



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

Processo nº 10680.015404/2007-24
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-00.761 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de novembro de 2011
Matéria IRPJ, CSLL, PIS, COFINS, IRRF
Recorrente VIVIANNE SANTOS CLASSIFICAÇÃO DE PEDRAS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2003, 2004, 2005

GLOSA DE CUSTOS E DESPESAS. DOCUMENTAÇÃO INIDÔNEA.

São indedutíveis os valores contabilizados como custo, com apoio em documentos inidôneos, quando a pessoa jurídica não prova, por qualquer meio hábil, ter recebido os bens e efetivado o pagamento do preço respectivo.

OMISSÃO DE RECEITA. PAGAMENTO NÃO CONTABILIZADO.

Tributa-se como omissão de receita o valor dos pagamentos comprovadamente efetuados, mas que não foram escriturados.

LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL. COFINS. PIS.

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se aos lançamentos que com ele compartilham o mesmo fundamento factual, e para os quais não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhes recomende tratamento diverso.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Exercício: 2003, 2004, 2005

PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO.
DOCUMENTOS INIDÔNEOS. PROVA DOS PAGAMENTOS.

Correta a incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte de que trata o art. 61 da Lei 8.981/1995 sobre pagamentos lastreados em documentos comprovadamente inidôneos, registrados na contabilidade da interessada a crédito da conta Caixa. A inidoneidade dos documentos não ilide o fato de que os recursos deixaram o patrimônio da empresa, destinando-se a beneficiários não identificados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Autenticado digitalmente em 02/01/2012 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 02/01/2012 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 12/01/2012 por VALMIR SANDRI, Assinado digitalmente em 02/03/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR

Impresso em 13/03/2012 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, cancelar a glosa de despesa relativa às notas fiscais emitidas pela Sólida Construções e Edificações Ltda., vencido neste ponto o conselheiro Waldir Veiga Rocha; e, pelo voto de qualidade, manter o lançamento do IRRF, vencidos, neste ponto, os Conselheiros Valmir Sandri, Relator, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Waldir Veiga Rocha.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente

(assinado digitalmente)

Valmir Sandri - Relator

(documento assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Redator Designado

Participaram do julgamento os Conselheiros Alberto Pinto Souza Junior, Waldir Veiga Rocha, Paulo Jakson da Silva Lucas, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Cuida-se de recurso impetrado por Viviane Classificação de Pedras Ltda., contra a decisão da 3ª Turma de Julgamento da DRJ em Belo Horizonte, que julgou procedentes os autos de infração contra ela lavrados, para exigência de créditos tributários relativos à Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (CSLL), Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF).

Os autos dão notícia de que a fiscalização instaurou-se a partir do repasse, à Receita Federal, de documentos apreendidos pelo Departamento da Polícia Federal, no curso da denominada “Operação Carbono”, em cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido pela Justiça Federal. Tais documentos estariam relacionados com o comércio ilegal de diamantes, consistente 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.

O Termo de Fiscalização consigna que, 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.

Após exame dos livros e documentos apreendidos, a fiscalização solicitou esclarecimentos sobre notas fiscais que na 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.

O aprofundamento das investigações sobre a idoneidade dos documentos, levado a efeito junto aos supostos emitentes (Mineração São Judas Ltda., Mineração Serra Grande S.A., Sólida Construções e Edificações Ltda., Mineral Mineração e Comércio Ltda., Itafort Indústria e Comércio de Minerais Ltda. e H.R. Mineração) e nas gráficas confeccionadoras, levou a fiscalização a concluir que as notas fiscais que lastreiam as operações contabilizadas e investigadas são inidôneas.

De um modo geral, as supostas fornecedoras diligenciadas informaram que nunca mantiveram relações comerciais com a fiscalizada, a numeração das notas fiscais por elas emitidas, registradas nos seus livros de saídas é incompatível com a numeração das notas fiscais encontradas, as gráficas que supostamente teriam confeccionado as notas fiscais (conforme AIDF constante ao pé do documento), não confirmam a impressão. Em alguns casos, embora as intimações por via postal houvessem retornado, a inidoneidade das notas foi revelada por outros meios de investigação, entre eles a não confirmação da impressão pelas gráficas.

Os valores correspondentes às notas fiscais consideradas inidôneas deram lugar a lançamento de IRPJ e CSLL, mediante glosa dos custos/despesas contabilizados. Além disso, constituíram base para lançamento do IRRF, ao fundamento de pagamento a beneficiário não identificado.

Diferente foi o resultado da diligência junto ao fornecedor Jezzini Minerais Preciosos Ltda.

Embora a intimação a ele enviada houvesse retornado com a informação de que o contribuinte 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.

Em diligência realizada pela DRF/Curitiba na Jezzini, seu sócio Khaled Jezzini informou 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 (cópia anexada).

Como os pagamentos não estão contabilizados, a fiscalização não glosou os custos, mas considerou os respectivos valores como omissão de receitas, influenciando a base de cálculo do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS.

Sobre todos os valores lançados foi imposta a multa de 150% por evidente intuito de fraude.

A interessada apresentou impugnação tempestiva, cujos termos reproduzo do relatório que integra a decisão de primeira instância.

“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,

• 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 n. 10680.015404/2007,24.

• Basta pinçar alguns exemplos do processo para constatar a inconsistência da ação fiscal.

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 junho de 2006, e insiste em ter cópias das notas fiscais emitidas contra a impugnante para examiná-las. 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 numa 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" está estornado 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.

- 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 com 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 de 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 Carbono. 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 causou 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 a 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.

- Descrevem-se na impugnação os procedimentos observados na exportação de diamantes de 2 de 24/08/2001

Documento assinado digitalmente conforme Lei nº 11.343/2006 e Lei nº 12.365/2012

Autenticado digitalmente em 02/01/2012 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 02/01/2012 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 12/01/2012 por VALMIR SANDRI, Assinado digitalmente em 02/03/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR

Impresso em 13/03/2012 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA

• Os diamantes apreendidos em poder de Viviane 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 de herança deixada pelo pai de Viviane 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 as bases de cálculo dos tributos.

• A impugnante requer que o processo seja declarado nulo, por infringir os preceitos constitucionais da ampla defesa, consubstanciado 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.”

O litígio foi submetido à Quinta Câmara do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes em sessão de 17.12.2008, quando foi proferido o acórdão nº 105-17.364, que anulou o processo a partir da impugnação, pelos seguintes fundamentos:

- a) O contribuinte insiste desde a impugnação que não teve acesso aos livros, documentos e arquivos eletrônicos apreendidos pela Polícia Federal.
- b) A decisão recorrida reconhece que esses elementos não se encontravam com a autuada no interregno concedido para a apresentação das impugnações e que a devolução deles não se fez à empresa, mas à autoridade judiciária ou à polícia, e diz que os autuantes juntaram aos autos todos os documentos comprobatórios das imputações fiscais.

- c) O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988 (CF 1988) assegura o contraditório a ampla defesa com os meios e os recursos a ela inerentes. Tal mandamento tem aplicação automática e a legislação pretérita já estabelecia a nulidade de despachos e decisões quando há cerceamento do direito de defesa.
- d) Se o contribuinte não teve acesso aos livros e documentos que se encontravam apreendidos não pôde 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 de negar ao contribuinte acesso a todos os meios para exercer sua defesa.
- e) Não há nulidade nos lançamentos, mas a partir do momento em que o contribuinte foi cientificado precisaria ser-lhe franqueado, não importa onde estivessem, o acesso a todos os livros, documentos e arquivos de sua escrituração.

Determinou, a Quinta Câmara, que fossem franqueados ao contribuinte todos os livros, documentos, arquivos, em papéis e eletrônicos, relativo aos períodos objeto de autuação, para que pudesse apresentar nova impugnação, que nova decisão de primeira instância fosse proferida, e assegurado novo recurso voluntário ao contribuinte.

Ao apresentar nova impugnação, a interessada declarou ter recebido, por ordem do Juízo da 4ª Vara Federal Criminal - Seção Judiciária de Minas Gerais, nos autos da Ação Penal proc. 2007.38.00.028069-0, parte da documentação fiscal e comercial então apreendida pela Polícia Federal quando da realização da chamada "Operação Carboneo".

Na nova impugnação, limita-se a ratificar a anteriormente apresentada, aduz que: (a) as infrações apontadas resultam de mera presunção; (b) as declarações prestadas pelas empresas Sólida Construções e Edificações Ltda. e Jezzini Minerais Preciosos Ltda., não são capazes de escorar os lançamentos promovidos; (c) alegação de que as Notas Fiscais contabilizadas pela contribuinte são inidôneas carece de sustentação, vez que foram objeto de análise pelos órgãos competentes e dentre eles inclui-se a Receita Federal, conforme exigência da Certificação Kimberly.

A 3ª Turma de Julgamento da DRJ em Belo Horizonte manteve integralmente os lançamentos, em decisão assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003, 2005

GLOSA DE CUSTOS E DESPESAS - DOCUMENTAÇÃO INIDÔNEA

Comprovado que a documentação da escrituração é inidônea e que os verdadeiros emitentes são diferentes dos nela indicados, é procedente a glosa dos respectivos valores contabilizados como custos ou despesas.

OMISSÃO DE RECEITA - PAGAMENTO NÃO CONTABILIZADO

Tributa-se como omissão de receita o valor dos pagamentos comprovadamente efetuados mas que não foram escriturados.

LANÇAMENTO DECORRENTE - CSLL - COFINS - PIS

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se aos lançamentos que com ele compartilham o mesmo fundamento factual e para os quais não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhes recomende tratamento diverso.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

PAGAMENTO SEM CAUSA OU A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO

Sujeita-se à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ou quando não for comprovada a sua causa ou a operação a que se refere. Enfrentando a nova impugnação,

Ciente da decisão em 25 de fevereiro de 2010 (fl. 473), a interessada ingressou com recurso em 26 de março.

Preliminar

Preliminarmente, reafirma a ocorrência de cerceamento de defesa, mencionando *irregularidades insanáveis* praticadas pelos agentes da Polícia Federal quando da apreensão dos documentos e demais bens da Empresa e de sua sócia fundadora. Diz que, ao realizar a apreensão, os agentes da Polícia Federal deixaram de catalogar e identificar os bens apreendidos, tornando impossível sua identificação e, principalmente, inviabilizando sua requisição por parte da Empresa.

Faz referência ao Termo de Apreensão (DOC 2), que registra a apreensão de documentos catalogados como "diversos", dentre os quais destaca o item 25: "*Envelope pardo contendo diversos documentos, entre eles, recibos emitidos pela Mineração Rio Novo Ltda. a Viviane Santos Calssificação de Pedras Ltda.* ", e ao Auto de Apreensão (DOC. nº 3), do qual destaca os seguintes itens:

"42 — 01 (uma) caixa de papelão contendo diversos documentos com os dizeres "DOC. CONTABILIZADOS VIVIANE" em um lado e do outro "VIVIANE SANTOS".

48 — 01 (uma) caixa de papelão tipo Box contendo documentos diversos - com o--dizeres "DOCUMENTOS PRIMEIRA GEMA"

52— 01 (uma) cais de papelão tipo Box contendo documentos diversos com os dizeres "LIVROS-FISCAIS-1ª -GEMA",

53=01 (uma) caixa de papelão tipo Box contendo documentos diversos com os dizeres "PRIMEIRA GEMA DOC. CONTABILIZADOS 2004";

73 — 01 (um) saco plástico contendo documentos diversos sem qualquer identificação, lacrado com fita adesiva do DPF;"

Alega que as apreensões se deram de forma irregular, sem que fosse realizado o detalhamento do conteúdo das caixas e pastas apreendidas. E que dezenas de documentos capazes de comprovar a regularidade das operações praticadas pela Recorrente foram apreendidas a esmo, sem qualquer identificação ou catalogação, sendo apontados como "documentos diversos".

Lembra que o Auto de Infração foi lavrado pela suposta falsificação de notas fiscais visando a "criação" de despesas inexistentes e afirma que, após terem prejudicado a Recorrente em função de emissão de notas forjadas, as empresas apontadas no Auto de Infração passaram a alegar que jamais teriam negociado com a Recorrente e que não teriam emitido as notas em comento.

Diz que como as empresas foram responsáveis pela falsificação das notas (fato desconhecido até a investigação) e como os pagamentos foram realizados em espécie, a "estratégia" das emitentes dos documentos fiscais foi negar qualquer envolvimento com a Recorrente.

Aduz que, no que tange à aquisição dos diamantes (eis que não possuía capacidade técnica ou operacional para verificar a regularidade dos documentos fiscais) e, principalmente, comprovar que houve pagamento realizado da Recorrente para as referida empresas *mister* se faria a apresentação dos RECIBOS DE PAGAMENTO assinados pelos representantes das empresas, ou demais documentos que comprovem a relação entre as partes, tais como acordos, contratos, e-mails, etc., porém, tais documentos restaram apreendidos e "jogados" em caixas da Polícia Federal sem qualquer identificação ("DOCUMENTOS DIVERSOS").

Indaga onde estão os Recibos apreendidos como "documentos diversos", e diz que a Polícia Federal não possui qualquer controle a este respeito, tornando inviável a devolução dos documentos, que podem ter se "extraviado" no decorrer da operação.

Pondera que a partir da apreensão de centenas de documentos catalogados como "diversos", o extravio de qualquer item jamais poderá ser comprovado, encontrando-se todo o processo contaminado por vício insanável.

Ressalta que se tornou inviável a produção de provas, pois não há mais como comprovar a existência dos recibos, acordos, contratos, e-mails, etc., já que a apreensão de "documentos diversos", sem relacioná-los, impede sua identificação e devolução..

Critica a alegação traçada na Decisão da DRJ, no sentido de que o contador da Recorrente teria recebido todos os documentos necessários à defesa, contrapondo que os mencionados recibos, acordos, contratos e-mails-, etc. e demais comprovantes da legalidade das operações praticadas pela Recorrente jamais foram anexadas ao processo.

Insiste em que a forma irregular como se deu a apreensão, sem a catalogação pormenorizada do conteúdo confiscado, permitiu seu "extravio" e obstaculizou sua defesa.

Como exemplo das arbitrariedades que diz terem sido praticadas pela Polícia Federal, menciona que o "notebook" (de propriedade da Sra. Viviane) apreendido pela Polícia Federal se "extraviou" dentro da delegacia. Alega que os agentes requisitaram que a Sra. Viviane adquirisse um disco rígido para que realizassem a cópia dos dados e, posteriormente, entregassem o computador, porém, após a entrega do referido disco rígido e assinatura do recebimento do computador (que seria entregue em outro setor), os agentes da PF informaram que o "notebook" havia se "extraviado", e ainda, se apropriaram do disco rígido entregue para realização das cópias.

Ressalta que, apesar de requisição à Delegacia responsável (DOC. nº 3), não lhe foram entregues os documentos necessários à sua defesa, os quais sequer podem ser identificados em razão da irresponsabilidade e irregularidade das apreensões realizadas pela Polícia Federal.

Assevera que tentou acessar seus Registros de Exportação pelo sistema SISCOMEX, buscando elementos para comprovar a legalidade de suas operações, e, especialmente, demonstrar que as notas fiscais foram oferecidas ao DNPM e à Receita Federal para conferência quando do processo de obtenção do certificado KIMBERLEY, porém constatou que seu acesso encontra-se bloqueado pela Receita Federal desde a "Operação Carbono".

Mencionando estarem ausentes as fls. 2 a 10 do Termo de Verificação Fiscal relativo ao processo 10680.015404/2007-24, indaga: “O que conteriam? O que revelariam?”, para, afinal enfatizar que se encontra completamente impedida de produzir provas a seu favor, e que os obstáculos ao acesso às provas são criados pelos próprios acusadores, a Polícia Federal e Receita Federal.

Conclui a preliminar nos seguintes termos:

Destarte, ante aos óbices e obstáculos intransponíveis criados pela Polícia Federal e pela Receita Federal do Brasil, o cerceamento de defesa revela-se hialino, acarretando a necessidade de cancelamento definitivo do Auto de Infração em função de comprometimento irremediável dos elementos de defesa da recorrente em razão de erro na catalogação dos documentos apreendidos ou, na anulação da Decisão "a quo" para que se determine a entrega dos mencionados documentos à Recorrente.

Mérito

Quanto ao mérito, suas razões de defesa estão articuladas sob 5 títulos, a saber: (1) Da Efetiva Despesa na Aquisição de Diamantes; (2) Da Boa-Fé da Recorrente no que tange às Notas Fiscais - Averiguação pelo DNPM e pela Receita Federal; (3) Indícios de Prática irregular por parte das Empresas emitentes das Notas Fiscais - Insubsistência das Presunções Fiscais; (4) Da Inexistência de omissão de receitas — Ausência de referibilidade entre o extrato apontado e as contas da Recorrente e (5) Da ineficácia da multa.

Da Efetiva Despesa na Aquisição de Diamantes

Diz tratar-se de presunção, eis que a fiscalização, tendo considerado inidôneas as notas fiscais de aquisição de diamantes, concluiu que as despesas relativas às mesmas seriam irreais.

Quanto ao fato de o pagamento ter sido feito em espécie, diz ser perfeitamente legal e comum, especialmente em se tratando de comércio de diamantes, e assim, não há lastro bancário que comprove o efetivo custo.

Acrescenta que a comprovação de efetiva transação comercial com as empresas citadas poderia ser realizada mediante apresentação dos recibos de pagamento assinados pelas empresas, porém, tais provas encontram-se apreendidas em local indeterminado.

Afirma que, não obstante o notório cerceamento de defesa que impede por completo a produção de provas favoráveis, é possível constatar-se a efetividade das despesas através de singela leitura do Relatório Complementar da Operação Carbono, elaborado pela Polícia Federal (Autos nº 2004.38.00.023487-0), em cuja página 33 a PF traça organograma denominado "o caminho das pedras", na tentativa de demonstrar um grande esquema de fraude. Destaca que, não obstante as alegações criminais que são objeto de processo judicial específico, a Polícia Federal deixa clara, no organograma, a efetiva aquisição de diamantes pelos "Exportadores", diretamente dos garimpeiros, e o pagamento em dinheiro.

Ressalta que o relatório da PF corrobora expressamente as aquisições de diamantes realizadas pela Recorrente e outros acusados, porém, alega fraude no processo de exportação.

Assevera que houve real aquisição dos diamantes e, por conseguinte, houve efetiva despesa, e que, pretender o contrário seria admitir que a Recorrente não teria adquirido os diamantes e, sendo assim, não haveria que se falar em processo criminal por suposta fraude na exportação. E assim, das duas acusações, apenas uma sobreviverá: (i) ou a aquisição dos diamantes (despesas glosadas) não ocorreram e a Recorrente foi indevidamente acusada de exportar fraudulentamente algo que sequer possuía (se não houve despesa, não houve aquisição, o que indica a inexistência de prática criminal), ou (ii) a Recorrente adquiriu os diamantes (despesa comprovada) e os exportou, cabendo apuração quanto à prática de crime na exportação (processo criminal em andamento).

Chama atenção para a contradição entre as duas acusações: A Polícia Federal informa que a Recorrente realmente adquiriu os diamantes, porém alega que a exportação se deu de forma irregular, o que gerou processo criminal contra a Recorrente; O Fisco alega que a Recorrente não adquiriu os diamantes, procedendo à glosa das despesas e à lavratura do A.I.;

Afirma que o FATO, reconhecido pela Polícia Federal e comprovado pelo processo de exportação das pedras, é que as aquisições dos diamantes realmente ocorreram, o que revela a efetividade das despesas, necessárias à sua atividade. Assevera que a aquisição de diamantes no mercado interno é perfeitamente legal e que as alegações das empresas emitentes das notas fiscais não podem ser utilizadas como prova contrária à Recorrente, pois, dadas as circunstâncias, é de se esperar que neguem qualquer tipo de relacionamento com a Recorrente.

Insiste em que a análise do Relatório da PF e do processo de exportação dos diamantes é suficiente à comprovação da efetividade das despesas, o que leva à nulidade do Auto.

Da Boa-Fé da Recorrente no que tange às Notas Fiscais - Averiguação pelo DNPM e pela Receita Federal

Pondera que nenhuma empresa/pessoa física em atividade é obrigada a possuir conhecimentos técnicos necessários à averiguação de regularidade de documentos fiscais, papel que cabe, no caso, à Receita Federal e ao DNPM.

Relata que se dedicava, em especial, à exportação de diamantes, fazendo-se necessária a aquisição de diamantes arrimados por nota fiscal inidônea (*sic*) para que a pedra e os documentos fiscais fossem submetidos aos órgãos competentes, visando a obtenção do certificado KIMBERLEY. Para tal certificado a lei exige a conferência, por parte do DNPM e da RECEITA FEDERAL, dos documentos fiscais relativos à aquisição das pedras a serem exportadas. Diz que, cumprindo o procedimento legal exigido à obtenção do certificado KIMBERLEY, ofereceu as notas fiscais à averiguação do DNPM, recolhendo, inclusive, a contribuição CFEM.

O DNPM em Belo Horizonte averiguou as notas, constatou serem as mineradoras regularizadas, constatou a idoneidade das notas e remeteu o requerimento para Brasília, local de emissão do KIMBERLEY. Após o recebimento do certificado em Brasília, os funcionários especializados do DNPM dirigiram-se ao seu escritório, vistoriaram e classificaram os diamantes e os lacraram para a exportação. Passo seguinte, o procedimento de exportação foi iniciado pela Receita Federal, mediante apresentação do diamante lacrado e das notas fiscais, novamente conferidas em conjunto com o certificado KIMBERLEY, nos termos da lei, veja-se o artigo 8º da Lei nº 10.743/2003.

Alega que ofereceu as notas para averiguação, fiscalização e aprovação tanto do DNPM quanto da própria Receita Federal, e ambos os órgãos pugnaram pela licitude da documentação fiscal, sem qualquer restrição. Contudo, após exercer seu papel de fiscalização e APROVAR os documentos, a Receita Federal passou a considerar como falsas as notas fiscais em referência. Diz que a Receita se vale “*de seu próprio ERRO, ou de sua própria torpeza, para prejudicar contribuinte de boa-fé, que atuou nos moldes da Lei nº 10.743/2003, situação inadmissível em um Estado de Direito*”.

Indícios de Prática irregular por parte das Empresas emitentes das Notas Fiscais - Insubsistência das Presunções Fiscais

Afirma que se impõe afastar de plano a equivocada e absurda presunção fiscal em seu desfavor, deduzindo os seguintes argumentos:

Às fls. 191 a 197 encontram-se cópias de notas fiscais e faturas emitidas pela empresa Sólida Construções e Edificações Ltda., em janeiro, fevereiro e março de 2004, referente à serviços prestados à impugnante.

Visando comprovar a prestação dos serviços, a fiscalização intimou a empresa Sólida Construções à comprovar o recebimento dos valores e registros contábeis relativos (fi. 200).

A empresa retornou (fl. 201) alegando não manter relações comerciais com a Impugnante. Às fls. 204 a Sólida Construções apresentou cópia da documentação referente a julho de 2006 a abril de 2007 e solicitou à "Receita Federal (devido a extravio), cópias das Notas Fiscais emitidas contra a empresa Viviane Santos Classificação de Pedras Ltda. CNPJ 65.148.207/0001-53, para podermos informar ou não se as mesmas são autênticas. Posteriormente, a Sra. Luiza Salvador de Moraes Santiago, como responsável pela declaração da Sólida Construções, foi intimada a apresentar livros da empresa.

Contudo, em resposta ao fisco, a Sra. Luiza alegou o extravio da documentação contábil, incluindo todo o período de sua vida até junho de 2006 e insistiu em obter cópias das notas fiscais para análise. A Sra. Luiza compareceu à Receita Federal e, mediante termo, declarou que a empresa não possui documentos dos anos de 2004 e 2005 e que também não possuía máquinas capazes de executar os serviços indicados nas notas fiscais.

Ocorre que, apesar de a empresa Sólida Construções alegar o "extravio" de seus livros fiscais relativos ao período da emissão das notas fiscais em referência, deixando de cumprir com as exigências do FISCO, a fiscalização decidiu que esta empresa, que alega ter sua documentação fiscal "EXTRAVIDADA", merece mais credibilidade do que a Recorrente (que possui livros em perfeito estado) e considerou que os serviços não foram prestados.

Note-se que a alegação de "extravio" dos livros exatamente no período de -emissão das notas fiscais "sub examine" é indício-contundente da falta de credibilidade da empresa Sólida Construções, logo, não há como se sustentar a presunção fiscal no sentido de que os serviços não teriam ocorrido.

Ora as presunções fiscais não são absolutas, devendo se basear em indícios claros e inequívocos. A bem da verdade, parte da doutrina reconhece a total inaplicabilidade das presunções.

Menciona doutrina relacionada com a utilização de presunções e enfatiza que a presunção traçada neste processado, que se baseia em declarações de empresas INIDÔNEAS (as quais sequer possuem livros fiscais de escrituração obrigatória), devem, por óbvio, ser afastadas de plano.

Da Inexistência de omissão de receitas — Ausência de referibilidade entre o extrato apontado e as contas da Recorrente.

Quanto a essa acusação, assim se defende:

À fl. 210 deste processado encontra-se a nota fiscal 0038, emitida por Jezzini Minerais Precioso Ltda., em 28.07.2004, no valor de R\$ 370.000,00 (trezentos e setenta mil reais).

A fiscalização intimou a referida empresa a comprovar a operação através de notas fiscais, bem como a comprovar o recebimento do valor e lançamento nos livros Diário e Razão.

A empresa encaminhou a documentação solicitada alegando que o referido valor teria sido recebido da Recorrente, conforme extrato bancário de 29.06.2004 a 22.07.2004.

Todavia, como-bem demonstrado na impugnação inicial, não há nexo de referibilidade entre o extrato e eventuais movimentações financeiras da Recorrente e a nota fiscal em referência.

A Decisão "a quo" ignorou por completo o fato de a nota fiscal datar de 28.07.2004 e a movimentação bancária de 14.07.2004. É dizer, a Recorrente teria pago à Jezzini o valor de R\$ 370.000,00 (trezentos e setenta mil reais) quatorze dias antes da emissão da nota fiscal!

É de se indagar: que tipo de empresa transferiria vultuosa quantia a terceiros duas semanas antes da emissão da nota fiscal correspondente? Empresa alguma o faria, por certo.

A r. Decisão recorrida também desconsiderou que à fl. 230 deste processado pode-se constatar da leitura do livro diário da Jezzini que, no dia do registro da nota fiscal (28.07.2004) há o registro da venda mas não há o registro do recebimento.

Tal procedimento vai de encontro às praticas contábeis regulares e até mesmo adotadas pela própria Jezzini. Como exemplo, basta verificar a escrituração da venda relativa à nota 039, no valor de R\$ 120.000,00 (fl. 229). Neste caso há o registro de venda e o registro de recebimento do mencionado valor no mesmo dia da emissão da nota (28.07.2004).

Não bastasse, a Recorrente chegou a comprovar nos autos que sequer possuía conta no Banco responsável pela transferência, o que elimina, definitivamente qualquer hipótese traçada pela fiscalização.

Por fim, ao contrário do que alegado na r. Decisão "a quo", a documentação apresentada indica o estorno dos valores transferidos no mesmo dia

Sendo assim, mais uma vez a Fiscalização adotou presunção contrária à Recorrente tomando por base situação eivada de indícios favoráveis à mesma.

Não há, portanto, qualquer prova capaz de demonstrar, cabalmente, a omissão de receitas com base em suposta transferência, que de fato, inexistiu.

De mais a mais, calha repisar que eventual defesa da Recorrente neste sentido restou prejudicada em função do óbice à documentação e às provas que lhe são favoráveis, como já mencionado em tópico anterior.

Da ilegalidade da Multa Aplicada

Afirma ser ilegal a majoração da multa, vez que não há qualquer comprovação de fraude ou omissão de receitas por parte da Recorrente, sendo assim, inviável a aplicação, quiçá a majoração de multa.

Requer, afinal, seja acolhida a preliminar de nulidade do Auto de Infração em função de comprometimento irremediável dos elementos de defesa da Recorrente em razão de erro na catalogação dos documentos-apreendidos. Caso, não acolhida a preliminar, requer, sucessivamente:

a) seja anulada a decisão "*a quo*" determinando-se a entrega de todos os recibos de pagamento, acordos, contratos, e-mails, etc. que comprovam a legalidade das operações praticadas entre a Recorrente e as empresas apontadas no Auto; ou

b) seja cancelado o auto de infração em razão de sua insubsistência, haja vista a irregularidade das presunções fiscais.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Valmir Sandri, Relator

O Recurso é tempestivo e preenche os requisitos para a sua admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Preliminarmente, a interessada suscita a nulidade do auto de infração, afirmando comprometimento irremediável dos elementos de defesa da Recorrente em razão de erro na catalogação dos documentos apreendidos, ou, sucessivamente, a nulidade da decisão "*a quo*", com determinação de entrega de todos os recibos de pagamento, acordos, contratos, e-mails, etc. que comprovam a legalidade das operações praticadas relativas às notas fiscais inquinadas de inidôneas.

A alegação de nulidade por cerceamento de defesa pela não disponibilização dos documentos apreendidos pela Polícia Federal foi objeto de apreciação pela Quinta Câmara do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, que se manifestou no sentido de que: "*não há nulidade nos lançamentos, mas a partir do momento em que o contribuinte foi cientificado precisaria ser-lhe franqueado, não importa onde estivessem, o acesso a todos os livros, documentos e arquivos de sua escrituração*". Por isso, aquela egrégia Câmara anulou o processo a partir da decisão recorrida, inclusive, e determinou que "*fossem franqueados ao contribuinte todos os livros, documentos, arquivos, em papeis e eletrônicos, relativo aos períodos objeto de autuação, para que pudesse apresentar nova impugnação, que nova decisão de primeira instância fosse proferida, e assegurado novo recurso voluntário ao contribuinte*".

Ao apresentar nova impugnação, a interessada declarou ter recebido, por ordem do Juízo da 4ª Vara Federal Criminal - Seção Judiciária de Minas Gerais, nos autos da Ação Penal - Proc. 2007.38.00.028069-0 -, *parte* da documentação fiscal e comercial então apreendida pela Polícia Federal quando da realização da chamada "Operação Carbono".

Na nova impugnação, a interessada nada aduziu quanto a defeitos na catalogação dos objetos recolhidos pela Polícia Federal, que a teriam impossibilitado de reclamar a devolução de documentos supostamente apreendidos (recibos de pagamentos assinados pelos representantes das empresas ou demais documentos, tais como acordos, contratos, e-mails, etc.), e que comprovariam a relação entre as partes.

Se mesmo após a disponibilização dos documentos (no todo ou em parte) a defesa permaneceu cerceada, a interessada deveria ter acusado esse fato na nova impugnação. Não o tendo feito, legítima a presunção de que a nulidade teria sido sanada, tal como entendeu o julgador de primeira instância, “*in verbis*”:

(...), além de anular todos os atos subsequentes à notificação do sujeito passivo da lavratura dos autos de infração, a decisão de segunda instância determinou ainda que fosse franqueado à impugnante o acesso a todos os livros e documentos, integrantes de sua escrituração, que a fiscalização havia devolvido à autoridade judicial ou policial após o término da auditoria.

Presume-se que esse acesso tenha ocorrido e que por isso mesmo tenha sido sanado o cerceamento de defesa que o órgão de julgador de segunda instância entendeu ter havido, uma vez que a impugnante, em sua segunda manifestação, afirma textualmente que, por ordem proferida pela Justiça Federal no âmbito do processo criminal nº 2007.38.00.028069-0, lhe foi entregue “parte da documentação fiscal e comercial então apreendida pela Polícia Federal”. Conquanto a impugnante aluda a parte da documentação, entende-se que o quanto lhe foi entregue bastou para exercer seu direito de contestação, uma vez que em sua segunda manifestação ela não retoma a queixa de que sua defesa se acha impedida ou embaraçada, mas limita as discussões preliminares à postulação de que lhe seja permitido apresentar posteriormente nova prova documental. (negritos acrescentados).

Efetivamente, se era fato que entre os documentos apreendidos havia recibos, contratos, correspondência, etc., que comprovavam as negociações questionadas pelo fisco, ao constatar sua falta no acervo que lhe fora restituído, por determinação do Conselho para possibilitar sua defesa, era dever da interessada ter apontado o fato na impugnação. Não tendo alegado, naquele ato, a não devolução dos documentos que comprovariam as relações comerciais entre as empresas, não pode fazê-lo agora, em grau de recurso. Trata-se de matéria preclusa. O silêncio da então impugnante permite presumir que toda a documentação apreendida foi-lhe disponibilizada..

Quanto à alegada ausência das fls. 2 a 10 do Termo de Verificação Fiscal, sobre as quais a Recorrente indaga “*O que conteriam? O que revelariam?*”, é de registrar que as mesmas encontram-se às fls. 26 e seguintes dos autos, e estão rubricadas pelo procurador da contribuinte, que assinou o Termo e dele recebeu cópia.

Portanto, rejeito a preliminar suscitada.

Passo ao mérito.

Como se viu do relatório, três são as bases em que repousam as exigências sob litígio: (i) custos/despesas contabilizados com lastro em notas fiscais inidôneas; (ii) omissão de receitas presumida a partir da efetivação de pagamentos não contabilizados (feitos com recursos à margem da escrituração) e, (iii) pagamentos a beneficiários não identificados.

Passo a analisá-las na sequência como posta acima.

Glosa dos custos/despesas

Antes de adentrar à análise deste item, repudio a afirmativa de que a Receita se vale “de seu próprio ERRO, ou de sua própria torpeza, para prejudicar contribuinte de boa-fé, que atuou nos moldes da Lei nº 10.743/2003, situação inadmissível em um Estado de Direito”.

Como visto, sugere a Recorrente que o agente da Receita Federal teria tido convalidado as notas fiscais quando da conferência da mercadoria para fins de exportação. Argumenta que, ao dar início ao procedimento de exportação, apresentou à Receita Federal o pacote de diamantes lacrado pelo funcionário do DNPM e as notas fiscais, que foram novamente conferidas em conjunto com o certificado KIMBERLEY, nos termos do artigo 8º da Lei nº 10.743/2003.

Contudo, o mencionado art. 8º, combinado com o § 2º do art. 6º, tratam da conferência, pela fiscalização aduaneira, da compatibilidade entre o conteúdo dos pacotes com o descrito no certificado Kimberley. Nesse ato, a Receita não atesta a idoneidade do documento fiscal que acobertou a compra dos diamantes, mas apenas estes. Veja-se:

Art.6º-As exportações de diamantes brutos produzidos no País somente poderão ser realizadas se acompanhadas do Certificado do Processo de Kimberley.

§1ºCompete ao DNPM, entidade anuente no processo exportador, a emissão do Certificado do Processo de Kimberley.

§2ºNo caso de ser necessária a abertura de invólucro contendo diamantes brutos a serem exportados, em decorrência de ação fiscal aduaneira realizada no curso do despacho, o Ministério da Fazenda, por intermédio da Secretaria da Receita Federal, emitirá o Certificado do Processo de Kimberley em substituição ao certificado original, transcrevendo os mesmos dados do certificado substituído.

Art.7º-As importações de diamantes brutos serão acompanhadas do Certificado do Processo de Kimberley, emitido pelas autoridades competentes do país de origem, sendo obrigatória a apresentação dele por ocasião do licenciamento não-automático pelo DNPM.

Art.8º-Compete ao Ministério da Fazenda, por intermédio da Secretaria da Receita Federal, examinar e manusear os lotes de diamantes brutos submetidos a despacho aduaneiro, com vistas a verificar sua conformidade com o conteúdo do Certificado do Processo de Kimberley que os acompanha, expedindo, na hipótese prevista no § 2º do art. 6º, o correspondente certificado.

Como visto do relatório, os dispêndios glosados referem-se à aquisição de diamantes brutos, exceto os acobertados por nota fiscal da empresa Sólida Construções e Edificações Ltda., que correspondem a aluguel de equipamento (retroescavadeiras, carregadeiras e tratores de esteira).

Para as notas fiscais de aquisição de diamantes brutos, o trabalho fiscal permitiu caracterizar, de forma inequívoca, sua inidoneidade, como atestam as diligências realizadas (fls. 105 a 211 dos autos) e relatadas no Termo de Verificação Fiscal, assim resumidas pelo relator de primeiro grau.

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.

Mineral 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 8c Editora Cipriani Ltda respondeu que tal número de AIDF é de 1976 e que não foi usado, pois foi considerado como cancelado.

- *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 faltam 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 à Itafort retomou, 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.*

Como se vê, a fiscalização aprofundou a investigação, procurando não só as supostas emitentes das notas fiscais, mas também as gráficas responsáveis por sua confecção, e até mesmo as Secretarias de Fazenda de Minas Gerais e de São Paulo, restando perfeitamente comprovada a inidoneidade das notas fiscais que acobertam as aquisições de diamante bruto.

O mesmo não se pode dizer, contudo, quanto às notas fiscais relativas a aluguel de equipamentos (**Sólida Construções e Edificações Ltda.**), cujas diligências encontram-se documentadas às fls. 198 a 209.

O Termo de Verificação Fiscal registra que todos os pagamentos foram contabilizados como se efetivados em espécie, e que a SÓLIDA apresentou Declaração de Inatividade de Pessoa Jurídica no ano-calendário de 2004, declarando ter permanecido sem efetuar nenhuma atividade operacional, não operacional, financeira ou patrimonial.

Conforme termo de fls. 200, a SÓLIDA foi intimada “a prestar as seguintes informações referentes ao seu relacionamento comercial com a empresa VIVIANE SANTOS CLASSIFICAÇÃO DE PEDRAS LTDA. (...)”:

(i) apresentar a relação das notas fiscais emitidas em nome da fiscalizada, discriminando nº, data de emissão, valor, data de pagamento e forma de pagamento, juntando cópia;

(ii) em caso de prestação de serviços, comprovar com documentação hábil e idônea coincidente em datas e valores a efetiva prestação de serviços e o efetivo recebimento dos valores correspondentes. A prestação de serviços deverá ser comprovada através da apresentação de cópia das notas fiscais, contratos, relatórios, planilhas de medição e demais documentos que lastreiem as operações, inclusive cópia das folhas do livro diário onde tais operações foram contabilizadas e cópia da folha do registro do livro;

(iii) comprovar o recebimento dos valores através da apresentação do extrato bancário que comprove o depósito dos valores em conta corrente da intimada;

(iv) apresentar cópia dos respectivos lançamentos nos livros Diários e Razão.

Em atendimento, foi encaminhada a correspondência de fls. 201, datada de 22/02/2007 e subscrita pelo Sr. Edson Alves de Oliveira, na qual o subscritor, em nome da empresa, declara que “*Em atenção a solicitação de Vsas. com referência ao termo em epígrafe, informamos que não mantemos relações comerciais com a empresa (...)*”. Essa declaração foi prestada em 2007, e não se reporta ao ano de 2004,

Pelo Termo de fls. 204, datado de 27 de abril de 2007, a Sólida foi intimada a apresentar os Blocos de Notas Fiscais de Serviços, Livros Diário, Razão e de Registro de Serviços, todos relativos aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2004.

A intimação foi atendida pela correspondência de fls.204, datada de 08 de maio de 2007, no seguinte teor:

Em atenção a solicitação de V. Sa, com referência ao termo em epígrafe, informamos que até a presente data não foram encontrados os movimentos contábeis desde a abertura da empresa até o mês de junho de 2006.

Estando a empresa em face de auditoria interna e conciliação contábil, visando regularização de toda escrita, estamos disponibilizando a documentação contábil, em cópia, do período de julho/2006 a abril/2007 para a Receita Federal.

Solicitamos a Receita Federal (devido a extravio), cópias das Notas Fiscais emitidas contra a empresa Viviane Santos Classificação de Pedras Ltda., CNPJ 65.148.207/0001-53, para podermos confirmar ou não se as mesmas são autênticas.

Afirmamos nosso total interesse em localizarmos o mais rápido possível a movimentação contábil acima citada para podermos cooperar de pronto com a Receita Federal.

Pelo Termo de fls. 206, datado de 19/07/2007, a Sra. Luiza Salvador de Moraes Santiago, responsável pelo preenchimento da declaração de IRPJ da Sólida, relativa ao ano-calendário de 2004, foi intimada a fornecer os seguintes elementos:

1. Informações sobre a empresa SÓLIDA CONSTRUÇÕES E EDIFICAÇÕES LTDA, que apresentou Declaração de Inatividade de Pessoa Jurídica 2005, ano-calendário 2004, na qual o ora intimado consta como responsável pelo preenchimento da declaração, sendo que a empresa emitiu notas fiscais tendo como destinatária a empresa VIVIANE SANTOS CLASSIFICAÇÃO DE PEDRAS LTDA.

2. Apresentar os livros contábeis da SÓLIDA do ano de 2004.

3. Apresentar os esclarecimentos que julgar necessários.

Pela correspondência de fls. 208, a Sra. Luiza informou:

Em atenção à solicitação de V.Sa., em relação ao termo em epígrafe, informo que conforme resposta a esta Delegacia, no dia 08 de maio de 2007, através do AR (Correio) SR 59675714 1 BR, ratifico que a empresa ainda se encontra em auditoria interna e conciliação contábil, sendo que até a presente data a documentação contábil da mesma se encontra extraviada, desde a sua abertura até Junho/2006.

Sendo que não encontramos nenhuma movimentação comercial e ou de relação fiduciária do ano de 2004.

Solicito um prazo maior para a resposta do exercício de 2005, uma vez que na mudança de endereço da empresa, que deve ter ocorrido o devido extravio.

Agora, sobre a Empresa VIVIANE DOS SANTOS CLASSIFICAÇÃO DE PEDRAS LTDA, solicito, por gentileza, o envio de qualquer documento e ou notas fiscais que porventura possam ter sido objeto de relação comercial, para que, em conjunto com a empresa, possamos atestar a idoneidade dos referidos documentos.

Conforme termo de fls. 208, convidados a prestar esclarecimentos, compareceram à DRF/Belo Horizonte, em 13.08.2007, o proprietário da Sólida, Ricardo Siqueira de Moura, o seu advogado, Carlos Alberto Moreira Alves, e a contabilista responsável pelo preenchimento da declaração de inatividade, Sra. Luiza Salvador de Moraes Santiago, que prestaram as seguintes declarações:

Declarou a Sra. LUIZA, já qualificada, que foi convidada no ano de 2004 pelo Sr. ELIEZER JOSÉ XISTO para fazer a DIPJ da SÓLIDA referente ao ano-calendário de 2004. Que compareceu a esta Secretaria, naquela época, para levantar a situação da empresa para regularização. Que a empresa não tem documentos dos anos 2004 e 2005, porque estava com as atividades paralisadas. Que a empresa não possuía máquinas que pudessem prestar os serviços mencionados nas notas fiscais

números 000110, 000112, 000115, 000116 e 000118, que lhe a partir foram apresentadas neste momento.

O Sr. RICARDO, já qualificado, adquiriu a empresa do Sr. ELIEZER em fins de janeiro de 2005, e não tem conhecimento de nada com a empresa anteriormente a essa época. Que adquiriu apenas a razão social, não sabendo da existência de imobilizado algum, de propriedade da empresa, especialmente máquinas e equipamentos que pudessem realizar os serviços discriminados nas mencionadas notas fiscais.

Com base na investigação acima relatada, a autoridade fiscal concluiu pela inidoneidade das notas fiscais.

Como visto, em relação à Sólida, a autoridade fiscal não teve o mesmo cuidado que dirigiu a investigação quanto às notas fiscais das demais empresas, senão vejamos.

Nas declarações prestadas em 13/08/2007 e tomadas a termo, a Sra. Luiza afirma que a empresa não tem documentos dos anos 2004 e 2005, porque estava com as atividades paralisadas. Por qual razão, então, ao ser intimada (fls. 208) a apresentar as notas fiscais e livros relativos a janeiro, fevereiro e março de 2004 a empresa não prestou informação do mesmo teor, mas, diferentemente, alegou que “até a presente data não foram encontrados os movimentos contábeis desde a abertura da empresa até o mês de junho de 2006”?

Na mesma declaração, a Sra. Luiza diz que foi convidada no ano de 2004 pelo Sr. Eliezer José Xisto para fazer a DIPJ da SÓLIDA, referente ao ano-calendário de 2004. Se foi convidada apenas para fazer a declaração do ano-calendário de 2004, é estranho que tal tenha ocorrido “no ano de 2004”, e não em 2005, quando normalmente deveria ser prestada a declaração.

E se foi apenas convidada apenas para fazer a DIPJ referente ao ano-calendário de 2004, tendo comparecido à Receita Federal para levantar a situação da empresa para regularização, como poderia atestar que nos três primeiros meses de 2004 a empresa não possuía as máquinas que foram objeto das notas fiscais questionadas?

O Sr. Ricardo Siqueira de Moura declara que adquiriu a empresa do Sr. Eliezer José Xisto em fins de janeiro de 2005, que não tem conhecimento de nada com a empresa anteriormente a essa época, que adquiriu apenas a razão social, não sabendo da existência de imobilizado.

Por que, então, não foi intimado a prestar esclarecimentos o Sr. Edson Alves de Oliveira, que aparece como responsável pela empresa na DIPJ do ano-calendário de 2004, e em 22 de fevereiro de 2007, subscreve, em nome da empresa, a correspondência de fls. 201? Na certa, o Sr. Edson teria, já que era responsável pela empresa no ano-calendário de 2004, memória quanto ao imobilizado da Sólida.

Conforme informação colhida no Sítio da Receita Federal (CNPJ), a data de abertura da Sólida é 19/06/2001. Por que não foi pesquisada sua declaração do ano calendário de 2003 para conferir a credibilidade da informação de inexistência de imobilizado?

Por que razão não foi procurada a Gráfica Nápoles Com. e Ind. Ltda. (que consta ao pé das notas fiscais), para informar quanto à AIDF nº 24543/ 2002, tal como feito em relação às outras empresas? E por que não foi consultada a Secretaria Estadual de Fazenda?

Embora as circunstâncias permitam suspeitar da efetividade dos gastos cobertos pelas notas fiscais relativas à Sólida, considero que não restou inquestionavelmente comprovada sua inidoneidade. Desta forma, para glosar os dispêndios por ela acobertados, é ônus da fiscalização comprovar que são eles inexistentes, nos termos do art. 9º, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei nº 1.598/77.

No que respeita ao custo de aquisição de diamantes, o fato de as notas fiscais serem inidôneas não seria, por si só, suficiente para tê-los como inexistentes. A lei admite a dedutibilidade de dispêndios apoiados em documentos inidôneos, quando reste provado ter o adquirente efetivado o pagamento do preço respectivo e o recebimento dos bens, direitos e mercadorias ou utilização dos serviços.

Reza o art. 82 da Lei nº 9.430/96:

"Art. 82. Além das demais hipóteses de inidoneidade de documentos previstos na legislação, não produzirá efeitos tributários em favor de terceiros interessados, o documento emitido por essa pessoa jurídica cuja inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes tenha sido considerada ou declarada Inapta.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos em que o adquirente de bens, direitos e mercadorias ou o tomador de serviços comprovarem a efetivação do pagamento do preço respectivo e o recebimento dos bens, direitos e mercadorias ou utilização dos serviços

Veja-se que a origem da fiscalização foi a apuração, por parte da Polícia Federal, de que a empresa estaria envolvida com o comércio ilegal de diamantes, consistente 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.

Independentemente dos efeitos penais a que eventualmente a empresa se sujeite, fruto da investigação da Polícia Federal, os efeitos tributários devem ser apurados exclusivamente a partir do descumprimento da legislação específica de cada tributo.

O Termo de Verificação Fiscal consigna que, “de acordo com as informações colhidas durante a fase preparatória da OPERAÇÃO CARBONO, a empresa obteria notas fiscais de diversas empresas que a princípio não se dedicavam à extração de diamantes para dar lastro legal à entrada das pedras que posteriormente seriam exportadas utilizando-se, inclusive, de Certificados Kimberley (necessários à exportação de diamantes e que atestam a origem das pedras) obtidos de forma irregular.”.

A investigação da Polícia Federal dirigiu-se à apuração de comércio de pedras supostamente adquiridas de garimpos ilegais, e é consabido que o pagamento em espécie é praxe na aquisição de pedras preciosas no garimpo. Se confirmadas as suspeitas da Polícia Federal, de que a empresa adquiria pedras diretamente em garimpos ilegais e se

utilizava de notas fiscais inidôneas para legalizar as compras para poder exportá-las, não é estranhável que os pagamentos tenham se feito em espécie.

É extrema de dúvidas que o contribuinte incorreu em custos de aquisição de diamantes, sem os quais não teria auferido as receitas de exportação. Contudo, é seu ônus provar em quanto montaram esses custos, o que não logrou fazer. Demonstrado que os diamantes não foram adquiridos das empresas que constam como vendedoras, tanto podem as notas fiscais terem sido forjadas para acobertar compras verdadeiras, feitas em garimpos ilegais, como podem não corresponder a efetivas aquisições, tendo sido “fabricadas” para aumentar custos e reduzir lucro tributável. Por isso a lei condiciona a dedutibilidade à comprovação do pagamento do preço respectivo e do recebimento dos bens.

Observo que embora o pagamento não seja uma condição de dedutibilidade dos custos ou despesas (os encargos dedutíveis são os incorridos, ainda que não pagos), sua comprovação é um meio que a lei coloca à disposição do adquirente de boa-fé para demonstrar a legitimidade da operação contabilizada com lastro em documento inidôneo. Para desconstituir a presunção de que a operação contabilizada não é verdadeira, não basta ao adquirente provar que recebeu o bem, mas também que o seu valor corresponde ao contabilizado.

Não tendo logrado comprovar que, inobstante a inidoneidade das notas fiscais, as aquisições ocorreram, e pelo valor contabilizado, é de ser mantida a glosa.

Sobre os valores glosados a fiscalização lançou, também, o imposto de renda na fonte a título de pagamentos a beneficiários não identificados, com base no art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995, que dispõe:

Art. 61. Fica sujeito à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

§ 1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74, da Lei nº 8.383, de 1991.

§ 2º Considera-se vencido o imposto de renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.

§ 3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.

Contudo, quanto a este item entendo que não pode prevalecer essa tributação. A caracterização da infração pressupõe a constatação de pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado. Se o fisco não prova que às notas fiscais inidôneas correspondeu a um pagamento, não se materializa a hipótese de incidência do imposto de renda na fonte prevista no art. 61 da Lei nº 8.981/1995.

Como já dito, demonstrado que os diamantes não foram adquiridos das empresas que constam como vendedoras, as notas fiscais tanto podem ter sido forjadas para

acobertar compras verdadeiras, feitas em garimpos ilegais, como podem não corresponder a efetivas aquisições, tendo sido “fabricadas” para aumentar custos e reduzir lucro tributável. Na primeira hipótese, a dedução dos custos seria legítima. Na segunda, os dispêndios são indedutíveis, mas não teria se configurado a hipótese de incidência do imposto de renda na fonte, cujo pressuposto básico é o pagamento.

Omissão de receitas/pagamentos não contabilizados

Este item relaciona-se com duas notas fiscais contabilizadas no dia 28 de julho de 2004, feitas à empresa Jezzini, cuja idoneidade restou comprovada, não tendo a Recorrente contabilizado o pagamento, que o fornecedor confirmou ter recebido.

O Termo de Verificação Fiscal registra que o sócio da empresa informou, por correspondência que está anexada aos autos, ter recebido da empresa Viviane Santos Classificação de Pedras Ltda. os valores de R\$ 370.000,00, em 14/07/2004, por transferência no Banco Bradesco, agência 2559 - conta 4379 (conforme extrato bancário apresentado) e R\$ 120.000,00 em espécie. Os lançamentos respectivos encontram-se às folhas 101, 102, 110 e 111 do livro Diário nº 1, da JEZZINI, anexas por cópia.

No curso da fiscalização a agora recorrente alegou que não reconhece a autenticidade da transferência da importância de R\$ 370.000,00 que teria sido feita no dia 14/07/2004, alegando inconsistências na informação prestada pela JEZZINI, questionando a autenticidade do extrato bancário apresentado pela JEZZINI.

Essas mesmas alegações traduzem o conteúdo das razões recursais, como se pode ver do a seguir transcrito:

“ III.3. Da Inexistência de omissão de receitas — Ausência de referibilidade entre o extrato apontado e as contas da Recorrente.

(...)

(...) como bem demonstrado na impugnação -inicial, não há nexo de referibilidade entre o extrato e eventuais movimentações financeiras da Recorrente e a nota fiscal em referência.

A Decisão "a quo" ignorou por completo o fato de a nota fiscal datar de 28.07.2004 e a movimentação bancária de 14.07.2004. É dizer, a Recorrente teria pago à Jezzini o valor de R\$ 370.000,00 (trezentos e setenta mil reais) quatorze dias antes da emissão da nota fiscal!

É de se indagar: que tipo de empresa transferiria vultuosa quantia à terceiros duas semanas antes da emissão da nota fiscal correspondente?

Empresa alguma o faria, por certo.

A r. Decisão recorrida também desconsiderou que à fl. 230 deste processado pode-se constatar da leitura do livro diário da Jezzini que, no dia do registro da nota fiscal (28.07.2004) há o registro da venda mas não há o registro do recebimento.

Tal procedimento vai de encontro às praticas contábeis regulares e até mesmo adotadas pela própria Jezzini. Como exemplo, basta verificar a escrituração da venda relativa à nota 039, no valor de R\$ 120.000,00 (fl. 229). Neste caso há o registro de venda e o registro de recebimento do mencionado valor no mesmo dia da emissão da nota (28.07.2004).

Não bastasse, a Recorrente chegou a comprovar nos autos que sequer possuía conta no Banco responsável pela transferência, o que elimina, definitivamente, qualquer hipótese traçada pela fiscalização.

Por fim, ao contrário do que alegado na r. Decisão "a quo", a documentação apresentada indica o estorno dos valores transferidos no mesmo dia.

Sendo assim, mais uma vez a Fiscalização adotou presunção contrária à Recorrente tomando por base situação eivada de indícios favoráveis à mesma.

Não há, portanto, qualquer prova capaz de demonstrar, cabalmente, a omissão de receitas com base em suposta transferência, que de fato, inexistiu.

(...)"

O que há de mais relevante na análise deste item é que às fls. 37 do Livro Diário nº 09 da Recorrente, encontram-se contabilizadas no dia 28 de julho de 2004, as notas fiscais nº 0038 e 0039, relativas à aquisição de diamantes em bruto, cuja idoneidade não é questionada. As operações de venda estão registradas no Livro Diário do vendedor, no dia 28 de julho de 2004 (fl. 230 do processo), e o vendedor confirma ter recebido o respectivo valor.

Ou seja, nem comprador, nem vendedor negam a operação, o vendedor confirma ter recebido o preço, o comprador não contabilizou o pagamento, mas não afirma expressamente que não o fez (até porque careceria da mais ínfima credibilidade afirmação nesse teor, sendo de sabença geral que, nesse mercado, as transações são sempre a vista). Apenas diz que não há prova da transferência de recursos pelo Bradesco.

Assim como a Recorrente indaga “que tipo de empresa transferiria vultosa quantia a terceiros antes da emissão da nota fiscal correspondente”, é de se indagar que tipo de empresa entregaria diamantes a outra no valor de R\$ 370.000,00, sem receber o preço?

A Recorrente procura fragilizar a acusação fiscal (omissão de receita pela não contabilização de pagamentos), questionando os elementos colhidos na diligência junto ao vendedor.

No Livro Diário da Jezzini (fls. 227 a), constam os registros, no dia 14 de julho de 2004, na Conta Bradesco S.A., Subconta Adiant. de Exportação, de dois créditos no valor de R\$ 370.000,00 com o histórico “Vlr. Adto Câmbio Exportação cfe. extrato Bradesco S.A.” e de um débito no mesmo valor com histórico “Estorno Vlr Adto Câmbio Exportação cfe extrato Bradesco S.A.”(fl. 228 do processo).

No dia 28 de julho constam do Livro Diário os seguintes lançamentos; (i) na conta Caixa, um débito de R\$ 120.000,00, com histórico “Vendas cfe Nf 039” (fls. 229); (ii) na

conta Adiant. de Exportação, um débito no valor de R\$ 370.000,00 com o histórico “Vendas Cfe Nf”; (iii) dois créditos na conta Venda de Produtos à Vista, sendo um no valor de R\$ 370.000,00 com o histórico “Vendas cf. Nf”, e outro no valor de R\$ 120.000,00, com o histórico “Vendas cf. Nf 039”.

É transparente que os documentos (extrato bancário, notas fiscais e lançamentos contábeis) espelham uma operação de venda de diamantes bruta por Jezzini para Viviane, para fins de exportação, mediante pagamento à vista.

Ao que tudo indica, a operação envolveu a obtenção de ACC (Adiantamento sobre Contrato de Câmbio) com o Bradesco.

Como se sabe, o ACC é uma antecipação de recursos em moeda nacional (R\$) ao exportador, por conta de uma exportação a ser realizada no futuro. O banco antecipa reais (parcial ou total) equivalentes à quantia de moeda estrangeira adquirida (pelo banco) a termo dos exportadores. A empresa exportadora vende ao banco (antes ou após o embarque dos produtos) a moeda estrangeira. O ACC tem o objetivo de financiar o capital de giro às empresas exportadoras, na forma de antecipação, para que possam produzir e comercializar os produtos objetos de exportação.

Do que contêm os autos se depreende que a Recorrente obteve do Bradesco, em 14 de julho um ACC (Adiantamento de Contrato de Câmbio), e que o valor do adiantamento(ou parte dele, se ultrapassou R\$ 370.000,00), foi destinado a pagar os diamantes em bruto adquiridos de Jezzini.

A meu juízo, não há a mais tênue dúvida quanto à veracidade da acusação fiscal: pagamentos ocorridos e não contabilizados. E, nos termos do art. 40 da Lei nº 9.430/96, *“a falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica, assim como a manutenção, no passivo, de obrigações cuja exigibilidade não seja comprovada, caracterizam, também, omissão de receita”*.

Quanta a multa aplicada, é de se observar que a mesma está em consonância com a legislação de regência (art. 44 da Lei nº 9.430/96), que prevê a imposição da multa de 150%, nos casos de lançamento de ofício em que tenha se configurado qualquer das figuras previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, o que, a toda evidência, alcança a utilização de documentos inidôneos para lastrear lançamentos de dispêndios, se não demonstrada à boa-fé do contribuinte.

Por todo o exposto, rejeito as preliminares e dou provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo do IRPJ e da CSLL os valores correspondentes às notas fiscais relativas à Sólida Construções e Edificações Ltda. e cancelar o lançamento de IRRF.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Valmir Sandri

Voto Vencedor

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

Autenticado digitalmente em 02/01/2012 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 02/01/2012 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 12/01/2012 por VALMIR SANDRI, Assinado digitalmente em 02/03/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR

Impresso em 13/03/2012 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Redator Designado

Em que pese o bem elaborado e fundamentado voto do ilustre Relator, durante as discussões ocorridas por ocasião do julgamento do presente litígio surgiu divergência que levou a conclusão diversa, exclusivamente no que tange ao lançamento do imposto de renda retido na fonte.

Esse lançamento correspondeu à incidência do art. 61 da Lei nº 8.981/1995, base legal do art. 674 do Decreto nº 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99), a seguir transcrito:

Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

§ 1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991.

§ 2º Considera-se vencido o Imposto de Renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.

§ 3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.

Os pagamentos sobre os quais recaiu a incidência tributária são aqueles já largamente discutidos no relatório e no voto do ilustre Relator, feitos pela interessada supostamente a diversas pessoas jurídicas, amparados por documentos tidos pelo Fisco por inidôneos. Tais pagamentos constam da contabilidade da interessada como tendo sido feitos em espécie (a crédito da conta *Caixa*, portanto) e estão relacionados individualmente no Termo de Verificação Fiscal às fls. 27/30. No Anexo II ao processo encontram-se cópias de folhas dos Livros Diário em que os pagamentos foram registrados.

O ilustre Relator asseverou que “*notas fiscais tanto podem ter sido forjadas para acobertar compras verdadeiras, feitas em garimpos ilegais, como podem não corresponder a efetivas aquisições, tendo sido ‘fabricadas’ para aumentar custos e reduzir lucro tributável*”. A partir dessa assertiva, foram extraídas duas conclusões: no primeiro caso (compras verdadeiras, feitas em garimpos ilegais), não se discute que os pagamentos foram efetivamente feitos a pessoas físicas ou jurídicas não identificadas, amoldando-se perfeitamente à situação prevista no *caput* do art. 61, acima transcrito. Na segunda hipótese, no entanto, se as notas fiscais ‘fabricadas’ se destinaram a aumentar custos e reduzir lucros, o Colegiado divergiu, e considerou que isso não ilide a saída de recursos do Caixa da empresa pagadora, conforme registrado na contabilidade. Ou seja, também aqui houve recursos que deixaram o patrimônio da empresa, sendo entregues a terceiros e, desta feita, preenchendo dois requisitos da incidência tributária, a saber, pagamento a beneficiário não identificado e operação, ou sua causa, sem comprovação.

Observe-se que o fato de que os documentos que lastreiam os lançamentos contábeis em questão foram reputados inidôneos é causa para que as despesas que reduziram as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL sejam glosadas, como de fato o foram, mas em nada afetam outro fato, de que os valores a elas correspondentes efetivamente saíram do Caixa, o que conduz também à incidência do IRRF aqui discutido.

A conclusão do Colegiado, quanto a este ponto, foi pela manutenção do lançamento do IRRF. No mais, a decisão se deu conforme o bem fundamentado voto do ilustre Relator.

Em conclusão, a decisão do Colegiado foi pelo provimento parcial do recurso, cancelando-se exclusivamente a glosa de despesas relativas às notas fiscais emitidas pela Sólida Construções e Edificações Ltda., e mantendo-se os demais valores lançados, inclusive o IRRF.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha