



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

Processo nº 11634.000186/2009-11
Recurso nº . Voluntário
Acórdão nº **3301-003.010 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 22 de junho de 2016
Matéria Cofins Insuficiência de Recolhimento e Aproveitamento de Créditos
Recorrente SOMOPAR SOCIEDADE MOVELEIRA PARANAENSE LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/05/2007, 01/08/2007 a 31/12/2007

SOBRESTAMENTO DO PROCESSO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO.

O presente processo trata do aproveitamento indevido de créditos de Cofins, o que resultou em um auto de infração diferente, e para períodos de apuração distintos. O pedido não procede e o presente julgamento não deve ser sobrestado.

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade quando o auto de infração preenche os requisitos legais, o processo administrativo proporciona plenas condições à interessada de contestar o lançamento e inexistente qualquer indício de violação às determinações contidas no art. 142 do CTN ou nos artigos 10 e 59 do Decreto 70.235, de 1972.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/05/2007, 01/08/2007 a 31/12/2007

OPÇÃO PELO LUCRO PRESUMIDO.

A opção pelo lucro presumido foi correta e não influenciou na autuação.

VENDAS CANCELADAS.

As vendas canceladas foram consideradas pela fiscalização na base de cálculo do tributo lançado.

INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA. DIREITO DE CRÉDITO. GLOSA DE CRÉDITOS. INIDONEIDADE DO VENDEDOR.

A recorrente deixou de apresentar elementos que pudessem comprovar a efetividade da aquisição das mercadorias descritas nas notas fiscais emitidas.

Também deixou de comprovar a efetivação do pagamento do preço respectivo.

EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. MULTA QUALIFICADA.

Caracterizado o evidente intuito de fraude, impõe-se a aplicação de multa qualificada.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

Aplicam-se juros de mora por percentuais equivalentes a taxa Selic por expressa previsão legal.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

Participaram da presente sessão de julgamento os conselheiros Andrada Márcio Canuto Natal, Francisco José Barroso Rios, José Henrique Mauri, Luiz Augusto do Couto Chagas, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões, Semíramis de Oliveira Duro e Valcir Gassen.

Andrada Márcio Canuto Natal - Presidente.

Luiz Augusto do Couto Chagas - Relator.

Relatório

Em decorrência de ação fiscal desenvolvida junto à empresa qualificada, foi lavrado o auto de infração de fls. 2064/2073, que exige o recolhimento de R\$ 2.204.733,24 a título de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e R\$ 3.307.099,80 de multa de ofício (de 150%), nos termos da fundamentação legal listada à fl. 2069, além dos encargos legais.

A autuação, cientificada em 04/05/2009 (fl. 2075), que se refere aos períodos de apuração 01/2006 a 05/2007 e 08/2007 a 12/2007, ocorreu devido à falta/insuficiência de recolhimento da Cofins (conforme detalhado no Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal TVEAF, de fls. 2038/2063) e foi efetuada com base nos dispositivos legais listados à fl. 2073.

Segundo o TVEAF, os valores informados como receita nas DIPJ de 2004 a 2007 não coincidem com os informados na GIA/ICMS, sendo também incompatível com a movimentação financeira apurada. No TVEAF consta, ainda, que foram apuradas inconsistências no preenchimento do Dacon e que inúmeras notas fiscais, tidas como eivadas de falsidade, foram glosadas, resultando em aproveitamento indevido de créditos.

Quanto as aquisições representadas pelas notas fiscais, consta que a contribuinte, intimada a comprovar os respectivos pagamentos, limitou-se a afirmar que estes teriam sido feitos em espécie (a planilha de fls. 2053/2054 indica as aquisições desconsideradas no procedimento). Noutro subitem, há a informação de que teria havido aproveitamento indevido de créditos por parte da contribuinte quando da indicação das “outras operações” na linha 13 da ficha 16 A do Dacon, implicando, com isso, a reconstituição da apuração das bases de cálculo da Cofins nos anos-calendário analisados (a planilha de fls. 2060/2061 indica os valores a pagar remanescentes após a reconstituição).

À fl. 2061, consta que houve a aplicação da multa de 150% em virtude da apuração da prática dos atos previstos nos art. 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 1964.

Em 01/06/2009, a interessada, por meio de procurador (procuração à fl. 2158), interpôs a impugnação de fls. 2076/2135, instruída com os documentos de fls. 2136/2159 (cópia de documentos pessoais do procurador, cópia do cartão CNPJ, cópia de relatório do Serasa, cópia de jurisprudência do Conselho de Contribuintes, cópia de extratos de consultas cadastrais junto à Prefeitura do Município de Londrina e ao Estado do Paraná, extratos de consulta a sistema da CEF relativamente as empresas Pedro do Carmo Madeiras e Construmotta Construção Civil Ltda., cópia de certidão da Junta Comercial do Paraná, relativa as empresas Construmotta Construção Civil Ltda. e Pedro do Carmo Madeiras e cópias de folhas do Diário Oficial do Estado do Paraná), cujo teor será sintetizado a seguir.

Primeiramente, após relato sucinto dos fatos, diz (no item - Do Domicílio Fiscal - Sede da Matriz) que como os arts. 985 a 987 do RIR/1.999 não foram revogados deve ser declarado nulo o lançamento já que a autoridade competente no caso seria o Delegado da Receita Federal em São Paulo.

No item seguinte (Da Ilegal Opção pelo Lucro Presumido) alega que fez ilegal opção pelo lucro presumido nos anos-calendário de 2004 e 2005, porquanto obteve receita operacional de, respectivamente, R\$ 48.120.356,67 e R\$ 66.011.022,75, acima do limite de R\$ 48.000.000,00 para enquadramento no lucro presumido; que tal opção não pode prosperar e nem a autoridade lançadora pode referendar tal atitude.

Transcreve trechos do TVEAF e conclui que o lançamento respectivo deve ser cancelado, já que a opção pelo lucro presumido e a manutenção dessa opção, está em desacordo com a legislação. Esclarece, ainda, que apresentou declarações retificadoras quando readquiriu sua espontaneidade, conforme art. 7º, 111, § 2º, do Decreto nº 70.235, de 1972, razão pela qual requer seja determinada a exclusão das penalidades e, uma vez existentes valores confessados, seja declarado nulo o lançamento fiscal. Para tanto, ampara-se no disposto no art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999. Na sequência, alega nulidade do auto de infração em litígio em face da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial e que o sigilo bancário é uma garantia individual que só pode ser violada em casos graves e com autorização judicial.

No subitem VI, diz que observou a IN SRF nº 93, de 1997, excluindo da receita bruta o valor das vendas canceladas.

Questiona, no subitem VII, se a autuação é demonstração de opinião particular do Auditor. Diz que opiniões pessoais não deveriam constar do procedimento. Transcreve jurisprudência. Discorre, no subitem VII.1 (Da Declaração de Inidoneidade do Contribuinte-Fornecedor) sobre as compras efetuadas. Diz que tem o direito de escriturar os seus créditos independentemente da situação empresarial e fiscal dos fornecedores. Alerta que se há algum tributo pendente, cabe ao Fisco cobrá-lo da vendedora das mercadorias.

Diz, também, que “o Fisco não pode, a pretexto de suposta irregularidade praticada por uma empresa fornecedora, no caso a Impugnante, transferir a responsabilidade tributária; ao menos que comprove fraude, que não pode ser presumido.”

Destaca o princípio da boa fé, cita e transcreve doutrina e jurisprudência e diz que o art. 353 do RIPI/2002 não foi revogado e que a auditoria deveria demonstrar quais itens teriam sido desconsiderados.

A seguir, no subitem VII.2 (Da Relação Comercial entre Empresas) afirma que as operações comerciais existiram em sua plenitude, que os pagamentos encontram-se escriturados em seu caixa e que tais lançamentos não foram analisados na auditoria. Esclarece que as empresas existem e estão em plena atividade comercial. Insiste na nulidade do lançamento e alerta que os contratos foram firmados em moeda nacional, portanto, as operações envolveram pagamento em dinheiro. Questiona a interpretação fiscal que lança dúvidas sobre as operações e apresenta legislação correlata que prevê o pagamento em dinheiro de impostos.

Transcreve jurisprudência e aduz que a auditoria errou em não observar o disposto na legislação acerca da declaração de inidoneidade das empresas fornecedoras.

Pondera, adicionalmente, que segundo a legislação somente a empresa irregular deve ser considerada inidônea, no entanto, como as empresas em questão não tiveram a sua situação declarada irregular pelo fisco, não haveria como desconsiderar as operações. **Pede o cancelamento do auto de infração.**

Noutro subitem (VIII - Da Entrega do Auto de Infração) afirma que é nula a intimação via postal “uma vez cientificado o proprietário desde o primeiro procedimento de ofício” e, como consequência, nula também a autuação. Transcreve jurisprudência a respeito.

No subitem IX (Da Diligência) questiona as diligências efetuadas. Diz que não se tornaram públicas, violando, assim, o contraditório e a ampla defesa. Fala, também, que a “autuação baseada em suposta inidoneidade de documentos, decorrente de processo a que a autuada não teve acesso” resulta de simples presunção, portanto, não pode ser permitida.

Sobre a multa aplicada, diz que tem caráter confiscatório (subitem X f Da Multa Confiscatória), por ser extremamente elevada e desarrazoada. Aduz que o STJ e o STF já decidiram pela inconstitucionalidade da aplicação da multa confiscatória.

A seguir, no subitem XI (Da Selic) afirma que a aplicação da taxa Selic é ilegal e inconstitucional. Discorre sobre o tema e pede o cancelamento da exigência.

Ressalta, na sequência (subitem XII - Considerações Diversas), que em momento algum deixou de atender às intimações da fiscalização, pois todos os livros e documentos solicitados foram apresentados, sendo que problemas técnicos e humanos ocasionaram a demora na entrega dos relatórios. Como prova da capacidade econômica financeira de honrar os pagamentos das notas de compras, apresenta Relatório Sintético das Contas Duplicatas a Receber, Duplicatas Descontadas e Empréstimos e Financiamentos.

Relata, ainda, que em pesquisa efetuada no Serasa constatou que os sócios das empresas atacadas constituíram várias empresas, após e durante as vendas para a impugnante, e estas empresas encontram-se ativas até a data de hoje. Diz, também, que os valores dos insumos glosados devem ser restabelecidos em sua íntegra, pois não possuía à época poderes fiscalizatórios e nem poderia ter acesso a órgãos de fiscalização para obtenção de informações acerca da regularidade fiscal das empresas Construmotta e Pedro do Carmo.

Aduz que o fato de a declaração de inidoneidade ser publicada após a lavratura do auto de infração afronta diretamente o primado da segurança jurídica e que não tem o contribuinte a obrigação de recolher o tributo aproveitado em operações comprovadamente realizadas e acobertadas à época, por notas fiscais não declaradas inidôneas pelo fisco. Conclui, afirmando que ato declaratório de inidoneidade da empresa somente produz efeitos após sua publicação.

Quanto a base de cálculo do PIS e da Cofins (subitem XIII), alega que o Pleno do STF declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.781 (sic), de 1998, que instituiu nova base de cálculo de incidência de PIS e Cofins. Afirma que os valores tributados como receita omitida pela glosa de custos, para o PIS e Cofins, embutem outras receitas isentas e alíquotas consideradas inconstitucionais, bem como, em total desrespeito à legislação da não cumulatividade do PIS e da Cofins.

Entende ser absurda a glosa dos créditos de material de consumo, sanepar, equipamentos de segurança, comissão sobre vendas, verbas de propaganda, aluguel de sistemas, Serasa, despesas de produção e aquisição de vale transporte, pois tais despesas estão representadas por notas fiscais devidamente pagas e registradas na contabilidade.

Ao final (subitem XIV), requer que a impugnação seja recebida e que as prejudiciais sejam acolhidas, declarando-se nula a sanção imposta. Pede, também, que, caso

seja necessário apreciar o mérito, que se decida pela improcedência da autuação, determinando-se o cancelamento do auto de infração e da imposição de multa e de juros Selic.

Na hipótese de entendimento diverso, requer, subsidiariamente, o reconhecimento do caráter de confiscabilidade da multa aplicada, para assim declarar nula a sua aplicação, o restabelecimento dos insumos adquiridos das empresas “atacadas existentes e demais creditamentos” e a concessão de prazo para a juntada de novos documentos pela impossibilidade de fazê-lo neste ato, nos termos do art. 20 da Lei nº 10.941, de 2001.

Por derradeiro, protesta provar o alegado por todos os meios admitidos em direito.

A DRJ julgou improcedente a impugnação, mantendo a exigência, conforme sintetiza a ementa do acórdão a seguir reproduzida:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/05/2007, 01/08/2007 a 31/12/2007

NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

COMPETÊNCIA PARA LANÇAMENTO.

É atribuição do Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil constituir o crédito Tributário mediante lançamento consubstanciado em auto de infração, sendo válido o procedimento ainda que realizado por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo, pois a formalização da exigência previne a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeiro conhecer.

VALIDADE DA NOTIFICAÇÃO POR VIA POSTAL.

É válida a ciência postal do lançamento fiscal, porquanto, conforme legislação de regência, os meios de intimação previstos não estão sujeitos a ordem de preferência.

APRESENTAÇÃO DE PROVAS. MOMENTO.

A impugnação deve ser instruída com os documentos em que se fundamentar e que comprovem as alegações de defesa.

Assunto: Cofins

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/05/2007, 01/08/2007 a 31/12/2007

COFINS. NÃO-CUMULATIVIDADE. DESCONTO INDEVIDO DE CRÉDITOS. GLOSA.

O desconto indevido de créditos na apuração da Cofins não-cumulativa, autoriza a glosa e a tributação dos valores correspondentes.

EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. MULTA QUALIFICADA.

Caracterizado o evidente intuito de fraude, impõe-se a aplicação de multa qualificada.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

Aplicam-se juros de mora por percentuais equivalentes a taxa Selic por expressa previsão legal.

Impugnação Improcedente.

A Recorrente interpôs recurso voluntário onde repete os argumentos da impugnação, inclusive o pedido para que o processo seja sobrestado até o julgamento do auto de infração de IRPJ e CSSL, lavrado no processo 11634.000182/2009-25, que está sorteado para a relatoria do Conselheiro Hélio Eduardo de Paiva Araújo, da 1ª Seção de Julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Augusto do Couto Chagas, Relator.

O recurso atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser conhecido.

Trata-se de auto de infração de fls. 2064/2073, que exige o recolhimento de Cofins com multa de ofício de 150%.

A autuação se refere aos períodos de apuração 01/2006 a 05/2007 e 08/2007 a 12/2007, e ocorreu devido à falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins.

Segundo a fiscalização, os valores informados como receita nas DIPJ de 2006 a 2007 não coincidem com os informados na GIA/ICMS, sendo também incompatível com a movimentação financeira apurada.

No TVEAF consta, ainda, que foram apuradas inconsistências no preenchimento do Dacon e que inúmeras notas fiscais, tidas falsas, foram glosadas, resultando em aproveitamento indevido de créditos.

Portanto, toda a base tributável foi recalculada, com a exclusão dos créditos indevidamente aproveitados, e houve o lançamento da Cofins devida.

1) Pedido de Sobrestamento do Processo:

A Recorrente solicitou que o processo seja sobrestado até o julgamento do auto de infração de IRPJ, CSSL, PIS e Cofins lavrado no processo 11634.000182/2009-25, que está sorteado para a relatoria do Conselheiro Hélio Eduardo de Paiva Araújo, da 1ª Seção de Julgamento.

Apesar do processo 11634.000182/2009-25 ter fatos semelhantes aos do presente processo, entendo que os julgamentos não são conexos.

No processo Nº 11634.000182/2009-25, o auto de infração de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social — Cofins exige o recolhimento de R\$ 3.100.204,81 a título de contribuição e R\$ 4.650.307,16 de multa de lançamento de ofício de 150%, prevista no art. 10, parágrafo único, da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, e art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, além dos acréscimos legais, **para os períodos de janeiro de 2004 a dezembro 2005.**

O lançamento, com fundamento nos arts. 2º, II e parágrafo único, 31, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524, de 2002, refere-se à receita escriturada e não declarada nos anos-calendário de 2004 e 2005.

Já o presente processo trata de insuficiência de recolhimentos e aproveitamento indevido de créditos de Cofins, o que resultou em um auto de infração para períodos de apuração diferentes: **01/01/2006 a 31/05/2007, 01/08/2007 a 31/12/2007.**

Logo, entendo que o pedido não procede e o presente julgamento não deve ser sobrestado.

2) Nulidade:

Em várias oportunidades, a recorrente defende a nulidade do lançamento.

Reclama que a competência para a fiscalização e lançamento seria do Delegado da Receita Federal em São Paulo, que apresentou declarações retificadoras em 13/03/2009, quando teria readquirido a espontaneidade, que outro MPF deveria ter sido solicitado após a reaquisição da espontaneidade, que houve quebra do sigilo bancário sem autorização judicial e que é nula a ciência do auto de infração por via postal, pois, tendo sido dada ciência pessoal ao proprietário desde o primeiro procedimento de ofício, a intimação postal somente poderia ser feita quando a parte se recusasse a receber a intimação.

Não concordo com as alegações da recorrente.

Não há que se cogitar de nulidade quando o auto de infração preenche os requisitos legais, o processo administrativo proporciona plenas condições à interessada de contestar o lançamento e inexistente qualquer indício de violação às determinações contidas no art. 142 do CTN ou nos artigos 10 e 59 do Decreto 70.235, de 1972.

Em relação à alegação específica de que haveria nulidade no procedimento fiscal pelo fato de, ao expirar o prazo de 60 dias contados da ciência, em 07/01/2009, do Termo de Intimação Fiscal Nº 3 (fls. 1925- 1926), apresentou DCTF retificadoras. Aduz que só foi comunicada do prosseguimento dos trabalhos em 16/03/2009 (Intimação Fiscal nº 04 - fls. 186/187), quando já estava com sua espontaneidade readquirida. Pede, ainda, a exclusão das penalidades e diz que outro procedimento deveria ter sido iniciado, com novo mandado de procedimento fiscal.

Como bem dito no acórdão recorrido, o simples esgotamento do prazo previsto no § 2º do art. 7º do Decreto nº 70.235, de 1972, não acarreta a nulidade do auto de infração. Apenas proporciona ao sujeito passivo a condição de ter restabelecida a espontaneidade que lhe dá o direito de liquidar o crédito tributário sem o acréscimo da multa de ofício.

No caso concreto, no entanto, verifica-se que nenhum pagamento de Cofins foi realizado no período, tampouco débitos dessa contribuição foram confessados nas declarações retificadoras apresentadas para os trimestres em tela

Logo, se nenhum débito de Cofins foi espontaneamente pago ou confessado pela autuada em 13/03/2009, nenhum reparo nesse sentido cabe ser efetuado no presente lançamento.

Em relação à alegação de que com a reaquisição da espontaneidade outro procedimento fiscal deveria ter sido solicitado, mediante emissão de novo Mandado de

Procedimento Fiscal, cabe destacar que o prazo de execução do MPF utilizado somente se esgotou em 1º de julho de 2009 (fl. 21).

Portanto, o prazo de execução do MPF se esgotou em data posterior ao lançamento.

Em relação à alegação de nulidade em face da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, cabe destacar que o lançamento fiscal em tela não foi fundamentado na movimentação bancária detectada com base em extratos bancários.

Assim, não assiste qualquer razão à recorrente nas suas alegações de nulidade.

3) Opção Pelo Lucro Presumido em 2004 e 2005:

A recorrente alega que fez equivocada opção pelo lucro presumido em 2004 e 2005 em face de haver excedido o limite de R\$ 48.000.000,00 de receita bruta, razão pela qual deveria ter sido tributada com base no lucro real, tal como ocorreu em relação aos anos-calendário de 2006 e 2007.

Alega que, se fosse tributada corretamente, poderia ter os seus créditos de PIS/Cofins transferidos de 2004 e 2005 para 2006 e 2007. Assim, isso poderia alterar o presente lançamento.

Entretanto, tanto o acórdão recorrido, quanto o processo Nº 11634.000182/2009-25 já demonstraram que isso não ocorreu.

O acórdão de 1ª instância do processo Nº 11634.000182/2009-25, já transcrito no acórdão recorrido, resolve a controvérsia:

(...)

Considerando que o IPI não integra o valor da receita bruta, conforme disposto no parágrafo único do art. 279 do RIR de 1999 (impostos não cumulativos) cobrados, destacadamente do comprador ou contratante dos quais o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário, verifica-se que foi apurada receita bruta no montante de, respectivamente, R\$ 45.024.276, 74 e R\$ 61.431.605, 96 nos anos-calendário de 2004 e 2005.

Por conseguinte, tendo em vista que não pode optar pelo lucro presumido a pessoa jurídica cuja receita bruta tenha sido superior a 48.000.000,00 no ano-calendário anterior, conforme previsto no art. 13 da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, com a redação dada pela Lei nº 10.627, de 30 de dezembro de 2002, verifica-se que a interessada ficou impedida de optar por esse regime apenas no ano-calendário de 2006, período em que sofreu tributação com base no lucro real.

Desta forma, não se constata irregularidade alguma na autuação com base no lucro presumido sobre a receita bruta escriturada em livros fiscais e não declarada dos anos-calendários de 2004 e 2005.

Portanto não assiste razão à recorrente nessa matéria.

4) Vendas Canceladas e Devolução de Vendas:

A recorrente alega que as suas vendas canceladas foram indevidamente incluídas na base de cálculo da Cofins.

No autos verifica-se que a recorrente adotou em sua contabilidade, na conta 3.2.1.10.0001, a denominação “vendas canceladas” para referir-se, na realidade, às operações de devolução de vendas.

Já a fiscalização apurou a Cofins não-cumulativa com base nas informações prestadas nos Dacon de fls. 08/153, e também na contabilidade, excluiu da presente apuração valores relativos às devoluções de vendas informadas como ocorridas em todos os meses de 2006 e 2007.

Assim, todos os ajustes necessários já foram efetuados no lançamento.

Portanto, não assiste razão à recorrente nessa matéria.

5) Créditos Glosados por Inidoneidade do Vendedor:

Houve glosa de créditos da apuração da Cofins não-cumulativa dos valores relativos as notas fiscais apreendidas pela fiscalização no valor de R\$ 22.079.839,94 nos anos de 2006 e 2007.

Tais notas fiscais foram emitidas pelas empresas Construmotta Construção Civil Ltda. e Pedro do Carmo - Madeira.

Nesse ponto, transcrevo partes de interesse do acórdão recorrido por dar suporte fático a solução da controvérsia:

Conforme esclarecido às fls. 2050/2051 (item 4 do TVEAF), a interessada foi intimada, em 07/01/2009 (fls. 1925/1926), a apresentar diversos elementos que pudessem comprovar a efetividade da aquisição das mercadorias descritas nas notas fiscais emitidas em nome das empresas Construmotta Construção Civil Ltda. e Pedro do Carmo - Madeira.

Contudo, após solicitar prorrogação de prazo (fl. 1927), a fiscalizada respondeu, em 18/02/2009 (fl. 1928), que os pagamentos foram feitos em espécie, por meio do caixa, conforme conta razão 11º 2.1.4.10.1719, e que as mercadorias foram transportadas pelas empresas vendedoras e entregues na sede da compradora, sendo que não lhe foi entregue nenhum tipo de documento de transporte além das notas fiscais de compra. Também requereu prazo adicional de 30 dias para apresentar os livros Registro de Controle de Produção e do Estoque (modelo 3) e de Registro de Inventário das filiais 0002 e 0003, porquanto, segundo consta, necessitava finalizar os ajustes necessários a melhor compreensão e identificação das operações.

Cabe destacar, de plano, que qualquer operação realizada em moeda corrente nacional é evidentemente legal, pois não existe

norma que obrigue a efetivação do pagamento por intermédio de uma instituição financeira. Porem, o pagamento de elevadas importâncias em moeda corrente, como no caso vertente, no montante de R\$ 14.900.430,72 no ano-calendário de 2006 e de R\$ 7.179.409,22 no de 2007, não é normalmente assim realizado justamente pela dificuldade de comprovação da operação e, obviamente, por razões de segurança.

No caso dos autos, a inidoneidade da documentação emitida em nome das empresas Construmotta Construção Civil Ltda. e Pedro do Carmo - Madeira foi fartamente comprovada pela fiscalização, de cujas verificações destaca-se:

a) em diligência efetuada no domicílio fiscal das empresas Construmotta Construção Civil Ltda. e Pedro do Carmo z Madeira, ambas localizadas no mesmo endereço - na Rua Dom Aquino nº 16, Jardim Recanto Colonial, Londrina/PR - a fiscalização constatou que atualmente funciona a empresa Ciclo Real Comércio de Madeiras Ltda (a Desmanchão da Construção) e nele encontrou apenas restos de materiais de demolição (fotos de fls. 1865/1867);

b) na mesma diligência foi coletado depoimento da Sra. Eliane Silva de Lima, proprietária de floricultura instalada na Rua Dom Aquino, 15, desde 2005 (fls. 1868/1869) que afirmou nunca ter funcionado estabelecimento comercial algum na Rua Dom Aquino, 16 (fls. 1.870/ 1871.);

c) em consulta efetuada junto à Secretaria de Estado da Fazenda do Estado do Paraná, verificou-se que inexistem as Autorizações para Impressão de Documentos Fiscais-IDF informadas nas notas fiscais inidôneas (fls. 1914/1.919), tendo a empresa que seria responsável pela impressão dos talonários dessas notas fiscais - N. Azevedo de Oliveira & Cia. Ltda. - informado que desconhece a procedência dessas AIDF (fls. 1883/1889);

d) Ezilaine Pereira Barros (fl. 1897), que seria uma das sócias da empresa Construmotta Construção Civil Ltda, compareceu em 18/02/2009 na DRF/Londrina e declarou não ser sócia dessa empresa e que não conhece essa empresa e nem o outro sócio, Markson Flávio Campos Motta (fls. 1897/1901.), diz que perdeu seus documentos em 2002 (possivelmente utilizados na abertura da empresa) e que solicitou, em 13/10/2008, à Receita Federal, nos autos do processo 110930.005390/2008-22, a anulação da inscrição no cadastro do CNPJ (fl. 1900). Ao que cotista, a fiscalização dirigiu-se ao domicílio fiscal de Ezilaine e constatou tratar-se de residência "muito humilde", incompatível com a situação de sócia de empresa com grande movimentação comercial; .

e) a autoridade fiscal compareceu ao domicílio fiscal de Markson Flávio Campos Motta, o outro sócio da Construmotta Construção Civil Ltda. (fls. 1906/1907) e também encontrou uma residência muito humilde, onde foi atendida pelo atual morador, Cláudio da Silva; que informou desconhecer o paradeiro do antigo morador;

i) O contabilista responsável pela abertura da Construmotta Construção Civil Ltda., Eduardo Milan Teixeira, (fls. 1908/1909) compareceu à DRF/Londrina, em 03/03/2009, e declarou que não teve contato pessoal com os sócios da empresa, que os documentos necessários à abertura da empresa foram entregues diretamente no escritório por Vicente Taveira (sócio da empresa Ciclo Real Comercio de Madeiras Ltda ME), que desconhece o local onde teria funcionado a empresa e que após algum tempo cessou a entrega de documentos fiscais/contábeis, assim como o pagamento dos honorários;

g) a empresa Ciclo Real Comércio de Madeiras Ltda. foi intimada em 14/02/2009 e reintimada em 27/02/2009 a prestar diversas informações que ajudassem a confirmar, ou não, a real existência daqueles fornecedores (fls. 1.864/1877), mas não se manifestou a respeito;

h) o suposto sócio da empresa Pedro Carmo - Madeira, Pedro do Carmo, não foi localizado em face de haver informado rios cadastros da SRF (fl. 1921) que seu domicílio fiscal também era Rua Dom Aquino, 16 (mesmo da empresa);

i) o contabilista responsável pela abertura da empresa Pedro do Carmo - Madeira, Júlio Alves Batista, declarou (fls. 1922/1924) ter efetuado a abertura da empresa e para ela prestado serviços durante aproximadamente 2 meses, serviços estes suspensos em razão de falta de pagamento, não tendo tido após esse período mais contato com a empresa ou seu representante.

À vista da existência de inúmeras notas fiscais envolvendo grande quantidade de mercadorias (chapa compensada e madeira), todas movimentadas do município de Londrina/PR para o município de Arapongas/PR, sem as especificações do transporte, a fiscalização procedeu aos ajustes dos créditos de Cofins e a reconstituição da apuração das bases de cálculo da Cofins dos anos calendário 2006/2007.

Diante da constatação de que as empresas Construmotta Construção Civil Ltda. e Pedro do Carmo Madeira inexistiam de fato, caberia à interessada comprovar documentalmente as respectivas operações.

Sobre o assumo, é oportuno atentar para o que dispõem os arts. 251, 264, 276 e 923 do RIR de 1999:

Art. 251. A pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real deve manter escrituração com observância das leis comerciais e fiscais (Decreto-lei nº 1.598, de 1977, art. 7º.).

Parágrafo único. A escrituração deverá abranger todas as operações do contribuinte. Os resultados apurados em suas atividades no território nacional, bem como os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior (Lei nº 2.534, de 29 de novembro de 1954, art. 2º., e Lei nº 9.249, de 1995, art. 25).

Art. 264. A pessoa jurídica é obrigada a conservar em ordem enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros documentos e papéis relativos a sua atividade, ou que se refiram a atos ou operações que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 4º).

Art. 276. A determinação do lucro real pelo contribuinte está sujeita à verificação pela autoridade tributária, com base no exame de livros e documentos de sua escrituração. na escrituração de outros contribuintes, em informação ou esclarecimentos do contribuinte ou de terceiros, ou em qualquer outro elemento de prova, observado o disposto no art. 923 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 9º).

Art. 923, A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos contábeis segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art 9º, § 1º).

A escrituração contábil não constitui prova, por si mesma, dos fatos nela registrados, mas tão-somente quando lastreada em documentação hábil e idônea que comprove de forma inquestionável os fatos registrados. Cabe à contribuinte manter sob sua guarda, enquanto não prescritas as ações cabíveis, todos os documentos necessários à comprovação das operações que alteraram sua situação patrimonial. Inequivoca é, portanto, sua obrigação em comprovar a aquisição dos insumos utilizados no processo produtivo, assim como os pagamentos correspondentes para comprovar a efetividade da operação.

Ao identificar vícios na documentação apresentada pela contribuinte como suporte das aquisições por ela contabilizadas, a autoridade fiscal não admitiu tais notas fiscais como prova e concedeu à contribuinte a oportunidade de apresentar novos elementos. Porém, desprezando tais circunstâncias, a contribuinte não envidou qualquer esforço para apresentação da comprovação dos pagamentos ou do efetivo ingresso das mercadorias constantes das notas fiscais, elementos estes que militariam em favor de sua boa-fé.

A contribuinte, alegando boa-fé, alegou desconhecer as irregularidades fiscais das empresas Construmotta Construção Civil Ltda. e Pedro do Carmo - Madeira, especialmente ante a ausência de declaração de nulidade da inscrição no CNPJ.

No entanto, em momento algum a autoridade fiscal vinculou o desconto dos créditos correspondentes às aquisições de bens que seriam utilizados como insumos, à regularidade fiscal dos fornecedores, pois o aproveitamento desses créditos sempre e vê condicionado a comprovação documental regular, como todas as demais operações que afetam o patrimônio do contribuinte. O desconto do crédito na apuração da Cofins não-cumulativa devida no período seria admitido se o documento, mesmo emitido por empresa considerada inidônea ou inapta, estivesse

acompanhado da prova do efetivo pagamento e do recebimento dos bens ou serviços, o que não ocorreu.

A questão presente cinge-se à existência ou não de comprovação das aquisições dos insumos descritos nas notas fiscais emitidas pela empresa Construmotta Construção Civil Ltda. e Pedro do Carmo - Madeira. Neste sentido, não se está imputando à contribuinte a obrigação de conhecer a regularidade fiscal de seus fornecedores, mas tão somente o ônus de provar que as transações comerciais de fato ocorreram.

Reitere-se que aqui também inexistente qualquer inversão do ônus da prova, mas sim omissão do contribuinte em comprovar a efetividade das aquisições dos insumos constantes das notas fiscais em análise. Desconstituída a eficácia do documento, resta não provada a operação se outros elementos não são apresentados pela interessada.

Com relação a declaração de inaptidão, assim dispõe o art. 82 da Lei nº 9.430, de 1996:

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

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

Mesmo que as empresas Construmotta Construção Civil Ltda. e Pedro do Carmo - Madeira ainda não tivessem a época sido consideradas ou declaradas inaptas, os indícios que evidenciam a inidoneidade dos documentos fiscais embasaram o posterior registro dessa condição no cadastro do CNPJ.

Dessa forma, como a interessada deixou de comprovar a efetivação do pagamento do preço respectivo (salientando que a singela alegação de que todos os pagamentos, num montante de cerca de R\$ 22.000.000,00, teriam sido realizados em espécie, não pode ser acolhida sem prova) e o recebimento dos bens, direitos e mercadorias ou utilização dos serviços, deve subsistir a glosa promovida pela fiscalização.

Considerando o farto conteúdo probatório dos autos e o que foi transcrito, concordo inteiramente com o acórdão recorrido.

6) Multa Qualificada de 150%:

Foi aplicada multa qualificada de 150% em consequência da fiscalização ter entendido que houve evidente atuação dolosa com o intuito de fraudar o Fisco.

Nos autos restou fartamente caracterizado que a interessada agiu de maneira dolosa ao utilizar documentação inidônea de maneira fraudulenta para a comprovação de créditos passíveis de desconto da apuração da Cofins não-cumulativa.

Também se utilizou de despesas não passíveis de crédito da contribuição, por falta de previsão legal.

A fundamentação da multa está na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4502 de 30 de novembro de 1964 independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Os art. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964, estabelecem que:

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 circunstanciais materiais:

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

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, destinado a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre ditas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos no artigo 71 e 72.

Portanto, também não assiste razão à recorrente nessa matéria.

7) Correção do Débito Pela Taxa Selic:

A recorrente contesta a correção dos débitos pela taxa Selic.

No que se refere aos juros moratórios, registre-se que sua cobrança em percentual equivalente à variação da taxa Selic para títulos federais, em se tratando de tributos e contribuições, observa norma inserida no CTN:

Art, 161. O crédito não integralmente pago na vencimento será acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas' nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não disser de modo diverso os juros de mora são calculados a taxa de 1% (um por cento) ao mês.

Logo, por expressa disposição legal, e em consonância com o CTN como está expresso no art. 61, § 3º, da Lei n.º 9.430, de 1996, foram definidos, para cobrança de juros de mora, percentuais equivalentes a taxa referencial Selic.

A recorrente também questiona a constitucionalidade da utilização da taxa Selic como juros de mora:

A matéria é sumulada pelo CARF:

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

Portanto, não assiste razão à recorrente nessa matéria.

8) A Base de Cálculo da Cofins:

A recorrente alega que o STF declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que instituiu nova base de cálculo de incidência de PIS e Cofins. Afirma que os valores tributados como receita omitida pela glosa de custos, para o PIS e Cofins, embutem outras receitas isentas e alíquotas consideradas inconstitucionais, “bem como vai em total desrespeito à legislação da não-cumulatividade do Pis e da Cofins.”

Entende ser absurda a glosa dos créditos de material de consumo, sanepar, equipamentos de segurança, comissão sobre vendas, verbas de propaganda, aluguel de sistemas, Serasa, despesas de produção e aquisição de vale transporte, pois tais despesas estão representadas por notas fiscais devidamente pagas e registradas na contabilidade.

Como bem dito no acórdão recorrido, no presente lançamento não houve tributação de “receitas omitidas pela glosa dos custos.”

Houve, em respeito a legislação que disciplina a não-cumulatividade da Cofins, e em decorrência do aproveitamento indevido de créditos, de bens utilizados como insumos e de outras operações com direito a crédito, a mera reconstituição da apuração das bases de cálculo da Cofins.

No que tange ao contido no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, é importante esclarecer que sua inconstitucionalidade em nada afeta o lançamento, já que, como se constata, foi utilizado como base de cálculo o efetivo faturamento da empresa.

Portanto, entendo que as glosas efetuadas pela fiscalização foram corretas.

Processo nº 11634.000186/2009-11
Acórdão n.º **3301-003.010**

S3-C3T1
Fl. 2.298

Conclusão

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Conselheiro Luiz Augusto do Couto Chagas - Relator

assinado digitalmente

Luiz Augusto do Couto Chagas