



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
QUINTA CÂMARA**

Processo nº 10680.015404/2007-24
Recurso nº 166.714 Voluntário
Matéria IRPJ E OUTROS - Ex(s):2003, 2004, 2006
Acórdão nº 105-17.364
Sessão de 17 de dezembro de 2008
Recorrente VIVIANE SANTOS CLASSIFICAÇÃO DE PEDRAS LTDA
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG

Assunto: IRPJ, CSLL, IRF, PIS E COFINS

Exercício: 2003, 2004, 2005, 2006.

Ementa: É nulo o processo a partir da impugnação, por cerceamento do direito de defesa no caso em que o contribuinte está impedido do acesso a seus livros e documentos para se defender e a autoridade de primeira instância mantém o lançamento sem fraquear todos os meios para garantir o amplo direito de defesa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, ANULAR o processo a partir da impugnação inclusive, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



JOSÉ CLÓVIS ALVES
Presidente e Relator

Formalizado em: 19 DEZ 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: WILSON FERNANDES GUIMARÃES, PAULO JACINTO DO NASCIMENTO, MARCOS RODRIGUES DE MELLO, LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, WALDIR VEIGA ROCHA, LUCIANO INOCÊNCIO DOS SANTOS e BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR. Ausentes, justificadamente os Conselheiros ALEXANDRE ANTÔNIO ALKMIM TEIXEIRA e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.

Relatório

Viviane Santos Classificação de Pedras Ltda, CNPJ 65.148.207/0001-53, inconformada com a decisão contida no acórdão 02-16.737 de 02 de janeiro de 2008, proferido pela 3ª Turma da DRJ em Belo Horizonte MG, interpôs recurso a este Colegiado objetivando a reforma da decisão.

Adoto o relatório da DRJ.

Os autos de infração a folhas 4 a 19 exigem o recolhimento de crédito tributário no montante de R\$ 12.766.103,59, assim discriminado:

	TRIBUTO	JUROS DE MORA	MULTA	TOTAL
Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ)	1.207.216,21	623.973,83	1.810.824,31	3.642.014,35
Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF)	2.420.474,48	1.548.534,73	3.630.711,69	7.599.720,90
Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS)	8.085,00	3.680,29	12.127,50	23.892,79
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)	460.517,83	239.129,34	690.776,74	1.390.423,91
Contribuição p/ Financiamento da Seg. Social (Cofins)	37.240,00	16.951,64	55.860,00	110.051,64

A - DESCRIÇÃO DAS INFRAÇÕES IMPUTADAS

I - Auto de infração de IRPJ

O autuante, reportando-se ao termo de verificação a folhas 26 a 30, atribui à autuada duas infrações, de cuja descrição adiante se faz uma síntese, segundo o que consta no lançamento.

1. OMISSÃO DE RECEITAS – PAGAMENTOS EFETUADOS COM RECURSOS ESTRANHOS À CONTABILIDADE – Omissão de receita caracterizada pela falta de contabilização de pagamentos efetuados a Jezzini Minerais Preciosos Ltda. Período de apuração: ano-calendário de 2004. Enquadramento legal: artigo 249, inciso II, artigo 251, parágrafo único, artigos 279, artigo 281, inciso II, e artigo 288, todos do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 – Regulamento do Imposto de Renda 1999 – RIR 1999.

2. CUSTOS OU DESPESAS NÃO COMPROVADAS – GLOSA DE DESPESAS – Glosa de despesas apropriados com base em documentos inidôneos. Períodos de apuração: anos-calendários de 2002, 2003 e 2004. Enquadramento legal: artigo 249, inciso I, artigo 251, parágrafo único, e artigos 300 e 304, todos do RIR 1999.

II - Auto de infração de PIS



Lançamento dito decorrente do de IRPJ descrito no item anterior deste relatório, mas que com este compartilha apenas a primeira das infrações imputadas, isto é, a omissão de receita caracterizada pela falta de contabilização de pagamentos efetuados a Jezzini Minerais Preciosos Ltda. Período de apuração: julho de 2004. Enquadramento legal: artigos 1º, 3º e 4º da Lei nº 10.637, de 2002.

III - Auto de infração de Cofins

Lançamento dito decorrente do de IRPJ descrito no item anterior deste relatório, mas que com este compartilha apenas a primeira das infrações imputadas, isto é, a omissão de receita caracterizada pela falta de contabilização de pagamentos efetuados a Jezzini Minerais Preciosos Ltda. Período de apuração: julho de 2004. Enquadramento legal: artigos 1º, 3º e 5º da Lei nº 10.833, de 2003.

IV - Auto de infração de CSLL

Lançamento dito decorrente do de IRPJ descrito no item anterior deste relatório, e que com este compartilha as mesmas infrações imputadas à autuada, a saber:

1. CUSTOS OU DESPESAS NÃO COMPROVADAS – GLOSA DE DESPESAS – Glosa de despesas apropriados com base em documentos inidôneos. Períodos de apuração: anos-calendários de 2002, 2003 e 2004. Enquadramento legal: artigo 2º, e seus parágrafos, da Lei nº 7.689, de 1988; artigo 19 da Lei nº 9.249, de 1995.

2. OMISSÃO DE RECEITAS – PAGAMENTOS EFETUADOS COM RECURSOS ESTRANHOS À CONTABILIDADE – Omissão de receita caracterizada pela falta de contabilização de pagamentos efetuados a Jezzini Minerais Preciosos Ltda. Período de apuração: ano-calendário de 2004. Enquadramento legal: artigo 2º, e seus parágrafos, da Lei nº 7.689, de 1988; artigo 24 da Lei nº 9.249, de 1995; artigo 1º da Lei nº 9.316, de 1996; artigo 28 da Lei nº 9.430, de 1996; artigo 37 da Lei nº 10.637, de 2002.

V - Auto de infração de IRRF

Lançamento dito decorrente do de IRPJ descrito no item anterior deste relatório, e que, com base nos mesmos fatos que resultaram na glosa de despesas (item 1 do auto de infração de IRPJ), imputa à autuada a seguinte infração:

1. IRRF SOBRE PAGAMENTOS SEM CAUSA OU A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS – Pagamentos sem causa, efetuados a beneficiários não identificados.



Datas do fato gerador: 04.11.2002, 06.11.2002, 02.12.2002, 06.12.2002; 12.12.2002, 18.12.2002, 09.01.2002, 28.02.2003, 31.03.2003, 13.02.2004, 28.02.2004, 20.03.2004, 27.03.2004, 30.03.2004, 30.04.2004, 16.06.2004, 30.06.2004, 11.10.2004. Enquadramento legal: artigo 674 do RIR 1999.

Termo de verificação fiscal

No termo de verificação fiscal a folhas 26 a 30 o autuante apresenta a motivação do lançamento. Os enunciados seguintes resumem o seu conteúdo.

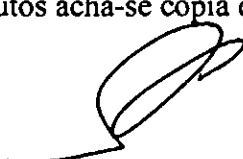
- A fiscalizada adotou o regime do lucro real com apuração anual nos anos-calandários de 2002 a 2004, conforme cópia das DIPJ respectivas, que compõem o anexo 1 dos autos.

- A ação fiscal teve início em 08.01.2007 com a intimação para apresentação de livros e documentos da escrituração contábil e fiscal, por meio do termo de início de ação fiscal cuja ciência, pelo sujeito passivo, se deu na pessoa da proprietária Vivianne Albertino Santos, em sua residência, a qual informou que a empresa deixou de funcionar no endereço cadastral em decorrência da Operação Carbono.

- Em resposta ao termo de início, foram apresentadas cópias dos atos constitutivos da empresa e informado que era impossível entregar os documentos solicitados pois eles haviam sido apreendidos por ocasião da Operação Carbono, deflagrada pela Polícia Federal em 10.02.2006, na sede da empresa, e no escritório do contador Mateus Ribeiro da Silva, conforme cópia do auto de apreensão apresentado pela fiscalizada.

- Tais documentos foram apreendidos pelo Departamento da Polícia Federal (e posteriormente repassados a RFB), em cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido pela Justiça Federal e estariam relacionados com o comércio ilegal de diamantes, o qual consiste na exportação, para a Bélgica e para os Emirados Árabes Unidos, de pedras supostamente oriundas da extração em garimpos ilegais nas regiões Norte e Centro-Oeste do Brasil e até mesmo de lavras situadas em regiões de conflito armado no continente africano.

- De acordo com as informações colhidas durante a fase preparatória da Operação Carbono, a empresa obteria notas fiscais de diversas empresas que, em princípio, não se dedicavam à extração de diamantes para dar lastro legal à entrada de pedras que posteriormente seriam exportadas utilizando-se de Certificados Kimberley (os quais atestam a origem de diamantes e são necessários para a sua exportação) obtidos de forma irregular. Anexa aos autos acha-se cópia de artigos jornalísticos sobre a Operação Carbono.



- Pelo exame dos livros e documentos apreendidos, constatamos que a empresa possui diário, razão e balancete dos anos sob ação fiscal, embora o diário não se encontre autenticado na Junta Comercial. Cópia do diário e do razão constituem o anexo 2 dos autos.

- Solicitamos esclarecimentos à fiscalizada sobre notas fiscais que em sua contabilidade acobertavam custos e pagamentos, uma vez que alguns dos emitentes informaram ao fisco que não mantiveram relacionamento comercial com a fiscalizada, enquanto outros não foram localizados nos endereços constantes dos cadastros da Receita Federal. A fiscalizada respondeu que a negação pelas empresas de relacionamento comercial com ela não tem o condão de elidir as operações comerciais efetivamente realizadas, e que tal constatação careceria de diligências mais aprofundadas. Acrescentou que não tem a obrigação legal de fiscalizar o controle sobre a situação cadastral – especificamente o endereço – das empresas com as quais manteve relações comerciais.

- Aprofundando as investigações sobre a idoneidade dos documentos na contabilidade da fiscalizada, junto aos supostos emitentes e nas gráficas emissoras das notas fiscais, constatou-se o que se segue, em relação a cada um deles. Essa investigação comprovou que as notas fiscais encontradas na contabilidade da autuada são documentos inidôneos. Por isso, os custos são glosados, e os pagamentos efetuados são considerados sem causa e a beneficiários não identificados.

Mineração São Judas Ltda

- Todos os pagamentos foram contabilizados como se tivessem sido efetuados em espécie, o que não é usual em face dos montantes envolvidos.

- Em resposta a termo de intimação fiscal, a empresa informou, por seu representante legal que nunca manteve relação de nenhuma natureza com a fiscalizada.

- Examinando-se cópia do livro de registro de saídas fornecido pela empresa, não se constata que seja compatível a numeração das notas fiscais por ela emitidas com a numeração das notas fiscais encontradas na contabilidade da fiscalizada.

- Intimada a apresentar a cópia da AIDF nº 789, que consta no pé das notas fiscais contabilizadas pela fiscalizada, a Gráfica Olanda respondeu que tal AIDF foi utilizada em dezembro de 1995 para a confecção de notas fiscais para Pedras Preciosas Brasileiras Comércio e Exportação Ltda. Essa informação coincide com a resposta do chefe do Posto Fiscal da Capital – 10 – Santana, da Secretaria de Fazenda de São Paulo.



Mineração Serra Grande S.A.

- Todos os pagamentos foram contabilizados como se tivessem sido efetuados em espécie, o que não é usual em face dos montantes envolvidos.
- Em resposta a termo de intimação fiscal, a empresa informou, por seu representante legal que não realizou nenhuma operação de venda nem de prestação de serviço com a fiscalizada.
- Examinando-se cópia do livro de registro de saídas fornecido pela empresa, não se constata que seja compatível a numeração das notas fiscais por ela emitidas com a numeração das notas fiscais encontradas na contabilidade da fiscalizada.
- Intimada a apresentar a cópia da AIDF nº 483009-1, que consta no pé das notas fiscais contabilizadas pela fiscalizada, a L.L. Gráfica e Editora Ltda apresentou cópia da AIDF, mas informou que não confeccionou essas notas fiscais, pois elas não se encontram de acordo com o modelo aprovado pela legislação de Goiás, conforme modelo anexado a sua resposta. Trata-se de falsificação grosseira, pois os campos são diferentes, as discriminações das vias são feitas separadamente, e a numeração em duas notas contém apenas 4 dígitos, enquanto em outra contém 6 dígitos.

H. R. Mineração Ltda

- Todos os pagamentos foram contabilizados como se tivessem sido efetuados em espécie, o que não é usual em face dos montantes envolvidos.
- A intimação encaminhada por via postal foi devolvida pelos Correios, após tentativas de entrega no endereço indicado no cadastro da Receita Federal.
- A empresa entrega declaração de inatividade desde o ano-calendário de 2000, o que abrange o período da nota fiscal constante da escrituração da fiscalizada.
- Intimada a apresentar a cópia da AIDF nº 000733982002, que consta no pé das notas fiscais contabilizadas pela fiscalizada, a Gell Gráfica e Editora Ltda apresentou cópia da AIDF, mas informou que não confeccionou essas notas fiscais, pois a referida AIDF foi usada para impressão de notas fiscais para R & V Mineração Ltda, conforme discriminado na AIDF por ela apresentada.
- A informação da gráfica coincide com o que se obteve da Secretaria da Fazenda de Minas Gerais, segundo a qual na sua base de dados a H.R. Mineração está suspensa desde 12.07.1995 e que, em consequência, a inscrição estadual desta foi cancelada. Acrescenta



que apenas uma AIDF foi autorizada em 11.11.1994, com outro número. E confirma que a AIDF mencionada no parágrafo precedente foi emitida para a R & V Mineração Ltda.

Minerpal Mineração e Comércio Ltda

- Todos os pagamentos foram contabilizados como se tivessem sido efetuados em espécie, o que não é usual em face dos montantes envolvidos. Também não é usual que parte do pagamento da nota fiscal 001123 tenha sido efetuado mais de um ano após a emissão da nota fiscal.

- Em resposta a termo de intimação fiscal, a empresa informou, por seu representante legal que nunca manteve relação comercial com a fiscalizada.

- Examinando-se cópia do livro de registro de saídas fornecido pela empresa, não se constata que seja compatível a numeração das notas fiscais por ela emitidas com a numeração das notas fiscais encontradas na contabilidade da fiscalizada.

- Intimada a apresentar a cópia da AIDF nº 844, que consta no pé das notas fiscais contabilizadas pela fiscalizada, a Gráfica & Editora Cipriani Ltda respondeu que tal número de AIDF é de 1976 e que não foi usado, pois foi considerado como cancelado.

Itafort Indústria e Comércio de Minerais Ltda

- Pagamento contabilizado como se tivesse sido efetuado em espécie, o que não é usual em face dos montantes envolvidos.

- Na emissão das notas fiscais encontradas não foi datilografada a respectiva numeração, de modo que lhes falta um dos requisitos essenciais de um documento dessa natureza. No rigor da lei, portanto, não se trata de notas fiscais.

- A intimação enviada por via postal a Itafort retornou, pois não foi procurada pelo destinatário, cujo endereço é na zona rural de Itapeva, SP. O representante da Itafort, do qual o nº de inscrição no CPF é 038.983.906/08, não foi encontrado no endereço que consta do cadastro da Receita Federal. Constatou-se que sua inscrição no CPF foi baixada, de ofício, por multiplicidade de inscrições.

- As notas fiscais contabilizadas pela fiscalizada são de outubro e novembro de 2004, mas a Itafort apresentou declaração simplificada quanto ao ano-calendário de 2004, na qual informou ter auferido receitas apenas nos meses de janeiro a maio. Esta foi a última declaração entregue pela empresa, conforme consulta aos sistemas da Receita Federal.



- Foi enviada intimação para o responsável pelo preenchimento da declaração mencionada no item anterior, o qual respondeu que a DIPJ 2005 foi apresentada por meio de seu escritório de contabilidade em relação ao movimento fiscal lançado nos livros próprios até maio de 2004, pois desde junho desse ano não tivera mais contato com a empresa nem com os sócios, por se encontrarem em lugar incerto e não sabido. A mesma informação ela já havia dado, em 25.05.2005 à fiscalização estadual paulista.

- Intimada a apresentar a cópia da AIDF nº 002687, que consta no pé dos formulários encontrados na contabilidade da fiscalizada, a gráfica LS Formulários Ltda apresentou cópia da mencionada AIDF, relativa a formulário contínuo em cinco vias de numeração 12.501 a 14.500. Esta informação coincide com a resposta do chefe do Posto Fiscal – 10 – Sorocaba, da Secretaria da Fazenda de São Paulo.

Sólida Construções e Edificações Ltda

- Todos os pagamentos foram contabilizados como se tivessem sido efetuados em espécie, o que não é usual em face dos montantes envolvidos.

- A Sólida apresentou Declaração de Inatividade de Pessoa Jurídica no ano-calendário de 2004, em que declara ter permanecido sem efetuar nenhuma atividade operacional, não operacional, financeira ou patrimonial.

- Em resposta a termo de intimação fiscal, a empresa informou, por seu representante legal que não mantém relação comercial com a fiscalizada.

- Convidados a prestar esclarecimento, compareceu a DRF/Belo Horizonte, em 13.08.2007, o proprietário da Sólida, Ricardo Siqueira de Moura, o seu advogado, Carlos Alberto Moreira Alves, e a responsável pelo preenchimento da declaração de inatividade, Luiza Salvador de Moraes Santiago. Esta declarou que a empresa não tem documentos do ano de 2004 porque estava com as atividades paralisadas. Acrescentou que nem na época nem atualmente a empresa possuía equipamentos e máquinas que possibilitassem a prestação dos serviços descritos nas notas fiscais que lhe foram apresentadas. A informação foi corroborada pelo atual proprietário da Sólida.

Jezzini Minerais Preciosos Ltda

- A intimação enviada a Jezzini por via postal retornou com a informação de que o contribuinte se havia mudado.

- Em consulta no sítio da Secretaria da Fazenda do Paraná, verificou-se que é válida a AIDF constante no pé das notas fiscais emitidas pela Jezzini para a autuada.



- A Jezzini apresentou DIPJ para o ano-calendário de 2004 com valores zerados para receitas.

- Em diligência realizada pela DRF/Curitiba na Jezzini, seu sócio Khaled Jezzini informou, conforme correspondência anexa, ter recebido da fiscalizada R\$ 370.000,00, em 14.07.2004, por transferência bancária (conforme extrato bancário apresentado); e R\$ 120.000,00, que alega ter recebido em espécie. Os lançamentos respectivos encontram-se nas folhas 101, 102, 110 e 111 do Diário nº 1 da Jezzini, das quais uma cópia é anexada.

- Constatou-se a falta de contabilização pela fiscalizada, no ano de 2004, conforme cópia do diário anexo, desses pagamentos reconhecidos pelo fornecedor.

- Intimada a esclarecer a falta de escrituração dos pagamentos, a fiscalizada requereu a dilação do prazo de resposta e permissão para o exame dos documentos de sua escrita fiscal, o que lhe foi facultado na pessoa do seu contador, assim como se lhe concederam mais dez dias para responder.

- Em 20.09.2007, a fiscalizada afirmou não reconhecer a autenticidade da transferência da importância de R\$ 370.000,00, alegando inconsistências na informação prestada pela Jezzini, pois segundo seu entendimento nos extratos emitidos pelos bancos não consta o nome dos emitentes de transferências. Não tem razão a fiscalizada, pois é fácil comprovar que alguns bancos apresentam em seus extratos informações sobre remetentes e destinatários de valores transferidos, principalmente no caso de somas elevadas, e o Bradesco é um deles. Observe-se que o extrato foi emitido em 26.07.2004, por via da Internet.

- A fiscalizada equivocadamente alega também que a nota fiscal nº 0038 apresenta valor incorreto, pois a quantidade vendida corresponde a 105,18 quilates, no valor unitário de R\$ 9.514, 77 o que não perfaria R\$ 370.000,00. Em verdade, o valor unitário constante da nota fiscal é R\$ 3.517,77, o qual, multiplicado por 105, 18, dá R\$ 369.999,05, ou R\$ 370.000,00, arredondando.

- A fiscalizada não apresentou nenhum fato novo que justifique a falta de escrituração dos pagamentos. As notas fiscais foram contabilizadas por ela como custos correspondentes. Ou seja, ela põe em dúvida a idoneidade de documentos encontrados em sua contabilidade e cujos custos foram computados no resultado do exercício e que estão em aberto no seu passivo. Não é também comum a venda de diamantes sem a contrapartida do recebimento de seu valor. Não importa se o pagamento ocorreu em 14.07.2004 ou em 28.07.2004.



- Portanto, deve-se considerar correta a apropriação dos custos correspondentes. Porém, ao não contabilizar os pagamentos, a fiscalizada incorreu em infração da legislação consistente em omissão de receitas caracterizada por pagamentos efetuados com recursos estranhos à contabilidade.

IRRF sobre pagamentos causa ou a beneficiários não identificados

- Os pagamentos sem causa ou por operação não comprovada estão sujeitos à incidência do IRRF exclusivamente na fonte, de acordo com o artigo 61, § 1º, da Lei nº 8.981, de 1995. A base de cálculo foi reajustada na forma do artigo 61, § 3º, da Lei nº 8.981, de 1995.

Prejuízos fiscais e base negativa da CSLL

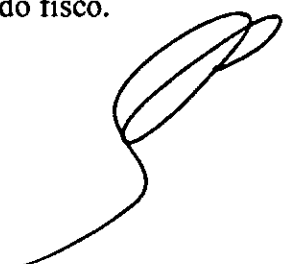
- O contribuinte apurou prejuízos fiscais operacionais em 2002, 2003 e 2004, compensáveis com lucro real. Esses prejuízos não foram ainda utilizados pelo contribuinte, como atesta o sistema Sapli. Da mesma forma, o contribuinte apurou bases de cálculo negativas da CSLL nos mesmos valores dos prejuízos fiscais, as quais também não foram utilizadas nos períodos-bases posteriores. Fez-se a compensação dos prejuízos fiscais e das bases negativas, conforme demonstrativos anexos.

Evidente intuito de fraude

- Caracterizam o evidente intuito de fraude a que aludem os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, os fatos que se seguem, em conjunto com tudo o que já foi exposto no termo de verificação fiscal.

- A falta de contabilização dos pagamentos e a contabilização dos pagamentos com a ocultação dos reais beneficiários dos recursos, assim como o uso de notas fiscais inidôneas teve, entre outros objetivos, o de reduzir ou suprimir tributo. Nada impediria que a fiscalizada, independentemente de ter praticado os desvios de recursos, calculasse e recolhesse os respectivos tributos.

- A fiscalizada praticou voluntária e intencionalmente atos que, analisados objetivamente, compõem percurso notoriamente utilizado para lesar o fisco, visto que o uso de documentos inidôneos leva à convicção de que a fiscalizada se orientou para a realização da infração, além do que, dispunha, em concreto, da capacidade de antecipar e prever as consequências do seu modo de agir, o que caracteriza o intuito de tirar proveito em detrimento do fisco.



- Sobre essas infrações aplica-se a multa qualificada prevista no § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pela Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007.
- Lavrou-se representação fiscal para fins penais, que tramita no processo nº 10680.015419/2007-92, anexo.
- A fiscalizada foi intimada a regularizar sua situação cadastral, tendo em vista que não está em funcionamento no endereço cadastrado na Receita Federal.

B - IMPUGNAÇÃO DO LANÇAMENTO

A autuada foi notificada dos lançamentos, pessoalmente por meio de seu procurador, em 10.10.2007. Em 09.11.2007 apresentou uma só impugnação, juntada a folhas 289 a 314. Resumem o seu conteúdo os enunciados seguintes.

Do auto de infração

- Está sendo exigido IRPJ (fls. 4 a 7, processo nº 10680.015404/2007-24), PIS (fls. 8 e 9, processo nº 10680.015404/2007-24), Cofins (fls. 10 e 11, processo nº 10680.015404/2007-24), CSLL (fls. 12 a 15, processo nº 10680.015404/2007-24), IRRF (fls. 16 a 19, processo nº 10680.015404/2007-24), imposto sobre operações financeiras - IOF (processo nº 10680.015422/2007-14), multa isolada sobre o IRPJ (processo nº 10680.015423/2007-51), multa isolada sobre a CSLL (processo nº 10680.015421/2007-61).
- No auto de infração de PIS, no campo destinado à descrição dos fatos e do enquadramento legal (fls. 9), o autuante diz que “A descrição dos fatos que originaram o presente auto e os respectivos enquadramentos legais encontram-se em folhas de continuação anexas”. Contudo, na cópia fornecida pela repartição competente, não constam a descrição dos fatos, os enquadramentos legais, nem as alegadas folhas de continuação anexas, o que resulta em impossibilidade de a impugnante apreciar o feito e contestar a exigência. O mesmo cabe dizer em relação ao auto de infração de Cofins.
- Apesar de as folhas 16 a 19 do processo nº 10680.015404/2007-24 se apresentarem cálculos referentes à cobrança de IRRF, o auto de infração respectivo não consta do processo cujas cópias foram fornecidas à impugnante. Tal como sucedeu com a exigência relativa a Cofins e ao PIS, a fiscalização não esclareceu as razões de exigir IRRF sobre pagamentos a beneficiários não identificados, consequência óbvia da falta do auto de infração.



- No tocante ao auto de infração de IOF, a própria fiscalização, em seu termo de verificação fiscal (fls. 26 do processo 10680.015422/2007-14), reconhece que a Polícia Federal apreendeu toda a documentação constante dos arquivos da impugnante e posteriormente a transferiu para a Receita Federal. Essa documentação não foi devolvida à impugnante, apesar de constar, como de praxe e rotina, nos termos de encerramento de ação fiscal que a documentação examinada fora devolvida ao contribuinte. A fiscalização não pesquisou a data de restituição dos valores mutuados e nem a impugnante pode fazê-lo, porque toda a documentação continua retida na Receita Federal.

Da impugnação

- Levando em conta que todos os autos de infração foram gerados em uma única operação fiscal e todos os lançamentos decorrem daquele relativo ao IRPJ, a impugnação, visando a facilitar o exame da matéria como um todo, é elaborada em peça única, a ser aplicada e integrada a todos os processos individuais.

Do cerceamento de defesa

- À impugnante foi interposta barreira que não só dificulta a defesa, mas a impossibilita.
- Não obstante constar no termo de encerramento que a fiscalização devolveu todos os livros e documentos, a impugnante não recebeu nenhum dos documentos que lhe foram apreendidos pela Polícia Federal e depois transferidos para a Receita Federal, como está confirmado pela própria fiscalização no termo de verificação fiscal.
- A tentativa feita pela impugnante de obter de volta a documentação para que exercesse seu direito de defesa frustrou-se, porque o Judiciário lhe deu resposta negativa.
- A impugnante está impedida de exercer seu direito de defesa, pois lhe é vedado buscar as explicações em seu próprio patrimônio, constituído de sua documentação comercial e fiscal, explicações que se transformariam em comprovações quanto à impropriedade do auto de infração.
- Percorrendo as páginas dos processos, saltam aos olhos inúmeras irregularidades, insanáveis do ponto de vista da defesa da impugnante: estão ausentes as fls. 2 e 10 do termo de verificação fiscal relativo ao processo 10680.015404/2007-24.
- Basta pinçar alguns exemplos do processo para constatar a inconsistência da ação fiscal. Não se perquire sobre a utilidade – para fins do lançamento fiscal – da inclusão no



processo de dezenas de páginas de jornal que estão alimentando polêmicas em torno do assunto diamante.

O caso da Sólida Construções e Edificações Ltda

- A folhas 191 a 197 encontram-se cópias de notas fiscais e faturas emitidas pela Sólida, em janeiro, fevereiro e março de 2004, referentes a serviços prestados à impugnante. A fiscalização intimou a empresa a comprovar a prestação dos serviços, o recebimento dos valores e os registros contábeis relativos (fls. 200). A empresa respondeu que não mantinha relações comerciais com a impugnante (fls. 201). A fiscalização solicitou então a apresentação dos blocos de notas fiscais emitidos no período. A empresa respondeu oferecendo cópia da documentação de julho de 2006 a abril de 2007, e solicitando à “Receita Federal (devido a extravio), cópias das Notas Fiscais emitidas contra a empresa Viviane Santos Classificação de Pedra Ltda. CNPJ 65.148.207/0001-53, para podermos informar ou não se as mesmas são autênticas” (fls. 240).

- Luíza Salvador de Moraes Santiago, responsável pela declaração da Sólida, foi intimada a apresentar seus livros. Ela respondeu que confirmava estar a documentação extraviada, o que inclui todo o período de sua vida até a junho de 2006, e insiste em ter cópias das notas fiscais emitidas contra a impugnante para as examinar. Ela compareceu à Receita Federal e, mediante termo, declarou que a empresa não tem documentos dos anos de 2004 e 2005, com também não possuía máquinas que pudessem executar os serviços indicados nas notas fiscais.

- Apesar de a empresa declarar não poder comprovar o solicitado pela repartição, uma vez que sua documentação se achava extraviada e não obstante a existência de documentário por ela emitida, a fiscalização decidiu que aquele desprovido de documentação merece maior credibilidade que a impugnante e, assim, considerou que o serviço não foi executado.

O caso da empresa Jezzini Minerais Preciosos Ltda

- A fls. 210 encontra-se a nota fiscal nº 0038, emitida pela Jezzini, no valor de R\$ 370.000,00, em 28.07.2004. Intimada pela fiscalização, a empresa encaminhou a documentação solicitada (fls. 222), alegando que o valor de R\$ 370.000,00 foi recebido da impugnante, conforme fls 3/4 do extrato bancário fornecido.

- Efetivamente constam do extrato R\$ 370.000,00, mas esse valor nada tem que ver com a referida nota fiscal. Primeiramente, porque a nota fiscal é de 28.07.2004,



enquanto a movimentação bancária é de 14.07.2004. Não se pode acreditar que a impugnante pagasse o valor duma nota fiscal que seria emitida catorze dias depois. Pergunta-se como vendedor e comprador saberiam que viriam a negociar um lote de diamantes no exato valor de R\$ 370.000,00 meio mês mais tarde.

- Mais importante ainda é que no extrato apresentado o histórico “transf.ag.dinh. Viviane Santos C. Pedras” estão estornadas no mesmo dia. É evidente o engano existente na conta corrente da empresa Jezzini, porque a impugnante não mantinha conta corrente no Bradesco naquela época e, portanto, não poderia fazer transferência entre agências como consta do histórico.

- Além disso, a fls. 230 acha-se cópia do diário da Jezzini, onde se pode ler, no dia exato da nota fiscal nº 0038, de 28.07.2004, o registro da venda, mas não se encontra o registro do recebimento. Deveria haver tal registro, pois no mesmo diário e dia encontra-se venda relativa à nota fiscal nº 0039 e o respectivo pagamento no valor de R\$ 120.000,00 (fls. 229).

- A fiscalização, apesar de toda a comprovação em contrário, considerou que a impugnante teria recebido o valor e o não consignado em sua contabilidade.

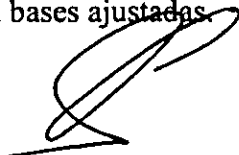
Demais exigências fiscais

- No momento, a impugnante somente pode evidenciar essas impropriedades por meio do exame do auto de infração e de seus anexos, uma vez que não tem acesso a sua própria documentação. Seguramente, se a tivesse disponível, poderia elidir todas as acusações feitas, de forma improcedente, pela fiscalização.

- Contesta-se, com veemência, a pretensão da fiscalização de glosar custos, sob a presunção de inidoneidade das notas fiscais de aquisição.

- Protesta-se, com a mesma veemência, contra a aplicação da multa isolada sob a alegação de insuficiência na base de cálculo do IRPJ e da CSLL por estimativa. As pretensas diferenças foram geradas pelo ato fiscal de glosar despesas e de considerar valores não pagos como receitas omitidas, o que evidentemente, é incabível, além de constituir *bis in idem*, uma vez que a glosa de custos já teria sido gravada com multa.

- É descabido ainda aplicar multa agravada sobre parcelas de custos glosadas e, ainda mais, considerar os valores glosados como pagamentos a beneficiários não identificados, sujeitos ao IRRF em bases ajustadas.



- Ao final, a glosa de custos de aquisição de mercadorias levou ao paradoxo de que a impugnante conseguiu vender mercadorias que não são de sua produção, sem que antes as tivesse adquirido, mercadorias, diga-se de passagem, vendidas sob intensa vigilância, fiscalização e controle dos órgãos federais, um dos quais é a própria Receita Federal.

Cerceamento de defesa

- O cerceamento de defesa, no caso, é de clarividência solar. Nenhuma oportunidade de defesa foi dada à empresa de se defender adequadamente desde a Operação Carbono.

- A magnitude dessa arrasadora operação pode ser medida pelos danos irreparáveis causados à empresa, que de um momento para outro viu-se despojada de seus bens, valores, equipamentos, livros e documentos fiscais, saldos bancários e informações constantes de seus arquivos de *back-up* que se encontravam nos computadores apreendidos e também nos computadores do seu contador. O episódio equivale a um tsunâmi. A empresa está aniquilada para sempre.

- Em mandado de segurança impetrado perante o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, com o propósito de conseguir a liberação da documentação fiscal e bens do seu estoque regular, foram expostos fatos e fundamentos que se relacionam com a presente autuação e que se seguem.

- A impetrante vem operando há vários anos na exportação de diamantes com absoluta regularidade fiscal e está regularmente inscrita perante as repartições fiscais de todos os três níveis de governo.

- No exercício de suas atividades, vem cumprindo religiosamente todas as obrigações tributárias e suas operações pelo critério da rigorosa legalidade, de maneira que não havia motivos para sua inclusão entre os alvos da Operação Carbono.

- A obtenção do Certificado Kimberley do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM – do Ministério das Minas e Energia passa obrigatoriamente pela fiel observância da legislação discriminada na impugnação. Sendo assim, todas as exportações de diamantes realizadas pela empresa deste a instituição do Certificado Kimberley, por meio da Lei nº 10.743, de 09.10.2003, foram regulares.

- Antes da vigência da Lei nº 10.743, de 2003, a exportação de diamantes sempre foi permitida com menos exigências, desde que cumprida a legislação aduaneira. O



DNPM, a quem competia fiscalizar e controlar as atividades das empresas mineradoras, não participava do processo de exportação.

- Em todas as exportações realizadas pela impetrante foram cumpridos os mandamentos legais, de maneira que não houve uma só exportação clandestina.

- Nunca houve da parte da impetrante o menor interesse na exportação ilegal de diamantes. Primeiramente, porque os ganhos obtidos com a exportação regular de diamantes para importadores europeus sempre foram considerados suficientes. Em segundo lugar, porque a administradora da impetrante sempre pautou sua vida pela honestidade e legalidade, e logrou ótimo conceito comercial no exterior pela seriedade de suas transações e pela competência demonstrada ao longo de anos na classificação e avaliação de diamantes, além de ser considerada no Brasil e no exterior uma autoridade na classificação de diamantes, qualidade que nem os graduados em geologia têm.

- O comércio de diamantes é fiscalizado com muito rigor no exterior, em qualquer parte do mundo, de maneira que se houver diferenças muito grandes, superior em geral a 10%, entre o preço declarado e o avaliado pelo órgão fiscalizador, a mercadoria fica retida. Em consequência, é praticamente impossível a utilização da exportação de diamantes para lavagem de dinheiro. O preço do diamante tem um padrão internacional em cada data de acordo com as flutuações de mercado.

- Frise-se que, de seis em seis meses, o exportador deve demonstrar suas atividades de exportação perante o Siscomex, para que possa continuar em situação regular. Se a pessoa jurídica perder o prazo para atualizar o cadastro, fica impedida de exportar.

- A situação da impetrante perante a Receita Federal só não está totalmente regularizada porque ela ficou impedida de funcionar a partir de 10.02.2006, em virtude da Operação Carbone. Ficou impossibilitada, também, de apresentar declarações de rendimentos dos exercícios de 2006 e 2007.

- Não existem débitos inscritos em dívida ativa nem processo instaurado com base em autuação fiscal. Existem débitos que estão sendo pagos por meio de parcelamento, os quais foram apurados pela própria impetrante ao rever suas declarações de rendimentos anteriores ao exercício de 2005.

- Com respeito ao Banco Central, a impetrante desconhece a existência de qualquer procedimento investigativo decorrente de movimentações bancárias vinculadas às exportações de diamantes.



- Com vistas à comprovação de que nada deve ao Erário Federal, ressalvados os débitos confessados espontaneamente, e firme na convicção de que não incorreu em nenhuma infração no desempenho de suas atividades, a impetrante requereu certidões à Receita Federal e ao Banco Central.

- Assim, a apreensão de todos os diamantes, bens, valores e documentos causaram perplexidade e indignação, na consideração de que se trata de ato injusto, arbitrário e sem justa causa.

- Como prova de suas afirmações, a impetrante instrui o pedido com cópias de alguns dos processos de exportação, salientando que enfrentou imensas dificuldades para obter as cópias, em virtude da apreensão de todos os seus documentos. Também apresenta os documentos que obteve, com as mesmas dificuldades, da Receita Federal, da Justiça Federal e da empresa credenciada como despachante, em franca demonstração de que empresa é séria e comprometida com a legalidade.

- Discriminam-se na impugnação as exportações realizadas entre 15.01.2003 e 18.07.2007, a cópia do processo de alguma das quais, por amostragem, é anexada ao mandado de segurança.

- Descreve-se na impugnação os procedimentos observados na exportação de diamantes.

- Os diamantes apreendidos em poder de Vivianne Albertino Santos no dia 10.02.2006 fazem parte do estoque regular da empresa, com notas fiscais de entrada. Parte deles compunha o estoque regular da empresa, com notas fiscais de entrada. Outra parte já estava com o processo de exportação iniciado com a obtenção do Certificado Kimberley nº 183, emitido pelo DNPM em 06.02.2006. O valor dessa exportação corresponde a US\$ 751.000,00, dos quais foram depositados antecipadamente na conta da impetrante no Bankboston a quantia em real correspondente a US\$ 400.000,00. O restante dos diamantes e ouro apreendidos não se destinavam à exportação, e parte deles era proveniente herança deixada pelo pai de Vivianne Albertino Santos.

- A impetrante nunca promoveu exportação ilegal de diamantes, nunca teve participação com outros exportadores em nenhuma operação ilegal e nunca praticou lavagem de dinheiro. Os bens que possui foram adquiridos dentro da legalidade, com dinheiro limpo na origem, fruto de suas atividades.



- Já se passaram 21 meses desde a apreensão. Pedidos de restituição foram feitos e indeferidos pela Justiça Federal.

- O cerceamento de defesa é gritante, violento, desumano, injurídico, inconstitucional, ilegal e intolerável. Por esse motivo, as autuações fiscais padecem do vício insanável de nulidade pelo cerceamento de defesa.

Conclusão

- Considerando: a) que a fiscalização extrapola ao cobrar multa isolada calculada sobre o valor tomado como reajuste do IRPJ e da CSLL originado na glosa dos custos de aquisição; b) que as vendas de mercadorias feitas pela impugnante são examinadas e fiscalizadas pelo DNPM e pela Receita Federal, que atestam a sua ocorrência; c) que a impugnante não é empresa mineradora, mas compra suas mercadorias no mercado; d) que a glosa de custos de mercadorias conduz ao paradoxo de que seja possível vender produto que não tenha sido comprado; e) e tudo mais que consta dos autos; a impugnante protesta pela nulidade do processo, uma vez que não lhe é facultado o amplo direito de defesa. Protesta mais pela forma como foi feita a apuração fiscal e determinadas às bases de cálculo dos tributos.

- A impugnante requer que o processo seja declarado nulo, por infringir os preceitos constitucionais das amplas defesas, consubstanciadas no Código Tributário Nacional e em normas reguladoras do processo administrativo fiscal, uma vez que lhe foram negadas as condições mínimas indispensáveis para que pudesse contrapor-se à exigência fiscal.

Levado a julgamento a 3ª Turma da DRJ em Belo Horizonte através do Acórdão 02-16.737 de 02 de janeiro de 2008 decidiu rejeitar as preliminares argüidas e no mérito manter os lançamentos como realizados.

Inconformado o contribuinte apresentou recurso a este Conselho, onde repete as argumentações da inicial e reforça a questão da impossibilidade do exercício pleno da defesa sem que tenha acesso aos livros e documentos apreendidos.

É o relatório.



Voto

Conselheiro JOSÉ CLÓVIS ALVES, Relator.

O recurso é tempestivo dele tomo conhecimento.

O contribuinte insiste desde a inicial que não teve acesso aos livros, documentos e arquivos eletrônicos apreendidos pela Polícia Federal para exercer o seu direito de defesa.

A decisão recorrida por sua vez reconhece que os livros e documentos não se encontravam com a autuada, no interregno concedido para a impugnação dos lançamentos realizados e que a devolução não se fez ela mas à empresa mas à autoridade judiciária ou polícia e diz que os autuantes colacionaram nos autos todos os documentos comprobatórios das imputações fiscais.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurado o contraditório e amplo defesa, com os meios de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972

Art. 59 - São nulos:

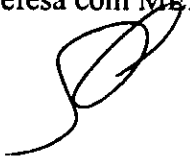
I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º - A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º - Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1.988, com o disposto no artigo 5º inciso LV, terminou a discussão se na esfera administrativa seria procedimento ou processo, ficou explicito ser processo tal qual na esfera judicial, e mais, a Lei Máxima, assegurou o contraditório e a ampla defesa com MEIOS e recursos a ela inerentes.



Tal mandamento tem aplicação automática e a legislação infraconstitucional pretérita já estabelecia a nulidade de despachos e decisões quando há cerceamento do direito de defesa.

No presente caso a própria decisão recorrida reconhece que os livros, documentos e arquivos, em papéis e eletrônicos não se encontravam em poder do contribuinte no momento da lavratura dos autos de infrações e no período de 30 dias que teve para apresentar a defesa inicial.

Ora a escrituração mantida de acordo com as leis comerciais e fiscais, faz prova a favor do contribuinte. Se ele não teve acesso aos livros e documentos que se encontravam apreendidos não pode conferir sua escrita e seus arquivos para proceder à defesa.

O fato de a autoridade fiscal ter trazido aos autos aquilo que no entender da autoridade julgadora está relacionado com a acusação, não pode ser motivo para negar o acesso do contribuinte a todos os meios para exercer sua defesa e no caso de tributação por diferença, como é o caso do lucro real, toda documentação bem como os cálculos realizados são indispensáveis para tal.

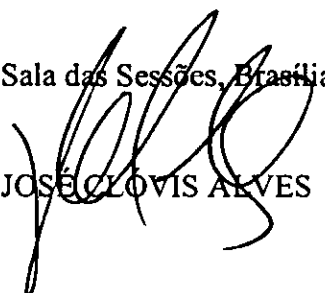
Entendo não haver nulidade nos lançamentos, porém a partir do momento em que o contribuinte foi cientificado, precisaria ser a ele franqueada, em qualquer lugar que estivesse todos os livros, documentos e arquivos de sua escrita contábil e fiscal para que pudesse se defender.

Assim conheço do recurso e anulo a o processo a partir da impugnação, inclusive.

Determino que sejam franqueados ao contribuinte, todos os livros, documentos, arquivos, em papéis e eletrônicos, relativos aos períodos objeto das autuações, para que possa apresentar nova impugnação com a garantia constante no artigo 5º inciso LV da Constituição Federal de 1.988.

Em seguida nova decisão de Primeira Instância deve ser proferida e assegurado novo recurso voluntário ao contribuinte.

Sala das Sessões, Brasília – DF, em 17 de dezembro de 2008


JOSÉ CLÓVIS ALVES