



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

Processo nº 10166.722765/2010-45
Recurso nº
Resolução nº 1402-00.095 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Data 31 de janeiro de 2012
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente COMERCIAL DE ALIMENTOS CERES S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do relatório e votos que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira (relator) que dava provimento ao recurso por entender que o lançamento era insubsistente. Designado para redigir o voto vencedor, o Conselheiro Antônio José Praga de Souza.

(assinado digitalmente)

Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira – Relator

(assinado digitalmente)

Antonio José Praga de Souza – Redator Designado

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Albertina Silva Santos de Lima.

RELATÓRIO

COMERCIAL DE ALIMENTOS CERES S/A recorre a este Conselho contra o Acórdão 03-42.548 – 2ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal, que julgou a Impugnação procedente em parte, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

DO LANÇAMENTO

Contra a recorrente foram lavrados os autos de infração de fls. 1.100 a 1.152, para formalizar o lançamento do crédito tributário de R\$ 6.664.712,53, relativo aos anos-calendário de 2007 e 2008, inclusive juros de mora, calculados até 30/11/2010, e multa de ofício de 150%, conforme a seguir discriminado:

- Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ 3.818.990,04
- Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL 1.381.529,49
- Contribuição para o PIS 261.180,09
- Contribuição p/Financiamento da Seguridade Social-Cofins 1.203.012,91

Os Autos de Infração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e reflexo CSLL decorrem da Glosa de Custos que, segundo descrição dos fatos, a contribuinte depois de intimada e reintimada, não apresentou os comprovantes de pagamento das notas fiscais que foram objeto de análise da fiscalização.

Os Autos de Infração de Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins (não-cumulativas) referem-se à Glosa de créditos oriundos de notas fiscais declaradas inidôneas pela Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal (SEF-DF).

Segundo o Termo de Verificação Fiscal (TVF), inclusive Anexos I e II (fls. 1153-1175), o procedimento fiscal foi aberto com o objetivo de verificar a efetividade de diversos custos com aquisições de mercadorias para revenda, visto que a fiscalização da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal (SEF/DF) identificou que diversos fornecedores da empresa fiscalizada não existiam de fato.

Afirma-se que a SEF/DF apurou, de acordo com o Relatório nº 03/COINF/SUREC/05 JUN 2009 e documentos anexos, a existência de um grupo especializado na emissão e distribuição de "notas frias" com o objetivo de fraudar a Fazenda Pública; que na esfera federal essas notas inflaram os custos dos produtos vendidos, reduzindo o lucro e, consequentemente, o IRPJ e a CSLL, e, também, geraram créditos de PIS e de Cofins, uma vez que a empresa estava sujeita ao regime de apuração não-cumulativo.

Segundo o TVF, as empresas consideradas fictícias que tiveram a inscrição no CF/DF cancelada e declarada a idoneidade de “grande parte das notas fiscais” foram as seguintes:

CNPJ	Empresa	Notas	Edital	DO-DF	Pg-
08.719.009/0001-69	Distribuidora de Prod. Alimentícios Cosmos Ltda.	Todas	54	12/05/09	37
08.417.803/0001-58	Distribuidora de Prod. Alimentícios Mercador Ltda.	3001 a 6000	55	12/05/09	37
09.487.324/0001-70	Distribuidora de Prod. Alimentícios Explendor Ltda.	Todas	56	12/05/09	37
02.366.483/0001-78	Nova Brasília Distrib. de Prod. Alimentícios Ltda.	A partir de 06/2006	52	12/05/09	37
05.878.918/0001-51	Cemar Indústria e Com. de Prod. Alimentícios Ltda. (antiga Macem Ind. e Com. de Prod. Aliment. Ltda.)	A partir de 06/2006	53	12/05/09	37
08.273.842/0001-29	QNL Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda.	Todas	50	12/05/09	36
07.416.916/0001-76	Califórnia Comercial de Alimentos Ltda.	Todas	51	12/05/09	36/37
04.826.166/0001-12	Terra Com. Atacadista de Prod. Alimentícios Ltda.	1001 a 4000	17	18/05/09	56
37.079.183/0001-92	Comercial Oriente Ltda.	1 a 750	15	18/05/09	55
06.092.732/0001-35	Oestefort Com. Export. e Import. de Cereais Ltda.	Todas	8	13/01/06	33
10.413.585/0001-25	Magalhães e Almeida Distrib. de Prod. Aliment. Ltda.	Todas	35	08/05/09	40
05.498.980/0001-18	Plenna Com. de Alimentos e Prod. de Higiene Ltda.	2001 a 3500	57	12/05/09	37
09.269.213/0001-98	Comercial de Alimentos Setor Sul Ltda.	Todas	35	08/05/09	40
10.188.772/0001-52	Satierf Comercio e Representação de Café Ltda.	Todas	38	11/05/09	54
09.100.757/0001-21	Guga Comercial de Alimentos Ltda.	Todas	35	08/05/09	40
37.059.920/0001-95	Tsaleah Indústria e Com. de Prod. Aliment. Ltda.	após 04/2007	69	12/06/09	47

Os valores glosados pela Fiscalização, que constituem a base de cálculo do IRPJ e CSLL estão demonstrados no TVF, conforme a seguir:

CNPJ Fornecedor	Nome do Fornecedor	2007	2008
05.878.918/0001-51	Macem Ind. e Com. de Prod. Alimentícios Ltda.	1.312.906,09	0,00
04.826.166/0001-12	Terra Com. Atacadista de Prod. Alimentícios Ltda.	942.229,68	0,00
07.416.916/0001-76	Califórnia Comercial de Alimentos Ltda.	804.527,98	26.037,85
08.719.009/0001-69	Distribuidora de Prod. Alimentícios Cosmos Ltda.	449.354,89	280.657,01
10.188.772/0001-52	Satierf Comercio e Representação de Café Ltda.	0,00	547.214,51
08.417.803/0001-58	Distribuidora de Prod. Alimentícios Mer. Ltda.-EPP.	10.408,29	484.778,77
08.273.842/0001-29	QNL Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda.	0,00	429.011,30
37.059.920/0001-95	Tsaleah Indústria e Com. de Prod. Aliment. Ltda.	186.909,45	144.149,79
09.100.757/0001-21	Guga Comercial de Alimentos Ltda.	7.950,60	1.860,16
09.487.324/0001-70	Distribuidora de Prod. Alimentícios Exp. Ltda. -ME.	0,00	8.748,00
	Total		

Consta ainda do TVF que a forma de tributação escolhida nos anos-calendário de 2007 e 2008 foi o lucro real trimestral, conforme pagamentos efetuados e DCTFs apresentadas; que intimação atendida parcialmente em 11/06/2010, foram apresentados os originais da grande maioria das notas fiscais, porém, sem a devida comprovação de pagamento; que em vista da ausência de comprovação e da falta de algumas notas fiscais, a solicitação foi reiterada entretanto, em resposta, a empresa informou que as notas fiscais faltantes não haviam sido encontradas e que os pagamentos haviam sido realizados parte por caixa e parte por boletos, mas que os boletos também não haviam sido localizados.

A Fiscalização informa que, intimada a confirmar se utilizara créditos de PIS e COFINS (não-cumulativos) calculados sobre as notas fiscais de entrada emitidas durante os anos de 2007 e 2008 pelos fornecedores fictícios identificados pela SEF/DF, a contribuinte esclareceu que: “numa conferência sumária no prazo concedido, não identificamos nenhuma nota que não tenha sido utilizado o respectivo crédito”, que intimada e reintimada, a

contribuinte não apresentou os comprovantes dos efetivos pagamentos dos produtos representados por essas notas fiscais pelo que foi glosado os valores referentes aos créditos oriundos dessas notas fiscais.

Acerca da aplicação da multa qualificada de 150%, consta do TVF a transcrição do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, seguida do seguinte texto:

33. Diante da conduta reiterada da pessoa jurídica de utilizar notas fiscais de entrada fictícias em sua escrituração contábil e fiscal, que não representam uma efetiva aquisição de mercadorias, resta claro que o contribuinte agiu com evidente intuito de fraude, com objetivo de reduzir os montantes dos tributos devidos.

Foi lavrada a Representação Fiscal para Fins Penais (Processo Administrativo nº 14041.000331/2010-58).

DA IMPUGNAÇÃO

Tempestivamente, a contribuinte apresenta a impugnação (fls. 1.181 a 1.199), ao lançamento, discorrendo sobre os pontos seguintes:

PRELIMINARES

MPF - FALTA DE REQUISITOS.

A então impugnante assevera nulidade do procedimento fiscal, uma vez que o MPF não atendeu aos requisitos previstos na legislação para a sua finalidade, faltando-lhe formalidades a ele inerentes, tais como a ultrapassagem do prazo estipulado e a renovação reiterada sem que houvesse intimação ao contribuinte. E que, durante a fiscalização, as diligências e intimações para apresentação de documentos também não observaram a legislação, visto que os prazos eram “exíguos e incompatíveis com o cumprimento de obrigação de prestação de informações que demandavam uma quantidade enorme de documentos e pesquisas”.

MÉRITO

a) INIDONEIDADE DE DOCUMENTO FISCAL – NECESSIDADE DE ATO PUBLICADO

A Impugnante afirma que o documento para ser inidôneo é necessário que haja publicação pela Autoridade Fiscal do Ato Declaratório da referida inidoneidade. E que, publicado o ato, ele vigora para frente não podendo retroagir em casos de documentos emitidos anterior à publicação.

Os Atos Declaratórios que declararam a inidoneidade foram publicados em 2009 pela SEF/DF, pelo que não poderiam ser utilizados para notas fiscais emitidas em 2007 e 2008. Na esfera federal, sequer houve publicação de atos declaratórios tornando inaptas as empresas fornecedoras, conforme estaria previsto nos arts. 80, § 2º, e 82, da Lei nº 9.430, de 1996.

A publicação do ato declaratório teria por finalidade dar a conhecer a terceiros adquirentes de mercadorias e para que possa produzir os efeitos legais, afirmando que, somente a partir da publicação formal no Diário Oficial, os atos do comércio e as implicações fiscais poderão ser imputados a terceiros adquirentes.

A fiscalização federal teria se utilizado de informações e declaração de inidoneidade realizada pela SEF/DF sem ter feito qualquer diligência no sentido de confirmação da circunstância, o lançamento seria nulo por contrariar a legislação vigente.

b) COMPRAS EFETIVAS

Afirma a recorrente, que as notas fiscais glosadas representam compras efetivas de mercadorias destinadas à sua atividade comercial, que adentraram em seu estabelecimento e foram vendidas, compondo a sua receita de venda operacional, e que eventuais irregularidades com a situação fiscal dos fornecedores não podem atingir a autuada, que agiu de boa-fé.

Registra que parte dos fornecedores eram as empresas integrantes do TARE ou REA regimes especiais de tributação criados pelo Distrito Federal, com acompanhamento especial pelo Fisco do Distrito Federal, o que levava a supor da regularidade fiscal dos fornecedores.

Conclui que a autuada, no caso, é vítima e não agente, sendo ilegítima para responder pelas eventuais irregularidades desses fornecedores.

c) GLOSA DE CUSTO – SEM GLOSA DA RECEITA CORRESPONDENTE

A ora recorrente, questionou o fato de ter havido glosa de custos das mercadorias vendidas e a tributação integral das Receitas de Vendas. Diz estar juntando sua DIPJ onde estão indicados os Custos das Mercadorias Vendidas e a correspondente Receita de Vendas tributadas, demonstrando a regularidade em suas margens respectivas, e que teria havido uma duplicidade excessiva de tributação.

Afirma que a contabilidade do contribuinte faz prova plena daquilo que está registrado em sua escrituração comercial e fiscal e que a presente autuação baseou-se apenas em informação do Fisco Distrital sobre as idoneidades, não tendo realizado os auditores desse procedimento nenhuma pesquisa ou exame desses casos específicos, para corroborar, se fosse o caso, a procedência da referida inidoneidade fiscal. Conclui, dessa forma, que o lançamento realizou-se por presunção e que em dissonância com o conceito de renda do art. 43 do CTN.

d) A NECESSÁRIA DEDUTIBILIDADE DOS CUSTOS DAS MERCADORIAS VENDIDAS

Destaca a então impugnante, que autuação é baseada em irregularidades nas empresa emitentes dos documentos fiscais, pelas quais não pode ser responsabilizada por ser adquirente de boa-fé e suas operações reais.

Os custos glosados são legítimos porque estão de acordo com o RIR/99, em seus arts. 300 e 299, sendo, pois, passíveis de dedutibilidade, porquanto necessários e indispensáveis ao desenvolvimento da atividade da autuada.

e) ERROS MATERIAS

Ao título, a impugnante afirma que o lançamento fiscal comete erros materiais ao não considerar os prejuízos fiscais declarados em suas DIPJ e LALUR, nos respectivos trimestres, o que resultou em tributos lançados em valor superior ao devido.

Afirma, também, que, da mesma forma, houve erro material no cálculo do adicional do IRPJ, inclusive nos ajustes relativos ao limite de R\$ 60.000,00, cuja tributação adicional ocorre apenas no excedente.

Alega que houve erro material no cálculo do IRPJ e da CSLL, pois a auditoria fiscal deixou de considerar, como dedutível do lucro real, os valores de PIS e COFINS lançados de ofício. Junta demonstrativos de Apuração do IRPJ lucro real (total período); e de Apuração IRPJ lucro real (trimestrais). Conclui que esses erros materiais nulificam o procedimento fiscal.

f) TRIBUTAÇÕES REFLEXAS

Requer sejam anulados todos os tributos lançados por reflexos do lançamento do IRPJ.

g) MULTA CONFISCATÓRIA DE 150%

A impugnante alude que está sendo responsabilizada por uma situação inerente à condição de suposta irregularidade do fornecedor das mercadorias e que os documentos fiscais foram escriturados regularmente em sua contabilidade e livros fiscais e prestadas todas as informações solicitadas pelo Fisco.

Considera que a multa de ofício de 150% do valor do tributo é excessiva e traduz em um confisco e que ainda que prevista na legislação fiscal, não tem amparo e é inaplicável à hipótese do presente procedimento fiscal, merecendo a sua nulidade, pois tem efeito confiscatório.

h) AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DE SONEGAÇÃO OU FRAUDE.

Acerca da qualificação da multa, a impugnante, depois de afirmar que o relatório fiscal, anexo ao Auto de Infração, descreve que haveria a hipótese de representação fiscal para fins penais e a multa agravada de 150%. Reitera a impugnante que os documentos fiscais foram escriturados regularmente na contabilidade da autuada e em seus livros fiscais, e foram prestadas todas as informações solicitadas pelo Fisco e que não pode ser responsabilizada por ato de outrem. Que não pode ser responsabilizada se não havia o ato de declaração da situação irregular e de inidoneidade das empresas fornecedoras e respectivas notas fiscais por ocasião da aquisição das referidas mercadorias, na forma prevista nos arts. 80 a 82 da Lei nº 9.430/96.

i) IMPUGNAÇÃO DOS DADOS E ELEMENTOS AUTUADOS.

No caso da autuação da CSLL, defende que não cabe a exclusão da despesa do lucro real como indedutível, uma vez que a base desta é o lucro líquido. Cita, em sua defesa, o Acórdão 107-08.297 do 1º Conselho de Contribuintes.

Ao final requereu a juntada de novas provas para o deslinde da questão e requer o julgamento improcedente a ação fiscal e o seu consequente lançamento.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

A matéria foi julgada em primeira instância conforme o Acórdão 03-42.548 – 2ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal, assim ementada:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

MPF. VALIDADE. PRORROGAÇÃO DE PRAZO.

As alterações no MPF, decorrentes de prorrogação de prazo, são procedidas mediante registro eletrônico efetuado pela respectiva autoridade outorgante.

INTIMAÇÃO. PRAZOS.

Reputam-se válidos os termos de intimação cujos prazos de atendimento são estabelecidos em consonância com o disposto na legislação de regência, qual seja, art. 71 da MP nº 2.158-35/2001.

DOCUMENTOS INIDÔNEOS. EFETIVIDADE NÃO COMPROVADA.

Não restando comprovado o pagamento de notas fiscais emitidas por empresas inexistentes de fato, conforme provas colhidas por outro órgão fiscalizador, bem como o efetivo ingresso das mercadorias constantes de tais documentos, devem estes ser considerados inidôneos.

PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE.

É lícito ao Fisco valer-se de informações e provas colhidas em outros processos, desde que guardem pertinência com os fatos cuja prova se pretenda oferecer.

PREJUÍZOS FISCAIS.

Não há erro no cálculo do tributo devido quando, no lançamento, é efetuada a devida compensação do prejuízo declarado e constante do LALUR no período de apuração correspondente, mediante a dedução dessa quantia do valor da infração lançada, para a determinação do valor tributável e consequente imposto devido.

ADICIONAL DO IRPJ.

Quando resta comprovado que o lucro real constante do LALUR é inferior ao limite de isenção trimestral de R\$ 60.000,00 para o cálculo do adicional do IRPJ, há que se proceder à sua concessão no auto de infração, mediante a dedução, do valor da infração apurada, da diferença ainda não utilizada pelo contribuinte.

DEDUTIBILIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES LANÇADAS DE OFÍCIO. É incabível a dedutibilidade, na determinação do lucro real, das contribuições apuradas em ação fiscal.

MULTA QUALIFICADA. CONFISCO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Os órgãos julgadores administrativos não detêm competência para apreciar arguições de inconstitucionalidade contra diplomas legais regularmente editados, devendo a autoridade administrativa aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

MULTA QUALIFICADA. DOLO.

A prática reiterada de contabilização de notas fiscais inidôneas, relativas a operações cuja efetividade não resta comprovada, constitui fato que caracteriza fraude e implica qualificação da multa de ofício.

PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO.

Indefere-se pedido de produção de provas adicionais quando estas são desnecessárias à solução do litígio e a solicitação é apresentada em desacordo com o art. 16 do Decreto nº 70.235/72, que dispõe sobre a preclusão do direito de apresentar novas provas após a impugnação.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008

LANÇAMENTO DECORRENTE.

A solução dada ao litígio principal, relativo ao IRPJ, aplica-se aos lançamentos decorrentes, por resultarem dos mesmos elementos de prova e se referirem à mesma matéria tributável.

CSLL. DESPESA INEXISTENTE.

A contabilização de notas fiscais inidôneas traduz-se em despesa inexistente, que enseja redução indevida tanto do lucro líquido como do lucro real, devendo ser glosada para a correta apuração do tributo devido.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 2007, 2008

LANÇAMENTO DECORRENTE.

A solução dada ao litígio principal, relativo ao IRPJ, aplica-se aos lançamentos decorrentes, por resultarem dos mesmos elementos de prova e se referirem à mesma matéria tributável.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2007, 2008

LANÇAMENTO DECORRENTE.

A solução dada ao litígio principal, relativo ao IRPJ, aplica-se aos lançamentos decorrentes, por resultarem dos mesmos elementos de prova e se referirem à mesma matéria tributável.

Impugnação Procedente em Parte. Crédito Tributário Mantido em Parte

Cientificada da aludida decisão, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário, no qual repisa as alegações da peça impugnatória e contesta as conclusões do acórdão recorrido nos termos seguintes.

PRELIMINARES

a) MPF – Falta de Requisitos

A decisão da DRJ ora recorrida, às fls. 1294, afirma que “Em vista do exposto, não existe necessidade de qualquer ato administrativo para formalizar a prorrogação, além do registro eletrônico efetuado pela autoridade outorgante” e que “Não existe, portanto, a irregularidade noticiada.”

A recorrente contesta a afirmação sob a justificativa de que a intimação que gera efeitos patrimoniais, obrigacionais ou onerosas necessita que seja realizada de forma pessoal ou, ainda que seja por meio eletrônico, é necessária a prova do recebimento sob o amparo do art. 23, e seus incisos, do Decreto 70.235/72.

b) Prazos exíguos para atendimento das intimações

Alega a Decisão da DRJ que os prazos de 20 e de 5 dias foram atendidos. A recorrente contesta que os prazos estabelecidos nas normas são genéricos e destinados como regra geral cabendo ao auditor observar as quantidades e dificuldades das informações solicitadas e conceder prazos de acordo com esses parâmetros, sob pena de nulidade do procedimento, e que as listagens nos autos e as documentações solicitadas nos Termos de Intimações demonstram que a providência empresarial demandava mais tempo do que o concedido.

c) a prova emprestada

A decisão da DRJ quanto ao assunto, conclui que “É lícito ao Fisco valer-se de informações e provas colhidas em outros processos, desde que guardem pertinência com os fatos cuja prova se pretende oferecer”.

Para a recorrente, o que se discute na peça impugnatória foi a forma em que a prova foi utilizada pelo Fisco Federal, pois enquanto para o Distrito Federal a prova original destinava-se a lançamento de créditos fiscais de ICMS, enquanto que no caso da autuação contestada a fiscalização, com o uso da prova emprestada, busca apurar o Lucro Real. Neste caso, a recorrente comprovou que as mercadorias adentraram no estabelecimento e foram vendidas compondo a Receita Operacional bruta, situação que caberia o Fisco Federal averiguar por meio de levantamentos específicos, especialmente da ‘Conta Mercadoria’ de forma a demonstrar a entrada das compras, os estoques inicial e final, e a saída pela venda, com o correspondente resultado comercial naquela operação.

d) documentos inidôneos

A decisão da DRJ alega que os documentos são inidôneos na forma apurada por outro órgão fiscalizador e que as empresas são inexistentes, concluído que “Não restando provado o pagamento de notas fiscais emitidas por empresa inexistentes de fato, conforme provas colhidas por outro órgão fiscalizador, bem como o efetivo ingresso das mercadorias constantes de tais documentos, devem estes ser considerados inidôneos.”

A recorrente contesta a informação de que as empresas eram inexistentes trazendo como argumento que na relação fiscal há empresas integrantes do TARE ou REA regimes especiais de tributação criados pelo Distrito Federal, com rígido controle fiscal sobre a movimentação diária; que, por várias vezes, foram concedidos autorização para impressão de notas fiscais (AIDF) em quantidades consideráveis (8.000 documentos); que as Fichas Cadastrais de alterações de dados (FAC) das empresas foram acionadas várias vezes perante a

repartição fiscal; e que as empresas atuavam e comercializavam mercadorias de fato, pelo que era essencial o aprofundamento nos procedimentos da fiscalização, o que não ocorreu.

h) necessidade de ato publicado para declarar a inidoneidade de documento fiscal.

A recorrente pugna pela corresponsabilidade do Fisco na existência de empresas inidôneas isto porque é ele quem realiza as inscrições no ICMS e CNPJ, concede Alvarás, autoriza a impressão de notas fiscais e, fiscaliza (ou deveria) se estão operando de forma regular para a segurança de milhares de contribuintes.

Aduz que a legislação dispõe que é necessário o Fisco declarar a inidoneidade das empresas e dos documentos fiscais, pelo que só depois da publicação de atos administrativos fiscais declarando essas situações há repercussão contra terceiros, sendo essa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Também são citadas disposições da Lei nº 9.430/96, que determinam procedimentos a serem adotados pela Secretaria da Receita Federal com vistas à declaração de inaptidão de empresas.

Conclui a recorrente ser adquirente de boa-fé uma vez que as mercadorias adentraram em seu estabelecimento, matéria que vem alegando desde as informações para o Fisco, porém, a fiscalização nunca procurou buscar a verdade real.

i) Falta de declaração de inidoneidade na área federal

A recorrente reitera a necessidade de a Administração Federal proceder a declaração de inidoneidade das empresas que se encontram na situação, segundo os arts. 80 da Lei nº 9.430/96, contudo isto só ocorreu por parte do Fisco do Distrito Federal. Portanto, contesta a decisão da DRJ de que os atos são declaratórios e não constitutivos. Afirma que após publicados os atos estabelecem relações e obrigações entre o Fisco e Contribuintes, sendo pois, constitutivos, nesse aspecto.

g) A Recorrente prestou todas as informações fiscais

A recorrente contesta a afirmação do órgão julgador de que as informações e documentos foram parciais (fl. 1295/6), informando que as primeiras vias das notas fiscais ficaram na posse do Fisco do Distrito Federal, não sendo motivo para acusação de fornecimento parcial de documentos porque foram apresentadas as vias autenticadas por aquele Fisco.

No pedido, requer o aditamento de esclarecimentos ou de documentos para o deslinde da questão e o provimento do recurso para determinar a anulação do crédito tributário.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos legais e regimentais para sua admissibilidade, dele conheço.

A recorrente insurge-se contra o Acórdão nº 03-42.548, proferido pela 2ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal, que julgou a impugnação procedente em parte, resultando na exoneração parcial do crédito tributário do IRPJ referente aos 1º e 3º trimestres de 2008, respectivamente, nos valores de R\$ 697,89 e R\$ 1.302,92. Assim, o IRPJ originalmente lançado de R\$ 3.818.990,04, ficou reduzido para R\$ 3.816.989,23, e o total do crédito tributário de R\$ 6.664.712,53, foi diminuído para R\$ 6.662.711,72. O lançamento foi cientificado em 3/12/2010 e se refere aos anos-calendário de 2007 e 2008.

A autoridade fiscal realizou o lançamento tendo como suporte dados fornecidos pela Secretaria de Estado da Fazenda do Distrito Federal por meio de relatório que “informou ao fisco federal a existência de um grupo organizado na emissão e distribuição de ‘notas frias’ com o objetivo de fraudar a fazenda pública”, e que, em virtude dos fatos, “as empresas fictícias tiveram a sua inscrição no Cadastro Fiscal do Distrito Federal (CF/DF) cancelada” e “declarada a inidoneidade de grande parte das notas fiscais autorizadas pela SEF/DF”.

A este aspecto, integram os autos os Editais lançados com as notas fiscais declaradas inidôneas, os quais serão analisados nas razões de mérito juntamente e em complemento às informações constantes do Relatório de Verificação Fiscal.

Passo à análise das alegações recorridas, na mesma sequência com que se apresentam no Recurso Voluntário.

PRELIMINARES**a) MPF – Falta de requisito**

O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) teve sua estreia pelo art. 2º da Portaria SRF nº 1.265, de 22 de novembro de 1999, constituindo-se em “ordem específica” para instauração dos procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela SRF executados pelos Auditores Fiscais da Receita Federal, *verbis*:

***Art. 2º** Os procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela SRF serão executados, em nome desta, pelos Auditores Fiscais da Receita Federal – AFRF e instaurados mediante ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal – MPF. (g. n)*

A ciência ao sujeito passivo haveria de ser dada nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 (PAF), conforme dispunha o art. 4º da citada Portaria SRF nº 1.265, de 1999, *verbis*:

***Art. 4º** O MPF será emitido na forma dos modelos constantes dos Anexos a esta Portaria, do qual será dada ciência ao sujeito passivo, nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 10 de novembro de 1997, por ocasião do início do procedimento fiscal.*

O art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972, previa que a intimação do sujeito passivo poderia ser feita pessoal, por via postal ou por edital, sendo improficuos os meios anteriores, conforme a seguir transcrito:

Art. 23. Far-se-á a intimação

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

III - por meio edital, quando resultarem improficuos os meios referidos nos incisos I e II.

A intimação por edital foi substituída pelo meio eletrônico, com prova de recebimento, conforme a redação dada pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, *verbis*:

Art. 23 (...)

(...)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

Assim sendo, o MPF, quando da sua instituição como ordem específica para instauração de procedimento fiscal, exigia que dele fosse dado ciência ao contribuinte de forma pessoal, pelos Correios, mediante AR como prova de recebimento, ou por edital. Com a alteração da redação do art. 23 do PAF, o meio eletrônico passou a ser uma das formas de intimação do sujeito passivo.

No período em que transcorreu o procedimento fiscal que resultou o lançamento objeto dos presentes autos vigia a Portaria RFB nº 11.371, de 12 de dezembro de 2007, cujo art. 2º, abaixo transcrito, define tão-somente que os procedimentos fiscais relativos a tributos administrados pela RFB serão instaurados mediante Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), não se estabelecendo mais a sua natureza de “ordem específica” à instauração e execução do procedimento fiscal.

Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos a tributos administrados pela RFB serão executados, em nome desta, pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (AFRFB) e instaurados mediante Mandado de Procedimento Fiscal (MPF).

A ciência do MPF pelo sujeito passivo, segundo o parágrafo único do art. 4º da Portaria RFB nº 11.371, de 2007, a seguir transcrito, restou definida que seria por intermédio da Internet, no endereço eletrônico www.receita.fazenda.gov.br, com a utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal.

Art. 4º (...)

Parágrafo único. A ciência pelo sujeito passivo do MPF, nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 10 de novembro de 1997, dar-se-á por intermédio da Internet, no endereço eletrônico www.receita.fazenda.gov.br, com a utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal.

Pela exegese da norma administrativa, uma vez que a ciência do MPF se fará nos termos do art. 23 do PAF e este dispositivo, no inciso III, prevê que a ciência por meio eletrônico exige a prova de recebimento, não se pode acolher a justificativa simplória dada no acórdão recorrido de que “não existe a necessidade de qualquer outro ato administrativo para formalizar a prorrogação, além do registro eletrônico efetuado pela autoridade outorgante”. Sem dúvida, que tanto o MPF inicial quanto às prorrogações, na vigência da Portaria RFB nº 11.371, de 2007, haveria de ser dada ciência ao sujeito passivo, “com prova de recebimento”.

O entendimento não poderia ser outro como a própria Secretaria da Receita Federal do Brasil reconheceu na atual regulamentação do MPF pela Portaria RFB nº 3.014, de 29 de junho de 2011, *verbis*:

Art. 4º (...)

Parágrafo único. A ciência do MPF pelo sujeito passivo dar-se-á no sítio da RFB na Internet, no endereço <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>, com a utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal.

A nova regulamentação não vinculou mais a ciência do MPF pelo sujeito passivo às regras do art. 23 do PAF. A ciência dar-se-á no sítio da RFB na Internet com a utilização do código de acesso consignado no termo de início do procedimento fiscal. É como dizer ao sujeito passivo, se você quiser saber se o MPF é verdadeiro, com este código de acesso indicado no termo de início, entre no sítio da Receita Federal e confirme.

Contudo, o fato de o sujeito passivo não ter sido cientificado da prorrogação do MPF não inquina o lançamento de nulidade, cujas regras essenciais para tanto são a lavratura dos atos e termos por pessoa incompetente ou os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, conforme preceitua o art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Assim sendo, cabe não acolher a preliminar apontada pela recorrente.

b) Prazos exíguos para atendimento das intimações

A recorrente alega razão para nulidade do procedimento fiscal, os prazos exíguos para atendimento das intimações, ao que a autoridade julgadora considerou que eles estão em conformidade o art. 19 da Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958, com a redação dada pelo art. 71 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, que prevê o prazo de 20 dias para apresentar as informações e documentos necessários ao procedimento fiscal quando do início do processo de lançamento de ofício, e de 5 dias úteis, nas situações em que as informações e documentos solicitados digam respeito a fatos que devam estar registrados na

escrituração contábil ou fiscal do sujeito passivo, ou em declarações apresentadas à administração tributária.

Verifica-se que mediante o Termo de Início de Ação Fiscal, com ciência em 11/3/2010, a contribuinte foi intimada a apresentar no prazo de 20 dias, os seguintes documentos (fl. 198/9):

1. *Estatuto / Contrato Social e alterações;*
 2. *Arquivos magnéticos referentes a seus registros contábeis e fiscais (período: 01/01/2007 a 31/12/2007), conforme discriminação abaixo, e disposições do art. 11 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, além da Instrução Normativa SRF nº 86, de 22 de outubro de 2001, do Ato Declaratório Executivo COFIS nº 15, de 23 de outubro de 2001, e do Anexo Único do ADE 15/2001 (este último alterado pelo Ato Declaratório Executivo COFIS nº 55, de 11 de 3 dezembro de 2009):*
 - 2.1 *Registros Contábeis (item 4.1 do Anexo Único do ADE 55/2009)*
 - 2.2 *Fornecedores e clientes (item 4.2 do Anexo Único do ADE 55/2009)*
 - 2.2.1 *Arquivos de Fornecedores / Clientes (Subitem 4.2.1)*
 - 2.3 *Documentos fiscais (item 4.3 do Anexo Único do ADE 55/2009)*
 - 2.3.1 *Arquivo Mestre de Mercadorias/Serviços (Entradas) – Emitidas por Terceiros (Subitem 4.3.3)*
 - 2.4 *Arquivos Auxiliares (item 4.9 ADE 55/2009)*
 - 2.4.1 *Arquivo de Cadastro de Pessoas Jurídicas e Físicas (Subitem 4.9.1)*
 - 2.4.2 *Tabela de natureza da Operação (Subitem 4.9.4)*
 - 2.4.3 *Tabela de Mercadorias / Serviços (Subitem 4.9.5)*
 3. *Registros Contábeis (item 4.1 do Anexo Único do ADE 55/2009) – período 01/01/2008 a 31/12/2009.*
- Obs. 1: Seguir as orientações referentes à validação, autenticação e emissão de recibo descritas no Anexo Único do ADE 55/2009;*
- Obs.2: Os arquivos deverão ser gravados em CD não regravável ou DVD não regravável e entregues no endereço abaixo especificado;*
4. *Livro Registro de Apuração do Lucro Real (LALUR) ano-calendário 2007;*
 5. *Cópia das folhas do Diário em que estão transcritos o Balanço Patrimonial e Demonstração do Resultado do Exercício anos 2007 a 2009, além dos Termos de Abertura e Encerramento.*

Mediante a correspondência datada de 22/3/2010 (fls. 200), a ora recorrente atendeu à intimação, com a entrega dos documentos, em 30/3/2010, portanto dentro do prazo marcado pelo agente fiscal e sem pedido de prorrogação.

Em 12/5/2010, mediante o Termo de Intimação Fiscal nº 1, a recorrente foi intimada para apresentar no prazo de 20 dias, o seguinte:

1. *Originais das notas fiscais relacionadas no Anexo I e os respectivos comprovantes de pagamento (cópias de cheques, boleto bancário, transferência entre contas etc);*
2. *Último balanço patrimonial e relação atualizada, impressa e em meio magnético, dos bens e direitos integrantes do ativo permanente da empresa devendo constar,*

obrigatoriamente, o valor contábil de cada bem e direito de forma individualizada. Ambos os documentos deverão ser assinados pelo contador responsável e pelo representante legal da pessoa jurídica.

Verifica-se que o Anexo I – Relação de Notas Fiscais corresponde às fls, 268 a 281, contendo em torno de oitocentas notas fiscais. Em 11/6/2010 (fl. 282) a recorrente entregou as notas fiscais, que se encontram nos autos às fls. 296 a 1068, e solicitou prazo de 30 dias para atender o item 2 da intimação, o que foi concedido um prazo de 20 dias.

Foi entregue, ainda, à contribuinte o Termo de Intimação Fiscal nº 2, de 6/7/2010, para apresentar no prazo de 20 dias, os seguintes documentos:

- 1. comprovantes de pagamento (cópias de cheques, boleto bancário, transferência entre contas etc) das notas fiscais relacionadas no Termo de Intimação nº 1;*
- 2. Originais das notas fiscais relacionadas no Anexo I deste Termo de Intimação Fiscal nº 2;*
- 3. Último balanço patrimonial e relação atualizada, impressa e em meio magnético, dos bens e direitos integrantes do ativo permanente da empresa devendo constar, obrigatoriamente, o valor contábil de cada bem e direito de forma individualizada. Ambos os documentos deverão ser assinados pelo contador responsável e pelo representante legal da pessoa jurídica.*
- 4. Livro Registro de Apuração do Lucro Real (LALUR), ano-calendário 2008.*

Verifica-se que o Anexo I – Relação de Notas Fiscais não Entregues corresponde a uma folha e meia (fls. 1070 e 1071) constando cerca de 80 notas. A resposta foi dada em 04/8/2010, sem pedido de prorrogação.

Em 10/9/2010, a fiscalização entregou o Termo de Intimação Fiscal nº 3, para a contribuinte apresentar no prazo de 5 dias, o seguinte:

- 1. Confirmar a utilização integral dos créditos do PIS e da Cofins (regime não-cumulativo) oriundos das notas fiscais de entrada especificadas no Anexo I do Termo de Intimação Fiscal nº 001, Caso não tenha se creditado do valor integral das referidas notas fiscais, discriminar os valores mensais considerados para fins de cálculo do crédito do PIS e da Cofins.*

A resposta a este termo foi prestada em 17/9/2010, portanto, no prazo de cinco dias, também sem pedido de prorrogação.

Os fatos narrados constataam que a Fiscalização por três vezes intimou a ora recorrente a apresentar documentos ou esclarecimentos nos prazos de vinte dias (duas vezes) e cinco dias. O atendimento às intimações ocorreu nos prazos determinados, sendo uma vez prorrogado. Assim sendo, verifica-se desarrazoada a alegação de que os prazos foram exíguos para atendimento das intimações. De fato, a legislação de regência da matéria estabelece prazos de 20 e de 5 dias conforme seja a natureza da intimação. Nada impede que o fiscalizado requeira prorrogação de prazo, nem que a autoridade fiscal conceda. Constata-se que os poucos pedidos de prorrogação de prazo foram atendidos por parte do fisco.

Assim sendo, improcede a preliminar apresentada relativa à exiguidade de prazo para atendimento das intimações.

c) A Prova Emprestada

Acerca do assunto, a recorrente impugnou o fato de o Fisco Federal, para apurar lucro real, ter utilizado supostas provas que o Distrito Federal colheu com o objetivo de lançar créditos de ICMS, alegando que restou comprovada a entrada da mercadoria no estabelecimento e vendas compondo a receita operacional. A decisão de primeira instância conclui ser lícito ao Fisco valer-se de informações e provas colhidas em outros processos, desde que guardem pertinência com os fatos cuja prova se pretende oferecer. É esta questão que, de pronto, precisa ser esclarecida.

Como cediço, a prova emprestada, colhida através do traslado dos documentos que instruíram outro feito, inclui-se entre os meios moralmente legítimos, previstos no art. 332 do Código de Processo Civil (CPC), para provar a verdade dos fatos ou servir de elementos de convicção no lançamento de ofício de tributos. Contudo, o aproveitamento da atividade probatória anteriormente desenvolvida em outro processo, somente tem validade como meio de prova, quando já reconhecida a sua existência por sentença transitada em julgado.

No caso dos autos, não há informações de que as provas utilizadas pelo Fisco Federal tenham sido extraídas de outro processo, mediante certidão ou cópias autenticadas produzidas na demanda original, mas encontram-se às fl. 120, o Ofício nº 915/2010 – SUREC/SEF, de 20 de setembro de 2010 (fl. 120), procedente da Subsecretaria da Receita da Secretaria de Estado da Fazenda do Distrito Federal, assinado por Assessor – SUREC/SEF, cujo teor é o seguinte:

(...)

Referência: Ofício nº 393/2020/DIFIS/DRF-BSA/SRRF01/RFB/MF-DF

Senhor Delegado Adjunto,

De ordem do Subsecretário da Receita e em atenção ao ofício em epígrafe, encaminhamos, em anexo, as informações prestadas pela Diretoria de Fiscalização desta Subsecretaria, por meio do Memorando nº 336/2010 – DITIF/SUREC, bem como cópia do Relatório nº 03/COINF/SUREC/05 JUN 2009.

*Atenciosamente,
(assinatura)*

Por este fato – não terem as provas sido obtidas de um processo regular -, tem-se que as informações recebidas por meio do mencionado Relatório, constituem-se em indícios apenas, não autorizando o lançamento do tributo, no âmbito federal, sem um aprofundamento das investigações por parte do Fisco Federal, o que não ocorreu, haja vista a existências de vícios materiais na determinação da matéria tributável, tema que será analisado nas razões de mérito.

A prova emprestada em comento, para que seja considerada legítima, a Recorrente teria que ter sido parte no processo formalizado pelo Fisco Estadual. Entretanto, o que se revela certo, é que a autoridade fazendária do GDF encaminhou tão somente à Receita Federal do Brasil, o Relatório circunstanciado de nº 03/COINF/SUREC/05, de junho de 2009, e outros documentos dando conhecimento de que procedeu ao cancelamento da inscrição no Cadastro Fiscal do Distrito Federal – CFDF dos contribuintes, e à declaração de inidoneidade

de notas fiscais emitidas por diversos deles, que tinham relação com a Recorrente como empresas fornecedoras de produtos.

Quando as partes envolvidas foram partícipes do processo original, no qual foi produzida a prova a emprestar, é admissível que esta prova tenha a mesma eficácia do processo original. De outra forma, quando no processo original não teve o contraditório entre os litigantes do processo em que se pretende tomar a prova emprestada, como é o caso presente, estabelece-se a divergência.

O lançamento e/ou decisão baseada em prova emprestada de cujo contencioso a Recorrente não tenha participado é insustentável, pois, indiscutivelmente, há a necessidade de proporcionar o contraditório e a ampla defesa no processo em que as provas originais se encontram, sob pena de ferir os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, insculpidos no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

Neste sentido, a jurisprudência dos Tribunais, a saber:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPERGS. LAUDO PERICIAL. PROVA EMPRESTADA. IMPOSSIBILIDADE. Não se pode utilizar prova emprestada produzida entre terceiros, mesmo que em processo similar, diante da necessidade de ser oportunizado o contraditório e a ampla defesa. AGRAVO PROVIDO DE PLANO. (Agravo de Instrumento Nº 70018868083, Terceira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 15/03/2007).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. APURAÇÃO DO VALOR DO IMÓVEL. PERÍCIA. PROVA EMPRESTADA. Impossibilidade de se utilizar prova emprestada produzida entre terceiros, mesmo que em processo similar. Imprestabilidade. Necessidade de oportunizar o contraditório e a ampla defesa. Deram provimento. (Agravo de Instrumento Nº 70007213739, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Julgado em 16/12/2003).

O Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado em diversos julgados, citando-se como exemplo a decisão proferida em sede de Recurso Especial – Resp nº 310.210/MG (2001/0030113-4, DJ: 04/11/2002), no sentido de que o Fisco Federal não pode valer-se de infração lavrada pela Fazenda Estadual para imputar omissão de receita, ainda que exista lei ou convênio para que ambos prestem mútua assistência ou cooperação para fins de fiscalização e informações.

Sobejamente, a prova emprestada tributária, de que trata o art. 199 do Código Tributário Nacional, não serve como prova plena do fato jurídico que a fiscalização quer provar nestes autos processuais:

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Da leitura do dispositivo, verifica-se que os dados recebidos da Secretaria de Estado da Fazenda do Distrito Federal possuem a característica de intercâmbio de informações

no âmbito da Administração Pública, expressamente permitido pelo inciso II, do § 1º e pelo § 3º, acrescentados ao art. 198 do CTN pela Lei Complementar 104/01, a saber:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º. Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I -

II – solicitações de autoridades administrativas no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º. O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

Da letra da norma, observa-se também que a prova emprestada tributária não pode ser considerada suficiente para constituir o fato jurídico tributário, ou por outra, trata-se de indício que não pode ser tomada isoladamente para demonstração do fato jurídico tributário, carecendo de ser confirmada por outros elementos indicativos da ocorrência do fato gerador e/ou da conduta ilícita do sujeito passivo.

Na documentação acostada ao presente processo, consta que as empresas arroladas pelo Fisco do Distrito Federal tiveram suas inscrições canceladas no Cadastro Fiscal do Distrito Federal – CF/DF e declaradas inidôneas parte de suas notas fiscais, sob o fundamento de que inexistiam de fato. A fiscalização federal tomou estas informações como absolutas e procedeu ao lançamento de ofício do IRPJ, anos-calendário 2007 e 2008, e tributação reflexa. Ocorre que, consultados os dados cadastrais daquelas empresas no sítio da Receita Federal - www.receita.fazenda.gov.br – constata-se que todas tem situação cadastral/fiscal ATIVA.

À vista do conflito de informações, obrigatoriamente teria a Receita Federal intensificado o exame dessas provas, depurando as informações prestadas sobre os demais aspectos envolvendo a situação delituosa relatada pelo Fisco do DF, de modo a evitar que se instaurasse a insegurança no procedimento fiscal e a iliquidez e incerteza do crédito tributário.

Entendo que são nulos de pleno direito, por vício de legalidade na instauração do procedimento fiscal, os lançamentos destes autos, baseados em prova emprestada, considerando-se que:

a) o Relatório nº 03/COINF/SUREC/05, de 2009, e documentos anexos, não poderiam ser considerados em si mesmos, por não se constituírem em fato incontestável para a incidência do IRPJ e tributação reflexa, mas apenas serem indicadores da suposta irregularidade;

b) a prova emprestada nos presentes autos não se revestem das formalidades legais, ou seja, não foi extraída de processo administrativo fiscal instaurado pela Fiscalização do DF, mediante certidão ou cópia autenticada das suas peças;

c) para que a prova emprestada tenha validade, sua existência deve ser reconhecida por sentença transitada em julgado, o que não ocorreu no presente processo, e nem mesmo consta informação acerca de eventual contenciosos administrativos em tramitação na esfera administrativa do Distrito Federal sobre o assunto.

Assim sendo, cabe acolher as razões apresentadas pela recorrente sobre a impossibilidade de utilizar as informações recebidas Fisco do DF como prova emprestada para os lançamentos de ofício de que cuidam os presentes autos.

DOS VÍCIOS MATERIAIS

Como enfatizado anteriormente, no Direito Tributário as provas emprestadas devem servir como indício de irregularidades, ou como ponto de partida para o procedimento fiscalizatório por parte da pessoa política que pretende dela fazer uso, de maneira que, por sua natureza precária, as provas emprestadas devem ser confirmadas por outros elementos indicativos da ocorrência do fato imponible.

As informações decorrentes da mútua assistência das Fazendas Públicas são importantes para a administração tributária e para o combate às fraudes, mas não se deve olvidar que são apenas um plus utilizado na busca pela verdade material sobre o fato jurídico tributário. No presente processo, a questão da prova emprestada vem sendo abordada como incontestável, com o que a Recorrente vem discordando desde a instauração deste contencioso administrativo, inclusive porque pela falta de um aprofundamento nas investigações, a matéria tributável foi apurada em valores que comprovadamente são indevidos.

O art. 142 do CTN dispõe que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Com base na lei, que reveste o julgador do poder de autotutela, procedi à análise do conjunto probatório utilizado pela fiscalização para a lavratura dos Autos de Infração, tendo detectado que o crédito tributário está carecedor de liquidez e certeza, pois, por falta de um exame acurado das chamadas provas emprestadas, a fiscalização incorreu em erro manifesto na determinação da matéria tributável, visto que levantou a base de cálculo das exações, baseada na totalidade das notas fiscais juntadas por cópias a este processo, sem qualquer segregação quanto a sua validade documental.

A partir dos Editais baixados pela Secretaria de Estado da Fazenda do Distrito Federal de nºs 08, de 2006 (DO-DF de 13/01/06); 15 e 17, de 2009 (DO-DF de 18/05/09); 35, de 2009 (DO-DF de 08/05/09); 38, de 2009 (DO-DF de 11/05/09); 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57 e 69, de 2009 (DO-DF de 12/05/09), apontando a numeração das notas fiscais declaradas inidôneas, pode-se constatar que um número significativo das notas fiscais listadas no ANEXO I – Custos Fictícios Glosados - do Termo de Verificação Fiscal, não estão abrangidas pelas respectivas declarações de inidoneidade, como a seguir se demonstra:

Empresa **TERRA COMÉRCIO ATACADISTA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**
CNPJ Nº **04.826.166/0001-12** (fl. 791).

EDITAL Nº 17, DE 15 DE MAIO DE 2009 (DO-DF de 18/5/09, p. 56).

*O GERENTE DA AGÊNCIA DE ATENDIMENTO DA RECEITA DE CEILÂNDIA, DA DIRETORIA DE ATENDIMENTO AO CONTRIBUINTE, DA SUBSECRETARIA DA RECEITA, DA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL, no uso de suas atribuições previstas no artigo 134, inciso XXXI, da Portaria nº 563 de 05/09/02, considerando os fatos constantes no Memorando nº 019/2009 COINF/SUREC, declara: **CANCELADA**, com fundamento na alínea “b” do inciso II do art. 29 do Regulamento do ICMS (Prestar Informações cadastrais falsas), a inscrição no Cadastro Fiscal do Distrito Federal – CF/DF do contribuinte **TERRA COMÉRCIO ATACADISTA DE PRODUTOS**, inscrita no CF/DF nº 07.430.238/001-25 e CNPJ nº 04.826.166/0001-12. E, em cumprimento ao que determina o § 6º do mesmo artigo 29 do Regulamento do ICMS, **DECLARA inidôneas as notas fiscais modelo de 1001 a 4000**, autorizadas pela AIDF nº 1-825-17-0845/2005, de 028/10/2008. Ficam os contribuintes (sic) acima relacionados proibidos de transacionar com órgãos e entidades da Administração do Distrito Federal e com instituição financeira oficial integrada ao seu sistema de crédito. (g.n)*

WALDIR GONÇALVES DA SILVA

Notas Fiscais da Terra Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios Ltda., CNPJ Nº 04.826.166/0001-12, **não declaradas inidôneas, cujos valores integram indevidamente a base de cálculo do lançamento.**

Número	Data emissão	Valor
4013	02/01/2007	7.958,27
4039	03/01/2007	6.178,16
4057	04/01/2007	5.789,55
4078	05/01/2007	4.876,80
4088	06/01/2007	7.854,30
4095	06/01/2007	6.857,44
4115	09/01/2007	5.741,98
4129	11/01/2007	4.705,60
4141	12/01/2007	3.989,65
4157	13/01/2007	7.478,30
4172	15/01/2007	6.227,40
4185	16/01/2007	5.692,50
4197	17/01/2007	4.964,95
4211	18/01/2007	7.653,30
4225	19/01/2007	7.491,10
4249	22/01/2007	6.501,20
4277	24/01/2007	4.547,55
4294	25/01/2007	3.954,10
4304	27/01/2007	6.919,35
4317	29/01/2007	4.993,50
4341	01/02/2007	7.146,45
4364	02/02/2007	6.826,80
4378	03/02/2007	5.706,28
4394	05/02/2007	5.870,60
4403	05/02/2007	7.449,90
4420	06/02/2007	6.372,30
4433	07/02/2007	4.910,86
4443	07/02/2007	5.402,04

Processo nº 10166.722765/2010-45
Resolução n.º 1402-00.095

S1-C4T2
Fl. 21

4464	08/02/2007	3.991,60
4482	09/02/2007	7.547,65
4503	10/02/2007	6.191,31
4515	12/02/2007	5.974,00
4529	13/02/2007	4.625,90
4450	14/02/2007	7.374,72
4549	15/02/2007	6.337,54
4563	16/02/2007	4.663,44
4575	17/02/2007	7.329,51
4587	17/02/2007	6.717,45
4600	19/02/2007	5.973,40
4613	21/02/2007	5.934,60
4619	21/02/2007	3.983,40
4633	22/02/2007	6.523,04
4661	01/03/2007	6.046,82
4674	02/03/2007	7.652,46
4687	02/03/2007	5.113,08
4694	03/03/2007	6.171,75
4708	05/03/2007	4.707,02
4717	05/03/2007	6.974,62
4728	06/03/2007	5.346,30
4742	07/03/2007	7.540,60
4752	07/03/2007	3.997,98
4763	08/03/2007	7.123,30
4774	09/03/2007	6.447,60
4787	10/03/2007	5.765,16
4803	12/03/2007	4.987,56
4814	13/03/2007	7.809,90
4828	14/03/2007	6.678,52
4842	15/03/2007	5.737,80
4853	16/03/2007	7.506,80
4858	16/03/2007	4.738,71
4869	17/03/2007	5.999,04
4880	17/03/2007	4.859,85
4908	20/03/2007	7.525,20
4922	20/03/2007	6.781,67
4935	21/03/2007	5.416,26
4941	21/03/2007	4.364,16
4954	22/03/2007	5.988,22
4960	22/03/2007	6.475,30
4969	23/03/2007	5.839,94
4978	23/03/2007	6.654,00
4987	24/03/2007	6.389,05
4994	24/03/2007	5.689,28
5010	26/03/2007	7.924,40
5020	26/03/2007	6.593,75
5027	27/03/2007	5.915,92
5059	28/03/2007	5.425,32
5068	28/03/2007	6.759,05
5077	29/03/2007	7.847,55
5087	29/03/2007	6.549,12
5095	30/03/2007	5.804,40

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.206-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 02/03/2012 por LEONARDO HENRIQUE MAGALHAES DE, Assinado digitalmente em 04/03/2012 por ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, Assinado digitalmente em 02/03/2012 por LEONARDO HENRIQUE MAGALHAES DE, Assinado digitalmente em 02/03/2012 por ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA
Impresso em 04/03/2012 por ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA - VERSO EM BRANCO

Processo nº 10166.722765/2010-45
Resolução n.º 1402-00.095

S1-C4T2
Fl. 22

5107	30/03/2007	6.798,60
5116	31/03/2007	7.369,65
5122	31/03/2007	6.621,03
5129	31/03/2007	4.479,50
5138	02/04/2007	7.811,34
5149	03/04/2007	6.673,25
5155	04/04/2007	5.832,42
5162	05/04/2007	4.670,55
5169	07/04/2007	5.336,65
5178	09/04/2007	6.823,61
5190	10/04/2007	7.552,98
5199	11/04/2007	6.993,84
5208	12/04/2007	7.948,86
5210	12/04/2007	5.918,04
5220	13/04/2007	6.628,44
5231	14/04/2007	5.555,55
5237	16/04/2007	4.456,24
5243	17/04/2007	5.183,70
5255	18/04/2007	4.613,13
5369	20/04/2007	7.522,35
5282	24/04/2007	6.854,53
5289	25/04/2007	5.143,20
5295	26/04/2007	4.199,88
5308	27/04/2007	5.717,64
5319	30/04/2007	6.328,00
5325	02/05/2007	7.668,40
5337	07/05/2007	6.311,70
5356	12/05/2007	5.323,05
5358	16/05/2007	7.481,70
5365	21/05/2007	6.603,99
5376	24/05/2007	4.327,74
5385	26/05/2007	5.244,85
5340	28/05/2007	7.093,89
5402	28/05/2007	4.970,70
5404	01/06/2007	7.594,96
5410	04/06/2007	6.714,06
5417	08/06/2007	5.241,90
5429	15/06/2007	4.911,00
5433	16/06/2007	7.551,99
5445	18/06/2007	6.495,66
5457	19/06/2007	5.383,50
5459	19/06/2007	4.224,40
5467	20/06/2007	5.271,84
5469	20/06/2007	6.385,95
5477	21/06/2007	7.243,50
5486	22/06/2007	6.520,92
5497	23/06/2007	5.380,20
5510	25/06/2007	4.108,28
5522	26/06/2007	5.832,99
5526	26/06/2007	6.705,74
5536	27/06/2007	7.926,56
5547	28/06/2007	6.972,33

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.206-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 02/03/2012 por LEONARDO HENRIQUE MAGALHAES DE, Assinado digitalmente em 04/03/2012 por ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, Assinado digitalmente em 02/03/2012 por LEONARDO HENRIQUE MAGALHAES DE, Assinado digitalmente em 02/03/2012 por ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA
Impresso em 04/03/2012 por ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA - VERSO EM BRANCO

5558	29/06/2007	5.543,53
5568	30/06/2007	7.838,76
5582	02/07/2007	7.378,75
5620	16/07/2007	6.058,96
5641	20/07/2007	5.835,28
5652	21/07/2007	7.569,76
5657	21/07/2007	6.596,12
5672	23/07/2007	5.324,24
5676	23/07/2007	4.382,40
5689	24/07/2007	5.410,38
5693	24/07/2007	6.326,52
5706	25/07/2007	7.745,98
5710	25/07/2007	6.790,76
5724	26/07/2007	5.415,69
5728	26/07/2007	4.010,49
5738	26/07/2007	5.418,89
5751	06/08/2007	7.839,75
5758	08/08/2007	4.385,68
5797	01/09/2007	7.090,95
5820	06/09/2007	6.470,71
5827	11/09/2011	5.356,79
5844	15/09/2007	6.436,26

Empresa CALIFÓRNIA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA., CNPJ Nº 07.416.916/0001-76.

EDITAL Nº 51, DE 07 DE MAIO DE 2009. (DO-DF de 12/05/2009, p. 36)
O GERENTE DA AGÊNCIA DE ATENDIMENTO DA RECEITA DE TAGUATINGA, DA DIRETORIA DE ATENDIMENTO AO CONTRIBUINTE, DA SUBSECRETARIA DA RECEITA, DA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL, no uso de suas atribuições previstas no artigo 134, inciso XXXI, da Portaria nº 563 de 05/09/02, considerando os fatos constantes no Memorando nº 022/2009 COINF/SUREC, declara: **CANCELADA**, com fundamento na alínea "b" do inciso II do art. 29 do Regulamento do ICMS (Prestar Informações cadastrais falsas), a inscrição no Cadastro Fiscal do Distrito Federal – CF/DF do contribuinte **CALIFÓNIA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, inscrita no CF/DF nº 07.467.001/001-83 e CNPJ nº 07.416.916/0001-76. E, em cumprimento ao que determina o § 6º do mesmo artigo 29 do Regulamento do ICMS, **DECLARA inidôneas as notas fiscais modelo I de 1 a 2000**, autorizadas pela AIDF nº 1-818-04804/2005, de 31/08/2005, e de **2001 a 2500**, autorizadas pela AIDF nº 1-818-02749/2007, de 18/04/2007. Fica o contribuinte acima relacionado proibido de transacionar com órgãos e entidades da Administração do Distrito Federal e com instituição financeira oficial integrada ao seu sistema de crédito. (g.n)

JAMIRA LIMA BARBOSA BRANDÃO

Notas Fiscais da Califórnia Comercial de Alimentos Ltda., CNPJ Nº 07.416.916/0001-76, não declaradas inidôneas, cujos valores integram indevidamente a base de cálculo do lançamento.		
Número	Data emissão	Valor
3755	03/01/2007	7.102,16
3782	04/01/2007	6.971,25
3803	05/01/2007	5.070,85

Processo nº 10166.722765/2010-45
Resolução n.º 1402-00.095

S1-C4T2
Fl. 24

3819	08/01/2007	4.839,25
3829	09/01/2007	4.942,20
3846	10/01/2007	7.457,70
3864	11/01/2007	6.704,81
3876	12/01/2007	5.399,94
3885	12/01/2007	3.994,62
3899	15/01/2007	4.874,40
3916	16/01/2007	7.348,16
3929	17/01/2007	6.942,47
3941	18/01/2007	3.988,58
3963	20/01/2007	4.434,63
4008	22/01/2007	7.712,15
4019	22/01/2007	6.629,04
4028	22/01/2007	5.186,70
4043	23/01/2007	4.977,60
4054	23/01/2007	7.968,33
4073	24/01/2007	6.933,53
4083	24/01/2007	6.040,31
4096	24/01/2007	4.995,95
4110	25/01/2007	3.993,80
4131	25/01/2007	6.726,56
4136	25/01/2007	5.775,00
4145	26/01/2007	7.652,84
4153	26/01/2007	4.638,00
4166	27/01/2007	6.762,91
4203	27/01/2007	5.960,65
4211	27/01/2007	7.421,50
4220	27/01/2007	4.867,35
4230	29/01/2007	3.946,49
4247	29/01/2007	6.418,50
7239	29/01/2007	7.346,76
4266	30/01/2007	5.274,75
4285	31/01/2007	4.879,76
4291	31/01/2007	5.993,20
4303	01/02/2007	7.727,40
4319	02/02/2007	6.427,44
4333	03/02/2007	5.392,70
4350	05/02/2007	4.958,60
4362	06/02/2007	4.235,10
4378	07/02/2007	7.601,50
4392	08/02/2007	5.414,16
4404	09/02/2007	6.707,00
4417	09/02/2007	3.982,35
4428	10/02/2007	7.486,44
4435	10/02/2007	6.520,32
4448	12/02/2007	5.884,71
4466	13/02/2007	6.114,78
4488	14/02/2007	5.564,17
4682	01/03/2007	6.699,48
4645	02/03/2007	7.799,31
4651	02/03/2007	4.974,90
4662	03/03/2007	5.843,69

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 02/03/2012 por LEONARDO HENRIQUE MAGALHAES DE, Assinado digitalmente em 04/03/2012 por ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, Assinado digitalmente em 02/03/2012 por LEONARDO HENRIQUE MAGALHAES DE, Assinado digitalmente em 02/03/2012 por ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA
Impresso em 04/03/2012 por ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA - VERSO EM BRANCO

Processo nº 10166.722765/2010-45
Resolução nº 1402-00.095

S1-C4T2
Fl. 25

4673	05/03/2007	7.202,60
4681	06/03/2007	5.790,36
4689	06/03/2007	7.644,09
4705	08/03/2007	4.993,44
4723	12/03/2007	3.928,64
4735	13/03/2007	7.150,20
4741	14/03/2007	5.390,34
4751	15/03/2007	6.269,70
4763	16/03/2007	4.937,23
4773	17/03/2007	7.163,40
4787	20/03/2007	6.879,00
4797	21/03/2007	5.697,17
4809	22/03/2007	4.662,00
4820	23/03/2007	3.978,48
4832	24/03/2007	7.099,32
4845	26/03/2007	6.534,60
4857	27/03/2007	4.963,34
4870	28/03/2007	5.841,96
4888	30/03/2007	4.570,55
4909	03/04/2007	6.758,88
4930	05/04/2007	5.064,60
4937	07/04/2007	4.323,94
4949	10/04/2007	5.988,00
4954	11/04/2007	6.054,03
4965	13/04/2007	7.979,40
4967	13/04/2007	5.372,88
4984	16/04/2007	6.216,60
4994	17/04/2007	7.613,90
5001	18/04/2007	4.231,20
5008	19/04/2007	5.326,36
5018	20/04/2007	6.488,02
5025	23/04/2007	7.344,95
5041	25/04/2007	4.114,00
5048	02/05/2007	7.984,05
5060	03/05/2007	6.028,73
5065	04/05/2007	5.458,35
5073	08/05/2007	4.981,56
5079	09/05/2007	5.543,10
5087	11/05/2007	6.490,12
5097	12/05/2007	6.432,09
5101	14/05/2007	7.724,37
5105	15/05/2007	5.594,80
5125	16/05/2007	7.193,07
5140	17/05/2007	6.182,70
5152	18/05/2007	5.620,80
5175	21/05/2007	5.456,40
5185	22/05/2007	6.956,29
5196	23/05/2007	7.860,24
5208	24/05/2007	6.796,98
5215	25/05/2007	5.409,37
5227	26/05/2007	5.431,21
5235	28/05/2007	4.256,25

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 02/03/2012 por LEONARDO HENRIQUE MAGALHAES DE, Assinado digitalmente em 04/03/2012 por ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, Assinado digitalmente em 02/03/2012 por LEONARDO HENRIQUE MAGALHAES DE, Assinado digitalmente em 02/03/2012 por ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA
Impresso em 04/03/2012 por ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA - VERSO EM BRANCO

5247	29/05/2007	6.518,94
5257	30/05/2007	7.864,38
5268	31/05/2007	3.448,80
5294	13/06/2007	6.981,28
5299	15/06/2007	6.546,29
5318	16/06/2007	7.527,10
5344	21/06/2007	6.860,88
5362	25/06/2007	5.022,87
5376	27/06/2007	4.084,24
5387	29/06/2007	5.291,60
5391	30/06/2007	6.610,36
5396	30/06/2007	4.427,04
5402	02/07/2007	7.194,48
5421	07/07/2007	6.399,55
5430	10/07/2007	5.195,68
5446	16/07/2007	4.219,08
5465	20/07/2007	5.565,36
5475	27/07/2007	6.321,20
5491	27/07/2007	7.453,44
5540	30/07/2007	5.384,94
5566	31/07/2007	7.402,64
5588	07/08/2007	5.608,69
5605	13/08/2007	4.409,28
5751	08/12/2007	3.139,30
5841	02/01/2008	5.062,25
5864	12/01/2008	5.067,98
5932	04/02/2008	6.349,92
5959	11/02/2008	4.441,54
5983	20/02/2008	5.116,16

Empresa **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS MERCADOR LTDA.,-EPP**. CNPJ Nº 08.417.803/0001-58,

EDITAL Nº 55, DE 07 DE MAIO DE 2009, (Edital nº 55, DO - DF de 12/05/2009, p.37)

*O GERENTE DA AGÊNCIA DE ATENDIMENTO DA RECEITA DE TAGUATINGA, DA DIRETORIA DE ATENDIMENTO AO CONTRIBUINTE, DA SUBSECRETARIA DA RECEITA, DA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL, no uso de suas atribuições previstas no artigo 134, inciso XXXI, da Portaria nº 563 de 05/09/02, considerando os fatos constantes no Memorando nº 012/2009 COINF/SUREC, declara: **CANCELADA**, com fundamento na alínea “b” do inciso II do art. 29 do Regulamento do ICMS (Prestar Informações cadastrais falsas), a inscrição no Cadastro Fiscal do Distrito Federal – CF/DF do contribuinte DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS MERCADOR LTDA.,-EPP, inscrita no CF/DF nº 07.481.666/001-12 e CNPJ Nº 08.417.803/0001-58, respectivamente. E, em cumprimento ao que determina o § 6º do mesmo artigo 29 do Regulamento do ICMS, **DECLARA inidôneas as notas fiscais modelo I de nºs 3001 a 6000**, autorizadas pela AIDF nº 1-818-04153/2008, de 18/04/2008. Fica o contribuinte acima relacionado proibido de transacionar com órgãos e entidades da Administração do Distrito Federal e com instituição financeira oficial integrada ao seu sistema de crédito.*

JAMIRA LIMA BARBOSA BRANDÃO

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 02/03/2012 por LEONARDO HENRIQUE MAGALHAES DE, Assinado digitalmente em 04/03/2012 por ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, Assinado digitalmente em 02/03/2012 por LEONARDO HENRIQUE MAGALHAES DE, Assinado digitalmente em 02/03/2012 por ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA
Impresso em 04/03/2012 por ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA - VERSO EM BRANCO

Notas Fiscais da Distribuidora de Produtos Alimentícios Mercador Ltda.-EPP, CNPJ nº 08.417.803/0001-58, não declaradas inidôneas, cujos valores integram indevidamente a base de cálculo do lançamento.		
Número	Data emissão	Valor
55	26/03/2007	561,60
69	29/03/2007	566,40
75	30/03/2007	283,20
80	31/03/2007	424,80
162	23/04/2007	375,00
156	24/04/2007	450,00
171	26/04/2007	450,00
179	27/04/2007	385,00
189	30/04/2007	405,00
366	23/06/2007	474,00
396	29/06/2007	597,60
525	23/07/2007	467,22
532	24/07/2007	440,00
585	27/07/2007	220,00
859	30/08/2007	485,82
879	32/08/2007	790,16
	Total	

Restou claro que as notas fiscais dos demonstrativos retro não estão abrangidas pelas Declarações de inidoneidade, incorrendo a fiscalização em vício material na determinação da base de cálculo das exigências fiscais. Assim, há erros nos valores dos custos glosados, assim como, na glosa dos créditos do PIS e da COFINS, vez que apurados pela fiscalização sobre a mesma base tributável, ou seja, a totalidade das notas fiscais declaradas inidôneas.

O art. 29, inciso II, alínea “b” do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.955, de 1997, que fundamentou a publicação dos mencionados Editais, prevê que a inscrição poderá ser cancelada quando o contribuinte prestar informações cadastrais falsas. Com base neste dispositivo, as empresas supostamente envolvidas nas irregularidades apontadas pela fiscalização do GDF tiveram suas inscrições no CFDF canceladas porque não foram localizadas nos endereços constantes dos respectivos cadastros e, por presunção, consideradas não existentes de fato.

Causa espécie que ao consultar o site da Secretaria da Receita Federal do Brasil, tais empresas estejam com situação cadastral ATIVA, donde se conclue que elas não foram declaradas inaptas pela Administração Tributária Federal, a despeito de ser atribuído a elas a prática dos alegados ilícitos fiscais.

A Instrução Normativa RFB nº 1.183, de 2011, atualmente vigente, prevê as seguintes hipóteses de baixa de ofício da inscrição no CNPJ:

Art. 27. Pode ser baixada de ofício a inscrição no CNPJ da pessoa jurídica:

I - omissa contumaz: a que, estando obrigada, deixar de apresentar declarações e demonstrativos por 5 (cinco) ou mais exercícios, se, intimada por edital, não regularizar sua situação no prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da publicação da intimação;

II - inexistente de fato, assim entendida aquela que:

- a) não disponha de patrimônio e capacidade operacional necessários à realização de seu objeto, inclusive a que não comprove o capital social integralizado;*
- b) não for localizada no endereço constante do CNPJ, bem como não forem localizados os integrantes do seu QSA, seu representante no CNPJ e seu preposto; ou*
- c) se encontre com as atividades paralisadas, salvo se enquadrada nas hipóteses dos incisos I, II e VI do caput do art. 36;*

III - inapta: a que tendo sido declarada inapta não tenha regularizado sua situação nos 5 (cinco) exercícios subsequentes, exceto na hipótese prevista no inciso III do art. 37;

IV - com registro cancelado: a que esteja extinta, cancelada ou baixada no respectivo órgão de registro.

Ora, se a Receita Federal não procedeu, de ofício, à baixa da inscrição das referidas empresas do CNPJ, significa que essas pessoas jurídicas estão regulares, e que nenhum impedimento legal havia à época da emissão das notas fiscais em comento.

Nos Editais há a observação de que os contribuintes ficam “proibidos de transacionar com órgãos e entidades da Administração do Distrito Federal e com instituição financeira oficial integrada ao seu sistema de crédito”, restando claro que a Fiscalização do GDF admite as transações com as pessoas jurídicas de natureza privada, validando, inclusive, as operações comerciais representadas pelas notas fiscais não abrangidas pelos Editais.

Para a Fiscalização do GDF, tais empresas favoreciam outras pessoas jurídicas com a emissão de notas fiscais para fins de creditamento do ICMS. Curioso é que a autuação contra a Recorrente está baseada exclusivamente na glosa de custos das mercadorias vendidas cujas notas fiscais, constantes da sua contabilidade, foram declaradas inidôneas. Ora, se a Recorrente é considerada beneficiária dos créditos de ICMS face ao destaque desse imposto nas notas fiscais declaradas inidôneas, por que a fiscalização também não glosou os respectivos valores, que também reduzem o lucro? O que se observa, é a falta de critério da autoridade fiscal na determinação da base tributável do IRPJ e tributação decorrente.

Diante de todas estas inconsistências e, sendo fato que no universo das notas fiscais consideradas inidôneas há grande número que não se subsume a espécie, o crédito tributário padece de liquidez e certeza, passível de os lançamentos de ofício do IRPJ e tributação reflexa serem julgados insubsistentes, face à existência de vício material na determinação da matéria tributável *ex vi* do disposto no art. 142 do CTN.

CONCLUSÃO

Do exposto, voto por acolher a preliminar da impossibilidade de utilização da prova emprestada, posto não preencher os requisitos de legais; e dar provimento ao recurso por entender que o lançamento é insubsistente.

(assinado digitalmente)

Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Antonio Jose Praga de Souza – Redator Designado.

DAS PRELIMINARES

Início apreciando as preliminares, haja vista que o Relator original deste processo, conselheiro Leonardo Oliveira, foi vencido ao votar por acolher a preliminar de impossibilidade de utilização da prova empresta.

Antes, porém, faz-se necessário alguns esclarecimentos.

Consoante registrado no Termo de Verificação Fiscal (TVF), a contribuinte tem por nome de fantasia “BIG BOX SUPERMERCADOS”, nome este utilizado por um grupo de empresas do Distrito Federal, que foram fiscalizadas em conjunto pela Receita Federal do Brasil (RFB), em face de representação do Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal (SEF-DF), segundo a qual tais empresas utilizaram-se de notas frias, emitidas por diversos fornecedores, com o objetivo de fraudar a Fazenda Publica.

A Fiscalização da RFB aduz que na esfera das receitas estaduais, essas notas geraram créditos fictícios de ICMS, reduzindo o montante de tributos a recolher; já no âmbito Federal as notas inflaram os custos dos produtos vendidos, reduzindo-se o lucro e, conseqüentemente, o IRPJ e CSLL devidos. Segundo a Fiscalização, ainda no âmbito Federal, essas notas também geraram créditos de PIS e Cofins, uma vez que a contribuinte estava sujeita ao regime de apuração não-cumulativo dessas contribuições.

Em pesquisa nos processos em julgamento neste Conselho, identifiquei 8 (oito) recursos voluntários de contribuintes do grupo “BIG BOX”, submetidos à mesma operação fiscal, cujas exigências foram mantidas integralmente na DRJ Brasília, sendo que as peça recursais apresentam o mesmo teor e foram apresentadas pelos mesmos signatários, a saber:

Item	Contribuinte	Processo
1	VIA PARK COMERCIAL DE ALIMENTOS S/A	10166722232201063
2	SIBERIA COMERCIAL DE ALIMENTOS S/A	10166722209201079
3	SUPERMERCADO TATA S/A	10166722455201021
4	SOLEDADE COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA	10166722189201036
5	BIG TRANS COMERCIAL DE ALIMENTOS S/A	10166722297201017
6	BRUNELA COMERCIAL DE ALIMENTOS S/A	10166722766201090
7	COMERCIAL DE ALIMENTOS CERES S/A	10166722765201045
8	COMERCIAL SÃO PATRICIO S/A	10166722945201027

Os itens 1 e 3 acima, foram sorteados para a 1ª. Turma desta Câmara do CARF, e foram pautados concomitantemente com os itens 4 a 8 (sorteados para esta 2ª. Turma).

A 1ª. Turma já julgou os 3 primeiros, negando provimento aos recursos por unanimidade, enquanto a 2ª. Turma converteu os demais em diligência.

O item 1 acima, processo 10166.722232/2010-63, julgado em 16/1/2012, acórdão 1401-00704, recebeu as seguintes ementas e decisão:

MPF. PRORROGAÇÃO DE PRAZO. VALIDADE Rejeita-se a preliminar de nulidade, uma vez comprovado que as prorrogações de prazo foram feitas de acordo com a legislação de regência.

INTIMAÇÃO. PRAZOS. Rejeita-se a preliminar de nulidade, uma vez comprovado que os termos de intimação respeitaram os prazos estabelecidos pelo art. 71 da MP nº 2.158-35/2001.

DOCUMENTOS INIDÔNEOS. EFETIVIDADE NÃO COMPROVADA. Não restando comprovado o pagamento e o efetivo ingresso das mercadorias objeto de notas fiscais emitidas por empresas inexistentes de fato, as citadas notas devem ser consideradas inidôneas.

PREJUÍZOS FISCAIS. Correto o cálculo do tributo devido, uma vez realizada a devida compensação do prejuízo declarado e constante do LALUR no período de apuração correspondente, mediante a dedução dessa quantia do valor da infração lançada, para a determinação do valor tributável e consequente imposto devido.

ADICIONAL DO IRPJ. Correta a apuração do adicional de IRPJ, uma vez que somente foi tributado o valor excedente ao limite trimestral de R\$ 60.000,00.

CONTRIBUIÇÕES LANÇADAS DE OFÍCIO. INDEDUTIBILIDADE. É incabível a dedução, na determinação do lucro real, das contribuições apuradas em ação fiscal.

MULTA QUALIFICADA. CONFISCO. Os órgãos julgadores administrativos não detêm competência para apreciar arguições de inconstitucionalidade. Súmula CARF nº 2.

MULTA QUALIFICADA. DOLO. A prática reiterada de contabilização de notas fiscais inidôneas, relativas à operações cuja efetividade não resta comprovada, enseja a qualificação da multa de ofício.

LANÇAMENTOS DECORRENTES A decisão tomada em relação ao lançamento principal (IRPJ) aplica-se aos lançamentos decorrentes (CSLL, PIS e COFINS), em razão da íntima relação de causa e efeito existente entre os mesmos.

CSLL. DESPESA INEXISTENTE. A contabilização de notas fiscais inidôneas representa despesa inexistente, que deve ser deduzida tanto do lucro líquido como do lucro real, para a correta apuração do tributo devido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em REJEITAR as preliminares de nulidade e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Tal qual neste colegiado, as preliminares foram todas rejeitas, pelo que peço vência para transcrever e adotar nessa parte os fundamentos do voto condutor do aludido acórdão, da lavra do Ilustre conselheiro Fernando Mattos, *verbis*:

Irregularidades relativas ao MPF

Preliminarmente, a recorrente arguiu a nulidade do lançamento, sob a alegação de que o MPF não atendeu os requisitos previstos na legislação para a sua finalidade.

Sobre o tema, assim decidiu o acórdão recorrido, fls. 844:

No caso em concreto, conforme se vê no Termo de Início de Ação Fiscal (fl. 83 e 84), a interessada foi devidamente cientificada do MPF-F (Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização nº 01.1.01.00-2010-00139-2), que determinou a execução da ação fiscal. Por meio do mesmo Termo, foi cientificada do código que lhe possibilitava o acesso, via internet, a todas as informações relacionadas com o aludido mandado. As prorrogações do prazo de validade do MPF foram devidamente registradas na internet e, desse modo, não pode a interessada alegar seu desconhecimento.

Ademais, a contribuinte foi informada, em termos de intimação, sobre a continuidade da ação fiscal e sobre a possibilidade de consultar o MPF no sítio da RFB na internet, por meio do aludido código de acesso.

Não existe, portanto, a irregularidade noticiada.

Em sua peça recursal, a contribuinte não trouxe nenhuma alegação inovadora, razão pela qual, em relação a este tema, adoto as razões de decidir constantes do acórdão recorrido, retrotranscritas.

Irregularidades relativas a prazos concedidos no curso da fiscalização

Dando continuidade às suas razões de recurso, a contribuinte afirmou que durante os procedimentos fiscalizatórios as diligências e intimações para apresentação de documentos também não observaram a legislação, em vista de terem sido os prazos exíguos e incompatíveis com a complexidade das informações solicitadas.

Mais uma vez, adoto e transcrevo as razões de decidir constantes do acórdão recorrido, fls. 844-845:

Entretanto, o que se constata da análise dos autos é que a Fiscalização agiu em conformidade com o comando expresso no art. 71 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, in verbis:

Art.71. O art. 19 da Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art.19. O processo de lançamento de ofício será iniciado pela intimação ao sujeito passivo para, no prazo de vinte dias, apresentar as informações e documentos necessários ao procedimento fiscal, ou efetuar o recolhimento do crédito tributário constituído.

§1º Nas situações em que as informações e documentos solicitados digam respeito a fatos que devam estar registrados na escrituração contábil ou fiscal do sujeito passivo, ou em declarações apresentadas à administração tributária, o prazo a que se refere o caput será de cinco dias úteis.

§2º Não enseja a aplicação da penalidade prevista no art. 44, §§ 2º e 5º, da Lei nº 9.430, de 1996, o desatendimento a intimação para apresentar documentos, cuja guarda não esteja sob a responsabilidade do sujeito passivo, bem assim a impossibilidade material de seu cumprimento." (NR)(g.n.o)

No caso em tela, no termo de início da ação fiscal e no termo de intimação nº 3, foi concedido um prazo para atendimento de 20 dias, em consonância, portanto, com o caput do art. 19, antes transcrito. Quanto aos termos nº 2, 4 e 5, as intimações efetuadas dizem respeito a informações e documentos que devem estar registrados na escrituração contábil ou fiscal do contribuinte, situação que se enquadra no §1º do dispositivo reproduzido; em decorrência, foi concedido, corretamente, o prazo de 5 dias úteis ou 8 dias.

Restou demonstrado, portanto, que durante os procedimentos de fiscalização todos os prazos foram concedidos em estrita conformidade com a legislação. Por esta razão, rejeito esta preliminar arguida pela recorrente.

Prova emprestada

Na sequência, a contribuinte discutiu a forma como a prova emprestada foi utilizada pelo Fisco Federal. Sobre o tema, assim se manifestou a recorrente:

[...] não basta alegar, com fez a DRJ, que as informações foram obtidas em colaboração com outro Fisco, mas era necessário que o Fisco Federal tivesse laborado o seu ofício dentro do seu mister específico e de suas posições cadastrais, porque a falta desses demonstrativos nos autos ou de aprofundamento da fiscalização nesse sentido é causa de nulidade do procedimento fiscal.

Não assiste razão à recorrente. Para demonstrar esse fato, considero suficiente transcrever pequenos trechos do acórdão recorrido (grifado):

Entretanto, cumpre observar que a autoridade autuante não se limitou a acolher as conclusões expostas nos relatórios elaborados pelas autoridades competentes do fisco distrital. Foram utilizadas, sim, as constatações verificadas nas diligências, porém, a partir desses documentos, e com base nas respostas às intimações efetuadas no curso da ação fiscal, a autoridade lançadora construiu seu entendimento acerca dos fatos ocorridos.

Em verdade, a autoridade lançadora, baseada nos fatos apurados, buscou novas informações junto à contribuinte, a qual não logrou êxito em comprovar os pagamentos e tampouco a entrada das mercadorias objeto das notas fiscais em análise.

[...]

Portanto, tentar resumir o procedimento fiscal apenas ao trabalho efetuado pelo fisco distrital é fechar os olhos à realidade dos autos. A fiscalização federal executou trabalho de auditoria fiscal, em busca da verdade material,

colhendo provas, intimando o contribuinte a esclarecer fatos e apresentar documentos.

[...]

*Em vista do exposto, constata-se que a autoridade autuante, com base nas informações prestadas pela Secretaria de Fazenda do Distrito Federal, buscou confirmar os indícios apontados, intimando a interessada a comprovar o pagamento das mercadorias adquiridas. Logo, **foi concedida à autuada a oportunidade de demonstrar sua boa-fé mediante a comprovação da efetividade da transação comercial.***

Entretanto, em vez de efetivar essa comprovação, limitou-se a impugnante a argumentar em torno da possibilidade de utilização de atos declaratórios publicados na esfera distrital e de seus efeitos temporais.

Nestes termos, também rejeito esta preliminar apresentada pela recorrente.

Documentos inidôneos

A recorrente afirmou que na relação de empresas supostamente inexistentes havia muitas empresas com operações e existências reais, inclusive integrantes de regimes especiais criados pelo Distrito Federal (TARE ou REA). Afirmou, outrossim, que por várias vezes foi concedida AIDF (Autorização para Impressão de Documentos Fiscais) para algumas dessas empresas, em quantidades razoáveis (até 8000 documentos). Além disso, diversas FAC (Fichas de Alteração Cadastral) destas empresas teriam sido acatadas pelo Fisco Distrital.

Com base nestes argumentos, a recorrente afirma que “os contribuintes adquirentes foram vítimas dessas situações e não fraudadores como que a autuação impugnada”.

Tais alegações se revelam totalmente desprovidas de sentido.

Afinal, a declaração de inidoneidade dos documentos fiscais daquelas empresas foi apenas o **ponto de partida** da presente autuação.

Posteriormente, foi dado à contribuinte a oportunidade de apresentar as vias originais das notas fiscais, **bem como o respectivo comprovante de pagamento.**

A contribuinte, por seu turno, apresentou apenas **parte das notas fiscais, e sem a devida comprovação de pagamento.**

Ora, se as empresas em questão realmente existiam e se as operações comerciais tivessem sido reais, **certamente a recorrente teria apresentado todos os comprovantes solicitados**, elidindo por completo a suspeita de utilização de documentos fiscais inidôneos.

No item “g” das suas alegações preliminares, a recorrente alegou que apresentou apenas parte das notas fiscais solicitadas, pelo fato de as vias originais terem ficado na posse do Fisco do Distrito Federal. Tal alegação, contudo, não se encontra comprovada nos, posto que a recorrente não juntou qualquer

comprovante de entrega de tais documentos às autoridades fiscais distritais. Além disso, **a recorrente se absteve por completo de justificar a falta de apresentação dos supostos comprovantes de pagamento relativos a tais notas fiscais.**

Em resumo: o fator determinante para a presente autuação **não foi** a mera declaração de inidoneidade da documentação emitida pelos fornecedores da contribuinte, ora recorrente. Na realidade, **o fator determinante para o presente lançamento foi a ausência de comprovação, por parte da recorrente, da efetividade daquelas operações.**

Como facilmente se percebe, a recorrente limitou-se a apresentar simples alegações, de cunho exclusivamente retórico. Com o intuito de elidir a presente autuação, a recorrente deveria ter trazido aos autos a comprovação do efetivo pagamento das supostas operações comerciais, amparadas por documentação inidônea.

Diante da ausência de qualquer comprovação de pagamento, merece ser rejeitada a presente alegação apresentada pela recorrente.

Irretroatividade dos efeitos de ato declaratório de inidoneidade de documento fiscal e necessidade de declaração de inidoneidade também pelo Fisco Federal

Em relação a este tema, a recorrente alegou que os Atos Declaratórios de inidoneidade somente foram publicados em 2009, razão pela qual não poderiam abranger as notas fiscais objeto do presente lançamento, as quais foram emitidas em 2007 e 2008. Além disso, para alguns fornecedores sequer teria havido o ato de declaração de inidoneidade. Por fim, não teria havido declaração de inidoneidade pelo Fisco Federal, mas tão somente pelo Fisco Distrital.

No tocante à tais alegações, adoto e transcrevo as razões de decidir constantes do acórdão recorrido:

Assim, não obstante o rito estabelecido para a declaração de inaptidão, a redação do caput do art. 82 deixa bem claro que a inidoneidade de documentos em virtude de inscrição declarada inapta não exclui as demais formas de inidoneidade de documentos previstas na legislação.

*A Instrução Normativa RFB nº 1.005, de 8 de fevereiro de 2010, em seu art. 45, § 4º, esclarece, ainda, que, além de não excluir as demais formas de inidoneidade, a declaração de inaptidão tampouco legitima os documentos inidôneos emitidos antes da publicação de tal ato, **verbis**:*

§ 4º A inidoneidade de documentos em virtude de inscrição declarada inapta não exclui as demais formas de inidoneidade de documentos previstas na legislação, nem legitima os emitidos anteriormente às datas referidas no § 3º.

Resta claro, portanto, que a consideração ou declaração de inaptidão constitui-se em uma das hipóteses de inidoneidade de documentos prevista na legislação, mas não a única.

*Ademais, deve-se **elucidar a natureza declaratória dos atos de inaptidão da RFB, que, como o próprio nome indica, apenas declara uma situação***

irregular que já se verificava no passado, não tendo, portanto, a característica de ato constitutivo.

Dessa forma, sendo os elementos de prova acostados aos autos do processo suficientes para caracterizar a inidoneidade dos documentos fiscais, não é necessário que se aguarde a declaração de inaptidão das empresas envolvidas. E foi justamente isso que ocorreu no caso concreto e que se demonstrará mais adiante.

Ainda em alusão aos atos declaratórios, aduz a impugnante que a autuação baseou-se exclusivamente em declaração de inidoneidade publicada na esfera distrital, não sendo esta válida para efeito de lançamento de tributos administrados pelo fisco federal. Nesse sentido, acrescenta que cumpriria à autoridade lançadora efetuar uma melhor análise dos elementos de convicção e certeza indispensáveis à constituição do crédito tributário.

Entretanto, cumpre observar que a autoridade autuante não se limitou a acolher as conclusões expostas nos relatórios elaborados pelas autoridades competentes do fisco distrital. Foram utilizadas, sim, as constatações verificadas nas diligências, porém, a partir desses documentos, e com base nas respostas às intimações efetuadas no curso da ação fiscal, a autoridade lançadora construiu seu entendimento acerca dos fatos ocorridos.

Em verdade, a autoridade lançadora, baseada nos fatos apurados, buscou novas informações junto à contribuinte, a qual não logrou êxito em comprovar os pagamentos e tampouco a entrada das mercadorias objeto das notas fiscais em análise.

[...]

Neste ponto, é importante assinalar que as provas carreadas pela fazenda distrital são de abrangência e efetividade suficientes para a formação da convicção quanto aos fatos ocorridos, o que torna prescindível a realização de novas diligências. Além disso, não há que se perder de vista que tanto o fisco distrital quanto o federal detêm o poder de polícia e suas afirmações gozam da presunção de veracidade. Dessa forma, a realização das mesmas diligências, já efetuadas em outra esfera, torna-se desnecessária.

Pelas razões expostas, concluo que os fatos arguidos pela recorrente são completamente inaptos para eivar de nulidade os presentes lançamentos. Por esta razão, também esta preliminar merece ser rejeitada.

O ilustre conselheiro Leonardo Oliveira sustentou seu voto acerca nulidade da exigência, asseverando que haveria muitas inconsistências no procedimento fiscal e, “sendo fato que no universo das notas fiscais consideradas inidôneas há grande número que não se subsume a espécie, o crédito tributário padece de liquidez e certeza, passível de os lançamentos de ofício do IRPJ e tributação reflexa serem julgados insubsistentes, face à existência de vício material na determinação da matéria tributável ex vi do disposto no art. 142 do CTN”. Discordei veementemente desse posicionamento, isso porque a glosa dos custos não se deu em razão da inidoneidade das notas fiscais apurada pela SEF-DF, e sim pela não comprovação da efetividade das operações de que tratam essas e outras notas fiscais, cujos valores foram deduzidos na apuração do lucro líquido da contribuinte (custos).

Não há qualquer inconsistência no procedimento fiscal da RFB. A contribuinte foi regularmente intimada durante a auditoria para comprovar a efetividade da aquisição dos

produtos constantes em diversas notas fiscais emitidas pelas empresas objeto da representação do SEF-DF, bem como os comprovantes pagamento aos fornecedores. Apesar de as operações superarem a casa dos milhões de Reais, nenhum comprovante de pagamento via bancária foi apresentado.

À inteligência dos artigos 249, inciso I, e 259 parágrafo único do Regulamento do Imposto Renda (RIR/99), citados na base legal dos Autos de Infração, em se tratando de lucro real, cabe à contribuinte fazer prova da efetividade dos custos e despesas contabilizados, incluídos na apuração do resultado tributável.

Frise-se que tanto nos Autos de Infração, quanto no TVF, dos quais a contribuinte foi cientificada, está patente que o lançamento se deu pela glosa de custos em face da ausência ou insuficiência de comprovação.

Portanto, no presente caso, não há que se falar em exigência fiscal calcada em prova emprestada, e sim em falta de provas, pelo que essa a preliminar deve mesmo ser rejeitada.

Concluo, pois, por rejeitar todas as preliminares.

DA CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA

À luz do art. 29 do Decreto 70.235 de 1972, que rege o Processo Administrativo-Tributário no âmbito Federal (PAF), *“Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.”*. Frise-se que esta redação original é uma das poucas que jamais foi alterada ao longo desses 40 anos de vigência do PAF.

Consoante já registrado neste voto, enquanto a 1ª. Turma desta Câmara ao apreciar concomitantemente outros 3 (três) processos, oriundos da mesma operação fiscal que este, entendeu por negar provimento aos recursos, diante da insuficiência ou ausência de provas da efetividade dos custos contabilizados, que repito estão mesmo a cargo do contribuinte, o colegiado da 2ª. Turma acolheu a proposta deste conselheiro para converter o julgamento em diligência para que sejam efetuadas verificações adiante detalhadas.

É certo que não estamos diante de processos ou lançamentos decorrentes, isso porque, embora haja coincidência de fatos e atos, não se trata da mesma ação fiscal, muito menos do mesmo contribuinte ou coligados/sócios/cônjuges, tampouco há qualquer referência nos autos ao disposto no parágrafo único do art. 7º. do PAF. Situações que, a meu ver, implicariam na necessidade de julgamento em conjunto dos processos ou da aplicação do princípio da decorrência.

Pois bem, vejamos então parte dos fundamentos de mérito do voto condutor do acórdão 1401-00.704:

Compras efetivas

Em relação a este tema, a recorrente afirmou que as notas fiscais glosadas representam compras efetivas de mercadorias destinadas a revenda. Afirmou

que eventuais irregularidades com a situação fiscal dos fornecedores não podem afetar/prejudicar a autuada, que agiu de boa fé.

Tais alegações constituem meras repetições dos argumentos apresentados no tópico correspondente às preliminares.

Naquela oportunidade, restou demonstrado que o fator determinante para a presente autuação **não foi** a mera declaração de inidoneidade da documentação emitida pelos fornecedores da contribuinte, ora recorrente. Na realidade, **o fator determinante para o presente lançamento foi a ausência de comprovação, por parte da recorrente, da efetividade daquelas operações.**

Se a contribuinte, ora recorrente, efetivamente tivesse agido de boa fé, certamente teria trazido aos autos os alegados comprovantes de pagamento relativos àquelas operações.

No entanto, a recorrente não apresentou nenhum elemento de prova (documentos, pagamentos, recebimentos, fretes etc.) visando sustentar sua argumentação, quer por ocasião da autuação, quer no momento da impugnação, quer no momento do recurso voluntário.

A completa ausência de comprovação de tais pagamentos por parte da recorrente, aliada à declaração de inidoneidade dos documentos fiscais emitidos pelos seus fornecedores, comprovam à exaustão que as aludidas operações comerciais não existiram, razão pela qual os valores correspondentes não podem ser considerados como custos para a contribuinte.

Diante do exposto, em relação a este tema a decisão recorrida merece ser confirmada.

Glosa de custo sem glosa da receita correspondente

No entender da recorrente, ao se proceder a glosa de custos, as autoridades fiscais também deveriam ter procedido a glosa das receitas correspondentes.

Alegação totalmente desprovida de sentido.

Afinal, não resta qualquer dúvida acerca da efetiva das receitas, devidamente declaradas e contabilizadas pela contribuinte.

A presente autuação versa, exclusivamente, sobre a glosa de custos não comprovados, tendo em vista a ausência de comprovação do seu efetivo pagamento (cumulada com a declaração de inidoneidade dos documentos fiscais emitidos pelos seus fornecedores).

Assim sendo, não merece prosperar esta alegação da recorrente.

Necessária dedutibilidade do custo das mercadorias vendidas

Segundo a recorrente, não foi correta a glosa dos custos, porque decorrem de operações que foram efetivamente realizadas e são necessários à empresa e à sua fonte produtora, e acham-se devidamente escrituradas nos livros da autuada, o que faz prova a seu favor.

Trata-se de mera reiteração da alegação feita no item anterior, o que dispensa maiores considerações sobre o assunto.

Por mera formalidade, cumpre repetir que, no presente caso, a contribuinte efetivamente não comprovou que as mercadorias entraram em seu estabelecimento, não tendo demonstrado ter agido de boa-fé.

Importante destacar que a fiscalização atuou com fundamento em provas diretas, e não com base em indícios, suspeitas ou suposições, conforme indevidamente alegado pela recorrente.

Em síntese: a insuficiência de elementos comprobatórios impede o acatamento das razões da impugnante. Não há, pois, que se falar em dedutibilidade de custos, uma vez que não restou comprovada a efetividade daquelas operações.

Ônus da prova

A recorrente admitiu ter o ônus da prova de comprovar a efetividade das operações comerciais realizadas com seus fornecedores. No entanto, sustentou que esta comprovação deve ser realizada por meio de seus livros contábeis.

Pelo fato de manter escrituração regular, caberia ao Fisco o ônus de desconstituir as provas registradas em sua contabilidade.

Alegação totalmente desprovida de sentido.

Ab initio, esclareça-se que a contabilidade da contribuinte não era mantida com estrita observância das disposições legais. Afinal, um dos requisitos legais é que todos os lançamentos contábeis sejam alicerçados em documentos hábeis e idôneos.

No caso concreto, quando intimada a comprovar o efetivo recebimento e o efetivo pagamento das mercadorias adquiridas junto a determinados fornecedores, a contribuinte absteve-se, por completo, de apresentar qualquer documento comprobatório.

Sobre o tema, manifestou-se com grande propriedade o acórdão recorrido:

Sujeitam-se, pois, à comprovação, sob pena de glosa dos valores registrados, todas as operações realizadas pela pessoa jurídica, mormente aquelas que envolvem documentos fiscais sob suspeitas de inidoneidade, porque emitidos por empresas irregulares, para fornecer o bem ou para prestar o serviço constante da nota fiscal.

Dessa forma, procedeu corretamente a fiscalização à intimação da empresa para que comprovasse o efetivo pagamento dos custos contabilizados, de forma a validar as despesas computadas como dedutíveis na escrituração da empresa.

Entretanto, a impugnante não apresentou nenhum elemento de prova sequer (documentos, pagamentos, recebimentos, fretes etc.), quer quando da autuação, quer no momento da impugnação, para alicerçar a argumentação vertida na peça de defesa.

Assim sendo, é imprescindível que as provas e argumentos carreados aos autos, no sentido de refutar o procedimento fiscal, se revistam de força probante capaz de propiciar o necessário convencimento e, consequentemente, descaracterizar o que lhe foi imputado pelo fisco.

Isso não obstante, em que pese a argumentação apresentada na peça impugnatória, a contribuinte não comprovou que as mercadorias efetivamente entraram em seu estabelecimento, não tendo demonstrado, dessa forma, ter agido de boa-fé.

Pelo contrário, as provas acostadas aos autos são consistentes e inequívocas, as quais, inclusive, autorizam concluir pela ocorrência de má-fé da contribuinte. Destaque-se, ainda, que a fiscalização atuou com fundamento em provas diretas, e não com base em indícios, suspeitas ou suposições.

Diante do exposto, considero que, em relação a este tema, o acórdão recorrido não merece quaisquer reparos.

A partir da análise dos presentes autos, em confronto com as razões de decidir do ilustre conselheiro Fernando Mattos naquele outro processo, acima transcritas, conclui que, embora o ônus da prova seja da contribuinte, especialmente quanto aos custos contabilizados, é possível que tais custos tenham correspondência com a venda de produtos cujas receitas foram contabilizadas e tributadas.

Os valores glosados variam em torno de 10% a 15% do total dos custos contabilizadas (isso em todas as empresas e períodos de apuração), logo, é possível que a contribuinte tenha mesmo adquiridos as mercadorias desses fornecedores e contabilizado as vendas, conforme alega a contribuinte.

Esses percentuais também coadunam com a acusação fiscal de que não houve ingresso das mercadorias e que as receitas contabilizadas correspondem a vendas dos outros produtos efetivamente adquiridos.

Justamente por serem valores significativo e, principalmente, por se tratar em sua maioria de produtos industrializados, alguns produzidos pelas principais indústrias do país, aliado ao fato de o contribuinte possuir contabilidade regular, formei convencimento da pertinência de uma diligência fiscal, priorizando a verdade material, para trazer aos autos elementos seguros quanto a efetividade, ou não, da entrada deste produtos, bem com fazer verificações que certamente irão robustecer o convencimento do Colegiado.

Diante do exposto, **voto pela conversão do julgamento em diligência para que a Fiscalização da DRF Brasília efetue os seguintes procedimentos:**

1. Identifique nas notas fiscais glosadas pelo menos 2 (dois) produtos fabricados por indústrias nacionais de grandes porte, revendidos por cada uma dos fornecedores considerados inidôneos, listados no TVF, por exemplo de Mucilon (Nestlé), Sopão Knnor, Farofa Yoki. Caso sejam identificados produtos de mesmo fabricante fornecidos por varias empresas consideradas inidôneas, a escolha deve recair sobre esses, facilitando as verificações

1.1 Fazer verificação *in locu* nas prateleiras dos supermercados BIG BOX para apurar o CNPJ dos fabricantes, bem como se os produtos são realmente vendidos nos estabelecimentos, juntando aos autos reprodução da imagem das embalagens.

2. Expedir intimações à essas indústrias (fabricantes) para informar as vendas efetuadas desses produtos, nos anos de 2007 e 2008, tanto para os emitentes das notas fiscais glosadas, quanto para o contribuinte (diretamente) solicitando informar data da venda, número da NF, quantidades vendidas, valor unitário/total e forma de pagamento.

2.1 Solicitar também às indústrias que informem o total das vendas mensais efetuadas ao contribuinte naqueles anos, nesse caso englobando todos os produtos.

3. Escolher pelo menos 1 (um) trimestre do ano calendário 2007, e outro(s) do ano-calendário de 2008, e intimar o contribuinte para que elabore demonstrativos a partir das contabilizações de estoques/entradas/devoluções e vendas desses produtos (quantidades e valores), identificando também se foram realizadas compras de outros fornecedores que não a indústria (fabricante) e das empresas glosas.

3.1 A Fiscalização deverá verificar/atestar a correção desses demonstrativos, mediante análise da escrituração contábil do contribuinte fornecida durante a auditoria fiscal.

O objetivo desse item da diligência é apurar a correspondência entre a quantidade desses produtos vendidos e suas respectivas quantidades disponíveis para venda, determinando se nas quantidades vendidas incluem-se as compras glosados.

Certamente há meios para fazer esse batimento, haja vista que é público e notório que os cupons fiscais emitidos pelos supermercados do Grupo BIG BOX atendem a legislação, individualizando os produtos vendidos, alimentando os sistemas informatizados.

3.2 Elaborar tabela comparativa dos preços médios unitários de compra e venda dos produtos auditados, em cada trimestre (preço da Indústria, preço do fornecedor -compras glosados, preço de venda ao consumidor).

4. A Fiscalização poderá realizar outros procedimentos e verificações, além dos acima solicitados, deste que concernentes com o objetivo da diligência, qual seja, determinar se os produtos relacionados nas notas glosadas foram vendidos pelo contribuinte e compõe as receitas contabilizadas, bem com a pertinência do valor das operações.

5. Ao final, a Fiscalização deverá lavrar relatório consubstanciado, cientificando a contribuinte para, caso deseje, manifestar-se no prazo de 30 dias.

(assinado digitalmente)

Antonio José Praga de Souza