



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

Processo nº 11060.003730/2007-59
Recurso nº 171287 Voluntário
Acórdão nº **1401-00.368 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 12 de novembro de 2010
Matéria IRPJ/Reflexos
Recorrente VGM TRANSPORTES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2005

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS ESSENCIAIS.

Tendo sido regularmente oferecida a ampla oportunidade de defesa, com a devida ciência do auto de infração, e não provada violação das disposições previstas na legislação de regência, restam insubsistentes as alegações de nulidade do auto de infração e do procedimento Fiscal.

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2005

Ementa: OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM. COMPROVAÇÃO – IRPJ Simples.

Caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

SIGILO BANCÁRIO- LEGALIDADE - O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.(Súmula CARF nº 2).

PROVA. EXTRATOS BANCÁRIOS. OBTENÇÃO. Válida é a prova consistente em informações bancárias requisitadas em absoluta observância das normas de regência e ao amparo da lei, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. DESNECESSIDADE

Os pedidos de diligências ou perícias somente são deferidos quando necessários à formação de convicção por parte do julgador. A realização de diligências ou perícias é totalmente desnecessária quando é possível a apresentação de prova documental sobre as questões controversas e, ainda, quando constatado que os elementos trazidos aos autos são suficientes para o deslinde da questão.

BASE DE CÁLCULO DO SIMPLES. EXCLUSÃO DO ICMS

Não há amparo legal para exclusão do ICMS da base de cálculo do SIMPLES.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, quando o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se em uma ou mais das hipóteses tipificadas nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. EFEITO CONFISCATÓRIO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A instância administrativa não possui competência para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis regularmente emanadas do Poder Legislativo, eis que da exclusiva alçada do Poder Judiciário, em face do princípio da independência dos Poderes da República.

JUROS DE MORA- SELIC – A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 4).

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. SIMPLES - PIS - COFINS - CSLL.- INSS. Estendem-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário. Os conselheiros Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Maurício Pereira Faro e Karem Jureidini Dias acompanharam pelas conclusões

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner – Presidente

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Maurício Pereira Faro, Karem Jureidini Dias e Viviane Vidal Wagner.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 18-9.373, da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Santa Maria-RS.

Versa o presente processo sobre Autos de Infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, Contribuição para o PIS, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 305 a 320) referentes aos fatos geradores ocorridos nos períodos de apuração de 01/2005 a 12/2005, pelos quais exige-se da empresa em epígrafe crédito tributário no valor total de R\$ 1.580.662,27 (discriminado à fl. 12), inclusos os consectários legais até 29/02/2008.

No Relatório da Ação Fiscal – Lucro Presumido – AC 2005 (fls. 272 a 280), consta, em síntese, o seguinte:

Introdução

- Que em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização (MPF) nº 10.1.03.00.2006-00149-2 (fl. 01), iniciou a ação fiscal na atuada no período de janeiro de 2003 a dezembro de 2005 (fl. 29); que no contrato social consta como objeto social as atividades de frigorífico – abate de bovinos, ovinos e suínos, distribuição de carnes e produtos de carnes, comércio varejista de carnes, transporte rodoviário de cargas em geral, intermunicipal, interestadual e internacional; que o seu quadro social é composto por Gerson Luiz Castilhos (50%) e Valdery Correa Castilhos (50%) e que a contribuinte esteve enquadrada no SIMPLES nos anos-calendário 2003 e 2004, na condição de Microempresa (ME), sendo que em 01/01/2005 foi excluída do sistema e optado pelo regime de tributação do Lucro Presumido, conforme documentos anexados às fls. 13 a 22.

Procedimentos Realizados

- Que intimou e reintimou a contribuinte a apresentar sua escrituração, bem como os extratos bancários junto ao Banco Bradesco. Em relação aos livros Diários e Razão apresentados verificou que não contém a escrituração da movimentação financeira/bancária e que diante da não apresentação dos extratos bancários pela atuada, foi emitida Requisição de Informações Sobre Movimentação Financeira (RMF, fl. 11 e 71/73).

- Que a partir dos extratos enviados pelo Banco Bradesco, do período de janeiro de 2003 a dezembro de 2005, verificou que há incompatibilidade entre a receita declarada e a sua movimentação bancária, conforme mostra a tabela abaixo:

Assinado digitalmente em 17/12/2010 por ANTONIO BEZERRA NETO 20/12/2010 por VIVIANE VIDAL WAGNER

Autenticado digitalmente em 17/12/2010 por ANTONIO BEZERRA NETO

Emitido em 20/12/2010 pelo Ministério da Fazenda

AC	Receita Declarada	Depósitos Bancários	Diferença
2003	59.870,00	4.798.241,32	4.738.371,32
2004	88.139,80	8.273.719,06	8.185.579,26
2005	181.593,90	8.646.294,23	8.464.700,33
Total	329.603,70	21.718.254,61	21.388.650,91

- Que intimou e reintimou a contribuinte (fls. 159/180 e 182/183) a comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos referentes aos depósitos realizados em sua conta nessa instituição, bem como concedeu prorrogações do prazo para o seu atendimento (fls. 188/189).

- Que como justificativa da origem dos valores, a contribuinte confeccionou planilhas mensais que relacionam os depósitos bancários de um único mês, aos quais juntou notas fiscais de vendas de empresas que realizaram os abates, extratos de movimentação de sua carteira de cobrança e boletos de cobrança, com as seguintes explicações de seu modus operandi (fl. 190):

Inicialmente a empresa adquire gado para o abate.

Para o abate a empresa contrata com terceiros a execução do mesmo.

A aquisição é feita em nome da empresa terceirizada, sendo que o pagamento da nota é feito com recursos da VGN Transportes Ltda.

Após o abate, o frigorífico que executou a operação, vende com emissão de nota de seu estabelecimento para os compradores indicados pela VGN Transportes Ltda.

Efetuada a venda, emitida a nota fiscal correspondente, a VGN procede a cobrança direta ou através de cobrança bancária, em seu nome. Os valores destas cobranças, é que são depositados em nossa conta corrente e que estamos comprovando a origem dos mesmos.

Em resumo, a documentação da compra e venda, se dá com notas em nome da terceirizada, ou emitida por ela na venda, e os recursos financeiros sai da VGN para aquisição, e retorna para mesma pela cobrança das vendas efetuadas a sua ordem.

O porque deste procedimento. A VGN não tem instalações apropriadas para o abate. Além disto existe em nível estadual um incentivo fiscal, concedido apenas para frigoríficos inscritos no sistema.

- Que na documentação entregue há notas fiscais de venda de três empresas que prestaram serviços de abate para a contribuinte: Cooperativa de Carnes Rio Vacacaí Ltda – Cooriva, CNPJ nº 02.811.319/0001-22, André Luiz Charão Guimarães (Distribuidora de Carnes Charão), CNPJ nº 05.347.282/0001-11, e Frigorífico Lauer e Ferreira Ltda. (cuja razão social anterior era Frigorífico Sanches e Santana Ltda.), CNPJ nº 05.215.260/0001-06 e, ainda, nas planilhas que relacionam os documentos aos depósitos constam mais duas empresas como tendo realizado abates para a contribuinte; Vagner Guedes Cunda (Distribuidora de Carnes Mineira), CNPJ nº 05.731.653/0001-64 e Frigorífico Metade Sul Ltda., das quais entretanto não foram anexadas notas fiscais de venda (Anexos I, II e III).

Diferenças Apuradas

- Que tendo presente o modus operandi descrito pelo contribuinte e com base nos preceitos determinados no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, procedeu à análise da documentação juntada pelo contribuinte, resultando na planilha de fls. 281 a 304, denominada “Depósitos VGM Banco Bradesco – Análise de Comprovação”, cujos valores estão consolidados na planilha de fl. 277-v, que demonstra o total mensal dos depósitos bancários, o total mensal dos depósitos de origem não comprovada, o total mensal dos depósitos de origem comprovada por devoluções de empréstimos e o total mensal dos depósitos de origem comprovada e que correspondem receitas não tributadas (valores estes de depósitos originados de notas fiscais emitidas pelas empresas que realizaram os abates para a contribuinte).

- Que a receita declarada no SIMPLES pela contribuinte no ano-calendário de 2004 é inferior àquela escriturada, restando uma pequena diferença a ser lançada de ofício nos respectivos períodos de apuração. Já em relação a 2003 (SIMPLES) e 2005 (Lucro Presumido) não foram apuradas diferenças entre as receitas escrituradas e as declaradas. As diferenças apuradas estão demonstradas na planilha à fl. 275-v.

Frigoríficos Prestadores de Serviços

- Que também intimou as empresas utilizadas pela contribuinte para lhe prestar os serviços de abate a confirmar o modus operandi descrito pelo contribuinte, bem como a relacionar todas as notas fiscais de venda correspondentes as operações da VGM (fls. 213 a 217 e 232). Entretanto, a PJ André Luiz Charão Guimarães (Distribuidora de Carnes Charão), constituída em 07/10/2002, não foi localizada no seu endereço (Rua Santana, 617, nº 17, Porto Alegre/RS) nem tampouco no endereço de seu proprietário (Rua Major João Marques, 379, Osório/RS), e que, segundo informações verbais da contribuinte autuada, possivelmente teria operado nos anos de 2003 e 2004 nas instalações que pertencem ou pertenciam ao Frigorífico Pântano Grande Ltda., cujo endereço é BR 471, KM 06, SN, Pântano Grande/RS, sendo substituída a partir de 2005 pelo Frigorífico Metade Sul Ltda., e, ainda, segundo informação do contador Sr. Jorge Gravina Jeremias a empresa encerrou as atividades e que ele não teve mais contato com o proprietário desta desde 05/01/2005 (fls. 256 a 261). Apresentou Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica (DIPJ-SI) referente aos anos-calendário de 2002 a 2004, estando omissão daí em diante;

- Que o Frigorífico Metade Sul Ltda., constituída em 27/08/2004, tem por endereço a rodovia BR 471, KM 06, SN, Pântano Grande/RS. No ano-calendário de 2004 esteve inativa, tendo operado nos anos-calendário de 2005 e 2006. Seu quadro social é composto por Paulo César Oliva da Silva, CPF nº 897.971.160-34, enquanto que o contador também é o Sr. Jorge Gravina Jeremias. Segundo o cadastro CNPJ o nome de fantasia é Frigorífico VN Ltda., que vem a ser o mesmo nome de fantasia utilizado pelo frigorífico Lauer e Ferreira Ltda.

- Que a Distribuidora de Carnes Mineira Ltda., constituída em 26/06/2003, tem por endereço a Rua Largo do Mineiro, 225, Arroio dos Ratos/RS. No ano-calendário de 2003 esteve inativa, tendo operado nos anos-calendário de 2004 e 2005. O responsável pela empresa é Wagner Guedes Cunda, CPF nº 008.481.300-81, enquanto que o contador também é o Sr. Jorge Gravina Jeremias. Segundo o cadastro CNPJ o seu endereço é o mesmo da empresa Comercial de Alimentos Rolauer Ltda., CNPJ nº 08.406.246/0001-70, de cujo quadro social participa Raquel Lauer (sócia do Frigorífico Lauer e Ferreira Ltda.), constituída em 21/06/2006 e que até o momento se encontra inativa.

- Que o Frigorífico Sanches e Santana Ltda. (razão social anterior de Frigorífico Lauer e Ferreira Ltda.), situado em Vila Nova do Sul/RS, tinha como sócios até 14/09/2004, os Srs. Orancibio Freitas Sanches e Levino Percival Schaff Santana. Intimados a prestar depoimentos, declararam que (fls. 219 e 228):

Sócio Orancibio Freitas Sanches

- A partir de 01/03/2004, as instalações do frigorífico foram alugadas a Gerson Luiz Castilhos e Valderi Correa Castilhos, sócios da VGM Transportes Ltda, conforme contrato de locação (fls. 222 a 224), não tendo realizado mais nenhuma operação nesta a partir daí.

- A área de terras e o prédio de alvenaria descrito na Escritura Pública de Promessa de Compra e Venda constituem as instalações do Frigorífico Sanches e Santana Ltda. (atual Frigorífico Lauer & Ferreira Ltda), vendidas à Gerson Luis Castilhos e Valderi Correa Castilhos em 15/10/2004.

- Transferiu suas cotas de capital de Sanches & Santana Ltda (97,5%) para Raquel Lauer, CPF nº 967.165.680-34, por indicação de Gerson Luis Castilhos e Valderi Correa Castilhos, sendo que o pagamento das mesmas já estava incluído no valor recebido pelas terras e prédio descrito na Escritura Pública de Promessa de Compra e Venda.

- Nunca tratou pessoalmente com Raquel Lauer e Deivid Rafael Ferreira. Os contatos sempre foram realizados com os Srs. Gerson e Valderi e, quando da transferência das cotas de capital, tratou com uma pessoa chamada Luiz Fernando, o qual entendia ser representante de um escritório de contabilidade.

Sócio Levino Percival Schaf Santana

- Transferiu suas cotas de capital de Sanches & Santana Ltda. (2,5%) para Deivid Rafael Ferreira, CPF nº 012.298.360-20, por indicação de Gerson Luis Castilhos e Valderi Correa Castilhos.

- Nunca tratou pessoalmente com Raquel Lauer e Deivid Rafael Ferreira. Os contatos sempre foram realizados com os Srs. Gerson e Valderi e, quando da transferência das cotas de capital, tratou com uma pessoa chamada Luiz Fernando, o qual entendia ser representante de um escritório de contabilidade.

- Após a transferência das cotas de capital passou a trabalhar como motorista do Frigorífico Lauer e Ferreira Ltda., a partir de março de 2004.

- Conforme seu conhecimento, a administração do Frigorífico Lauer e Ferreira Ltda. em Vila Nova do Sul era feita por Marcio Dallazem Castilhos, filho de Valderi e irmão de Gerson.

- Algumas vezes buscava documentos do Frigorífico Lauer e Ferreira em Viamão num escritório de contabilidade, ou os recebia no frigorífico JVS em alvorada, pelo fato do acesso a este ser mais fácil.

- Que, em face desses depoimentos, pode concluir pela existência de ligação do Frigorífico Lauer e Ferreira Ltda com a contribuinte ao assumir suas operações em março de 2004, inicialmente por meio da locação das instalações do frigorífico, posteriormente adquiridas pelos sócios da contribuinte em outubro do mesmo ano, apesar da empresa ter sido transferida para Raquel Lauer e Deivid Rafael Ferreira.

- Que, em relação às receitas declaradas pelas prestadoras de serviços de abate e os tributos pagos pelas mesmas nos anos-calendário de 2003 a 2005, elaborou duas planilhas: uma que demonstra mensalmente o total dos depósitos bancários x total das receitas das prestadoras de serviços (fl. 271) e outra que demonstra os pagamentos dos tributos (fl. 271-v), tendo constatado que:

- Em 2003, a Distribuidora de Carnes Charão foi quem prestou a maior parte dos serviços de abate para a contribuinte, com total de notas fiscais por ela emitidas no valor de R\$ 1.532.000,00, contudo declarou receitas que correspondem somente a cerca de 25%, e não efetuou recolhimentos de tributos em diversos meses de 2003 incidentes sobre a receita bruta (SIMPLES, PIS e COFINS e Contribuição sobre a Comercialização da Produção Rural – CPR). Quanto à Cooperativa de Carnes Rio Vacacaí Ltda, a planilha da contribuinte contém notas fiscais de abatimentos realizados pela cooperativa somente do período de fevereiro a abril de 2003, cujo montante representa apenas uma pequena parcela de seu faturamento.

- A partir de março de 2004 a contribuinte passou a utilizar preponderantemente o Frigorífico Lauer e Ferreira Ltda., sendo que a receita declarada pelo mesmo nesses anos superam R\$ 10.000.000,00 e R\$ 20.000.000,00, respectivamente, valor superior inclusive ao montante dos depósitos bancários nas contas da contribuinte, especialmente em 2005, possivelmente porque engloba receitas de operações próprias ou decorrentes de serviços prestados para outras empresas nos mesmos moldes daqueles realizados para a contribuinte. Contudo, não há quaisquer recolhimentos de tributos incidentes sobre a receita bruta (SIMPLES, PIS e COFINS e Contribuição sobre a Comercialização da Produção Rural – CPR).

- O Frigorífico Metade Sul Ltda. também não efetuou quaisquer recolhimentos desses tributos no ano-calendário 2005, quando, segundo suas declarações, iniciou suas operações, tendo obtido receitas de aproximadamente R\$ 27.000.000,00.

- Que, em suma, o quadro que surge é o seguinte:

As empresas prestadoras dos serviços de abate emitem os documentos fiscais referentes às operações realizadas para terceiros tais qual a contribuinte como se fossem suas, declaram as receitas correspondentes assumido uma pseudo-responsabilidade pelas mesmas, contudo nada ou quase nada recolhem dos tributos devidos.

Em fim, de todos esses fatos o que se infere é a existência de um esquema destinado a burlar o pagamento de tributos, que utiliza diversas “empresas de papel” (empresas sem patrimônio, cujo quadro social é composto por interpostas pessoas), que ao prestar serviços de abate ilusoriamente assumem o ônus tributário da operação, enquanto que os verdadeiros responsáveis pelas mesmas, como no caso a contribuinte, aparentemente estão cumprindo suas obrigações junto ao fisco. Quanto a contribuinte, fica claro que ao menos utilizou-se do esquema no caso dos abatimentos realizados na Distribuidora de Carnes Charão, Distribuidora de Carnes Mineira e Frigorífico Metade Sul Ltda., e, em relação ao Frigorífico Lauer e Ferreira Ltda., certamente foi participante de sua criação e operação.

Multa Qualificada

- Que os fatos descritos demonstram claramente que a contribuinte buscou de forma planejada e organizada fugir à tributação, omitindo de sua escrituração todas as operações realizadas com as empresas prestadoras dos serviços de abate, omitindo as receitas correspondentes a essas operações e igualmente omitindo de sua

escrituração a movimentação financeira delas decorrente, caracterizando, em tese, crime contra a ordem tributária tal como definido nos incisos I e II do art. 1º da Lei nº 8.137, 27/12/1990 e que tais práticas, repetidas ao longo de três anos, caracterizam sonegação, tal como definida no art. 71 da Lei nº 4.502, de 30/11/1964, porquanto aplicou a multa de ofício definida no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, no percentual de 150%. Além disso, formalizou representação fiscal para fins penais nos termos da Portaria SRF nº 326, de 15 de março de 2005.

Valores Recolhidos

- Que cabe a contribuinte providenciar a alteração dos pagamentos efetuados a título de SIMPLES a partir de 01/01/2005 (fls. 23 a 28), visando adequá-los ao regime do Lucro Presumido que adotou em 2005.

Anos-Calendarário 2003 e 2004

- Que o lançamento das receitas omitidas apuradas no ano-calendarário de 2003 foi feito na sistemática do SIMPLES (Processo nº 11060.003737/2007-71) e que o lançamento de ofício das receitas omitidas no ano-calendarário de 2004 está consubstanciado no Processo nº 11060.003734/2007-37 (Exclusão do SIMPLES).

Relativamente às imposições tributárias incidentes sobre PIS, COFINS e CSLL, registrou os autuantes que os lançamentos são decorrentes da fiscalização do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, na qual foram apuradas as infrações, ocasionando, por conseguinte insuficiência na determinação da base de cálculo dessas contribuições.

Cientificada dos lançamentos em 11/03/2008, a contribuinte, por meio de seus procuradores (procuração à fl. 379), apresenta a impugnação de fls. 328 a 384, com documentos de fls. 387 a 5.095, alegando, em síntese, o que segue:

Nulidade do Auto de Lançamento

- Os Autos de Infração devem ser declarados nulos, uma vez que os meios utilizados para a apuração dos créditos tributários no presente caso ferem o sigilo bancário do contribuinte, direito fundamental individual, haja vista a legislação inconstitucional utilizada para embasar a requisição de informação sobre movimentação financeira - Lei Complementar nº 105/2001 e Decreto nº 3.724/2001, por violação ao art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, sendo objeto de apreciação das ações declaratórias de inconstitucionalidade nºs 2386 e 2390, pendentes de julgamento no Supremo Tribunal federal. Alega, ainda, que a quebra do sigilo bancário deve ser buscada perante o Poder Judiciário.

Não ocorrência de omissão de receita

- É equivocada e incorre em ilegalidade a forma de como foi caracterizada a omissão de receitas com base no art. 42, caput e 2º da Lei nº 9.430/1996. O Auditor-Fiscal desconsiderou as provas colecionadas pela impugnante, as quais demonstraram que os valores de sua movimentação financeira no Banco Bradesco, cuja origem foi reputada comprovada, não se caracterizam como receita própria, mas receitas de terceiros, isto é, dos frigoríficos que realizaram os serviços de abate de gado, os quais ofereceram os mesmos valores à tributação e que se tributadas na contribuinte caracteriza bis in idem, o que é vedado pelo sistema tributário nacional.

- No ano de 2005, conforme demonstram as planilhas e as notas fiscais juntadas aos anexos I, II e III, a impugnante fez transitar em sua conta corrente no

Banco Bradesco receitas oriundas da seguinte pessoa jurídica que manteve relação comercial: Frigorífico Lauer & Ferreira Ltda., CNPJ nº 05.215.260/0001-06.

- A operação comercial entabulada entre as empresas era simples: as receitas das vendas correspondentes aos depósitos que transitaram pela referida conta bancária foram corretamente tributadas nas empresas prestadoras de serviços de abate e que as notas fiscais emitidas por essas empresas representam cumprimento de obrigação tributária acessória, definida pelo art. 113, § 2º c/c art. 122, ambas do CTN.

- A fiscalização não reuniu provas – sequer indiciárias – de que o Frigorífico Lauer & Ferreira Ltda. fosse “empresa de papel”, tivesse eventual relação societária com a impugnante, estaria assumindo um “aparente” ônus tributário que seria da impugnante ou de que a relação entre as duas empresas não era comercial ou independentes. Observa, ainda, não haver qualquer elo de ligação ou ponto comum entre a impugnante e o Frigorífico Lauer & Ferreira Ltda, muito menos um hipotético esquema destinado a burlar o pagamento de tributos.

- São incabíveis as ilações descritas pela fiscalização relacionadas ao Frigorífico Lauer & Ferreira Ltda, uma vez que:

a) a impugnante jamais adquiriu as cotas sociais desta empresa, nem indicou ninguém para adquiri-las; jamais teve administração ou gestão desta empresa, nem utilizou notas fiscais e/ou CNPJ desta para formalizar às suas operações;

b) as informações prestadas pelos Srs. Orancibio Sanchez e Levino Percival Schaf Santana (fls. 219 e 228), são falsas, tendo por único e exclusivo objetivo prejudicar os sócios da impugnante, com os quais mantém litígio há algum tempo (inclusive judicial que tramitou na Vara da Comarca de São Sepé, sob nº 030/1.04.0001013-3); portanto, seus depoimentos são viciados e seus testemunhos suspeitos, nos termos do art. 405, § 3º, incisos III e IV, do Código de Processo Civil.

c) quem administrava o Frigorífico Lauer & Ferreira Ltda. era Luiz Francisco de Assis, conforme se observa pelo depoimento prestado pelo contador daquela empresa – Sr. Jorge Gravinias (fl. 258) e também do depoimento prestado pela funcionária daquela empresa;

d) não há qualquer relação de parentesco, amizade, de conluio ou de união de esforços entre a impugnante e a pessoa de Luis Fernando de Assis;

e) a impugnante jamais assumiu suas operações. O Frigorífico Lauer & Ferreira Ltda. sempre foi empresa autônoma, com sócios distintos e administração/gestão não ligada a esta.

f) o Frigorífico Lauer & Ferreira Ltda. abateu gado no ano 2005 no imóvel adquirido pelos sócios da impugnante, o qual foi cedido àquela empresa; conforme escritura juntada aos autos, o imóvel foi adquirido pelas pessoas físicas da impugnante e não por esta;

g) o fato dos proprietários do imóvel – sócios da impugnante – terem cedido seu imóvel para terceiros não é prova de que agia em comunhão de interesses com estes terceiros em seus negócios;

h) a relação entre a impugnante e o Frigorífico Lauer & Ferreira Ltda. era uma operação negocial/comercial entre duas empresas autônomas, sem qualquer interferência societária ou de administração entre as empresas;

i) o Auditor-Fiscal não esgotou todas as diligências necessárias para comprovar as alegações prestadas pela impugnante, se contentando com depoimentos suspeitos de terceiros interessados em prejudicar os sócios da impugnante, agindo assim, houve violação ao seu dever, prescrito no art. 2º, § único, inciso II, da Lei nº 9.784/1999.

- A fiscalização apontou em planilha específica que a pessoa jurídica Frigorífico Lauer & Ferreira Ltda. declarou receita bruta acumulada em 2005 de R\$ 20.311.074,78, mas ignorou que as receitas tributárias relativas aos depósitos que transitaram pela conta bancária estão incluídas nesses valores declarados. Com isso houve desrespeito as normas: do lançamento tributário (art. 142 c/c art. 150, § 4º do CTN); do fato gerador e de seu momento de ocorrência (art. 97 c/c art. 116, I, do CTN e 150, I da CF); da sujeição passiva da obrigação tributária (art. 121, § único, inciso I, do CTN).

Não inclusão das receitas de terceiros na base de cálculo do PIS, COFINS, IRPJ e CSLL

- Por ser receitas de terceiros, diz que é preciso excluir dos Autos de Infração todos os valores dos tributos incidentes sobre os depósitos de origem comprovada no ano de 2004, vinculados às operações comerciais com a empresa Frigorífico Lauer & Ferreira Ltda., uma vez que, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.981/1995, art. 44 da Lei nº 4.506/1964 e art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, somente poderia ser imputado à impugnante o eventual resultado nestas operações, isto é, o eventual ganho econômico que a impugnante tenha obtido com a operação e que não é admissível imputar toda a operação de conta alheia como sendo resultado pertencente a impugnante. Da mesma forma, o art. 1º, § 1º, da Lei nº 10.637/2002 e art. 1º, §, da Lei nº 10.833/2003 prescrevem a incidência do PIS/COFINS somente sobre a receita bruta da pessoa jurídica, não sobre a receita de terceiros.

Não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS

- Em toda a evolução legislativa sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS, (Lei Complementar nº 07/1970, Lei Complementar nº 70/1991, Leis nº 9.715/1998 e 9.718/1998 e Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003), exsurge um ponto em comum: em nenhuma dessas leis é possível identificar a possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo de ambos os tributos. Isso, porque o ICMS, tributo de competência estadual, não se caracteriza quer como faturamento (base de cálculo do PIS/COFINS prevista nas Leis Complementares 07/1970 e 70/1991, bem como do PIS na Lei nº 9.715/1998), quer como receita (base de cálculo do PIS/COFINS prevista nas Leis 9.718/1998, 10.637/2002 e 10.833/2003). Os conceitos de faturamento e de receita dizem respeito a riquezas próprias do contribuinte, quantias que tem ingresso nos cofres da pessoa jurídica, o que não é o caso do ICMS que apenas transita pela pessoa jurídica, mas que pertence e deve ser recolhido aos cofres da unidade federada. Assim, há contrariedade aos artigos 195, inciso I, e 239, da Constituição Federal.

Limitação dos juros moratórios ao percentual de 1% ao mês

- Caso se entenda cabível a exigência dos tributos lançados, ainda assim, não poderia subsistir a aplicação de juros com base na taxa SELIC, uma vez que sua instituição por lei ordinária conflita coma disposição expressa do CTN, que normatiza os juros de mora no percentual de 1% ao mês, conforme o que preceitua seu artigo 161, § 1º. Cita decisões judiciais sobre o assunto.

Multa aplicada no percentual de 150 % (ofensa aos princípios constitucionais do não confisco, da proporcionalidade, da razoabilidade, do dever de proibição de excesso e da individualização da pena)

- Diz que é inconstitucional o dispositivo que regula a aplicação de multa no percentual de 150% (art. 44, § 1º da Lei nº 9.430/1996), na medida em que viola o art. 150, IV da Constituição Federal, que veda o não confisco, e ofende o postulado normativo da proporcionalidade/razoabilidade, positivado no art. 2º da Lei nº 9.784/1999, aplicável a toda a administração pública e, ainda, fere o dever de proibição de excesso e da individualização da pena, regulada pelo art. 5º, inciso XLVI, da CF.

Direito à perícia para revisão de cálculos

- Pugna que seja deferida a produção de prova pericial para demonstrar que os valores dos depósitos realizados na conta corrente da impugnante no Banco Bradesco S/A são relativos à receita de terceiros, isto é, receitas pertencentes à empresa Frigorífico Lauer & Ferreira Ltda. e de que os valores foram por esta oferecidos à tributação em sua respectiva contabilidade e mediante a entrega das obrigações tributárias acessórias (notas fiscais e DIPJ's). Para tanto, nos termos do inciso IV, do art. 16, do Decreto nº 70.235/1972, formula quesitos (fl. 376) e nomeia perito o Sr. Oscar Flores Soares, endereço à Rua Venâncio Aires, nº 1191, conjunto 91, Porto Alegre/RS, com qualificação técnico contábil, inscrito no CRC/RS sob nº 19.117/RS.

Pedidos

Ao final, pede o provimento da impugnação, para o fim de:

- 1) acatar a preliminar de nulidade dos Autos de Infração;
- 2) alternativamente, excluir dos Autos de Infração todos os valores dos tributos incidentes sobre os montantes dos depósitos de origem comprovada no exercício de 2004, mais especificamente, o valor dos tributos e seus consectários moratórios que incidiram sobre o valor de R\$ 3.212.107,81;
- 3) sucessivamente, excluir do auto de lançamento o valor do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS;
- 4) concomitantemente: a) expungir os valores relativos a Taxa SELIC, recalculando o débito com base no CTN; b) excluir os valores relativos à multa aplicada no percentual de 150%.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitido, notadamente a documental e pericial, bem como a juntada posterior de documentos. Requer a realização de perícia. Requer, igualmente, com fulcro no art. 16, § 5º, c/c art. 18 do Decreto nº 9.430/1996, a juntada de documentos e que a autoridade julgadora de primeira instância determine a realização de diligências e perícia na documentação de todas as empresas referidas, que mantiveram relação comercial com a impugnante. Por fim, requer seja a representação fiscal para fins penais, caso elaborada, apensada ao processo, permanecendo suspensa até ulterior julgamento deste.

É o relatório.

A DRJ, manteve integralmente o lançamento, nos termos da ementa abaixo:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

NULIDADE

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa.

SIGILO BANCÁRIO. EXAME DE EXTRATOS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DISPENSABILIDADE

É lícito ao Fisco examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, independentemente de autorização judicial, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.

PROVA. LICITUDE

Os extratos bancários obtidos pela Autoridade Autuante mediante Requisição de Movimentação Financeira constituem provas lícitas para demonstrar a ocorrência de infração à legislação tributária, incorrendo nulidade na sua produção.

DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. DESNECESSIDADE

Os pedidos de diligências ou perícias somente são deferidos quando necessários à formação de convicção por parte do julgador. A realização de diligências ou perícias é totalmente desnecessária quando é possível a apresentação de prova documental sobre as questões controversas e, ainda, quando constatado que os elementos trazidos aos autos são suficientes para o deslinde da questão.

JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

ILEGALIDADES. SUPOSTAS OFENSAS AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais tributários são endereçados aos legisladores e devem ser observados na elaboração das leis tributárias, não comportando apreciação por parte das autoridades administrativas responsáveis pela aplicação destas, seja na constituição, seja no julgamento administrativo do crédito tributário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. TRIBUTAÇÃO

A partir de 01/01/1997, os valores depositados em instituições financeiras, de origem não comprovada pelo contribuinte, passaram a ser considerados receitas ou rendimentos omitidos, por presunção legal.

Submetem-se também à tributação os valores depositados em instituições financeiras, de origem comprovada pela contribuinte, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições.

LANÇAMENTO. ÔNUS DA PROVA. PRESUNÇÕES LEGAIS

As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei. A arguição de consideração que os valores depositados em conta corrente bancária da contribuinte pertencem a terceiro deve estar amparada em dados consistentes que apontem o alegado, o que não ocorreu nos autos.

JUROS DE MORA. SELIC

A exigência da taxa SELIC como juros moratórios encontra respaldo na legislação regente, não podendo ser dispensada.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO

A vedação contida na Constituição Federal sobre a utilização de tributo, e não da multa, com efeito de confisco é dirigida ao legislador, não se aplicando aos lançamentos de ofício efetuados em cumprimento das leis tributárias regularmente aprovadas.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. Contribuição para o PIS, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e Contribuição Social sobre o Lucro - CSLL

A solução dada ao litígio principal, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica, aplica-se, no que couber, aos lançamentos decorrentes, quando não houver fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa.

PIS e COFINS - BASE DE CÁLCULO

De acordo com a legislação vigente, as bases de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento, assim entendido como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica. O ICMS já está contido no conceito de faturamento, não tendo amparo legal para sua exclusão.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este Conselho, repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator.

O recurso reúne as condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Nulidade – Quebra do Sigilo Bancário – extrato bancário

Pleiteia a nulidade do feito fiscal alegando que os meios utilizados para a apuração dos créditos tributários ferem o sigilo bancário do contribuinte, direito fundamental individual, haja vista a legislação inconstitucional utilizada para embasar a requisição de informação sobre movimentação financeira - Lei Complementar nº 105/2001 e Decreto nº 3.724/2001, por violação ao art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, sendo objeto de apreciação das ações declaratórias de inconstitucionalidade nºs 2386 e 2390, pendentes de julgamento no Supremo Tribunal federal. Alega, ainda, que a quebra do sigilo bancário deve ser buscada perante o Poder Judiciário

Recorde-se, por oportuno, que a hipótese de nulidade dos atos processuais, entre os quais se incluem os autos de infração, está prevista no Decreto 70.235/72, em seu artigo 59, inciso I, e refere-se ao caso em que a lavratura tenha sido feita por pessoa incompetente ou de decisão com cerceamento do direito de defesa, o que, evidentemente, não é o caso.

A autoridade administrativa cumpriu todos os preceitos da legislação em vigor, fazendo constar a perfeita descrição do fato e os dispositivos legais infringidos, obedecendo ao art. 10 do Decreto nº 70.235/72, como se verifica nos autos.

Nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, a Receita Federal está autorizada a requisitar informações às instituições financeiras acerca da movimentação bancária dos contribuintes, independentemente de consentimento judicial, desde que, como no caso em tela, haja procedimento fiscal em curso e os exames sejam considerados indispensáveis.

Nesse passo, aproveito a seguinte ementa, recolhida da jurisprudência do STJ, que reproduzo:

“TRIBUTÁRIO. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º DO CTN. 1. O resguardo de informações bancárias era regido, ao tempo dos fatos que permeiam a presente demanda (ano de 1998), pela Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, e que foi recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar,

ante a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até o advento da Lei Complementar 105/2001. 2. O art. 38 da Lei 4.595/64, revogado pela Lei Complementar 105/2001, previa a possibilidade de quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial. 3. Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição, ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias, sendo vedado, a teor do que preceituava o § 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos. 4. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: "Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a Jms – 21/12/05 contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente." 5. A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência. 6. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos. 7. A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência. 8. Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal. 9. Recurso Especial desprovido, para manter o acórdão recorrido." (Resp nº 685.708, DJ de 20.06.2005, Relator Ministro Luiz Fux).

É importante enfatizar que a Corte Superior, no julgamento acima destacado, considerou válida a aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e 1º da Lei nº 10.174/2001 inclusive a fatos ocorridos no pretérito, o que nem mesmo é o caso dos autos, pois estamos tratando de fatos geradores posteriores a 2001.

Ademais, alegações de inconstitucionalidade fogem à competência das instâncias administrativas, sendo matéria inclusive sumulada pelo CARF:

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

Perícia/Diligência

A contribuinte requer a realização de perícia, bem assim se insurge contra a decisão de primeira instância que a considerou prescindível. Porém, conforme se verificará na exposição mais adiante do mérito, assim como também ficou bastante claro em todo o contexto da decisão de primeira instância, os elementos indispensáveis à solução do litígio encontra-se nos autos, motivo pelo qual o pedido de perícia deve ser indeferido nos termos do art. 18 do Decreto nº 70.235/72. A própria decisão de piso, com a qual eu concordo, aponta precisamente os elementos dos autos de onde se poderia extrair todas as respostas aos quesitos formulados:

No caso ora examinado, os quesitos formulados pela autuada são os seguintes:

- a) Se a impugnante apresentou notas fiscais da empresa Frigorífico Lauer & Ferreira Ltda. e/ou de outras empresas e se estas notas fiscais são idôneas, relacionando seus números, datas de emissão, valores individuais e totalizados;
- b) Se houve o lançamento na contabilidade daquelas empresas dos valores discriminados nas referidas notas fiscais;
- c) Se houve a apresentação de DIPJ pelas duas empresas retro citadas, bem como quais os valores que estas ofereceram à tributação para a Secretaria da Receita Federal do Brasil;
- d) Se é possível tributar os mesmos valores (relativos aos depósitos realizados na conta corrente do Banco Bradesco S/A de titularidade da impugnante, cuja origem foi comprovada como sendo vinculada às operações comerciais com as duas empresas retro citadas) duas vezes: na impugnante e nas empresas referidas;
- e) Quais benefícios a legislação tributária estadual fornece aos frigoríficos do Estado do Rio Grande do Sul.

Constata-se que os quesitos formulados pela autuada (alíneas “a”, “b” e “c”) poderiam ser respondidos pela simples análise das peças que estão juntadas neste processo, tais como o Relatório da Ação Fiscal (fls. 272-280) e as anexas planilhas Depósitos VGM Banco Bradesco – Análise da Comprovação (fls. 281-304), Depósitos Bancários VGM x Receitas Prestadores e Pagamentos Prestadores de Serviços (fl. 271), que identificam os valores mensais dos depósitos bancários VGM, das receitas declaradas e dos tributos pagos pelos abatedouros utilizados pela VGM.

Quanto à possibilidade ou não de tributação dos depósitos bancários cuja origem foi comprovada como sendo vinculada às notas fiscais de saídas emitidas por terceiros (quesito alínea “d”) é questão de mérito que se aprecia logo adiante.

Também, entende-se ser irrelevante para a solução do litígio conhecer quais são os benefícios atribuídos pela legislação tributária estadual aos frigoríficos do Estado do Rio Grande do Sul (quesito alínea “e”).

Ademais, o deferimento de diligência e perícia é uma decisão do âmbito de discricionariedade do julgador, cabendo a ele fazê-la ou não a depender da formação de sua convicção (diligência) ou mesmo que se lhe exigirá conhecimentos técnicos específicos que somente um perito especializado poderia ter (perícia), o que não é o caso dos autos em que se requer apenas análise de meros dados contábeis, fiscais e legais., perfeitamente dentro da alçada de competência do Auditor Fiscal.

Portanto, indefiro o pedido de diligência/perícia.

Depósitos Bancários Sem Comprovação da Origem dos Recursos – ônus da prova

É sabido que a legislação de regência do SIMPLES (art. 18 da Lei nº 9.317/96) determina que se aplicam à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata esta Lei, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas.

O art. 42, da Lei nº 9.430/1996, por sua vez, é aplicável ao caso, sendo cristalino ao determinar que a omissão de receitas pode ser caracterizada por meio de valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Como se vê do Termo de Verificação Fiscal, é incontroverso que a empresa não apresentou documentação que comprovasse a origem dos recursos daqueles diversos depósitos. Com efeito, sequer os contabilizou ou os declarou.

O ponto relevante deste tópico é o fato de a recorrente não ter logrado êxito em comprovar, através de documentação hábil e idônea, a origem dos depósitos, coincidentes em datas e valores. Dos extratos bancários (fls. 78 a 158) a empresa realizou movimentação financeira no Bradesco e não consignou essas operações em sua escrituração (fls. 37 a 67). Intimada (fls. 159 a 180) e reintimada (fls. 182/183) a comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos referentes aos depósitos realizados em conta corrente, (Banco Bradesco), manifestou-se (fls. 181, 190, 195/196) sem atender integralmente o solicitado pela fiscalização.

Tratando-se de uma presunção legal de omissão de rendimentos, o ônus da prova fica invertido, a autoridade lançadora exime-se de provar no caso concreto a sua ocorrência, transferindo o ônus da prova à contribuinte. O contribuinte, por sua vez, não logrando êxito nessa tarefa que se lhe impunha, como ocorre no caso presente, tem-se a autorização para considerar ocorrido o fato gerador, ou seja, por presunção legal se toma como verdadeiro que os recursos depositados representam rendimentos do contribuinte. Por se tratar de uma presunção relativa *juris tantum*, somente a apresentação de provas hábeis e idôneas pode refutar a presunção legal regularmente estabelecida.

Toda a defesa da recorrente converge para a tentativa (fl. 190) de afirmar que a movimentação bancária realizada é de terceiros. Tais movimentações decorreriam do produto de suas operações (compra de gado para abate e venda de carnes) cuja documentação da compra e venda, se dá com notas em nome de empresas terceirizadas, ou emitidas por elas na venda, e os recursos financeiros sai da VGM para aquisição, e retorna para mesma pela cobrança das vendas efetuadas a sua ordem, o que vem confirmar as infrações apontadas pela fiscalização.

As provas trazidas aos autos foram, ao meu ver, bem refutadas pelas primeira instância, não trazendo em fase recursal nenhuma tréplica que enfraquecesse os argumentos da DRJ, pelo contrário, a recorrente cingiu-se a reproduzir *ipsis litteris* o teor da peça impugnatória fazendo ouvido de mercador ao arrazoado da DRJ. Sendo assim adoto também como minhas razões de decidir as razões da DRJ:

Na resposta (fl. 190), a contribuinte afirma que a movimentação bancária realizada decorre do produto de suas operações (compra de gado para abate e venda de carnes) cuja documentação da compra e venda, se dá com notas em nome de empresas terceirizadas, ou emitidas por elas na venda, e os recursos financeiros sai da VGN para aquisição, e retorna para a mesma pela cobrança das vendas efetuadas a sua ordem, o que vem confirmar as infrações apontadas pela fiscalização.

Os documentos trazidos na impugnação (Volumes 10 a 21 - fls. 2.370 a 5.095), relativos ao ano de 2005, nada acrescentam em termos de provas para desfazer a tributação. Trata-se de cópias de planilhas e documentos já examinados pela fiscalização (anexos I, II e III dos autos), que apenas identificam vários depósitos bancários cuja origem decorrem de operações de venda de carne da contribuinte com utilização de notas fiscais emitidas em nome do Frigorífico Lauer e Ferreira Ltda., CNPJ nº 05.215.260/0001-06 (nova razão social do Frigorífico Sanches & Santana Ltda.).

A alegação de que os recursos depositados em sua conta bancária (ou parte deles), obtidos nas vendas do gado abatido, pertencem aos frigoríficos prestadores de serviços, também não restou suficientemente provada pela impugnante, não cabendo, como alega a defesa, a aplicação do § 5º do art. 42 da Lei nº 9.430/1996, que assim dispõe:

§ 5o Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

Nesse sentido, de acordo com o sistema de repartição do ônus probatório adotado pelo Decreto nº 70.235/1972, norma que rege o processo administrativo fiscal, conforme dispõe seu art. 16, inciso III, e de conformidade com o art. 333 do Código de Processo Civil, aplicável à espécie de forma subsidiária, caberia a impugnante fazer a prova do direito ou do fato afirmado na impugnação o que, não ocorrendo, acarreta a improcedência da alegação.

Por outro lado, independentemente da forma que foram documentadas as operações de compra e venda do gado abatido, é certo que coube à contribuinte atuada a titularidade da disponibilidade econômica dos recursos depositados na referida conta corrente bancária, configurando-se, assim, o fato gerador do imposto

de renda nos termos dos arts. 43 e 45 do CTN, antes reproduzido, combinado com o art. 121, § 1º, inciso I, do CTN, que assim dispõe:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

[...]

Ademais, a fiscalização procurou trazer elementos indicativos de que o Frigorífico Lauer e Ferreira Ltda. era “empresa de papel” (empresa que tem como único patrimônio o CNPJ e cujo quadro social é composto por interpostas pessoas), e que, ao prestar serviços de abate ilusoriamente assumem o ônus tributário da operação (Relatório Fiscal – item 4, fls. 278/279).

A ligação do Frigorífico Lauer e Ferreira Ltda. com a contribuinte restou evidenciada nos autos, ao assumir as operações em março de 2004, inicialmente mediante locação das instalações do frigorífico (fl. 222), posteriormente adquiridas pelos sócios da contribuinte em outubro do mesmo ano (fls. 204/208 e 227), apesar da empresa ter sido transferida para Raquel Lauer e Deivid Rafael Ferreira em setembro de 2004, nas condições descritas pelos vendedores Orancibio Freitas Sanches e Levino Percival Schaf Santana (cfe. termos às fls. 219 e 228). Destacou a fiscalização, ainda, que, de acordo com suas Declarações de Imposto de Renda da Pessoa Física relativas ao ano-calendário de 2004 (fls. 251 a 254), Raquel Lauer e Deivid Rafael Ferreira não possuía nenhum bem antes da suposta aquisição do Frigorífico Sanches e Santana (atual Frigorífico Lauer e Ferreira). Além disso, segundo informação prestada à fiscalização pelo contador Sr. Jorge Gravina Jeremias, a contabilidade do Frigorífico Lauer e Ferreira Ltda. não poderia ser apresentada, por estar em processo de organização (fl. 255).

Por todo o exposto, nego provimento em relação a este item.

TRIBUTAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES

Como foi constatada omissão de receita por falta de comprovação da origem dos depósitos bancários, não sendo aceito que parte desses depósitos pertenceriam a terceiros, a autoridade corretamente determinou que o IRPJ/CSLL fossem adicionados à base de cálculo do regime do lucro presumido, pois foi essa a opção adotada pela contribuinte no ano-calendário de 2005.

Outrossim, de acordo com o art. 224 e parágrafo único do RIR/1999, a receita bruta das vendas ou serviços compreende o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos condicionais concedidos. Da mesma forma, o Pis e a Cofins, a base de cálculo é o valor do faturamento, que corresponde à receita bruta, assim entendida a totalidade das receitas auferidas, independentemente da atividade por elas exercidas e da classificação contábil adotada para a escrituração das receitas.

Dessa forma, não prospera o argumento da Recorrente no sentido de que as Contribuições foram calculadas sobre receitas de terceiros. Isso já foi rechaçado em tópico anterior. Portanto, tanto a receita bruta escriturada pela contribuinte quanto à receita omitida apurada pela fiscalização com base nos depósitos bancários, compõe as bases de cálculo do lucro presumido para fins de aplicação dos percentuais na apuração do IRPJ e CSLL, bem como são bases de cálculo para aplicação das alíquotas e determinação dos valores devidos mensalmente do Pis e Cofins.

ICMS Normal – Base de Cálculo do Faturamento

Quanto ao argumento de que o valor do ICMS não integraria o faturamento, é por demais desarrazoado, não por falta de prova, mas de previsão legal para sua exclusão.

De fato, o ICMS como regra geral integra a receita bruta e dela não pode ser excluído.

A inclusão do valor do imposto estadual como faturamento, compondo o valor da mercadoria, uma vez que é calculado “por dentro”, é matéria mansa e pacífica na jurisprudência administrativa.

Diferentemente do IPI – cujo valor é apenas destacado na nota fiscal e somado ao total do documento fiscal, mas não compõe o valor da mercadoria -, o ICMS integra o faturamento, tal como definido pela Lei Complementar nº 70/91, no Parecer Normativo CST nº 77, de 23.10.1986, e no Decreto-lei nº 406, de 31.12.1968.

Portanto, rejeito também este item.

Multa de Ofício (75%) e Juros de Mora

Quanto à argumentação de ilegalidade e do efeito de confisco da multa de ofício qualificada, bem assim dos juros de mora segundo as taxas SELIC, além de estarem eles previstos em disposição legal em vigor, não cabendo a este órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-los, encontrando óbice, inclusive nas Súmulas nºs 2 e 4 do CARF, *in verbis*:

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

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Multa qualificada de 150%

Assoma claro nos autos que a empresa, de forma intencional e reiterada, buscou ocultar receitas com o fim de eximir-se do devido recolhimento dos tributos, o que caracteriza ação dolosa visando a impedir ou retardar o conhecimento da obrigação tributária por parte da Fazenda Pública, nos termos do art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, adiante reproduzido:

“Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.”

Tenho pautado os meus votos no sentido de que a “prática reiterada” de omissão de receitas constitui condição suficiente para a caracterização do evidente intuito de fraude, não porque o intuito de fraude apenas se concretize com a repetição, mas porque com a repetição é que se exterioriza objetivamente o evidente intuito de fraude.

Nesse contexto, como nos autos está devidamente evidenciado através do TVF que o contribuinte, ao longo inúmeros períodos (três anos), ocultou do Fisco Federal o efetivo valor dos tributos e contribuições a recolher, declarando fração diminuta da receita de vendas escrituradas.

AC	Receita Declarada	Depósitos Bancários	Diferença
2003	59.870,00	4.798.241,32	4.738.371,32
2004	88.139,80	8.273.719,06	8.185.579,26
2005	181.593,90	8.646.294,23	8.464.700,33
Total	329.603,70	21.718.254,61	21.388.650,91

Dessa forma, a prática de omitir receitas por três anos de forma reiterada (elemento objetiva) denota concretamente o “evidente intuito de fraude”. Não se pode aqui imaginar que o agente que pratica “erros” de forma contínua por um longo tempo não possua a intenção de retardar/impedir ou afetar as características essenciais da ocorrência do fato gerador.

Ademais, cabe salientar que na se trata apenas de prática reiterada, o fiscal fez um levantamento minucioso demonstrando claramente que “a contribuinte buscou de forma planejada e organizada fugir à tributação, omitindo de sua escrituração todas as operações realizadas com as empresas prestadoras dos serviços de abate, omitindo as receitas, correspondentes a essas operações e igualmente omitindo de sua escrituração a movimentação e financeira delas decorrente, caracterizando, em tese, crime contra a ordem tributária tal (...)”

Diante desse contexto, deve ser mantida a multa qualificada de 150%.

Lançamentos Reflexos

Por estarem sustentados na mesma matéria fática, os mesmos fundamentos devem nortear a manutenção das exigências lançadas por via reflexa,

Por todo exposto, rejeito a preliminar de nulidade e, no mérito, nego provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto