodos destacados no inciso anterior;

- xii. Manifestação por parte da autoridade fiscal acerca das inconsistências apontadas pela contribuinte em suas contrarrazões ao resultado da diligência requerida pela DRJ/Rec, consoante consta à e-fl. 2272 (Volume X);
- xiii. Informações acerca da existência, ou não, de recolhimentos de IPI bebidas, referentes aos saldos devedores originalmente apurados pela a contribuinte, em cada um dos períodos de apuração objeto do presente lançamento ora contestado;
- xiv. Informações sobre a ocorrência, ou não, de pagamentos, assim considerados pela dedução dos débitos, nos períodos de apuração do imposto, em face dos créditos admitidos, quando não resultar saldo a recolher, em conformidade com a regra prevista no inciso III do parágrafo único do art. 124 do RIPI 2002;
- xv. Outras informações ou documentos que julgar úteis ou necessários ao julgamento do presente feito;.
- xvi. Relatório circunstanciado consolidando as informações e manifestações resultantes do atendimento à presente solicitação de diligência ;

CONCLUSÃO

Assim, com base no acima exposto e sendo determinante para o julgamento dos presentes autos a anexação de tais manifestações, informações e documentos, voto no sentido de converter o julgamento em diligência.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

Maria da Conceição Arnaldo Jacó Relatora