



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

Processo n° 10530001491200756
Recurso n° 169.038 Voluntário
Acórdão n° **1201-000.627 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 16 de janeiro de 2012
Matéria IRPJ
Recorrente Barbosa Distribuidora Norte de Bebidas Ltda
Recorrida Fazenda Nacional

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2002, 2003

NULIDADE. PROVA ILÍCITA. DECISÃO JUDICIAL.

A alegação de que a prova utilizada para embasar arbitramento foi considerada nula pelo Poder Judiciário deve vir acompanhada de prova. O que não está nos autos não está no mundo. Ônus da prova de quem alega. Não havendo prova, o fato não poderá ser considerado pelo julgador administrativo.

ARBITRAMENTO. ELEMENTOS JUSTIFICADORES. DOCUMENTO UNILATERAL DO CONTRIBUINTE. CABIMENTO.

Documento lavrado em papel timbrado e assinado pelos representantes legais do contribuinte, contendo suportas informações sobre resultado, custos e faturamento da empresa fiscalizada, por si só, não faz prova de omissão de receita nem justifica arbitramento, devendo a autoridade fiscal aprofundar a fiscalização promovendo diligências, intimações, circularização etc., tudo no intuito de confirmar a existência de resultados não oferecidos à tributação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencido o conselheiro João Bellini Júnior que negava provimento. O conselheiro Rafael Correia Fuso acompanhou o relator pelas conclusões.

(Assinado digitalmente)

Claudemir Rodrigues Malaquias – Presidente

(Assinado digitalmente)

Regis Magalhães Soares de Queiroz – Relator

Participaram ainda, do presente julgamento, os Conselheiros CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS (Presidente), RAFAEL CORREIA FUSO, JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR, MARCELO CUBA NETTO, JOÃO BELLINI JUNIOR e REGIS MAGALHÃES SOARES DE QUEIROZ (Relator).

Relatório

Conselheiro REGIS MAGALHÃES SOARES DE QUEIROZ, relator:

O presente processo cuida de auto de infração para lançamento por arbitramento do IRPJ, CSLL, PIS E COFINS, e respectivos encargos de juros e multa, referentes aos anos calendários 2002 e 2003.

O fundamento da autuação, de acordo com a descrição do Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 43 a 46 foi o “*arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que a escrituração mantida pelo contribuinte é imprestável para determinação do Lucro Real, em virtude dos erros e falhas abaixo numerados*”.

A imputada *imprestabilidade* da contabilidade da recorrente, segundo o lançamento, decorreu do fato de ter o fisco tido acesso a dez documentos emitidos pela própria recorrente ou por seus dirigentes, supostamente apontando resultados superiores aos contabilizados.

Tais documentos teriam sido apreendidos em operação de busca e apreensão promovida pela DPF na Operação Pista Livre, na sede de terceiros, e teriam como objeto os seguintes dados e controles gerenciais, consoante se depreende da leitura de seus respectivos cabeçalhos:

1. *Balanço Patrimonial encerrado em 31.12.2002;*
2. *Demonstração do Resultado do balanço encerrado em 31.12.2002;*
3. *Demonstração dos custos das mercadorias vendidas em 31.12.2002;*
4. *Demonstração dos lucros e prejuízos acumulados em 31.12.2002;*

5. *Relação das vendas – Período de janeiro de 2002 a dezembro de 2002;*
6. *Relação das vendas – Período de janeiro de 2003 a dezembro de 2003;*
7. *Balancete de verificação encerrado em 31.12.2003;*
8. *Demonstração de resultado do período encerrado em 31.12.2003;*
9. *Demonstração dos custos das mercadorias vendidas em 31.12.2003;*
10. *Demonstração dos lucros/prejuízos acumulados em 31.12.2003.*

Em síntese, o TVF descreve o seguinte, conforme relatado no v. acórdão *a quo*:

11. *“que nas datas de 18/01/2007 e 25/01/2007, o contribuinte atendeu a intimação para apresentação dos documentos solicitados no Termo de Início de Fiscalização;*
12. *que em 29/01/2007 a Primo Schincariol Industria de Cervejas e Refrigerantes S/A, foi intimada a apresentar planilha com relação de notas fiscais de fornecimento de mercadorias ou serviços, destinadas ao contribuinte objeto da fiscalização, ocorrendo o atendimento em 20/02/2007 (fls. 127 a 182);*
13. *que em 12/03/2007, o contribuinte foi intimado a justificar diferenças apresentadas entre o Livro Registro de Saídas e o Livro Razão, ocorrendo o esclarecimento em 23/03/2007 (fls. 105 a 107);*
14. *em 10/04/2007 foi expedido o Termo de Intimação nº 03, onde foi solicitada a apresentação do Contrato de Mútuo firmado com a SUBEAL – Surubim Bebidas e Alimentos Ltda., cujos registros de repasses financeiros, não foram encontrados na contabilidade, além de planilha contendo a relação de clientes e valores de vendas;*
15. *em 31/05/2007, foi expedido o Termo de Intimação Fiscal nº 004, com solicitação de esclarecimentos sobre a inexistência de escrituração contábil do Contrato de Mútuo celebrado entre o contribuinte e a empresa P. R. Distribuidora de Bebidas e Alimentos Ltda. Solicitou-se, também, cópia do Anexo I, indicado na cláusula primeira do Contrato de Mútuo celebrado com a SUBEAL – Surubim Bebidas e Alimentos Ltda, onde constava o cronograma de liberação financeira do empréstimo;*
16. *que a fiscalização, de posse de documentos resultantes de Mandados de Busca e Apreensão expedidos pelo Juiz da Vara Federal de Itaboraí no Rio de Janeiro, emitiu o Termo de Intimação nº 05, para que a empresa fiscalizada justificasse as diferenças entre a sua contabilidade, e os Balanços Patrimoniais, Balancetes de Verificação, Demonstração de*

Resultados, Demonstração dos Custos das Mercadorias Vendidas, Demonstração dos Lucros/Prejuízos Acumulados e Relação de Vendas, todos referentes aos anos de 2002 e 2003 apreendidos por ordem judicial.”

Conclui a Autoridade Fiscal que “*diante dos fatos acima relatados, a fiscalização seguiu o procedimento para o Arbitramento do Lucro do Contribuinte. Pois, os documentos apreendidos anteriormente citados e contidos no Termo de Intimação Fiscal nº 05, apresentam prova da divergência dos valores escriturados pela empresa, configurando uma omissão e falta de escrituração de receitas reais da empresa, documentos estes assinados e ratificados por sócio-administrador e pelo contador da empresa*”, esclarecendo ainda, que será formalizada Representação Fiscal para Fins Penais.

Em decorrência dos mesmos pressupostos fáticos, foram lavrados os autos de infração do Programa de Integração Social – PIS (fls. 13 a 21), da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS (fls.26 a 33), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 31 a 40). O enquadramento legal está devidamente indicado nos respectivos autos de infração.

Na DRJ, o processo foi convertido em diligência para que fossem tomadas as seguintes providências, conforme relatório do v. acórdão *a quo*:

01 - anexar aos autos, cópias dos mandados de busca e apreensão expedidos pelo Juiz Federal Substituto da Vara de Itaboraí, no Rio de Janeiro, ou qualquer outro documento oficial onde constem os motivos e o local onde foi concretizada a apreensão dos documentos acima citados.

02 - anexar aos autos, cópia do expediente que formalizou o envio destes documentos para a Receita Federal do Brasil.

Em atendimento à diligência solicitada, a Autoridade Fiscal presta os seguintes esclarecimentos:

Item 01 – ‘Informo que não me foram repassadas cópias dos mandados de busca e apreensão expedidos pelo Juiz acima citado, mas estou anexando cópia de documento da Coordenação Geral de Fiscalização – COFIS, elaborado pela Equipe Especial de Fiscalização – Portaria SRF nº 1.826, de 08/08/2005, intitulado RELAÇÃO DE LOCALIDADES (parcial) – Operação Pista Livre, onde lista as localidades e pessoas que se submeteram aos mandados de busca e apreensão e os números dos mandados em questão’.

Item 02 – ‘Informo que anexeí cópia do Memorando: Memo Cofis/GAB nº 2006/0439 da COFIS para a Superintendência da Receita Federal na 5ª Região Fiscal’.

Cientificada do resultado da diligência, em 30/12/2007 a recorrente se manifesta alegando que as provas obtidas por meio da Operação Pista Livre devem ser desconsideradas por terem sido obtidas por meio ilícito, sustentando que tal havia sido declarado pelo Poder Judiciário em decisão transitada em julgado prolatada no Processo 2004.51.07.000263-3, em trâmite na 1ª Vara Federal de Itaboraí, no Rio de Janeiro, proferida em decorrência de anterior v. acórdão proferido pelo STJ, rel. Min. Medina.

A DRJ negou provimento à impugnação.

Foi interposto o recurso voluntário de fls. 364 a 407, alegando em síntese (a) a nulidade do lançamento, pois a diligência não logrou trazer aos autos cópia dos mandados de busca e apreensão mencionados no TVF; (b) nulidade do lançamento por ter-se valido de prova obtida por meio ilícito, uma vez que a busca e as ações de busca e apreensão haviam sido anuladas nos autos do processo 2004.51.07.000263-3 em trâmite perante a 2ª Região Fiscal; (c) decadência dos fatos geradores anteriores a 28.6.2002, posto que a intimação do lançamento deu-se em 28.6.2007 e (d) redução da multa agravada de 150% por não estar provada a hipótese do art. 71, inc. I, da Lei 4.502/1964 (e) que a fiscalização deveria ter aprofundado a investigação para corroborar a informação constante nos dez documentos apreendidos na sede de terceiros.

Neste Conselho foi solicitada a juntada de documentação complementar comprobatória da anulação de escutas telefônicas realizadas no bojo da investigação policial denominada Operação Cevada que, no entender da recorrente, implicaria na nulidade da busca e apreensão realizada na sede de terceiros, onde foram localizados os documentos que embasaram este lançamento por arbitramento.

A PFN manifestou-se no sentido do descabimento da juntada destes documentos no Conselho e que não estaria comprovado o trânsito em julgado da decisão que anulou as escutas telefônicas nem que tal decisão tenha o efeito de macular a busca e apreensão da qual resultou a apreensão dos documentos que embasaram o lançamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Regis Magalhães Soares De Queiroz, relator:

O recurso voluntário foi protocolizado dentro do prazo legal e, portanto, dele tomo conhecimento.

1. Preliminar de nulidade - diligência

Afasto a alegação de nulidade por não terem sido juntados aos autos as cópias dos mandados de busca e apreensão expedidos pela Vara Federal de Itaboraí – RJ, posto que desnecessários para o pleno conhecimento dos fatos e da lide, sendo suficiente o conhecimento do Memo Cofis/GAB n. 2006/0439 de 08.05.2006, fls. 311, que dá conta do encaminhamento, à fiscalização, de documentos que diziam respeito ao recorrente, apreendidos no “Caso Pista Livre”.

2. Preliminar de nulidade – uso de prova ilícita

Acolho os documentos juntados diretamente neste Conselho não apenas porque eles tão somente complementam fundamentos e documentos que já haviam sido juntados tempestivamente pelo recorrente, a fim de complementar a compreensão dos fatos, mas também porque há despacho da então Presidente desta Turma determinando a sua juntada.

Aduziu o recorrente que todo o lançamento estaria contaminado pelo uso de prova obtida por meio ilícito. Ele refere-se aos documentos de fls. 66 a 77, que foram apreendidos pela referida ação de busca e apreensão em empresas terceiras, que comerciam com o recorrente e que foram a base do arbitramento realizado pela autoridade lançadora.

Nota-se que o mérito central defendido no recurso voluntário apóia-se na alegação de que a prova utilizada pela fiscalização para embasar o arbitramento teria sido obtida por meio ilícito e que esta ilicitude haveria sido declarada pelo Poder Judiciário, contaminando o lançamento.

Para dar substância a essa alegação, o recurso cita trechos que seriam de decisões judiciais declarando a invalidade das provas obtidas no âmbito da operação denominada “Operação Cevada”. Menciona a existência de decisão transitada em julgado no processo nº 2004.51.07.000263-3 (fls. 369, 375) em relação a ela.

Posteriormente, autorizado por esta Turma julgadora, o recorrente juntou também cópia de certidão de trânsito em julgado desta decisão proferida pelo Col. STJ, que teria declarado a nulidade das escutas telefônicas realizadas na Operação Cevada.

Várias oportunidades têm sido sucessivamente dadas ao recorrente de trazer aos autos demonstração de que as provas que embasam a acusação fiscal destes autos são

decorrentes da operação que teria sido nulificada pelo Poder Judiciário, demonstrando o interesse deste órgão julgador em bem compreender a extensão dos julgados relativos às buscas e apreensões implementadas pelo DPF.

Apesar disto, analisando os documentos juntados pelo recorrente, este relator não conseguiu fazer a correlação entre a declaração de nulidade das escutas telefônicas realizadas na Operação Cevada com a alegada nulidade da busca e apreensão que culminou com a apreensão dos documentos na sede de terceiros, e que deram base ao arbitramento destes autos que, segundo relata o MVF, ocorreu no bojo da Operação Pista Livre.

É certo que a recorrente trata ambas como sendo a mesma operação mas, *venia concessa*, não conseguiu demonstrar essa assunção. E o ônus da prova é do contribuinte. Cabe-lhe trazer aos autos as provas da existência e da validade de suposta decisão judicial que lhe beneficia, bem como acerca da aplicabilidade desta decisão ao processo administrativo subjacente.

De fato, este relator não encontrou nos autos a demonstração de que a Operação Cevada e a Operação Pista Livre são a mesma operação ou, pelo menos, operações decorrentes uma da outra, razão pela qual não acolho esta preliminar de nulidade.

3. Do arbitramento

A fiscalização tomou como fundamento para apurar a base de cálculo dos tributos ora arbitrados as informações contidas nos dez documentos apreendidos, pela operação Pista Livre, na sede de terceira pessoa jurídica que não é parte neste PAF.

Além disto, no curso da fiscalização, o ora recorrente foi intimado para explicar a falta de contabilização de dois contratos de mútuo, um celebrado com as empresas SUBEAL - Surubim Bebidas e Alimentos Ltda. no valor de R\$ 1.700.000,00 (fls.79 a 88) e outro celebrado com a P. R. Distribuidora de Bebidas e Alimentos Ltda. no valor de R\$ 1.675.300.00 (fls. 62 a e 63). Consta nos autos não ter havido explicação para falta de contabilização de tais contratos.

A autoridade lançadora, com o desenvolvimento da investigação e após obter os documentos objeto de busca e apreensão acima mencionados, acabou por ignorar estas omissões tendo preferido arbitrar o lançamento diretamente e exclusivamente fundada nos dados obtidos naqueles documentos, supondo tratar-se do verdadeiro movimento da recorrida.

No TVF encontra-se a base da autuação às fls. 43 e seguintes, verbis:

Em função dos fatos relatados anteriormente, a Fiscalização de posse dos seguintes Documentos apreendidos pelos seguintes Mandados de Busca e Apreensão, expedidos pelo MM. Juiz Federal Substituto da Vara Federal de Itaboraí/RJ, Dr. Valmir Costa Magalhães: MCR 0701.000020-0/20005, 0701.000032-3, 0701.000033-8/2005, 0701.000377-0/2005, 0701.000407-7/2005, 0701.000447-1/2005, 0701.000449-0/2005, 0701.000452-2/2005, 0701.000453-7/2005 e 0701.000503-1/2005; verificou diferenças de valores constantes nos livros Contábeis e cópia de documentos em anexo

instituições financeiras a fim de obter tratamento mais vantajoso (fls. 265, parágrafo 7 e ss.). Aduz que embora seja prática comercial recriminável, não gera *per se* obrigação tributária, havendo a fiscalização que perquirir além, a fim de confirmar a real ocorrência das rendas que nele foram declaradas.

Eu estou de acordo com esta linha de defesa adotada pela recorrente.

Os documentos apreendidos, ainda que em papel timbrado da recorrente e assinado por um sócio e por um gerente administrativo, por si sós não autorizam *per se* desconsiderar a escrituração fiscal da recorrente, tachando-a de “imprestável”.

Para chegar a tanto, penso que a fiscalização deveria ter aprofundado a sua perquirição, diligenciado para obter outros elementos que pudessem corroborar a suposta omissão de receitas, por exemplo, fiscalizando a evolução de sua movimentação bancária ou, ainda, pela análise de sua apuração do ICMS, dos livros de entrada e saída e de estoques, buscando informações sobre aquisição e vendas de mercadorias mediante circularização de fornecedores e adquirentes, enfim, buscando elementos que pudessem confirmar ou não o indício consubstanciado nos documentos apreendidos e, só então, arbitrar o lucro.

O fato é que, entretanto, nada disso fez a fiscalização, tendo se satisfeito com os papéis apreendidos tomando-os como verdades absolutas, deixando desta forma de cumprir seu papel que é o de efetivamente fiscalizar o contribuinte.

Note-se, por exemplo, que a fiscalização recebeu as planilhas do fornecedor da recorrente com todas aquisições de produtos. Pediu esclarecimentos ao fiscalizado mas, após tomar conhecimento dos dez documentos citados, abandonou completamente esta linha de perquirição passando a fundar-se exclusivamente nestes documentos para concluir o lançamento.

Na mesma linha, com relação à não contabilização de dois contratos de mútuo a fiscalização fez o mesmo, tendo deixado de explorar esta missão assim que entrou na posse dos referidos documentos.

Assim, embora haja indício de dúvida acerca da qualidade da contabilidade da recorrente, faltam elementos que corroborem a assunção da fiscalização sobre ser ela “imprestável”.

Não tendo a fiscalização se esmerado na complementação da prova indiciária, não vejo como posso inquirir de “imprestável” a contabilidade da recorrente.

3. Conclusão

Isso posto, dou provimento ao recurso voluntário para julgar improcedente o lançamento, ficando prejudicada análise da preliminar de mérito relativa à decadência.

É o meu voto.

(Assinado digitalmente)

Regis Magalhães Soares De Queiroz – Conselheiro Relator

Processo nº 10530001491200756
Acórdão n.º **1201-000.627**

S1-C2T1
Fl. 10

CÓPIA