



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

Processo nº 13433.000493/2005-52
Recurso nº 155.640 Voluntário
Acórdão nº 1202-00.116 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de julho de 2009
Matéria IRPJ e Outros
Recorrente JOSUÉ MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-RECIFE/PE

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2005

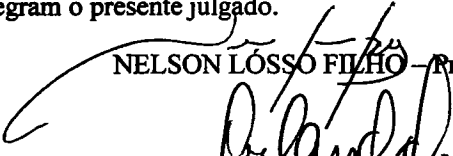
OMISSÃO DE RECEITAS. CARACTERIZAÇÃO EM NOTAS FISCAIS “ESPELHADAS”. NECESSIDADE DE CERTEZA DO MONTANTE TRIBUTÁVEL. ÔNUS DA FAZENDA. INCONSISTÊNCIA DAS PROVAS LEVANTADAS. VÍCIO MATERIAL. NULIDADE DO LANÇAMENTO. DIFERENÇA ENTRE OMISSÃO E RECEITA DECLARADA. CABIMENTO DO LUCRO ARBITRADO. INSUBSISTÊNCIA DA MULTA QUALIFICADA. Ainda que existentes fortes indícios de caracterização da prática de omissão de receitas sobre notas fiscais “espelhadas”, cabia a Fazenda Nacional demonstrar a liquidez e certeza do montante tributável, na estrita observância do art. 142 do CTN, o que caracteriza vício material sobre a substância do lançamento, ensejando, imperativamente, a nulidade da autuação fiscal e, com efeito, os seus consectários legais, inclusive a multa qualificada.

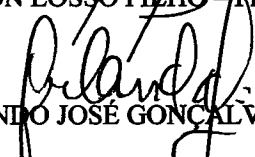
E, igualmente considerando valor vultoso da receita omitida em cotejo com a receita declarada, e série de inconsistências técnicas, restou inconfiável e inidônea a escrita fiscal do contribuinte, com o que, na esteira da jurisprudência sobre idêntica matéria, devia a d.autoridade administrativa proceder o arbitramento do lucro, desta feita como não assim procedido, o auto é nulo de pleno direito.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.


NELSON LÓSSO FILHO – Presidente.


ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO – Relator.

EDITADO EM: 04 NOV 2009

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Nelson Lósso Filho (presidente de turma), Cândido Rodrigues Neuber, Carmem Ferreira Saraiva (suplente convocada), Valéria Cabral Géo Verçoza, Orlando José Gonçalves Bueno (vice presidente de turma).

Relatório

Trata-se de auto de infração de IRPJ e reflexos na CSLL, PIS E COFINS, relativamente ao ano de 2003, exercício de 2004, com base na acusação de omissão de receitas “caracterizada pelo subfaturamento de sua receita de vendas, através da escrituração na contabilidade da mesma em valores a menor de vendas, utilizando-se de notas fiscais ‘calçadas’, conforme discriminado no relatório fiscal”, fls. 153.

Ao sujeito passivo foi aplicada a multa de 150%, com base no art. 44, inciso II da Lei nº 9.430/96. Para tanto, concluiu a autoridade fiscal, a fls. 183:

“ Conforme descrito anteriormente, ficou constatado através de indícios encontrados na documentação apreendida pela DRF- Mossoró, no estabelecimento do contribuinte fiscalizado, bem como das provas obtidas através de circularização aos principais clientes do contribuinte, por amostragem, que a fiscalizada utilizou-se de notas fiscais calçadas para omitir os valores totais das receitas obtidas com a comercialização de suas mercadorias. Para tal fraude definida nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, será aplicada, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, multa agravada de 150%...”

O contribuinte é tem seu regime de tributação pelo lucro real anual.

O contribuinte ofereceu sua impugnação, a fls. 778/822, conforme bem resumido pela digna autoridade julgadora de primeira instância, a fls. 1050/1051, a qual me reporto e leio em sessão para o presente relato.

A DRJ, conforme decisão a fls. 1040/1042, resolveu converter o julgamento em diligência, a fim de juntada de anexos mencionados no relatório da fiscalização.

 
2

A decisão final da DRJ de Recife se verifica a fls. 1048/1062, mediante a qual julgou o lançamento procedente em parte, adotando a seguinte ementa:

" Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2003

Ementa: PRELIMINAR DE NULIDADE. REQUISITOS ESSENCIAIS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. Estando o lançamento revestido das formalidades previstas no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, sem a ocorrência de vícios com relação à forma, competência, objeto, motivo ou finalidade, não há falar em nulidade.

O acesso dos AFRFs aos estabelecimentos das empresas é prerrogativa que pode ser exercida independentemente de ordem judicial.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIÇÃO. As autoridades administrativas são incompetente para apreciar arguições de inconstitucionalidades de lei regularmente editada, tarefa privativa do Poder Judiciário.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica- IRPJ

Ano-calendário: 2003

Ementa: OMISSÃO DE RECEITAS. CARACTERIZAÇÃO. NOTAS CALÇADAS. DADOS CONSIGNADOS EM ESPELHOS DE NOTAS FISCAIS. O ardil conhecido como "nota calçada" evidencia a omissão de receita por parte do contribuinte. Os dados consignados em espelhos de notas fiscais de venda revelam, inequivocamente, vendas efetuadas, podendo, facto, ser utilizadas na caracterização de omissão de receitas.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

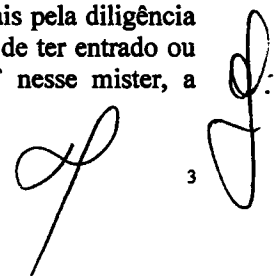
Ano-calendário: 2000,2001,2002,2003,2004

Ementa: TRIBUTAÇÃO REFLEXA – PIS, COFINS e CSLL. Estende-se aos lançamentos decorrentes a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão de íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Lançamento Procedente em Parte."

Desta feita, a autoridade julgadora "a quo", afastou as preliminares, eis que não constatado qualquer vício quanto a forma, competência, motivo ou finalidade, estando em consonância com o art. 10 do Decreto nº 70.235/72.

Sustenta a não invasão do domicílio pelas autoridades fiscais pela diligência ter sido efetuada e encerrada após às 18:00hs, sem qualquer caracterização de ter entrado ou permanecido de forma clandestina ou astuciosa, citando decisão do STF nesse mister, a fls.1053/1056.



Comenta-se tratar de “verborragia” as alegações de desrespeito aos princípios constitucionais de legalidade, tipicidade cerrada, imparcialidade, verdade material, presunção de inocência e segurança jurídica.

Todavia reconhece, a fls. 1057, que algumas notas fiscais foram de transferência para depósito da impugnante, assim como houve erro de digitação e lançamentos em duplicidade no trabalho fiscal.

Quanto ao mérito aduz, em síntese, o seguinte:

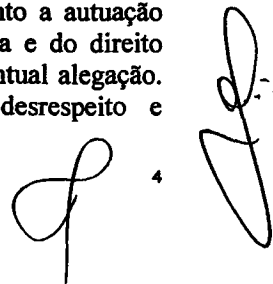
- que os “espelhos” refletem as vendas;
- que, em face a circularização de seus maiores clientes, restou comprovado os dados consignados nos respectivos “espelhos”;
- os questionamentos sobre dois clientes (Sociedade Educacional Mater Christi Ltda. e Proenge – Projetos e Engenharia Ltda.) serão corrigidos;
- classifica em 06 (seis situações) a análise da documentação apurada pela fiscalização, conforme se verifica a fls. 1058/1059, a qual leio em sessão, para fiel relato da decisão;
- o procedimento fiscal se pautou pelo determinado no art. 24 da Lei nº 9.249/95, para considerar o total da receita omitida, para fins de lançamento de ofício do IRPJ e CSLL, não havendo motivo para arbitramento;
- quanto a ação penal compete ao Ministério Público analisar o seu cabimento, sendo que a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao mesmo após decisão final no âmbito administrativo, se for o caso;
- quanto a taxa “selic” e o efeito confiscatório da multa aplicada, não cabe a DRJ se pronunciar sobre arguições de inconstitucionalidades, competência exclusiva do Poder Judiciário;
- julgou o lançamento procedente em parte, para excluir as notas fiscais de remessa para depósito fechado, as notas fiscais lançadas em duplicidade, as notas fiscais lançadas com erro de digitação, conforme demonstrativos a fls. 1060/1061 destes autos.

O Contribuinte regularmente intimado da decisão da DRJ, interpôs, tempestivamente, seu recurso voluntário, sustentando, em síntese, o seguinte:

- em preliminares:

1- obtenção das provas por meios ilegais. Apreensão promovida com violação das garantias constitucionais. Aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada que anula toda a autuação: relativamente a apreensão dos documentos fiscais no período da noite, citando jurisprudência do STF sobre invasão de domicílio pela administração tributária (fls. 1079/1082);

2- da ilegalidade do ato do auditor fiscal em não cientificar e devolver o prazo para nova impugnação. Decisão de fls. 1045. Vício que contamina tanto a autuação quanto a decisão ora vergastada. Manifesto cerceamento do direito de defesa e do direito público subjetivo de impugnação. Consequente efeito que afasta qualquer eventual alegação. Preclusão às matérias levantadas pelo recurso: constatou-se absoluto desrespeito e



Handwritten signature and initials, possibly of a judge or official, located at the bottom right of the page.

inobservância pela autoridade diligenciante do estabelecido no art. 18 do Decreto nº 70.235/72, não obstante a advertência da DRJ neste sentido.

3- Dos erros contábeis que anulam o lançamento:

3.1. divergências entre os elementos da circularização promovida pela autuação e as informações prestadas pelos clientes inquiridos: a fiscalização circularizou para 12 maiores clientes da autuada, porém a mesma refez tal circularização e apurou informações divergentes, conforme Planilha 05 anexa (doc. 03), havendo discrepância a ser considerada no montante de R\$ 691.792,48;

Assevera a fls. 1085 que “outrossim, a lista escolhida de doze clientes pela autuação como os clientes que teriam efetuado o maior volume de compras à recorrente está contraditória a própria metodologia adotada pelo Fisco, uma vez que se comparados os supostos volumes de “espelhos” atribuídos pela autuação como omissões de receita, outros seriam os clientes, como se verifica pela Planilha 06 anexo (documento 04)”. Tal fato redundaria em exclusão de lançamentos apontados na referida planilha no valor de R\$ 432.362,50;

3.2. “espelhos” com o mesmo número, valores diferentes, datas e destinatários diversos: tem-se “espelhos” que apresentam o mesmo número e foram interpretados como se constituíssem operações distintas, se tratando de lançamentos em duplicidade, o que está refletido na Planilha 07 anexa (documento 05), totalizando um valor de R\$ 556.222,10;

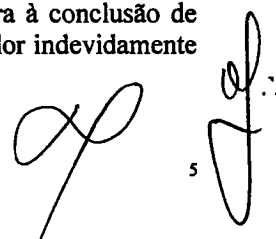
3.3 “espelhos” com números diferentes, referências a notas fiscais com numeração diversa e com valores, destinatários, mercadorias e datas iguais: não há relação de equivalência entre os “espelhos” e as supostas correspondentes notas fiscais e são considerados documentos diferentes para efeito do lançamento, o que implicou na correção conforme Planilha 08 anexa (documento 06), no valor de R\$ 404.460,28;

3.4 “espelhos” com números diferentes, referências a notas fiscais com numeração diversa e com valores, destinatários, mercadorias e datas diferentes: ou seja, ademais nestes casos, ainda há datas diferentes, resultando na correção estampada na Planilha 09 anexa (documento 07), no valor de R\$ 64.827,50;

3.5 “espelhos” correspondente a outros “espelhos” tendo números diferentes, mas sendo dirigido à pessoa jurídica e outro para a pessoa física representante da mesma pessoa jurídica, com os mesmos valores, mercadorias e datas iguais: portanto, lançamentos em duplicidade, como comprova a Planilha 10 anexa (documento 08);

3.6. lançamentos inexistentes, baseados em “espelhos” sem qualquer numeração ou relação a qualquer documento fiscal (notas ou livros), bem como à circularização da autuação: tratando-se de inadmissível presunção absoluta de omissão de receitas, devendo ser corrigido conforme Planilha 11 anexa (documento 09) para excluir o valor de R\$ 2.673.137,61;

3.7. notas fiscais interpretadas como notas calçadas pela autuação, mas que, pela ausência de documentos comparativos, devem ser desconsideradas para a conclusão de omissão de receita: segue a Planilha 12 anexa (documento 11), indicando valor indevidamente lançado de R\$ 57.258,89;



5

3.8. notas fiscais de remessa para depósito fechado, notas fiscais lançadas em duplicidade e notas fiscais com erro de digitação: os presentes erros foram reconhecidos pela decisão “a quo”, contudo persiste o recurso para ampliação dessas exclusões em face as ocorrências expostas nas planilhas 01, 02, 03 e 04 anexas (documento 02), uma vez que a apuração desses erros pela autoridade julgadora não apresentou planilha de cálculos, ou mesmo expressou quais objetos e valores foram realmente excluídos, cabendo ainda o exclusão a esses títulos o montante de R\$ 360.154,09;

4- Dos documentos totalmente estranhos de “espelhos” sem qualquer identificação da empresa recorrente, numeração totalmente diversa das suas notas fiscais e sem relação com outros documentos fiscais. Dúvida aliada à manifesta deficiência na organização dos trabalhos da autuação. Extravio de documentos fiscais de outra empresa: os documentos levantados pela Planilha 11 anexa (documento 09) e pela fotocópia da Ficha de Controle de Impressão de Documentos Fiscais (documento 10) não são reconhecidos pela recorrente, pois a numeração não corresponde aos registros da recorrente e ademais a desorganização da devolução dos documentos aponta sério risco de documentos que podem ser oriundos de outra empresa fiscalizada. Assim, não merecendo confiabilidade e veracidade quanto ao item ora alegado, deve ser excluído do lançamento o montante de R\$ 2.673.137,61, conforme a citada planilha;

5- Da inobservância do princípio da verdade material, dentre outros princípios aplicáveis à matéria, acarretando a nulidade do lançamento: a autoridade julgadora não se debruçou completamente sobre as provas materiais, afetando com isso a violação dos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da inocência, da tipicidade cerrada, imparcialidade.

- Quanto ao mérito, aduz o seguinte:

1- Da nulidade do lançamento baseado exclusivamente em falsa presunção: a autoridade fiscal baseou-se em presunção absoluta, sem demonstrar, inequivocamente, a ocorrência do fato conhecido, de forma cabal e indubitosa. Isso é imprescindível para se deduzir, com prova irrefutável, a omissão de receita, passível de exigência fiscal;

2- Da ineficácia dos “espelhos”, da não comprovação de operações de vendas da impugnante e da ausência de omissão de receita: os denominados “espelhos” pela d. autoridade fiscal, na realidade fática, se constituem em orçamentos e previsões de preços, que não podem ser confundidos com documentos fiscais e estão destituídos de caracteres elementares das operações de vendas, como se pode verificar em comparação com outro documento, “Remessas de cupom de pedido”, que podem refletir eventuais negócios realizados, mas não utilizados no trabalho fiscal, eis porque esses documentos podem refletir uma operação de venda, posto que tem (i) numeração própria de venda; (ii) dados idênticos aos da nota fiscal: número, valor da venda, descrição da mercadoria, destinatário, data; (iii) nome do vendedor; (iv) vencimento para pagamento do cliente; (v) timbre completo da empresa. Mas tal documento foi ignorado pela fiscalização. Ademais, não foi apurada qualquer irregularidade na contabilidade da recorrente que pudesse invalidar tais documentos de natureza comercial. Assim, os valores informados pelas empresas na circularização fiscal não correspondem aos “espelhos”, derrubando, portanto, o entendimento fiscal sobre a operação supostamente fraudulenta;

3- Das “situações” descritas na decisão ora recorrida como fundamento para presunção da omissão de receita. Incongruência frente a verdade material apresentada pela recorrente: analisando uma a uma as seis situações oferecidas pela autoridade julgadora “a quo”, chega-se as seguintes conclusões:

 6 

3.1. Situação I: os talonários de notas fiscais da recorrente não permite qualquer manipulação dos mesmos, vez que emitidos pelo sistema eletrônico de processamento de dados, em formulário previamente aprovado pela autoridade competente;

3.2. Situação I-A: há falta de identidade entre os “espelhos” e os demais documentos fiscais relacionados e os circularizados utilizados pela autuação;

3.3. Situação II: equívoco da decisão “a quo”, pois que os valores das 2ªs e 4ªs vias de notas fiscais correspondem ao escriturado pela recorrente, sem comparar com as 1ª e 3ª vias de notas fiscais, apenas se referindo aos “espelhos”, para concluir pela prática de “nota calçada”, o que torna precária e incorreta a conclusão pela comparação isolada com apenas os “espelhos”;

3.4. Situação III: a decisão, contraditoriamente e ainda que parcialmente, reconhece que os “espelhos” se prestam para caracterização de algumas operações como vendas, mas não se prestam para outras (95 ocorrências), em face a regularidade da escrita contábil;

3.5. Situação IV: outro erro pois somente foram tomadas as 3ªs vias das notas fiscais com os “espelhos”, para induzir a caracterização das “notas calçadas” e, ainda mais, grave, se refere a “ocorrências” sem especificá-las em flagrante cerceamento do direito de defesa do contribuinte;

3.6. Situação V: admite inúmeros “espelhos” como provas autônomas de omissão de receitas, adotando a malsinada presunção absoluta, inadmissível em matéria tributária;

4- Dos erros na utilização dos equivocados “espelhos” para atribuição do faturamento. Impossibilidade material. Balanço e registro oficial de fornecimento de mercadoria (DETNOT) que impedem tal presunção: com os documentos oficiais contábeis oferecidos, verifica-se a impossibilidade de ter ocorrido omissão de receitas em face ao montante atribuído pela fiscalização como tal. Ora, pelos dados oficiais o faturamento da recorrente é de R\$ 5.780.158,16 o qual, se somados ao quanto imputado pela fiscalização, de R\$ 10.254.757,67, chega-se a cifra insustentável na realidade operacional da recorrente, de R\$ 16.034.915,83, o que por si só denota a incongruência real do quanto acusado fiscalmente;

5- Dos erros na atribuição dos valores utilizados como bases de cálculo para a CSLL, IRPJ, PIS e COFINS, utilização de receita bruta como base de cálculo: o procedimento da fiscalização foi equivocado, para a definição da base de cálculo, posto que não poderia adotar o total da receita supostamente omitida, mas deveria arbitrar o lucro em 9,6% das receitas descobertas, o que não foi feito, evivando de vício material o lançamento de ofício para o IRPJ e CSLL. Posto que se existe erro na contabilidade da recorrente, tornando-a imprestável para fins fiscais, outra medida não restaria senão o arbitramento, com vem decidindo o E. Conselho de Contribuintes, juntando decisões nesse sentido, assim como decisões do E. STJ ;

6- Da ilegalidade do percentual da multa. Caráter confiscatório do tributo. 150% (cento e cinquenta por cento) incidente sobre o valor atribuído como principal;

7- Da ilegalidade na aplicação da taxa “selic”.



Em 26 de abril de 2007 verifica-se a juntada de Razões Complementares ao Recurso Voluntário, explicitando o seguinte:

- que olvidou a autoridade lançadora a necessária e obrigatória aplicação da regra do art. 15 e 16 da Lei nº 9.249/95, fazendo incidir as alíquotas do IRPJ e CSLL sobre o montante total das receitas;

- de acordo com os critérios estabelecidos pela lei acima, a apuração dos tributos devidos deveria ter sido feita da seguinte forma: (i) apuração da receita bruta omitida; (ii) identificação da base de cálculo dos tributos não recolhidos (IRPJ e CSLL), que corresponde a 9,6% da receita bruta omitida; (iii) aplicação das alíquotas do IRPJ e da CSLL sobre a base de cálculo, procedimentos esses não realizados pela autoridade lançadora;

- cita jurisprudência desse E. Primeiro Conselho de Contribuintes a seu favor;

- tal situação afetaria, diretamente, o montante aplicado à título de multa, 150%.

- requer, pois, o (i) nulidade do lançamento por infração à regra do art. 16 da Lei nº 9.249/95; (ii) obrigatoriedade de que o lançamento para que a apuração do IRPJ e CSLL seja feita com a utilização da base presumida estabelecida nos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.249/95; (iii) a obrigatória redução da multa aplicada à Recorrente, fazendo-a incidir sobre os valores efetivamente devidos.

Em face ao valor envolvido, foi procedido o arrolamento de ofício de todos os bens do contribuinte, nos termos dos documentos a fls. 1132/1137.

O presente recurso foi objeto de apreciação na sessão de 14 de junho de 2007, na qual deliberou, por unanimidade a Oitava Câmara, baixar o processo em diligência, mediante a Resolução nº 108-00.458, com o que foi cumprida pela d. autoridade diligenciante, como se verifica a fls. 2.114 até 2.130.

Em que se considere tal determinação, a mesma não foi devidamente cumprida observando os quesitos da decisão colegiada, eis que novamente se propôs na data de 23 de janeiro de 2008, nova diligência, mediante a Resolução nº 108-00.480, da antiga Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, cujo voto se encontra a fls 2.145 a 2.149, que leio em sessão, para conhecimento deste novo colegiado.

O Relatório de Encerramento de Diligência Fiscal se verifica a fls. 2.195 a 2.201, onde a autoridade fiscal registra suas conclusões em face ao objeto da diligência aludida, que leio em sessão também, para ciência deste colegiado.

Aberta vista a Recorrente, a mesma se manifesta a fls. 2.204 a 2.208, que finalmente leio em sessão para o registro correto das ocorrências processuais.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Relator Orlando José Gonçalves Bueno, Relator

Por presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, dele tomo conhecimento.

Quanto a preliminar de obtenção das provas por meios ilegais, entendo que não pode prosperar a pretensão de nulidade, vez que, como bem exposto na decisão “a quo”, o CTN outorga competência legal, desde que sem abuso de poder, para o cumprimento de seu dever de fiscalizar, não podendo o contribuinte interpor embaraços a esses procedimentos. Não consta qualquer denúncia ou acusação de que tenha ocorrido qualquer abuso da autoridade fiscalizadora, tão-somente a entrega de intimação e termo de apreensão de documentação e livros após às 18:00 h., que, por si só, não justifica que as provas foram colhidas de maneira ilegal. Rejeito, portanto, esta preliminar.

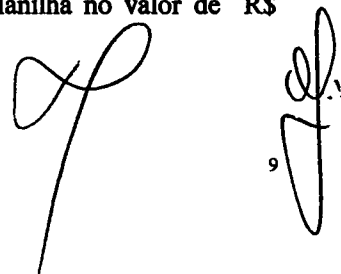
Quanto a preliminar de ilegalidade do ato do auditor fiscal em não cientificar e devolver o prazo para nova impugnação. Decisão de fls. 1045. Ocorre que, mesmo desatendendo a autoridade administrativa diligenciante o quanto determinado no Decreto nº 70.235/72, sobre a ciência ao contribuinte, e reabertura do prazo para impugnação, objetivamente nestes autos não houve qualquer prejuízo à defesa, vez que é evidente a interposição do presente recurso voluntário, elencando, sobejamente, as alegações e demais documentos da Recorrente, notadamente sobre o trabalho da diligência e da decisão “a quo”, não justificando a nulidade do lançamento de ofício por esse mister, vez que não lesado o direito à ampla defesa, garantido constitucionalmente ao contribuinte, posto que ora exercido plenamente. Rejeito, também, por esse motivo, esta preliminar.

Quanto a preliminar dos erros contábeis que anulam o lançamento: na verdade se confundem com o mérito eis que merece análise cuidadosa.

Veja-se:

3.1. divergências entre os elementos da circularização promovida pela autuação e as informações prestadas pelos clientes inquiridos: a fiscalização circularizou para 12 maiores clientes da autuada, porém a mesma refez tal circularização e apurou informações divergentes, conforme Planilha 05 anexa (doc. 03), havendo suposta discrepância a ser considerada no montante de R\$ 691.792,48;

Assevera a fls. 1085 que “outrossim, a lista escolhida de doze clientes pela autuação como os clientes que teriam efetuado o maior volume de compras à recorrente está contraditória a própria metodologia adotada pelo Fisco, uma vez que se comparados os supostos volumes de “espelhos” atribuídos pela autuação como omissões de receita, outros seriam os clientes, como se verifica pela Planilha 06 anexo (documento 04)”. Tal fato redundaria supostamente em exclusão de lançamentos apontados na referida planilha no valor de R\$ 432.362,50;



3.2. “espelhos” com o mesmo número, valores diferentes, datas e destinatários diversos: tem-se “espelhos” que apresentam o mesmo número e foram interpretados como se constituíssem operações distintas, se tratando de lançamentos em duplicidade, o que estaria refletido na Planilha 07 anexa (documento 05), totalizando um valor de R\$ 556.222,10;

3.3 “espelhos” com números diferentes, referências a notas fiscais com numeração diversa e com valores, destinatários, mercadorias e datas iguais: não há relação de equivalência entre os “espelhos” e as supostas correspondentes notas fiscais e são considerados documentos diferentes para efeito do lançamento, o que implicaria na correção conforme Planilha 08 anexa (documento 06), no valor de R\$ 404.460,28;

3.4 “espelhos” com números diferentes, referências a notas fiscais com numeração diversa e com valores, destinatários, mercadorias e datas diferentes: ou seja, ademais nestes casos, ainda há datas diferentes, que resultaria na correção estampada na Planilha 09 anexa (documento 07), no valor de R\$ 64.827,50;

3.5 “espelhos” correspondente a outros “espelhos” tendo números diferentes, mas sendo dirigido à pessoa jurídica e outro para a pessoa física representante da mesma pessoa jurídica, com os mesmos valores, mercadorias e datas iguais: portanto, lançamentos em duplicidade, como supostamente comprova a Planilha 10 anexa (documento 08);

3.6. lançamentos inexistentes, baseados em “espelhos” sem qualquer numeração ou relação a qualquer documento fiscal (notas ou livros), bem como à circularização da autuação: tratando-se de inadmissível presunção absoluta de omissão de receitas, que deveria ser corrigido conforme Planilha 11 anexa (documento 09) para excluir o valor de R\$ 2.673.137,61;

3.7. notas fiscais interpretadas como notas calçadas pela autuação, mas que, pela ausência de documentos comparativos, devem ser desconsideradas para a conclusão de omissão de receita: segue a Planilha 12 anexa (documento 11), indicando suposto valor indevidamente lançado de R\$ 57.258,89;

3.8. notas fiscais de remessa para depósito fechado, notas fiscais lançadas em duplicidade e notas fiscais com erro de digitação: os presentes erros foram reconhecidos pela decisão “a quo”, contudo persiste o recurso para ampliação dessas exclusões em face as ocorrências expostas nas planilhas 01, 02, 03 e 04 anexas (documento 02), uma vez que a apuração desses erros pela autoridade julgadora não apresentou planilha de cálculos, ou mesmo expressou quais objetos e valores foram realmente excluídos, cabendo ainda o exclusão a esses títulos o montante de R\$ 360.154,09.

Em face dessas discrepâncias apontadas pela Recorrente, analiso, por necessário, item a item da resposta da diligência, confrontando com os argumentos da manifestação da Recorrente como relatado.

Quanto ao item nº 01, a autoridade diligenciante confirma a verificação por amostragem – fls. 2196. A mesma autoridade cita o cliente ~~A. Ferreira Indústria Comércio e Exportação~~ relatando, a fls. 2.196, que alguns lançamentos foram confirmados e outros não, propondo a redução do valor de R\$ 48.622,55. A Recorrente, por seu lado, assevera que, com isso, ficou demonstrada a incompleta e incorreta circularização aos seus maiores clientes e que a diferença de valores apenas confirmou uma margem de erro de 70%, conforme demonstra a fls. 2.204, apontado que, se em apenas um cliente houve tal margem de erro e se a base do

lançamento foi a omissão de receitas decorrente de circularizações, pode-se inferir que apenas 30% da circularização poderá ser considerada correta.

Nesse aspecto particular concordo com a Recorrente, vez que a autoridade fiscal diligenciante confirmou seu erro na apuração e propôs redução do valor lançado, evidenciando descuido no levantamento necessário para comprovar, cabalmente, a omissão de receitas com base em notas “calçadas” e/ou “espelhadas”.

Em relação ao item nº 02, a discussão se cinge a validar a existência de “notas calçadas”, porém o que restou evidenciado foi a comprovação de “espelhos” e, ademais, confirmação da autoridade diligenciante que existem erros de numerações sequenciais, ou seja, novamente denota-se a imprecisão do trabalho fiscal, não obstante apurar a omissão de receitas, objeto deste lançamento de ofício.

Em relação ao item nº 03, sendo certo a confirmação da utilização de notas “espelhadas”, a Recorrente indica um erro no levantamento fiscal que deve ser considerado para a apreciação do conjunto probatório, qual seja, as notas fiscais citadas na diligência de nº 137121 e 137122, os destinatários são, na verdade, duas pessoas físicas e não a empresa “Casa de Peças Materiais de Construção”, o que denota, mais uma vez, a inconsistência do quanto apontado pela autoridade fiscal.

Em relação ao item nº 04, a autoridade diligenciante confessa a redação estranha do item 3.4 e ainda deixa dúvida sobre a duplicidade, nada respondendo, documentalmente, sobre tal quesito.

Em relação ao item nº 05, não obstante o sujeito passivo não apresentar documentação anexa a planilha nº 10, a diligência se prestava exatamente para conferir a veracidade e origem dos dados nela constantes, o que não foi realizado pela autoridade diligenciante.

Em relação ao item nº 06, ficou demonstrada, novamente, a prática de “espelhos” em notas fiscais, mas, assiste razão a Recorrente, não se descobre nos autos as notas fiscais “espelhadas”, demonstrando incerteza e inconsistências de dados sobre o levantamento fiscal, haja vista que a acusação de omissão de receitas foi baseada, na sua quase totalidade, nos citados “espelhos”, não cabendo, a meu ver, tal consistência, posto que, na circularização o que de fato omitiu-se como receitas é o quanto apurado nas vendas a clientes circularizados, o que não restou demonstrado, efetivamente, como resultado da diligência.

Em relação ao item nº 07, evidencia-se algo importante para o deslinde da matéria e, notadamente, a correção ou não, do procedimento fiscalizatório. Isto é, revelou a diligência que a omissão de receitas foi cometida com base em “espelhos”, sendo que o valor a ser tributado deveria considerar, os registros nos livros fiscais, diga-se, a menor do que devido, e as notas fiscais levantadas em circularização, o que, de fato, não restou comprovado, tanto assim, que a autoridade fiscal diligenciante reconheceu erro de base de cálculo em seu trabalho, propondo respectiva e proporcional redução.

Em relação ao item nº 08, como se pode verificar, apesar de certos erros terem sido corrigidos pela decisão de primeira instância, a autoridade diligenciante deveria ter apreciado os erros apontados nesse grau recursal, motivo pelo qual foi baixado em diligência, e, em não o fazendo, revela procedimento que não condiz com o objetivo deste processo que é a certeza do montante tributável, à luz do “caput” do artigo 149 do CTN.

Em face a todo o apurado, evidencia-se, depois das diligências atribuídas à autoridade fiscal que o seu levantamento traz, notadamente no procedimento de circularização e nos critérios para apurar a indiscutível omissão de receitas, foi precário, eis que sujeito a constantes correções e, principalmente, por deixar de considerar, como determinado em diligência, de conferir o item nº 08, em detrimento do direito de defesa do contribuinte, posto que trouxe, neste autos, elementos para combater o levantamento cometido pela fiscalização, entendendo que, caberia, sim, em face a todas as inconsistências acima descritas, vindas à tona pelas diligências e mais o quanto apontado pela Recorrente, que a fiscalização, apurando a omissão de receitas, arbitrasse o lucro, mesmo porque, como restou demonstrado, ora adota a acusação de notas "calçadas", ora se refere a "espelho", ficando somente estas últimas comprovadas nestes autos e, que, certamente, os registros contábeis estavam igualmente maculados ou contaminados com tal prática do sujeito passivo, sendo, a meu ver, imprestáveis para servir como prova hábil e idônea, salvo como mais um indício documental da inconfiabilidade da escrita fiscal, com o exclusivo objetivo de proceder o arbitramento com base na diferença omitida.

Ademais, como restou apontado pela Recorrente, corroborando o levantamento fiscal, constatou-se vultosa diferença entre o declarado e o omitido, revelando, destarte, a imprestabilidade da escrituração fiscal, que justificava, plenamente, a adoção do arbitramento como meio legalmente previsto em situações similares, na esteira do que decidido pelo antigo Primeiro Conselho de Contribuintes, como se pode ver (grifei):

Número do Recurso: 141860

Câmara: TERCEIRA CÂMARA

Número do Processo: 10909.000813/2004-61

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: IRPJ E OUTROS

Recorrente: POLIBRÁS - IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA.

Recorrida/Interessado: 3ª TURMA/DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

Data da Sessão: 12/09/2005 00:00:00

Relator: Maurício Prado de Almeida

Decisão: Acórdão 103-22093

Resultado: OUTROS - OUTROS

Texto da Decisão: Por maioria de votos, ACOLHER a preliminar de decadência do direito de constituir o crédito tributário, suscitada pela contribuinte, vencido o Conselheiro Cândido Rodrigues Neuber que não acolheu e o Conselheiro Flávio Franco Corrêa que não acolheu a preliminar em relação às contribuições CSLL e COFINS; e, no mérito, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, vencido o Conselheiro Maurício Prado de Almeida (Relator) que o provia parcialmente para reduzir a multa de lançamento "ex officio" agravada, de 150%, ao percentual normal de 75%, designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Aloysio José Percínio da Silva. A contribuinte foi defendida pelo Dr. Eros Santos Carrilho, inscrição OAB/PR nº 02.086.

Inteiro Teor do Acórdão - ac103-22.093-141860.pdf

Ementa: LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. A Fazenda Pública dispõe de 5 (cinco) anos, contados a partir do fato gerador, para promover o lançamento de tributos e contribuições sociais enquadrados na modalidade do art. 150 do CTN, a do lançamento por homologação.

LUCRO ARBITRADO. OMISSÃO DE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. A omissão de registro contábil de vultosa movimentação bancária revela escrituração imprestável para respaldar a apuração do IRPJ e da CSLL com base no lucro real. Tal condição enseja a tributação pelo regime do lucro arbitrado.

MULTA QUALIFICADA. A aplicação da multa qualificada pressupõe a comprovação inequívoca do evidente intuito de fraude. Publicado no D.O.U. nº 251 de 30/12/05.

Número do Recurso: 143110

Câmara: TERCEIRA CÂMARA

Número do Processo: 19740.000007/2004-28.

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: IRPJ E OUTROS

Recorrente: TORUS FACTORING FOMENTO MERCANTIL LTDA.

Recorrida/Interessado: 5ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I

Data da Sessão: 20/09/2006 00:00:00

Relator: Aloysio José Percínio da Silva

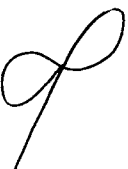
Decisão: Acórdão 103-22616

Resultado: DPM - DAR PROVIMENTO POR MAIORIA

Texto da Decisão: Por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, vencido o Conselheiro Leonardo de Andrade Couto que negou provimento em relação às exigências do IRPJ e CSLL. A contribuinte foi defendida pelo Dr. Solon Canal Michalski, inscrição nº 7.125. A Fazenda Nacional foi defendida por seu Procurador, Dr. Sérgio de Moura.

Inteiro Teor do Acórdão

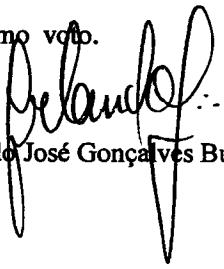
Ementa: LUCRO ARBITRADO - OMISSÃO DE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA - A omissão de registro contábil de vultosa movimentação bancária revela escrituração imprestável para respaldar a apuração do IRPJ e da CSLL com base no lucro real. Tal condição enseja a tributação ex officio pelo regime do lucro arbitrado.



MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA NÃO CONTABILIZADA - BASE DE CÁLCULO DE COFINS E PIS - FACTORING -
Caracterizam receitas omitidas os valores creditados em conta de depósito (ou de investimento) mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Na determinação ex officio da receita omitida da atividade de factoring, nos termos do art. 42 da Lei 9.430/96, considera-se receita bruta tributável a diferença verificada entre o valor de aquisição e o valor de face dos títulos ou direitos creditórios adquiridos. Publicado no D.O.U. nº 225 de 24/11/2006."

Perante essas relevantes circunstâncias fáticas/probatórias, em que restou patente a incorreção do procedimento fiscalizatório, seja quanto ao regime adotado para exigir o crédito tributário, seja quanto a incerteza relativa ao montante tributável, em desacordo com o art. 42 do CTN, sou por dar provimento ao recurso voluntário, cancelando-se, integralmente, as exigências lançadas, com todos seus efeitos, inclusive a penalidade qualificada.

Eis como voto.


Orlando José Gonçalves Bueno – Relator.





MINISTÉRIO DA FAZENDA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

Processo : 13433.000493/2005-52

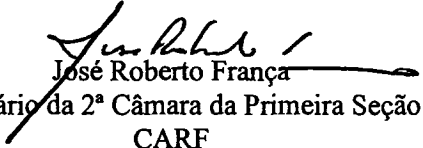
Recurso : 155.640

Acórdão : 1202-00.116

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do artigo 81 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Portaria MF nº 259/2009), intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Segunda Câmara da Primeira Seção do CARF, a tomar ciência do inteiro ter do **Acórdão nº 1202-00.116**.

Brasília - DF, em 4 de novembro de 2009


José Roberto França
Secretário da 2ª Câmara da Primeira Seção
CARF

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência:-----/-----/-----

Procurador(a) da Fazenda Nacional