



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

Processo nº 10820.002296/2005-16
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1201-001.164 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de março de 2015
Matéria Auto de Infração de IRPJ, CSLL, Pis e Cofins
Recorrente Frigorífico Baby Beef Ltda.
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002

Ementa:

PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS - NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO.

No caso de que trata os autos não foi aplicada qualquer presunção legal de omissão de receitas. A base de cálculo foi determinada com base nas provas colhidas no curso da ação fiscal.

ART. 3º DA LEI 10.174/2001 - APLICAÇÃO A FATOS GERADORES OCORRIDOS ANTERIORMENTE. REQUISICÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO.

A questão sobre a retroatividade e legalidade do artigo 3º da Lei 10.174/2001 e a Requisição de Movimentação Financeira pela Receita Federal são matérias que tem como fundamento a violação ao artigo 5º, inciso XII, da CF. O STF ainda não decidiu de forma definitiva a matéria, atribuindo ao Recurso Extraordinário pendente de julgamento na Corte Maior os efeitos da repercussão geral.

Incompetência desse Tribunal Administrativo em analisar a matéria. Súmula nº 2 do Carf.

DECADÊNCIA - CONTAGEM DO PRAZO - CONSTATAÇÃO DE FRAUDE.

A contagem do prazo decadencial de cinco anos do IRPJ, nos casos em que se verificar a ocorrência de fraude, conta-se do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, c/c art. 150, § 4º, CTN)

ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO - INEXISTÊNCIA.

Por meio das provas acostadas aos autos foi demonstrado sobejamente que o real titular das receitas auferidas foi o contribuinte autuado.

UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTA PESSOA - PROVA.

De acordo com todas as provas e indícios colhidos no curso da ação fiscal, restou demonstrado que o contribuinte se valeu de interpostas pessoas (DISTRIBUIDORA e ABAETE) para ocultar suas receitas tributáveis.

MULTA DE 150% - FUNDAMENTAÇÃO.

Ha nos autos de infração lavrados expressa referência ao ilícito tributário que ensejou a aplicação da multa de 150%, de modo que não há que se falar em falta de motivação.

PROCEDIMENTOS DECORRENTES. CSLL. PIS. COFINS. COFINS-INSS.

Aplica-se aos lançamentos decorrentes a decisão proferida quanto ao IRPJ pela íntima relação de causa e efeito existente.

Recurso conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL VIDAL DE ARAÚJO - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL CORREIA FUSO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rafael Vidal de Araújo (Presidente), Marcelo Cuba Netto, Rafael Correia Fuso, Roberto Caparroz de Almeida, Luis Fabiano Alves Penteado e João Carlos de Lima Junior.

Relatório

Por critério de economia processual, tomo como parte deste Relatório as descrições trazidas no Relatório proferido pela 2ª Turma da 2ª Câmara da 1ª Seção do Carf, que sobrestou os autos em razão de dispositivo existente e já revogado do regimento interno do Carf.

Trata-se de recurso voluntário apresentado pela contribuinte acima identificada em face de decisão que manteve a autuação decorrente de exclusão do Simples, consoante relatório que, com a devida vênia, reproduzo parcialmente abaixo, por bem esclarecer os fatos de interesse para o julgamento:

Em ação fiscal levada a efeito no contribuinte acima identificado foi apurado que a receita operacional auferida nos anos de 2000, 2001 e 2002 não foi declarada, havendo o contribuinte optado indevidamente pelo Simples. Tendo em vista que a escrituração comercial e fiscal se mostrou imprestável para a apuração dos tributos, o lucro foi arbitrado para os fatos geradores relativos a todos os trimestres dos anos de 2000, 2001 e 2002. Como consequência, foi lavrado o auto de infração de fls. 291297, integrado pelos termos, demonstrativos e documentos nele mencionados, para lançar o imposto sobre a renda devido para estes fatos geradores. O crédito tributário de IRPJ lançado perfaz o total de R\$ 18.210.909,77, composto pelo imposto, pela multa de 150% e pelos juros moratórios, calculados até 30/11/2005.

2. Como reflexos da ação fiscal, foram lançados também os seguintes créditos tributários: 1 - PIS (auto de infração de fls. 306311), perfazendo o total de R\$ 5.018.152,32, incluído neste montante o valor da contribuição, da multa de 150% e dos juros de mora, calculados até 30/11/2005; 2- CSLL (auto de infração de fls. 319324), perfazendo o total de R\$ 8.330.689,38, incluído neste montante o valor da contribuição, da multa de 150% e dos juros de mora, calculados até 30/11/2005; COFINS (auto de infração de fls. 334339), perfazendo o total de R\$ 23.160.706,46, incluído neste montante o valor da contribuição, da multa de 150% e dos juros de mora, calculados até 30/11/2005.

3. As irregularidades apuradas foram descritas no “Termo de Constatação Fiscal” de fls. 178252, discriminando-se, a seguir, seus aspectos essenciais:

3.1. Inicialmente, foi detectada que a movimentação financeira do contribuinte FRIGORÍFICO BABY BEEF LTDA. (doravante designado apenas como BABY BEEF), apurada através da CPMF, era incompatível com as receitas declaradas relativas aos anos 1999 a 2001, ressaltando-se que o contribuinte apurou os tributos pelo Simples para todos estes fatos geradores.

3.2. Relativamente ao ano 1999, foi lavrado o auto de infração de que trata o processo administrativo 10820.002512/2004-42.

Ademais, por meio do processo administrativo 10820.002515/2004-86 efetuou-se representação fiscal para fins de exclusão do BABY BEEF do Simples, tendo resultado na expedição do Ato Declaratório Executivo nº 01, de 13/01/2005, aplicando-se os efeitos da exclusão a partir de 01/01/2000. Paralelamente, foi lavrada representação fiscal para fins de declaração de inaptidão do contribuinte DISTRIBUIDORA DE CARNES E DERIVADOS SÃO PAULO LTDA. (doravante designado apenas como DISTRIBUIDORA), CNPJ 68.207.463/000162, processada sob o nº 10820.002518/2004-10, da qual resultou o Ato Declaratório Executivo nº 44, de 03/11/2005, aplicando-se os efeitos da inaptidão a partir de

01/01/1999. Igualmente, foi lavrada representação fiscal para declaração de inaptidão do contribuinte FRIGORÍFICO ABAETÉ LTDA (doravante designado apenas como ABAETÉ), CNPJ 01.180.149/000162, processada sob o nº 10820.002519/2004-64, da qual resultou a expedição do Ato Declaratório Executivo nº 26, de 05/04/2005, aplicando-se os efeitos da inaptidão a partir de 27/02/1999.

[...]

3.4. Foi constatado que não há nos Livros Caixa a escrituração da movimentação bancária e tampouco há documentação comprobatória desta movimentação.

3.5. A primeira nota fiscal emitida pelo BABY BEEF data de 02/06/2000. A operação registrada nesta nota fiscal foi indevidamente caracterizada com a natureza de prestação de serviço, ocultando a real atividade do BABY BEEF que é a compra, abate e comercialização de carne e seus subprodutos. Entre 02/99 e 05/2000 a DISTRIBUIDORA se valeu dos dados cadastrais do ABAETÉ, que havia sido arrendado em 12/98 pelo BABY BEEF, para emitir notas fiscais.

3.6. Ao responder intimação, o contribuinte BABY BEEF afirma que a atividade por ele desempenhada foi a de transporte rodoviário de cargas no período de 1999 a 05/2000 e de abate e frigorificação de bovinos para terceiros no período de 06/2000 a 12/2001. Afirma que não efetuou compras de gado para abate por conta própria nos anos de 1999, 2000 e 2001. Assevera que as instalações do ABAETÉ foram arrendadas em janeiro de 1999, mas as atividades tiveram início apenas em junho de 2000, em razão da liberação do posto fiscal de Andradina/SP. Finalmente, sustenta que, a partir de janeiro de 2003, o imóvel foi adquirido por Marcelo Aparecido Pompei, sendo que a escritura definitiva está sendo providenciada, assim como o contrato de aluguel.

[...]

3.8. Em 18/07/2003, o BABY BEEF respondeu intimação informando que não apresentaria a documentação relativa a sua movimentação bancária tendo em vista que os recursos movimentados em suas contas seriam de titularidade da DISTRIBUIDORA, de modo que estaria resguardando o sigilo bancário desta.

3.9. Foi apresentado contrato de prestação de serviços, datado de 02/01/99, firmado entre BABY BEEF e DISTRIBUIDORA, mediante o qual o primeiro se compromete a abater gado bovino e suíno por meio de entrega em seu estabelecimento de animais, entregando os produtos que resultarem em caminhões contratados pela DISTRIBUIDORA ou por quem esta indicar. Ademais, estipula-se que os pagamentos aos pecuaristas fornecedores de animais serão realizados por meio de repasses de numerários em contacorrente bancária, assim como os recebimentos dos valores relativos às vendas realizadas pela DISTRIBUIDORA.

3.10. Tendo em vista o contrato de que trata o item anterior, *BABY BEEF* deveria escriturar toda a movimentação financeira relativa ao repasse de numerários da *DISTRIBUIDORA*, porém, tais informações não constam de sua contabilidade, que restou incompleta, irregular e imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária.

3.11. Em 31/05/2000, a *DISTRIBUIDORA* alterou seu contrato social para incluir a atividade de abate através de terceiros, em descompasso com a data (02/01/99) do contrato firmado com *BABY BEEF*. Também o contrato social de *BABY BEEF* foi alterado em 21/06/99, portanto em data posterior à do arrendamento do *ABAETÉ* (janeiro de 1999), passando seu objeto social de transporte rodoviário de cargas para abate e frigorificação de bovinos e suínos próprios e para terceiros, industrialização de carnes bovinas, suínas, ovinas, caprinas e seus derivados e subprodutos, ração animal, gordura e óleos animais, embutidos de carne bovina, suína e outras e transporte rodoviário de cargas.

3.12. Constatou-se a existência de cheque pago em 1999 ao procurador do *ABAETÉ*, Sr. Fábio Antônio Óbice, relativo ao pagamento do arrendamento pelo *BABY BEEF*, revelando que é falsa a alegação de que este só operou a partir de junho de 2000, assim como é falsa a afirmação da *DISTRIBUIDORA* de que, de fevereiro de 1999 a maio de 2000, quem prestou serviço de abate foi o *ABAETÉ*.

3.13. Constatou-se que o Sr. Marcos Antônio Pompei firmou grande parte dos cheques e autorizações para pagamentos emitidos pelo *BABY BEEF*, sem que nenhuma assinatura fosse verificada de pessoa da *DISTRIBUIDORA*, contrariando a informação de que a movimentação financeira era desta.

3.14. Verificou-se que havia procurações para empregados e prepostos do *BABY BEEF* para que estes movimentassem contas bancárias não apenas do *BABY BEEF*, mas também da *DISTRIBUIDORA*, demonstrado que, a rigor, as contas desta eram controladas por aquele.

[...]

3.18. Os extratos bancários do *BABY BEEF* foram apresentados pelo Sr. Vanderlei Antunes Rodrigues, contador da *DISTRIBUIDORA*.

3.19. A Srta. Maria dos Anjos de Medeiros, empregada da *DISTRIBUIDORA*, declarou que os compradores e vendedores desta atuam nos frigoríficos e são remunerados a título de comissão.

Constatou-se, porém, que não há registro desses empregados nem escrituração dos pagamentos de salários ou comissões nos livros da *DISTRIBUIDORA*.

3.20. A Sra Cláudia Regina Barra Moreno (sócia da DISTRIBUIDORA) informa que recebe pro labore, sem que conste qualquer recibo dos respectivos pagamentos, e que seu nome consta no quadro social da DISTRIBUIDORA a pedido do Sr. Valder Antônio Alves, para que a empresa pudesse ser registrada como sociedade limitada, em troca da remuneração mencionada.

3.21. O Sr. Vanderlei Antunes Rodrigues, a despeito de ser o contador da DISTRIBUIDORA, não esclarece quanto às instituições financeiras com as quais esta opera.

3.22. A DISTRIBUIDORA informa, contradizendo afirmação da Srta. Maria dos Anjos Medeiros, que as dependências térreas de suas instalações, nas quais se localizam as câmaras frias, são utilizadas por ela e não por outra empresa. Informa, ademais, que não tem contratos de prestação de serviços com compradores e vendedores que efetuem operações de compra e venda comissionada, que não faz retenção de IR e que os acertos com estes são realizados mensalmente em dinheiro.

3.23. Constatou-se a existência de contrato firmado entre BABY BEEF e ELECTRO ELETRICIDADE S/A, em 13/01/99, bem como pagamentos do consumo ocorrido a partir de março de 1999.

Verificou-se que foi interrompido o fornecimento de energia entre janeiro de 1998 (último período de funcionamento do ABAETÉ) e janeiro de 1999.

3.24. Constatou-se, por circularização, que os pagamentos dos clientes não eram feitos à DISTRIBUIDORA, mas ao BABY BEEF.

3.25. Constatou-se que o ABAETÉ não demonstra quaisquer recebimentos que correspondam a prestação de serviço. Não foi localizado no livro Diário da DISTRIBUIDORA quaisquer menções a pagamentos ou históricos de prestação de serviço, tanto do BABY BEEF quanto do ABAETÉ. O Sr. Ricardo Aparecido Quinhones, funcionário do BABY BEEF, consta como responsável pelo preenchimento e entrega das DIRPJ's do ABAETÉ, declarações estas de valores condizentes apenas com os recebimentos do arrendamento para o anocalendário 1999 e não de atividade de abate.

3.26. Constatou-se, por cruzamento de dados entre extratos bancários e recolhimentos do ICMS, que o BABY BEEF pagou até a dívida de ICMS do ABAETÉ.

3.27. Constatou-se que o ABAETÉ não efetuou recolhimentos do INSS, de modo que não tinha empregados e, portanto, não poderia operar o frigorífico.

3.28. Constatou-se que o ABAETÉ não teve movimentação financeira de 1999 em diante e que sua última movimentação financeira foi em abril de 1998, corroborando a informação da Elektro de que ocorreu um corte no fornecimento de energia de junho de 1998 a janeiro de 1999, período em que o ABAETÉ esteve inativo.

3.29. Constatou-se que o Sr. Marcelo Aparecido Pompei e o Sr. Marcos Antônio Pompei praticaram atos de administração no BABY BEEF quando não constavam no quadro social da empresa.

3.30. Constatou-se que a movimentação financeira do BABY BEEF foi muito superior à da DISTRIBUIDORA e que a primeira utilizou as contas bancárias da segunda para transitar seus recursos, inclusive por meio do Sr. Alex Sandro Pereira da Silva que, a despeito de constar como funcionário do BABY BEEF, atuou como procurador deste (a partir de 06/10/1999) e como procurador da DISTRIBUIDORA (a partir de 05/03/2001).

3.31. Constatou-se que no anocalendário 1999 não se localizou qualquer repasse de recursos das contas correntes do BABY BEEF para as contas correntes da DISTRIBUIDORA. Nos anos calendário 2000 a 2002 somente se encontraram três cheques nominais à Distribuidora, nos valores de R\$ 36.000,00 (29/10/2001), R\$ 15.000,00 (20/02/2002) e R\$ 141.000,00 (28/03/2002), e foi efetuado um depósito pela DISTRIBUIDORA na conta corrente do BABY BEEF, no valor de R\$ 12.496,00 (27/06/2000), que, pela insignificância diante da movimentação financeira verificada, demonstra que não houve os repasses previstos nos itens 2.4 e 6.3 do contrato de prestação de serviços firmado entre ambas. Verificou-se, ademais, que não há no referido contrato a indicação do método a ser utilizado para quantificar os valores devidos pela prestação de serviços, além de não constar comprovação desses pagamentos.

3.32. Constatou-se que não há registro de veículos da DISTRIBUIDORA no Renavam, que seu prédio é alugado e que os valores declarados na DIRPF pelo Sr. Valder Antônio Alves são incompatíveis com as vendas declaradas pela DISTRIBUIDORA em DIPJ. Verificou-se que a movimentação financeira (1999) do Sr. Valder Antônio Alves é irrisória e os bens constantes de sua declaração são de pequena monta. Por outro lado, o Sr. Marcos Antônio Pompei possui movimentação financeira elevadíssima na pessoa física (1998/1999), além de possuir patrimônio de valor altíssimo quando comparado ao do Sr. Valder.

3.33. Em 28/09/2005, foi arquivada na JUCESP alteração contratual do BABY BEEF por meio da qual saíram do quadro social o Sr. Marcos Antônio Pompei e a Sra. Sinézia de Lima e entraram o Sr. Vinicius dos Santos Vulpini (sócio da empresa NORTE RIOPRETENSE) e a DISTRIBUIDORA. Verificou-se que o Sr. Valder Antônio Alves, sócio da DISTRIBUIDORA, constou na referida alteração contratual do BABY BEEF como residente à Rua São Paulo, nº 1.439, casa 2, Jardim Paulista, São José do Rio Preto/SP, fato este que não corresponde à verdade, conforme constatado pela Fiscalização.

3.34. O INSS informou que o BABY BEEF realizou recolhimentos de contribuição previdenciária descontada dos empregados a partir de novembro de 1998, sendo que a partir de

julho de 1999 os valores pagos triplicaram em relação ao mês de junho de 1999, crescendo nos meses seguintes, informações estas condizentes com o crescimento dos abates informados pelo SIF.

3.35. Constatou-se que no dia 30/12/2002 o Sr. Marcos Antônio Pompei sacou mais de R\$ 800.000,00 em espécie da conta bancária do Banco Bradesco de titularidade do BABY BEEF.

3.36. Em conclusão, o BABY BEEF exerceu a atividade de compra de bovinos para abate e comercialização (frigorífico) desde fevereiro de 1999 até os dias atuais, vez que ele próprio sempre adquiriu, industrializou e comercializou seus produtos com plena autonomia financeira, utilizando-se da DISTRIBUIDORA apenas para acobertar operações comerciais, além do que, no período de fevereiro de 1999 a maio de 2000, também se valeu dos dados do ABAETÉ, acobertando suas operações comerciais.

Na impugnação (fls. 371466), o contribuinte aduz, dentre outras, a seguinte alegação:

4.3. Para a constituição dos créditos tributários foram utilizados dados da CPMF, aplicando-se de forma retroativa o disposto no art. 3º da Lei 10.174/2001. Esta Lei entrou em vigor na data de sua publicação (10/01/2001), de modo que a autoridade não estava autorizada a requisitar informações bancárias relativas a períodos anteriores, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade das leis, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. As provas, portanto, foram obtidas por meios ilícitos, em afronta ao princípio da moralidade administrativa, ao art. 5º, LVI, da Constituição Federal, ao art. 30 da Lei 9.784/99 e ao art. 105 do CTN. A jurisprudência do STF adota a teoria constitucional dos “frutos da árvore envenenada”, segundo a qual a prova obtida por meio ilícito contamina de ilicitude todas as demais constantes do processo. Assim, tendo em vista que os dados da CPMF foram utilizados para alcançar fatos geradores ocorridos antes de 2001, conclui-se que todo o procedimento restou maculado. Este é o entendimento do Conselho de Contribuintes e da doutrina.

A DRJ manteve integralmente a autuação, motivando assim a decisão quanto ao tema referido:

8.2. Veja-se que o § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311/1996 foi alterado pela Lei nº 10.174/2001, possibilitando ao Fisco a utilização dos dados da CPMF para instauração de procedimento administrativo que indique a exigência de outros tributos. De outro lado, a Lei Complementar nº 105/2001 abriu a possibilidade de o Fisco obter informações diretamente das instituições financeiras. Nos dois casos, em face do § 1º do art. 144 do CTN, a utilização de tais dados pode abranger fatos geradores anteriores à publicação de ambos os diplomas legais. A esse respeito, cabe esclarecer que a questão já se encontra pacificada no STJ, conforme se pode observar do seguinte acórdão ora transcrito [...]

Cientificada da decisão em 16/01/2007 (AR à fl.532), a contribuinte, inconformada, apresentou recurso voluntário ao CARF, em 14/02/2007 (fls.533 e seguintes), em que contesta a decisão recorrida, trazendo, especificamente quanto à questão do sigilo bancário, os argumentos abaixo sintetizados.

Alega que dois fatos interferem na legalidade da constituição do crédito tributário: a) lapso temporal da efetiva vigência do art.11, § 3º da Lei nº 9.311/96, e b) criação, pela Lei nº 10.174/2001, de uma nova forma de lançamento.

Aduz que a utilização da Lei nº 10.174 de 09/01/2001, que entrou em vigor na data da sua publicação em 10 de janeiro de 2001, não autoriza a utilização da CPMF para instaurar procedimento administrativo em data anterior ao seu surgimento no mundo jurídico, como é o caso da autuação fiscal, que decorre da utilização de dados da CPMF abrangendo os anos de 1999 a 2000, período anterior à vigência da Lei Complementar nº 105/2001 e da Lei nº 10.174/2001. Segundo ela, a permissão desse procedimento constituiria clara afronta a irretroatividade das leis, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.

Pede a anulação da autuação com base nessa preliminar, antes de prosseguir com as alegações de mérito

Este é o Relatório!

Voto

Conselheiro Rafael Correia Fuso

O Recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais, por isso o conheço.

Inicialmente, cumpre destacar que os presentes autos ora julgados decorrem de reflexos da exclusão da empresa do Simples, ou seja, estamos tratando dos tributos incidentes nos anos calendários de 2000, 2001 e 2002.

A exclusão do Simples está sendo discutida nos autos do Processo nº 10820.002515/2004-86, julgado nessa mesma sessão.

Destaca-se ainda que os tributos incidentes sobre a omissão de receita do ano de 1999 está sendo analisado nos autos do Processo nº 10820.002512/2004-42, também julgado nessa sessão.

Portanto, não há nenhuma nulidade ou necessidade de sobrestamento desse processo, pois a exclusão do Simples está sendo julgada conjuntamente por essa Colenda Turma na mesma sessão de julgamento dos demais processos.

A contribuinte se pauta basicamente na tese da quebra de sigilo bancário com base em informações obtidas pela CPMF e por meio de Requisições de Movimentação Financeira - RMF, sem autorização judicial, bem como na questão da decadência parcial.

Vejamos o que constou do TCF sobre a quebra de sigilo bancário:

O Termo de Constatação Fiscal de 22/02/2005 (fls.173 e seguintes) esclarece que os valores da movimentação financeira da contribuinte foram obtidos com base nas informações prestadas à Secretaria da Receita Federal, pelas instituições financeiras, de acordo com o art. 11, § 2º, da Lei nº9.311, de 24 de outubro de 1996, que trata de nova instituição da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), consoante trechos abaixo reproduzidos:

48) Solicitaram-se às instituições financeiras os extratos (em papel e em meio magnético — ver itens 108 a 120) dados cadastrais procurações etc., através de Requisições de Movimentação Financeira — RMFs 48, em 23/07/2003, que foram emitidas em 31/07/2003, para todas as instituições bancárias constantes do Termo de Início de Fiscalização, e que as respectivas destinatárias foram cientificadas em 05/08/2003.

[...]

55) Também foi apresentada parte dos documentos solicitados nas RMFs, referentes aos anos calendário 1999 a 2001 em que se constata na ficha cadastral da Fiscalizada que os dados ali consignados são dela própria⁵² e não os da Distribuidora, como não poderia deixar de ser; além de haver históricos de transações de créditos com as informações de "carnets e assemelhados" e "liberação de capital de giro" que são pagamentos de despesas mediante débito automático e de empréstimos de capital de giro para a Fiscalizada, respectivamente, que não foram contabilizados em seus livros contábeis e fiscais ⁵³ 56)

Em 02/09/2003 a Fiscalizada informou que não apresentaria a documentação por motivo de sigilo bancário ⁵⁴. Assim em 09/10/2003 foram emitidas novas RMFs para o período de 2002, solicitando os extratos e demais documentos cadastrais, cujas ciências ocorreram em 14 e 16/10/2003⁵⁵.

57) Em 13/10/2003 emitiu-se duas RMFs para apresentação de cópia dos documentos relativos a valores creditados ou depositados (cheques, comprovantes de depósitos etc.) dos bancos Itaú e Bradesco, cujas ciências ocorreram em 15/10/2003 ⁵⁶. Antes de se il receber os documentos, verificou-se, pelos extratos, que há uma movimentação financeira elevada.

[...]

77) No final do mesmo dia da realização da diligência, compareceu-se ao endereço do escritório contábil do Sr. Vanderlei Antunes Rodrigues, conforme indicado pela Srta. Maria dos Anjos Medeiros, que prestou, pessoalmente, algumas informações, conforme Ref. —Termo de Diligência Fiscal/Intimação nº 106, datado de 30/10/2003. Indagado a respeito da documentação da Fiscalizada, ele apresentou todos os extratos bancários da Fiscalizada do período que se estava fiscalizando (entretanto, a Fiscalizada não os apresentou a esta

fiscalização em nenhum momento), informando que tais extratos foram apresentados para que fosse analisada a possibilidade de incluí-los na escrituração da Distribuidora. Diante do fato, solicitou-lhe que esclarecesse a presença dos extratos em seu escritório.

As Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) foram emitidas em consonância com o disposto no art. 4º, §6º, do Decreto nº 3.724, de 10/10/2001, que regulamentou o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

No recurso voluntário, assim como na impugnação, a contribuinte alega a impossibilidade de aplicação retroativa da Lei nº 10.174, de 2001.

A despeito da discussão ter conotação de legalidade/ilegalidade, essa suposta ilegalidade ou retroatividade da legislação frente aos períodos de 1999 a 2001, tem cunho constitucional, pois as requisições de movimentações financeiras emitidas pela fiscalização aos Bancos se deram sem qualquer autorização judicial, e nesse aspecto teria incorrido o fisco em violação ao artigo 5º, inciso XII, da CF.

Observa-se que o espírito da tese defendida pelo contribuinte não é nova, pois há quase 5 (cinco) anos o STF atribuiu repercussão geral ao tema (Recurso Extraordinário nº 389.808/PR), e por sua morosidade e burocracia processual nas definições de questões importantes para o país ainda não definiu o julgamento da matéria:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

Repita-se, a questão da quebra de sigilo bancário, embora passe pela análise da Lei nº 4.595/64, em seu artigo 38, § 5º, que trata de procedimento instaurado pela autoridade fiscal competente, para fins de obter esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras, envolvendo inclusive o artigo 197 do CTN e a Lei Complementar nº 105/2001 (vide artigos 1º e 6º), é uma matéria reflexa no plano da discussão de eventual ilegalidade, tendo como fundamento principal a inconstitucionalidade do acesso às informações sem decisão judicial fundamentada para tanto, qual seja violação clara do artigo 5º, inciso XII.

Sob esse prisma, a violação dos dados e informações bancárias pelas autoridades Fazendárias, que tem total rechaço por esse julgador, é matéria que deve ser levada ao Poder Judiciário, que sinalizou no brilhante voto do Ministro Marco Aurélio tratar-se de uma garantia do contribuinte não se sujeitar à quebra de sigilo bancário sem ordem judicial. Vejamos:

“SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a

privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. RE 389808/PR, Min. Rel. Marco Aurélio, Julgamento em 15/12/2010. Pleno.”

No caso específico ora julgado o fundamento do lançamento fiscal, embora se trate de omissão de receita em razão de movimentações bancárias que extrapolaram os limites do Simples, tem-se como preceito a quebra de sigilo bancário sob a forma de RMF – Requisição de Movimentações Financeiras, não existindo nenhuma outra peculiaridade.

Como esse E. Tribunal não pode cancelar lançamentos fiscais por violação de regra constitucional, visto o teor da Súmula nº 2 do CARF, que exclui a competência para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, matéria essa reservada ao Poder Judiciário, não podemos acolher a pretensão da contribuinte na parte que ventila essa matéria em seu Recurso:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Cabe então analisarmos a questão da Receita omitida, que não fora afastada por elementos de provas ou justificativas objetivas pelo contribuinte, preferindo impugnar a forma, do que a essência dos depósitos bancários, que resultou por conta disso no arbitramento do lucro, em razão da não apresentação de escrituração de livros fiscais (Livro Diário), nos termos do artigo 530, inciso III, do RIR/99.

Nesse caso, é sabido que movimentação financeira não pode ser considerada como receita tributada sob uma verdade absoluta.

Ademais, não estamos diante de presunção de receita omitida, há efetiva demonstração nos autos de que as operações qualificadas pela Recorrente e pela DISTRIBUIDORA como prestação de serviços de abate de primeira à segunda foram, na verdade, operações de abate do BABY BEEF, que utilizava a DISTRIBUIDORA como interposta pessoa, deixando de recolher os tributos devidos. Vejamos as descrições trazidas na decisão da DRJ, confirmada pelas Notas Fiscais, depoimentos de fornecedores, cópia de cheques, etc:

3.12. Constatou-se a existência de cheque pago em 1999 ao procurador do ABAETÉ, Sr. Fábio Antônio Óbice, relativo ao pagamento do arrendamento pelo BABY BEEF, revelando que é falsa a alegação de que este só operou a partir de junho de 2000, assim como é falsa a afirmação da DISTRIBUIDORA de que, de fevereiro de 1999 a maio de 2000, quem prestou serviço de abate foi o ABAETÉ.

3.13. Constatou-se que o Sr. Marcos Antônio Pompei firmou grande parte dos cheques e autorizações para pagamentos emitidos pelo BABY BEEF, sem que nenhuma assinatura fosse verificada de pessoa da DISTRIBUIDORA, contrariando a informação de que a movimentação financeira era desta.

3.14. Verificou-se que havia procurações para empregados e prepostos do BABY BEEF para que estes movimentassem contas bancárias não apenas do BABY BEEF, mas também da DISTRIBUIDORA, demonstrado que, a rigor, as contas desta eram controladas por aquele.

3.22. A DISTRIBUIDORA informa, contradizendo afirmação da Srta. Maria dos Anjos Medeiros, que as dependências térreas de suas instalações, nas quais se localizam as câmaras frias, são utilizadas por ela e não por outra empresa. Informa, ademais, que não tem contratos de prestação de serviços com compradores e vendedores que efetuam operações de compra e venda comissionada, que não faz retenção de IR e que os acertos com estes são realizados mensalmente em dinheiro.

3.23. Constatou-se a existência de contrato firmado entre BABY BEEF e ELECTRO ELETRICIDADE S/A, em 13/01/99, bem como pagamentos do consumo ocorrido a partir de março de 1999.

Verificou-se que foi interrompido o fornecimento de energia entre janeiro de 1998 (último período de funcionamento do ABAETÉ) e janeiro de 1999.

3.24. Constatou-se, por circularização, que os pagamentos dos clientes não eram feitos à DISTRIBUIDORA, mas ao BABY BEEF.

3.25. Constatou-se que o ABAETÉ não demonstra quaisquer recebimentos que correspondam a prestação de serviço. Não foi localizado no livro Diário da DISTRIBUIDORA quaisquer menções a pagamentos ou históricos de prestação de serviço, tanto do BABY BEEF quanto do ABAETÉ. O Sr. Ricardo Aparecido Quinhones, funcionário do BABY BEEF, consta como responsável pelo preenchimento e entrega das DIRPJ's do ABAETÉ, declarações estas de valores condizentes apenas com os recebimentos do arrendamento para o anocalendário 1999 e não de atividade de abate.

3.26. Constatou-se, por cruzamento de dados entre extratos bancários e recolhimentos do ICMS, que o BABY BEEF pagou até a dívida de ICMS do ABAETÉ.

3.27. Constatou-se que o ABAETÉ não efetuou recolhimentos do INSS, de modo que não tinha empregados e, portanto, não poderia operar o frigorífico.

3.28. Constatou-se que o ABAETÉ não teve movimentação financeira de 1999 em diante e que sua última movimentação financeira foi em abril de 1998, corroborando a informação da Elektro de que ocorreu um corte no fornecimento de energia de junho de 1998 a janeiro de 1999, período em que o ABAETÉ esteve inativo.

3.29. Constatou-se que o Sr. Marcelo Aparecido Pompei e o Sr. Marcos Antônio Pompei praticaram atos de administração no

BABY BEEF quando não constavam no quadro social da empresa.

3.30. Constatou-se que a movimentação financeira do BABY BEEF foi muito superior à da DISTRIBUIDORA e que a primeira utilizou as contas bancárias da segunda para transitar seus recursos, inclusive por meio do Sr. Alex Sandro Pereira da Silva que, a despeito de constar como funcionário do BABY BEEF, atuou como procurador deste (a partir de 06/10/1999) e como procurador da DISTRIBUIDORA (a partir de 05/03/2001).

3.31. Constatou-se que no anocalendário 1999 não se localizou qualquer repasse de recursos das contas correntes do BABY BEEF para as contas correntes da DISTRIBUIDORA. Nos anos calendário 2000 a 2002 somente se encontraram três cheques nominais à Distribuidora, nos valores de R\$ 36.000,00 (29/10/2001), R\$ 15.000,00 (20/02/2002) e R\$ 141.000,00 (28/03/2002), e foi efetuado um depósito pela DISTRIBUIDORA na conta corrente do BABY BEEF, no valor de R\$ 12.496,00 (27/06/2000), que, pela insignificância diante da movimentação financeira verificada, demonstra que não houve os repasses previstos nos itens 2.4 e 6.3 do contrato de prestação de serviços firmado entre ambas. Verificou-se, ademais, que não há no referido contrato a indicação do método a ser utilizado para quantificar os valores devidos pela prestação de serviços, além de não constar comprovação desses pagamentos.

3.32. Constatou-se que não há registro de veículos da DISTRIBUIDORA no Renavam, que seu prédio é alugado e que os valores declarados na DIRPF pelo Sr. Valder Antônio Alves são incompatíveis com as vendas declaradas pela DISTRIBUIDORA em DIPJ. Verificou-se que a movimentação financeira (1999) do Sr. Valder Antônio Alves é irrisória e os bens constantes de sua declaração são de pequena monta. Por outro lado, o Sr. Marcos Antônio Pompei possui movimentação financeira elevadíssima na pessoa física (1998/1999), além de possuir patrimônio de valor altíssimo quando comparado ao do Sr. Valder.

3.33. Em 28/09/2005, foi arquivada na JUCESP alteração contratual do BABY BEEF por meio da qual saíram do quadro social o Sr. Marcos Antônio Pompei e a Sra. Sinézia de Lima e entraram o Sr. Vinicius dos Santos Vulpini (sócio da empresa NORTE RIOPRETENSE) e a DISTRIBUIDORA. Verificou-se que o Sr. Valder Antônio Alves, sócio da DISTRIBUIDORA, constou na referida alteração contratual do BABY BEEF como residente à Rua São Paulo, nº 1.439, casa 2, Jardim Paulista, São José do Rio Preto/SP, fato este que não corresponde à verdade, conforme constatado pela Fiscalização.

3.34. O INSS informou que o BABY BEEF realizou recolhimentos de contribuição previdenciária descontada dos empregados a partir de novembro de 1998, sendo que a partir de julho de 1999 os valores pagos triplicaram em relação ao mês de junho de 1999, crescendo nos meses seguintes, informações estas condizentes com o crescimento dos abates informados pelo SIF.

3.35. Constatou-se que no dia 30/12/2002 o Sr. Marcos Antônio Pompei sacou mais de R\$ 800.000,00 em espécie da conta bancária do Banco Bradesco de titularidade do BABY BEEF.

3.36. Em conclusão, o BABY BEEF exerceu a atividade de compra de bovinos para abate e comercialização (frigorífico) desde fevereiro de 1999 até os dias atuais, vez que ele próprio sempre adquiriu, industrializou e comercializou seus produtos com plena autonomia financeira, utilizando-se da DISTRIBUIDORA apenas para acobertar operações comerciais, além do que, no período de fevereiro de 1999 a maio de 2000, também se valeu dos dados do ABAETÉ, acobertando suas operações comerciais.

Assim, as operações tidas como de prestação de serviços pela autuada foram consideradas operações compra de gado, abate e venda de carnes e derivados. Desta feita, não há qualquer erro quanto ao sujeito passivo do lançamento.

Diante dessa fraude, devidamente demonstrada, o artigo 150, parágrafo 4º, do CTN é inaplicável, devendo ser aplicado o artigo 173, inciso I, do CTN.

Nestes termos, não há que se reconhecer a decadência do ano de 2000, como alegada pela Recorrente.

Quanto à multa de 150%, a mesma possui previsão legal no artigo 44 da Lei nº 9.430/96, devendo ser aplicada em razão da fraude demonstrada pela fiscalização.

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso, e no mérito, NEGO-LHE provimento, mantendo a decisão da DRJ.

É como voto!

(documento assinado digitalmente)

Rafael Correia Fuso - Relator