



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

Processo nº 13603.720275/2008-81
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3201-000.755 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 29 de setembro de 2016
Assunto Diligência
Recorrente BM COMERCIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência nos termos do relator.

(assinado digitalmente)

WINDERLEY MORAIS PEREIRA– PRESIDENTE SUBSTITUTO.

(assinado digitalmente)

PEDRO RINALDI DE OLIVEIRA LIMA - RELATOR.

EDITADO EM: 12/10/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: WINDERLEY MORAIS PEREIRA (Presidente), JOSE LUIZ FEISTAUER DE OLIVEIRA, PAULO ROBERTO DUARTE MOREIRA, MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, CASSIO SCHAPPO, ANA CLARISSA MASUKO DOS SANTOS ARAUJO, PEDRO RINALDI DE OLIVEIRA LIMA, TATIANA JOSEFOVICZ BELISARIO.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 1469 em face de decisão da DRJ/MG de fls.1243 que manteve os lançamentos de PIS e COFINS sob os regimes de incidência cumulativa e não cumulativa.

Por ser costume deste Conselho a transcrição do relatório constante das decisões de primeira instância, segue para apreciação:

“Contra o Contribuinte, pessoa jurídica, já qualificada nos autos, foi lavrado O Auto de Infração de fls. 11/13, que exige a Contribuição para Financiamento da seguridade Social - COFINS, no valores de R\$ 5.605.391,90 e R\$ 1.618.099,26, respectivamente, para a incidência cumulativa (períodos anteriores a janeiro de 2004, inclusive), e para a incidência não cumulativa (períodos a partir de fevereiro de 2004), acrescida de multa de ofício, concomitantemente, qualificada e agravada, no percentual total de 225%, e juros de mora pertinentes calculados até 29/08/2008.

Também em decorrência dessa ação fiscal, foi lavrado o Auto de Infração de fls. 21/24, que exige a Contribuição para o PIS/Pasep, no valor de R\$ 2.300.901,55, cumulado com multa de ofício, concomitantemente, qualificada e agravada, no percentual total de 225%, e juros de mora pertinentes calculados até 28/08/2008.

Lançamento da COFINS e do PIS/Pasep. Descrição dos Fatos.

Na descrição dos fatos, a Fiscalização fez as anotações abaixo transcritas:

(...)

“NO TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL às fls.150 a 347.estão detalhados os eventos ocorridos durante o procedimento de auditoria fiscal, bem como a apuração das bases de cálculo e a responsabilização pessoal e ou solidária, pelo crédito tributário lançado, na forma dos arts. 124-I e 135-II/III da Lei n. 5.172/66, das pessoas físicas e jurídicas: Márcio Vilefort Martins - CPF 434.695.236-49, Márcia Vilefort Martins Chemicharo - CPF 494.972.946-20, Antônio Vilefort Martins - CPF 146.424.416-20, Marília Vilefort Martins - CPF 445.512.586-87 e MVM Empreendimentos e Participações Ltda - CNPJ 03.887.036/0001-27.

Às fls. 350 a 956 estão as provas documentais, parte integrante deste Auto de Infração.

Do Termo de Verificação Fiscal- TVF (fls. 150/347).

Eis os principais pontos abordados pela Fiscalização.

PARTE I - DA DESCRIÇÃO DOS FATOS À RESPONSABILIDADE PELO CREDITO TRIBUTÁRIO.

1. DESCRIÇÃO DOS FATOS

Iniciada a ação fiscal, em 11/08/2005, a empresa foi intimada a apresentar elementos da escrituração contábil e fiscal, referentes aos anos-calendário de 2000 a 2004.

Em 17/08/2005, no TI nº 001, foram requisitados os arquivos magnéticos da escrituração contábil da empresa (plano de contas, lançamentos e saldos mensais), relativamente aos anos de 2000 a 2004. Intimação não atendida.

O contribuinte apresentou alguns dos elementos solicitados, em 31/08/2005, pedindo prorrogação de prazo para entrega dos demais, o que foi feito em 13/09/2005.

Foi lavrado o TI de nº 002, com ciência em 21/09/2005, intimando a apresentar arquivos magnéticos da escrita fiscal (mestre e itens de mercadorias de entradas e saídas).

Em 11/10/2005 foi concedida a prorrogação de prazo solicitada, de vinte dias para atendimento ao TI nº 002.

Foi protocolizado um expediente pelo contribuinte, em 01/11/2005, informando da impossibilidade de apresentação dos arquivos magnéticos de notas fiscais de entradas e saídas no formato solicitado e previsto na legislação, uma vez que o programa utilizado pela empresa não permitia a geração desses, na forma utilizada pela Receita.

Através do TI nº 003 foi pedida a relação dos bens constantes do ativo permanente da empresa, dentre outras informações, respondido em 20/12/2005.

O TI nº 004, cientificado em 29/12/2005, reiterou o de nº 002, quanto aos arquivos magnéticos da escrita fiscal, permitindo que o contribuinte apresentasse os dados no formato em que os possuía armazenados, sem a obrigatoriedade de adequá-los ao lay-out previsto na IN 86/2001.

Em resposta datada de 17/01/2006, foram solicitados seis meses de prazo “na expectativa de composição e organização dos dados”, acrescentando que a empresa contratada e proprietária do software se comprometeu a informar, oportunamente, as razões técnicas que tem dificultado o atendimento aos termos de intimação.

Foi lavrado o TI nº 005 solicitando a apresentação das bases de cálculo do COFINS e PIS para o ano de 2005, atendido em 07/03/2006.

Transcorrido o prazo de 180 dias desde a expedição do TI nº 002, o contribuinte foi cientificado do TI nº 006, em 29/03/2006, reiterando-o e o de nº 004, quanto à solicitação dos arquivos magnéticos da escrita fiscal. Novamente o contribuinte foi orientado das penalidades previstas na legislação para o caso de não apresentação dos arquivos magnéticos.

Em 15/04/2006 o contribuinte apresentou resposta, ratificando a impossibilidade de apresentação dos arquivos magnéticos, acrescentando, literalmente, que: “Diante da informação expressa da empresa contratada para sessão e manutenção do software, da impossibilidade técnica de atender às exigências do TI nº 004. Ratificamos nossa posição anterior.”(sic).

Em resumo, a empresa não apresentou nenhum dos arquivos magnéticos solicitados, seja os da escrita contábil (TI nº 001) ou da escrita fiscal (TI nºs 002, 004 e 006).

A obrigatoriedade de manutenção e apresentação destes arquivos magnéticos está regida pelo Art. 265 do RIR/1999.

Por descumprimento desta norma legal, a empresa incidiu na hipótese de agravamento de penalidades previsto no § 29 inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96, com nova redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007. Estas serão exigidas nos períodos abrangidos pela intimação do fisco não atendida, conforme detalhado à frente, no item 3. DAS PENALIDADES APLICADAS.

No TI nº 007, foram solicitadas informações sobre as deduções de produtos isentos, de alíquotas zero e específicas, utilizados no cálculo da COFINS e PIS devidos. Resposta protocolada em 12/06/06.

O TI nº 008 solicitou a apresentação da DACON 2003 e dos contratos de mútuos existentes.

Através do TI nº 009, recebido em 13/10/2006, foi reiterada a intimação para apresentação da referida DACON e solicitada a apresentação dos livros de Registro de Inventário e cópias de contratos sociais. Resposta protocolada em 18/10/2006.

O TI nº 010 requisitou informações sobre o ativo permanente da empresa, ciência em 27/11/2006 e resposta em 04/12/2006.

O TI nº 011, de 06/02/2007, solicitou cópias de contratos de mútuo firmados com instituições financeiras privadas e públicas. Respondido em 13/03/2007.

A empresa foi cientificada do TI nº 012 em 29/03/2007, tendo respondido em 09/04/2007.

No TI nº 013, de 24/05/2007, foram solicitadas cópias de todas as procurações outorgadas pela empresa e sócios, no período de dezembro de 2002 a maio de 2007. Atendido em 31/05/2007.

No TI nº 14, de 08/06/2007, foi solicitado o detalhamento das contas e lançamentos contábeis que compuseram os valores declarados nas fichas 04 e 06 da DACON AC 2004. Respondido em 28/06/2007.

No TI nº 15, de 26/09/2007, foram requisitados mais dados sobre valores declarados na DACON AC 2004 e DIPJ AC 2003, dentre outros.

Em 03/10/2007 procedeu-se à devolução de livros e documentos ao contribuinte, mediante lavratura de termo.

Ato contínuo, efetuou-se a apreensão dos originais de algumas notas fiscais de compras de mercadorias, apresentadas pela empresa, com indícios de serem documentos inidôneos, conforme relação constante de termo específico.

Em 01/10/2007, foi lavrado o Termo de Intimação nº 16 (documento de fls. 535/536 e respectivo anexo, documento de fls. 537/555), exigindo do contribuinte o seguinte, dentre outros, comprovar o efetivo fornecimento de mercadorias pelas empresas emitentes das Notas Fiscais relacionadas no demonstrativo anexo, numerado de 01 a 17,

tanto sob o aspecto financeiro (pagamento) quanto à efetividade do ingresso da mercadoria.

Apesar de regularmente intimado a promover a comprovação do acima exigido, o contribuinte não logrou fazê-lo, limitando-se a apresentar os evasivos esclarecimentos consignados no documento de fls. 557/558.

Analizando a contabilidade da Fiscalizada, foi constatado que as compras efetuadas dos fornecedores relacionados no item I do Termo de Intimação nº 17, fls. 560/563, em sua maior parte não eram pagas nos prazos normalmente praticados no mercado nem nos prazos de pagamento de outros fornecedores da empresa, permanecendo por anos no passivo da BM.

Neste Termo de Intimação, foi solicitado que a empresa informasse se é parte, de alguma ação judicial movida por algum dos fornecedores relacionados, seja de cobrança, execução ou qualquer outro tipo.

Em resposta, fls. 572, informou que não.

Também foram solicitadas e apresentadas, às fls. 572/584, as cópias dos Termos de Dação e Pagamento firmados com as empresas:

- a) REALMIX COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA - 05.647.261/0001-11;*
- b) REBELA COMERCIAL EXPORTADORA LTDA - 69.234.853/0001-85;*
- c) MSP COMÉRCIO DE MERCADORIAS EM GERAL LTDA - 05.158.490/0001-72;*
- d) CASA NASCIMENTO LTDA, - 18.943.977/0001-08.*

Prosseguindo as pesquisas nos livros Razão do contribuinte, foi observado que a maior parte das notas fiscais apreendidas estavam contabilizadas como pagas através de cheques de pequeno valor, creditados em contas bancos, com exceção dos quatro fornecedores acima enumerados, cujas compras estão escrituradas como pagas através de Termos de Dação e Pagamento.

Na Parte II deste Termo de Verificação Fiscal, estão detalhados, por fornecedor, a forma de contabilização das notas fiscais de compras e do seu correspondente pagamento.

2. DOS LANÇAMENTOS E DAS INFRAÇÕES APURADAS (...)

2.3. CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL PIS ANO-CALENDARIO DE 2003 e 2004 - REGIME NÃO CUMULATIVO.

O contribuinte declarou a menor a contribuição para o PIS, em DCTF, referente aos períodos-base dos anos-calendário de 2003 e 2004, em virtude das ocorrências descritas nos itens a seguir:

2.3.1 Valores Consignados em Notas Fiscais Inidôneas e Indevidamente Considerados como Integrantes da Base de Cálculo dos Créditos a Descontar.

Conforme visto no item 2.1 e amplamente relatado e detalhado na Parte II deste Termo, a empresa BM COMERCIAL LTDA reduziu o montante do PIS a recolher, devido pela sistemática da não cumulatividade, relativamente a fatos geradores ocorridos nos anos de 2003 e 2004, através da apropriação indevida de créditos da contribuição, MEDIANTE O RECEBIMENTO, UTILIZAÇÃO E REGISTRO EM SEUS LIVROS FISCAIS E CONTÁBEIS, DE NOTAS FISCAIS QUE NÃO CORRESPONDEM À SAÍDA EFETIVA DAS MERCADORIAS NELAS DESCRITAS, DOS ESTABELECIMENTOS EMITENTES.

O “DEMONSTRATIVO DOS VALORES DAS AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS CONSIGNADOS EM NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS E QUE GERARAM INDEVIDAMENTE CRÉDITO DE PIS E DE COFINS - INCIDÊNCIA NÃO CUMULATIVA” (fls. 127/147_) trás o detalhamento de todos os valores que foram excluídos da base de cálculo dos créditos a descontar para fins de apuração do PIS.

Destaque-se que:

- 1) Cópia reprográfica das notas fiscais em questão compõem o Anexo II;
- 2) Cópia reprográfica das folhas dos Livros Razão onde encontram-se contabilizadas essas notas fiscais constituem o Anexo III;
- 3) Cópia reprográfica de cheques contabilizados como pagamento de notas fiscais inidôneas, conforme relatado no item 2.2 - IMPOSTO DE RENDA NA FONTE: PAGAMENTO SEM CAUSA E A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO, constituem o Anexo IV;
- 4) Foram excluídos da base de cálculo dos créditos a descontar os valores das mercadorias cujas saídas estão sujeita à tributação do PIS, conforme a seguir esclarecido.

A partir de 01/05/2004, nos termos do art. 28, caput, e inciso III da Lei nº 10.865/2004, foram reduzidas a 0 (zero) as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda, no mercado interno, de produtos hortícolas e frutas, classificados nos Capítulos 7 e 8, e ovos, classificados na posição 04.07, todos da TIPI. Eis que várias das mercadorias consignadas nas notas fiscais inidôneas, a partir de 01/05/04, enquadram-se nas citadas classificações da TIPI, não gerando, portanto, crédito de PIS quando adquiridas. Não estamos, assim, excluindo esses valores - ou seja, sujeitos à alíquota zero - da base de cálculo dos créditos a descontar para efeito de recomposição da contribuição efetivamente devida. Frise-se, então, que somente os créditos relativos aos produtos tributáveis foram glosados.

A Fiscalização reproduziu, no TVF, na íntegra, os capítulos 07 e 08 da TIPI.

2.3.2 Valores Indevidamente Considerados como Integrantes da Base de Cálculo dos Créditos a Descontar a Título de Outros Valores/Operações com Direito a Crédito.

Relativamente ao mês de janeiro de 2003, trata-se de despesa indevidamente considerada como integrante da base de cálculo dos créditos a descontar, consoante linha 13 da Ficha 20 da DIPJ. Essa despesa foi contabilizada como FRETE PJ, conta contábil 31.03.01.10.

Nos termos do art. 3º, inciso IX, 15, inciso II, e 93, inciso I, todos da Lei 10.833/2003, e alterações posteriores, os valores de frete nas operações de vendas só passaram a gerar crédito dedutível do PIS apurado a partir de 1º de fevereiro de 2004 e desde que o ônus seja suportado pelo vendedor.

O DEMONSTRATIVO DE VALOR INDEVIDAMENTE CONSIDERADO COMO BASE DE CÁLCULO DE CRÉDITOS A DESCONTAR A TÍTULO DE OUTROS VALORES COM DIREITO A CRÉDITO (fl. 43) indica esse valor.

Referentemente ao ano de 2004 trata-se de:

“a) janeiro de 2004: despesa indevidamente considerada como integrante da base de cálculo dos créditos a descontar, informado na linha 13 da Ficha 04 do Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais (DACon) a título de Outros Valores com Direito a Crédito. O valor do PIS foi diretamente provisionado na conta FRETE PJ, conta contábil 31.03. 01.10, e efetivamente aproveitada como integrante da base cálculo dos créditos a descontar consoante Demonstrativos anexos apresentados pelo contribuinte em atendimento a Termo de Intimação expedido. Nos termos do art. 3º, inciso IX: 15, inciso II, e 93, inciso I, todos da Lei 10. 833/2003, e alterações posteriores, os valores de frete nas operações de vendas só passaram a gerar crédito dedutível do PIS apurado a partir de 1º de fevereiro de 2004 e desde que o ônus seja suportado pelo vendedor e pago a pessoa jurídica.

b) janeiro a dezembro de 2004.' despesa indevidamente considerada como integrante da base de cálculo dos créditos a descontar, informados na linha 13 da Ficha 04 dos Demonstrativos de Apuração das Contribuições Sociais (DACon) a título de Outros Valores com Direito a Crédito. Essa despesa foi contabilizada como COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES, conta contábil 31.03. 02.04.01, e efetivamente aproveitada como integrante da base cálculo dos créditos a descontar consoante Demonstrativos anexos apresentados pelo contribuinte em atendimento a Termo de Intimação No. 014, datado de 28/06/2007. Nos termos da IN SRF 247/2002, com as alterações da IN SRF 358/2003 e IN SRF 464/2004 os bens e serviços, utilizados como insumo na fabricação de produtos destinados à venda ou à prestação de serviços, inclusive combustíveis e lubrificantes, geram crédito dedutível do PIS apurado. Entretanto, no caso em questão, os valores declarados como despesa de combustíveis e lubrificantes não se enquadram no conceito de insumos.

O “DEMONSTRATIVO DOS VALORES INDEVIDAMENTE CONSIDERADOS COMO INTEGRANTE DA BASE DE CÁLCULO DOS CRÉDITOS A DESCONTAR A TÍTULO DE OUTROS

CRÉDITOS - TRANSPORTE” e o “DEMONSTRATIVO DOS VALORES INDEVIDAMENTE CONSIDERADOS COMO INTEGRANTE DA BASE DE CÁLCULO DOS CRÉDITOS A DESCONTAR A TÍTULO OUTROS CRÉDITOS - COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES” (fls. 70 e 71) indicam esses valores.

2.3.3 Valores Indevidamente Considerados como Integrantes da Base de Cálculo dos Créditos a Descontar a Título de Bens Utilizados como Insumos.

Trata-se de despesa indevidamente considerada como integrante da base de cálculo dos créditos a descontar, relativamente aos meses de fevereiro a dezembro de 2003, consoante linha 02 da Ficha 20 da DIPJ. Essa despesa foi contabilizada como COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES, conta contábil 31.03.02.04.01.

Nos termos da IN SRF 247/2002, com as alterações da IN SRF 358/2003 e IN SRF 464/2004 os bens e serviços, utilizados como insumo na fabricação de produtos destinados à venda ou à prestação de serviços, inclusive combustíveis e lubrificantes, geram crédito dedutível do PIS apurado. Entretanto, no caso em questão, os valores declarados como despesa de combustíveis e lubrificantes não se enquadram no conceito de insumos, conforme acima já revelado.

O DEMONSTRATIVO DOS VALORES INDEVIDAMENTE CONSIDERADOS ,COMO INTEGRANTE DA BASE DE CALCULO DOS CREDITOS A DESCONTAR A TITULO DE BENS UTILIZADOS COMO INSUMOS” (fls. 44) indica esses valores.

2.3.4 Valores Indevidamente Considerados como Integrantes da Base de Cálculo dos Créditos a Descontar a Título de Serviços Utilizados como Insumos.

Trata-se de despesa indevidamente considerada' como integrante' da base de cálculo dos créditos a descontar, consoante linha 03 da Ficha 20 da DIPJ, fatos geradores de fevereiro a dezembro de 2003.

Essa despesa foi contabilizada como FRETE PJ, conta contábil 31.03.01.10.

Nos termos do art. 3º, inciso IX, 15, inciso II, e 93, inciso I, todos da Lei 10.833/2003, e alterações posteriores, os valores de frete nas operações de vendas só passaram a gerar crédito dedutível do PIS apurado a partir de 1º de fevereiro de 2004 e desde que o ônus seja suportado pelo vendedor e os valores sejam devidos a pessoas jurídicas domiciliadas no país.

O DEMONSTRATIVO DOS VALORES INDEVIDAMENTE CONSIDERADOS COMO INTEGRANTE DA BASE DE CÁLCULO DOS CRÉDITOS A DESCONTAR A TÍTULO DE SERVIÇOS UTILIZADOS COMO INSUMOS” (fl. 45) indica esses valores.

2.3.5 Diferença entre o valor de Receita de Vendas de Mercadorias Declarado na DIPJ e o contabilizado nos Livros Diário e Razão.

O contribuinte informou, no mês de abril de 2003, na linha 03 da ficha 21 da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa

Jurídica, valor de receita de mercadoria inferior ao efetivamente auferido no mês, conforme contabilizado e constante do balancete mensal elaborado, conforme cópia em anexo. O “DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DE RECEITAS NÃO DECLARADAS” (fl. 46) indica o valor da diferença apurada.

Destaque-se que, além dos demonstrativos já citados, foram elaborados os seguintes:

“a) Demonstrativo Mensal das Receitas da Atividade (fls. 31 a 32 e 48 a 49), onde estão detalhadas as receitas de vendas, devoluções e outras receitas, contabilizadas nos balancetes da empresa, em 2003 e 2004.

b) Demonstrativo Consolidado das Reduções das Bases de Cálculo dos Créditos a Descontar (fl. 72). Esse demonstrativo concentra, relativamente aos fatos geradores de janeiro a dezembro de 2004, as reduções totais das bases de cálculo dos créditos a descontar efetuadas.

c) Demonstrativos dos Créditos da Contribuição para o PIS - Incidência Não Cumulativa e Demonstrativos do Cálculo da Contribuição para o PIS - Incidência Não Cumulativa, fatos geradores de janeiro de 2003 a dezembro de 2004 (fls. 35 a 41 e 62 a 69). Esses demonstrativos trazem, de maneira analítica, os valores do PIS declarados pelo contribuinte os efetivamente apurados, considerando-se detalhadamente todos os valores que integraram a composição dos resultados.

d) Demonstrativo Sintético de Apuração da Contribuição para o PIS - Incidência Não Cumulativa (fls. 47 e 73). Esse demonstrativo aponta, de forma sintética, os valores de PIS declarados e os apurados, considerando-se apenas os débitos, os créditos e os saldos mensais dessa contribuição.

2.4. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS) - ANOS-CALENDARIO DE 2003 E 2004.

2.4.1 Períodos-Base de janeiro de 2003 a janeiro de 2004 - Regime Cumulativo.

O contribuinte declarou nas Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, relativas ao período de janeiro de 2003 a janeiro de 2004, fls. 600 a 602, valores de COFINS inferiores aos efetivamente devidos com base na contabilidade e documentos apresentados.

O art. 7º. da Instrução Normativa SRF 126, de 30/10/1998, preconiza que são considerados como confissão de dívida e passíveis de auditoria interna, apenas os valores declarados em Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, possuindo os valores constantes da DIPJ e da DACON, apenas caráter informativo.

No presente caso, o contribuinte utilizou-se do artifício de declarar à Receita Federal, através da DCTF, de forma sistemática e reiterada, valores de COFINS muito inferiores aos efetivamente devidos e com

plena consciência do fato, uma vez que as bases para apuração das contribuições corretas constam de sua própria contabilidade, caracterizando-se assim o É do agente.

A reiteração desta prática encontra-se comprovada nas autuações já realizadas, referentes aos ano-calendário.

“2000 e 2001.” Auto de Infração COFINS - 10680.100282/2005-17 e PIS - 10680100281/2005-64;

2002: Auto de Infração COFINS e PIS - 10680. 013587/2006-62;

Nestas, ficou constatado que o contribuinte adotou a mesma sistemática de apuração, registro e declaração dessas contribuições, sempre em valores inferiores aos efetivamente devidos.

Nos “DEMONSTRATIVOS MENSAIS DAS RECEITAS DA ATIVIDADE” e de “APURAÇÃO DA COFINS FATURAMENTO”, às fls. 31 a 33, estão detalhados os valores corretos da contribuição, apurados de acordo com as receitas de vendas, outras receitas e exclusões, constantes da escrituração contábil e documentos apresentados pela empresa.

As cópias dos Livros Razão utilizados são parte integrante do Anexo III.

2.4.2 Períodos-Base de fevereiro a dezembro de 2004 - Regime Não Cumulativo.

O contribuinte declarou a menor, em DCTF, a COFINS a pagar, em períodos base do ano-calendário de 2004, em virtude das ocorrências descritas nos itens a seguir.

2.4.2.1 Valores Consignados em Notas Fiscais Inidôneas e Indevidamente Considerados como Integrantes da Base de Cálculo dos Créditos a Descontar.

Conforme visto no item 2.1 e amplamente relatado e detalhado na Parte II deste Termo, a empresa BM COMERCIAL LTDA reduziu o montante da COFINS a recolher, devido pela sistemática da não cumulatividade, relativamente a fatos geradores ocorridos de fevereiro a dezembro de 2004, através da apropriação indevida de créditos da contribuição, MEDIANTE O RECEBIMENTO, UTILIZAÇÃO E REGISTRO EM SEUS LIVROS FISCAIS E CONTÁBEIS, DE NOTAS FISCAIS QUE NÃO CORRESPONDEM À SAÍDA EFETIVA DAS MERCADORIAS NELAS DESCRITAS, DOS ESTABELECIMENTOS EMITENTES.

O “DEMONSTRATIVO DOS VALORES DAS AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS CONSIGNADOS EM NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS E QUE GERARAM INDEVIDAMENTE CRÉDITO DE PIS E DE COFINS - INCIDÊNCIA NÃO CUMULATIVA” (fls. 127/147) trás o detalhamento de todos os valores que foram excluídos da base de cálculo dos créditos a descontar para fins de apuração da COFINS.

Destaque-se que:

- 1) *Cópia reprográfica das notas fiscais em questão compõem o Anexo II;*
- 2) *Cópia reprográfica das folhas dos Livros Razão onde encontram-se contabilizadas essas notas fiscais constituem o Anexo III;*
- 3) *Cópia reprográfica de cheques contabilizados como pagamento de notas fiscais inidôneas, conforme relatado no item 2.2 - IMPOSTO DE RENDA NA FONTE: PAGAMENTO SEM CAUSA E A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO, constituem o Anexo IV;*
- 4) *Foram excluídos da base de cálculo dos créditos a descontar os valores das mercadorias cujas saídas estão sujeita à tributação da COFINS, conforme a seguir esclarecido.*

A partir de 01/05/2004, nos termos do art. 28, caput, e inciso III da Lei nº 10.865/2004, foram reduzidas a 0 (zero) as alíquotas da contribuição para a COFINS incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda, no mercado interno, de produtos hortícolas e frutas, classificados nos Capítulos 7 e 8, e ovos, classificados na posição 04.07, todos da TIPI. Eis que várias das mercadorias consignadas nas notas fiscais inidôneas, a partir de 01/05/04, enquadram-se nas citadas classificações da TIPI, não gerando, portanto, crédito de PIS quando adquiridas. Não estamos, assim, excluindo esses valores - ou seja, sujeitos a alíquota zero - da base de cálculo dos créditos a descontar para efeito de recomposição da contribuição efetivamente devida. Frise-se, então, que somente os créditos relativos aos produtos tributáveis foram glosados.

Os capítulos 07 e 08 da TIPI foram acima integralmente reproduzidos, no TVF.

2.4.2.2 Valores Indevidamente Considerados como Integrantes da Base de Cálculo dos Créditos a Descontar, a Título de Outros Valores/Operações com Direito a Créditos.

Trata-se de despesa indevidamente considerada como integrante da base de cálculo dos créditos a descontar, informados na linha 13 da Ficha 06 dos Demonstrativos de Apuração das Contribuições Sociais (DACON) a título de Outros Valores com Direito a Crédito. Essa despesa foi contabilizada como COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES, conta contábil 31.03.02.04.01, e efetivamente aproveitada como integrante da base cálculo dos créditos' a descontar consoante Demonstrativos anexos apresentados pelo contribuinte em atendimento ao Termo de Intimação nº 014, datado de 28/06/2007.

Nos termos da IN SRF 247/2002, com as alterações da IN SRF 358/2003 e IN SRF 464/2004 os bens e serviços, utilizados como insumo na fabricação de produtos destinados à venda ou à prestação de serviços, inclusive combustíveis e lubrificantes, geram crédito dedutível da COFINS apurada. Entretanto, no caso em questão, os valores declarados como despesa de combustíveis e lubrificantes não se enquadram no conceito de insumos.

O DEMONSTRATIVO DOS VALORES INDEVIDAMENTE CONSIDERADOS COMO INTEGRANTES DA BASE DE CÁLCULO

Dos CRÉDITOS A DESCONTAR A TÍTULO DE OUTROS CRÉDITOS - COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES (fl. 59) detalha esses valores.

I O DEMONSTRATIVO CONSOLIDADO DAS REDUÇÕES DAS BASES DE CÁLCULO DOS CRÉDITOS A DESCONTAR (fl. 60) detalha a consolidação dos valores excluídos da base de cálculo dos créditos a descontar na apuração da COFINS.

Destaque-se que, além dos demonstrativos já citados, foram ainda elaborados os seguinte:

“a) Demonstrativo Mensal das Receitas da Atividade (fls. 48 a 49), onde estão detalhadas as receitas de vendas, devoluções e outras receitas, contabilizadas nos balancetes da empresa, em 2004.

b) Demonstrativos dos Créditos da Cofins - Incidência Não Cumulativa e Demonstrativos do Cálculo da Cofins - Incidência Não Cumulativa, fatos geradores de fevereiro a dezembro de 2004 (fls. 51 a 58). Esses demonstrativos trazem, de maneira analítica, os valores do PIS declarados pelo contribuinte os efetivamente apurados, considerando-se detalhadamente todos os valores que integraram a composição dos resultados.

c) Demonstrativo Sintético de Apuração da COFINS - Incidência Não Cumulativa (fls. 61). Esse demonstrativo aponta, de forma sintética, os valores da COFINS declarados e os apurados, considerando-se apenas os débitos, os créditos e os saldos mensais dessa contribuição.

3. DAS PENALIDADES APLICADAS.

De todo o exposto, ficou caracterizada a conduta claramente dolosa adotada pelo sujeito passivo, que visava impedir ou retardar a ocorrência e O conhecimento, por parte da autoridade fiscal, dos fatos geradores das obrigações tributárias principais, inclusive natureza e circunstâncias materiais, enquadrando-se O contribuinte nas hipóteses previstas nos artigos 71, inciso I, e 72 da Lei 4.502/1964 - Sonegação e Fraude.

Assim disciplina O art. 44 da Lei n.º 9.430/1996, com redação dada pelo art. 14 da Lei n.º 11.488/2007.

No caso em tela, à luz do art. 44 da Lei n.º 9.430/1996, com redação dada pelo art. 14 da Lei n.º 11.488/2007, estando demonstrado o dolo dos agentes' e a ocorrência de sonegação e fraude, aplica-se a todos lançamentos efetuados, a multa qualificada de 150 %.

Para o caso específico dos Autos de Infração de IRPJ/CSLL e PIS/COFINS, a penalidade sofrerá o agravamento previsto na legislação acima descrita, que a eleva para 225 %, em punição pela não apresentação dos arquivos magnéticos Plano de Contas, Saldos Mensais, Lançamentos Contábeis, Mestre e Itens de Mercadorias, solicitados nos Termos de Intimação de números 001, 002, 004 e 006, conforme explanado no item acima, “DESCRIÇÃO DOS FATOS.

4. DA RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO LANÇADO.

No período de ocorrência dos fatos narrados, a BM Comercial Ltda teve seu quadro societário composto pelos quotistas Márcia Vilefort Martins Chemicharo (CPF 494.972.946-20) e Márcio Vilefort Martins (CPF 434.695.236-49 - de 01/03/2003 a 22/03/2003) e procuradores constituídos Antônio Vilefort Martins (CPF 146.424.416-20) e Marília Vilefort Martins (CPF 445.512.586-87), que concorreram solidariamente para ocorrência das infrações destacadas, vez que exerceram conjuntamente poderes de administração da empresa nos períodos sob análise, agindo em conluio, nos termos do previsto no artigo 73 da Lei 4.502/ 1964.

A atuação dos Srs. Márcio e Márcia Vilefort Martins Chemicharo ocorreu tanto diretamente, como administradores e sócios da BM Comercial Ltda, como através da pessoa jurídica quotista MVM Empreendimentos e Participações Ltda (CNPJ 03.887.036/0001-27).

Esta última, passou a ser sócia da autuada a partir de 23/06/2000 e teve a participação de ambos os Vilefort em seu quadro societário, estando sempre, ao menos um dos dois, exercendo os poderes de administração da empresa.

A seguir, o Fisco faz um resumo das alterações ocorridas no quadro societário da BM Comercial Ltda, e da sua acionista MVM Empreendimentos e Participações Ltda.

As cópias dos contratos sociais da BM Comercial Ltda estão às fls. 642/722, MVM Empreendimentos e Participações Ltda às fls. 723/759 e VAL Empreendimentos e Participações Ltda às fls. 760/781.

Tendo em vista que o contrato social da BM Comercial Ltda admitia que a sociedade fosse administrada também por outras pessoas, na forma de mandato, foram identificadas as procurações, cujas cópias constam das fls. 776/781.

Em decorrência de todo o exposto, conclui-se que Márcia Vilefort Martins Chemicharo, sócia da pessoa jurídica com poderes de administração, de acordo com os fatos apurados, é solidária e pessoalmente responsável pelos créditos tributários resultantes dos atos praticados com infração à legislação tributária federal, nos termos dos arts. 124, I e 135, III do CTN, apurados em todo o período compreendido neste Auto de Infração.

Idêntica responsabilidade, solidária e pessoal, é atribuída a Márcio Vilefort Martins, sócio com poderes de administração, no período de 01/01/2003 a 22/03/2003, nos termos dos arts. 124, I' e 135 III, do CTN, passando a solidária, conforme art. 124 inc. I do CTN, de 28/02/2005 até a presente data, devido ao seu retorno ao quadro societário da MVM.

A responsabilidade solidária e pessoal é também imputada aos Srs. Antônio e Marília Vilefort Martins, por terem agido como procuradores com poderes de administração, gerenciando e representando a empresa, demonstrando interesse comum no negócio e tendo concorrido para a prática das infrações apontadas, conforme revelado, nos termos dos arts. 124, I e 135, do CTN.

Ainda, a pessoa jurídica MVM Empreendimentos e Participações Ltda, como sócia majoritária da BM, por ter interesse comum nas situações que constituíram os fatos geradores das obrigações tributárias autuadas, torna-se solidariamente obrigada, nos termos do art. 124 I, do CTN.

A ciência deste Auto de Infração será dada ao representante legal da pessoa jurídica autuada, bem como aos Srs. Márcio, Márcia, Antônio e Marília Vilefort Martins e à MVM Empreendimentos e Participações Ltda, para que tenham conhecimento do crédito tributário apurado e responsabilidade a eles atribuída.

PARTE II - COMPROVAÇÃO DA INIDONEIDADE DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL.

Inicialmente, o Fisco ressaltou que o contribuinte BM COMERCIAL LTDA foi devida e regularmente intimado a comprovar o pagamento e o efetivo ingresso das mercadorias contabilizadas como adquiridas para revenda das empresas que a seguir detalhadas, tudo consoante Termo de Intimação nº16.

Em atendimento a esse Termo de Intimação o contribuinte prestou as seguintes informações, literalmente:

Item I :

"a) As compras efetuadas pela empresa intimada, são geralmente consumadas através de corretores de mercadorias que são geralmente itinerantes.

b) Os transportadores estão identificados individualmente no rodapé de cada documento fiscal.

c) Vide resposta ao item b.

d) As respectivas informações estão consignadas nos respectivos livros diário e razão (...).

e) empresa não dispõe deste arquivo e não consta nenhuma norma legal que nos obrigue a mantê-lo salientando que os estratos bancários, bem como os lançamentos que os sustentam estão contemplados no livro diário e razão. " (Destaques nossos)

Frise-se, ainda, que as cópias reprográficas das notas fiscais citadas nessa parte, integram o Anexo II e ali se encontram dispostas, na mesma seqüência em que as empresas são relacionadas e descritas, a seguir.

Ou Seja, a Fiscalização, minuciosamente, uma a uma, esclarece os motivos e as provas que redundaram nas glosas dos custos deduzidos pelo contribuinte, na apuração do IRPJ e da CSLL, relativamente a documentos fiscais inidôneos emitidos pelas seguintes empresas:

	EMPRESA	CNPJ
1	ARCO TRANSPORTE E COMÉRCIO LTDA - ME	05.586.467/0001-89
2	CARLOS ROBERTO REIS	05.661.469/0001-95
3	CASA NASCIMENTO LTDA	18.943.977/0001-08
4	COMERCIAL DE ALIMENTOS ALINE	04.466.350/0001-07
5	COMERCIAL WME LTDA	04.922.601/0001-02
6	COMÉRCIO DE CEREAIS IZABELA LTDA	71.085.989/0001-21
7	GILDAN COMERCIAL LTDA	02.679.905/0001-65
8	GUIA TRANSPORTE E COMÉRCIO LTDA	06.324.943/0001-56
9	INTEAGRO COMÉRCIO INDÚSTRIA E REP. LTDA	03.102.717/00001-32
10	MSP COMÉRCIO DE MERCADORIAS EM GERAL LTDA	05.158.490/00001-72
11	MZ3 COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA	05.015.473/0001-86
12	NUTRICOM ALIMENTOS LTDA	04.201.813/0001-09
13	NUTRILÍNEA PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA	04.628.638/0001-22

14	PATMUS COMERCIAL LTDA	05.979.369/0001-01
15	REALMIX COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA	05.647.261/0001-11
16	REBELA COMERCIAL EXPORTADORA LTDA	69.324.853/0001-85
17	SANDRO ROBERTO FIGUEIREDO VENTURA	06.050.476/0001-13
18	SERRA DO OURO COMERCIAL LTDA	02.884.306/0001-83
19	STONE RIVER, COM, IMP E EXPORTAÇÃO LTDA	02.303.430/0001-08
20	TRANSPORTE E COMÉRCIO KL LTDA	06.020.922/0001-47
21	VARMIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA	03.589.953/0001-25

22	VICENTE & VICENTE LTDA – ME	25.801.523/0001-68
23	WR COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA	05.905.156/0001-35

Da Impugnação.

Tendo sido dele cientificado, tanto o sujeito passivo quanto as pessoas físicas ou jurídicas arroladas como responsáveis pelo crédito tributário lançado, esses contestaram o lançamento, conforme discriminado no quadro abaixo:

Devedente/Termo Sujeição	Intimação/Data	Defesa/Data
Márcio Vilefort Martins/fls – 959	"AR, fls-968", em 11/10/2008	"Fls-975/1057", em 10/11/2008
Márcia Vilefort Martins/fls – 960	"Docs. fls-1083", em 13/10/2008	"Fls-975/1057", em 10/11/2008
Antônio Vilefort Martins/fls – 961	"AR, fls-969", em 11/10/2008	"Fls-975/1057", em 10/11/2008
Marília Vilefort Martins/fls – 962	"AR, fls-970", em 23/10/2008	"Fls-975/1057", em 10/11/2008
MVM Emp/P Participações Ltda/fls. 963	"AR, fls-971", em 13/10/2008	"Fls-975/1057", em 10/11/2008
BM Comercial Ltda	"AR, fls-1083", em 10/10/2008	"Fls-975/1057", em 10/11/2008

Adiante compendiam-se suas razões.

I e II - DA TEMPESTIVIDADE E DOS FATOS.

Inicialmente, o Impugnante esclarece acerca da tempestividade da defesa e faz um breve relato dos fatos que redundaram nas autuações de que trata o presente processo.

III- DAS PRELIMINARES.

Da Decadência.

Substancialmente, citando o art. 150, § 4º, do CTN, defende que ocorreu a decadência para os fatos geradores acontecidos de janeiro 2003 a setembro de 2003, tendo em vista que a formalização do lançamento se deu em outubro de 2008.

Sustenta, ainda, que não se aplica o prazo previsto no art. 173, I, do CTN.

III.2 - Da Ilegitimidade Passiva dos “COOBRIGADOS”.

Sustenta a ilegitimidade passiva de todas as pessoas físicas e jurídicas apontadas como “coobrigadas”, sendo evidente a necessidade de sua exclusão do pólo passivo da lide.

Diz que o Fisco, na dúvida de quem deva assumir a pretensa carga tributária, chamou todos para responder, pessoas físicas ou jurídicas, aos quais imputou responsabilidade solidária, ainda que inexistia qualquer vínculo societário.

III.2.1 - Márcio e Márcia Vilefort Martins e MVM Empreendimentos e Participações Ltda.

Aos Srs. Márcio e Márcia Vilefort Martins e à empresa MVM Empreendimentos e Participações Ltda, foi imputada a responsabilidade prevista no art. 124, I e 135, III, ambos do CTN.

No entanto, no caso em tela, é evidente a inaplicabilidade do art. 124, I, do CTN, pois ao contrário do que pretende o Fisco, esse dispositivo legal não visa instituir uma nova espécie de responsabilidade indireta, ou seja, não pretende determinar que toda e qualquer pessoa que tenha qualquer tipo de interesse na situação que constitua o fato gerador seja responsável solidária pelo crédito lançado.

Salienta que a melhor doutrina tem entendido que o art. 124, do CTN, deve ser aplicado nos casos em que ocorrer uma pluralidade de pessoas no pólo passivo da obrigação tributária (contribuintes ou responsáveis), justamente para disciplinar a relação entre eles, se será solidária, subsidiária, etc.

Diz, nesse sentido, o art. 124, do CTN, visa ordenar a relação entre aqueles que devem responder pelo crédito tributário, sejam contribuintes ou responsáveis, não se constituindo como uma nova “forma” de responsabilidade tributária.

Por fim, mesmo que não se entenda o art. 124, I, do CTN, como sendo mecanismo de graduar a responsabilidade daqueles que já estavam inclusos no pólo passivo da obrigação tributária em caso~de pluralidade de obrigados, não pode ser aplicado à hipótese dos autos porque a expressão “interesse comum” somente pode ser entendida como sendo aqueles que praticaram em conjunto os negócios jurídicos ensejadores do fato gerador.

No caso, o “interesse comum” aplica-se àqueles que efetivamente autuaram como responsáveis da BM Comercial, participando das operações que geraram o suposto recolhimento, a menor, dos tributos em comento, não bastando simplesmente a qualidade de sócio. O “interesse comum” mencionado no CTN não significa interesse econômico no resultado da situação que constitui o fato gerador.

No que se refere ao art. 135, III, do CTN, a responsabilidade capitulada nesse dispositivo legal diz respeito à extensão da responsabilidade ao administrador da pessoa jurídica “devedora”. Tal

responsabilidade existe, desde que comprovada a prática de atos com excesso de poderes, infração da lei, contrato social ou estatutos.

Alega, no caso presente, todavia, a Fiscalização se eximiu de comprovar suas alegações.

Diz, ocorre que o critério para atribuir a responsabilidade prevista no art. 135, do CTN, não se resume ao simples fato de gestão da sociedade. E preciso estar presente a culpa subjetiva.

Nesse prisma, a questão é saber se o mero não pagamento de tributos acarreta infração à lei para os fins colimados no art. 135, do CTN.

A seguir, citando doutrina e jurisprudência, defende que o inadimplemento da obrigação tributária por si só não enseja a aplicação da responsabilidade pessoal.

Concluindo, diz, salta aos olhos que, na messe tributária, o átimo limiar que atribui responsabilidade ao administrador é o seu grau de atuação à frente dos interesses da pessoa jurídica, de forma que sua responsabilidade pessoal surge com a não observância das diretrizes legais, desde que amplamente alegadas, individualizadas e, principalmente, comprovadas. O arrepio desta conjectura inutiliza qualquer pretensão, devendo ser afastada a responsabilidade que se pretende imputar aos Impugnantes MVM Empreendimentos Ltda, Márcio e Márcia Vilefort Martins, seja com base no art. 124, I, ou no art. 135, III, do CTN.

III. 2.2 - Antônio Vilefort Martins e Marília Vilefort Martins.

Os Impugnantes, embora não tenham integrado o quadro societário da autuada BM Comercial Ltda, foram também incluídos no pólo passivo da autuação em razão de procurações que lhes foram outorgadas pela sociedade.

Ressalta, inicialmente, que meros instrumentos de procuração não geram responsabilidade tributária, sob pena de qualquer cidadão sujeitar-se a ações desta natureza, o que desafia a segurança jurídica.

Diz, os Impugnantes, que nunca pertenceram ao quadro societário da empresa, jamais exerceram atos de gesto de cunho fiscal, o que lhes retira totalmente do campo de abrangência do auto de infração em tela. Os instrumentos de mandato, não há como se furtar, constituem fraca presunção alegada pelo Fisco acerca da responsabilidade tributária.

Assevera que cabia à Fiscalização provar que os Impugnantes realizaram operações associadas às razões que culminaram na exigência fiscal. Todavia, se eximiu de fazê-lo, restando evidenciada a subjetividade do lançamento, o que não se coaduna com as peculiaridades deste instituto.

Salienta que os Impugnantes, legitimados pelas procurações que lhes foram outorgadas, praticaram apenas atos de cunho comercial e de gestão empresarial, tal qual a assinatura de cheques, aberturas de contas e endosso de duplicatas. Note-se que a Fiscalização não aponta

qualquer evidência de que os Impugnantes concorreram para a alegada omissão no recolhimento dos tributos lançados.

Por tais razões os Impugnantes devem ser excluídos do pólo passivo da relação processual.

III.3 - Da Infringência ao Princípio da Ampla Defesa Argumenta que a ampla defesa, por ser um direito e garantia constitucional e segundo os melhores ditames da hermenêutica constitucional, não pode ser interpretada de forma restritiva, sendo que qualquer irregularidade no processo administrativo fiscal que leve o contribuinte a ter dificuldade em compreender o fato que lhe foi imputado e, por conseguinte, elaborar uma ampla defesa sólida, deve culminar na nulidade de todo o procedimento.

Sustenta que, no caso em tela, o Auto de Infração não preenche os requisitos legais indispensáveis à sua validade, não possibilitando aos Impugnantes o exercício pleno de seu direito de defesa, eis que a falta de informações essenciais dificulta a elaboração de uma malha de argumentação sólida.

Em relação ao PIS e à COFINS, alega que não foi intimada do procedimento que culminou na desconsideração das notas fiscais que fundamentaram o presente lançamento, fato que não se pode aceitar.

Sustenta, sendo a declaração de inidoneidade dos documentos fiscais a causa do lançamento, resta concluir que a ausência da ciência da autuada nos processos/procedimentos que resultaram nessa declaração macula todo o trabalho.

Evidencia a dificuldade que o contribuinte tem de se defender no prazo destinado à apresentação da Impugnação, considerando que o Termo de Verificação Fiscal - TVF tem um grande volume de páginas (198 fls.), sendo que, acrescidos do Auto de Infração propriamente dito, constituem um montante considerável de documentos para serem analisados no prazo exíguo da Impugnação. Soma-se a isso o fato de que todos os documentos apontados no TVF, cuja referência da página encontra-se em parênteses, encontram-se sem preenchimento dessa referência.

Alega, ainda, que a Administração Pública deve preencher os requisitos do art. 142, do CTN, independentemente da postura do administrado.

DO MÉRITO.

IV.1 - Do Pis e Da Cofins Não-Cumulativos.

O presente tópico trata apenas do PIS e da Cofins sujeitos à sistemática não cumulativa de recolhimento e apuração.

IV.1.1 - Da Glosa Indevida de Créditos Consignados em Notas Fiscais Consideradas Inidôneas.

IV.1.1 - Da Impossibilidade de Prevalerem os Procedimentos da Fiscalização - Da Ausência de Competência (Lega e Técnica) para

que a Autuada Realize a Fiscalização de seus Fornecedores e Respectivos Documentos Fiscais, Contábeis e Societários.

A Fiscalização alega que as contribuições teriam sido recolhidas, a menor, em razão de ter ocorrido aproveitamento de créditos indevidos, eis que destacados em notas fiscais de entrada consideradas inidôneas e que, no entender, do Fisco, não corresponderem à saída efetiva de mercadorias dos estabelecimentos emitentes.

Sustenta-se, assim, a autuação na descabida alegação de que diversas notas fiscais escrituradas pela Autuada seriam inidôneas, assim caracterizadas por Atos Declaratórios emitidos pela Secretaria de Estado da Fazenda/MG posteriormente à realização das compras e vendas firmadas e devidamente cumpridas entre a empresa Impugnante e seus fornecedores.

A Fiscalização também apurou informações sobre os fornecedores, bem como realizou diligências em seus estabelecimentos e em cartórios, diligências essas que poderiam, à primeira vista, corroborar o lançamento. Entretanto, após uma análise mais apurada, denota-se claramente que os esforços da Fiscalização somente serviram para “incrementar” o quadro, data venia, fantasioso imaginado pelo Fisco.

Ora, isso porque todas as informações e diligências foram apuradas e realizadas recentemente, ou seja, aproximadamente 05 cinco anos após a ocorrência das operações comerciais celebradas entre a Autuada e seus fornecedores.

Sustenta, a investigação sobre se uma empresa funcionava ou não de fato em uma determinada época realizada anos depois gera, no máximo, conjecturas (nem mesmos presunções), que certamente não podem ser utilizadas para fins de lançamento, em razão dos princípios da legalidade.

Ressalta, por outro lado, não foram realizados quaisquer procedimentos no estabelecimento da Autuada que pudessem conferir a certeza necessária ao crédito tributário. E o que é pior, a Fiscalização jamais possibilitou a efetiva participação da empresa autuada durante as suas investigações, impossibilitando o pleno exercício de seu direito de defesa.

Dessa forma, os laudos contábeis e documentos anexados à presente Impugnação refutam completamente as informações colhidas pela Fiscalização.

Salienta, a declaração de inidoneidade baseada em atos declaratórios e procedimentos realizados após tantos anos da ocorrência das operações é assunto controvertido, haja vista o fato que os Atos Declaratórios de falsidade ou inidoneidade de documentos fiscais, embora posteriores às operações mercantis, no equivocado entender do Fisco, teriam efeito retroativo.

Diz, declarar unilateralmente que este ou aquele documento fiscal é falso ou inidôneo é comportamento temerário do Fisco, desestabilizador das relações entre este e o contribuinte e derogador dos direitos e garantias constitucionais, sobretudo porque tal

declaração (com efeitos retroativos) não é precedida de notificação aos interessados, nem tampouco decorre de processo regular, provedor dos meios legais de defesa.

Alega, a verdade é que a Impugnante não tem como atestar se o fornecedor está em dia com suas obrigações fiscais ou se aquele documento realmente não legitimaria a tomada de crédito. Primeiro porque a Impugnante não tem o dever legal de atuar como agente fiscalizador, ou melhor, sequer possui legitimidade para tanto; e segundo, em razão de não deter capacidade técnica para analisar requisitos' estruturais das notas fiscais a fim de apontar se são "paralelas" ou não.

Esclarece que, mesmo sabendo que o encargo de fiscalizar o funcionamento de seus fornecedores não lhe pertence, promoveu, à época das operações mercantis realizadas com cada fornecedor, consulta ao SINTEGRA/ICMS, no "site" www.sintegra.sefmg.gov.br, a fim de verificar a situação cadastral dos mesmos.

Realizando essa diligência, ficou comprovada, vez por todas, a insubsistência do feito fiscal, eis que há empresas fonecedoras, cujas notas fiscais foram glosadas, encontram-se, até a presente data, com situação cadastral HABILITADA no SINTEGRA (telas em anexo), sendo verdadeiro absurdo considerar que operações com contribuintes de tanta tradição possam não ter ocorrido na realidade.

E não é só isso, analisando-se a situação cadastral de seus fornecedores e fazendo um confronto com a data de emissão das notas fiscais constantes do Auto de Infração, verificou-se que o cadastro da todas as empresas, somente foi considerado "não habilitado" em data posterior a da operação realizada com a Impugnante, conforme se confere em quadro constante da defesa (planilha informativa e relas do SINTEGRA em anexo).

Enfatiza, a obrigação determinada pela legislação tributária é a de que o comprador ao receber a nota fiscal, formalmente em ordem, exija da outra parte que apresente o documento comprobatório de sua inscrição na competente repartição fazendária, o que foi cumprido a contento pela Autuada.

Conferido todos os dados constantes na nota fiscal quando chegou acobertando o transporte das mercadorias, essa foi encaminhada, com visto de controle para a contabilidade, onde foi feito o lançamento nos livros de escrita fiscal e processado o pagamento na forma e condições ajustadas.

Ressalta, se os fornecedores, quando da realização das operações questionadas, apresentam carimbos, autenticações, contratos sociais e demais documentos falsos ou inidôneos para a Autuada, não há que se falar em qualquer penalidade a essa empresa, mas sim aos citados fornecedores.

Frisa que as mercadorias realmente adentraram em seu estabelecimento.

Alega que não pode ser responsabilizada por atos de seus fornecedores, pois somente muito tempo depois das operações é que tomou ciência das irregularidades dos respectivos documentos fiscais.

Desse modo, nenhuma responsabilidade lhe pode ser imputada, pois em momento algum tinha condições de saber a respeito da idoneidade da empresa que emitiu a nota fiscal questionada..

Cita trechos de um Acórdão da 1ª Câmara do Conselho de Contribuintes.

Assevera, na verdade, é impossível saber se uma empresa é idônea porquanto o processo que a declara como inidônea é feito à revelia de todos os contribuintes, culminando com o absurdo efeito retroativo da declaração. " Resta evidente que no caso de notas "paralelas" ou sem autorização do Fisco, a verdade é que o adquirente de boa-fé, no momento da compra, não tem como aferir a validade formal de tais documentos.

Diante disso, seja em razão da ausência de competência (legal e técnica) da Autuada para testar sobre a idoneidade dos documentos emitidos pelos fornecedores, seja pela efetiva ocorrência das operações mercantis glosadas, resta incabível a glosa dos custos pretendida no presente Auto de Infração.

IV.1.1.2 - Da Ausência de Diligências Tendientes a Comprovar que Inocorreu Efetiva Entrada e Pagamento de Mercadorias no Estabelecimento da Autuada e Do Onus da Prova.

Reafirmando que o Fisco não diligenciou no sentido de tentar comprovar se houve, ou não, a efetiva entrada das mercadorias no seu estabelecimento, a Impugnante cita que a jurisprudência do Conselho de Contribuintes é pacífica no sentido que somente com a comprovação inequívoca de que as operações efetivamente não ocorreram pode se decretar a inidoneidade de documentos fiscais.

Ressalta que, no caso em tela, não se observa a existência de nenhuma prova direta, apenas indícios interpretados pelo Fisco de fonna a tentar caracterizar a inidoneidade da documentação fiscal. Todavia, diz que trouxe aos autos provas que contradizem os argumentos do Fisco (planilhas, comprovantes de pagamentos, comprovantes de importação, notas fiscais de transferência com carimbos das barreiras fiscais, etc.)

Salienta que os indícios foram contraditados na impugnação, inclusive com a juntada de planilhas, notas fiscais com carimbos opostos pela fiscalização estadual, comprovantes de importações, dentre outros.

Salienta, apenas para ilustrar, que no caso da Nota Fiscal nº 00649, emitida pela empresa Realmix Comércio e Distribuição, que vendeu para essa empresa 1.450 caixas de maçãs "gala", através da Nota Fiscal nº 021608, no valor de R\$ 17.400,00. Entretanto, a Realmix entendeu por bem ficar com apenas 893 caixas, devolvendo 557, através da nota fiscal acima mencionada, no valor de R\$ 6.684,00. Toda a operação foi realizada via bancos, com pagamentos de boletos em nome das próprias empresas, conforme documentos anexos.

Desse modo, o exemplo acima serve para refutar o trabalho da Fiscalização, tendo em vista que esse documento fiscal é idêntico aos demais emitidos por esse fornecedor, não havendo como a Autuada verificar se havia ou não algum problema nas demais notas emitidas por essa empresa. .

Diante disso, como nos autos não pode ser atestada inequivocamente a inidoneidade dos documentos fiscais, sendo os supostos indícios coletados pelo Fisco insuficientes para conferir ao crédito tributário a certeza e a liquidez necessárias, tendo em vista a ausência de comprovação de que não houve a efetiva entrada e pagamento de mercadorias no estabelecimento da Autuada, deve a presente Impugnação ser provida para cancelar o Auto de Infração.

IV.1.1.3 - Da Indevida Retroação da Inidoneidade dos Documentos Fiscais.

Aduz, mesmo ocorrendo a constatação da inidoneidade, somente agora a Fiscalização pretende que tais efeitos retroajam à data das compras realizadas pela Autuada, fato que não se pode admitir no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Salienta que os referidos atos foram publicados após a realização das operações comerciais discutidas no presente processo.

Sustenta, desse modo, seja tomando como marco a verificação da inidoneidade do Fiscal Federal ou a data de publicação dos Atos Declaratórios pelo Fisco Estadual, somente prevaleceria a autuação fiscal se os efeitos da suposta inidoneidade retroagissem até a data da ocorrência das operações comerciais realizadas entre a Autuada e seus fornecedores, fato que não pode prevalecer.

Nesse sentido, a Impugnante apresenta quadro demonstrativo indicando que os Atos Declaratórios foram publicados, no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, em data posterior a da emissão dos documentos fiscais glosados.

Ocorre, todavia, que o efeito retroativo que pretende o Fisco atribuir aos Atos Declaratórios não encontra respaldo no campo jurídico.

Citando os arts. 100, I, 103, I, 105 e 106, todos do CTN, alega a impossibilidade da retroatividade dos efeitos dos referidos Atos Declaratórios.

Diz que a pretensão do Fisco de proceder a glosa das despesas realizadas pela Autuada, sob alegação de falsidade ou inidoneidade dos documentos fiscais que acobertaram dada operação mercantil, constitui verdadeira arbitrariedade.

A Impugnante, nesse sentido, cita jurisprudência do STJ.

Alega também que o Conselho de Contribuinte manifestou seu entendimento no sentido que os atos declaratórios de inaptidão não têm o condão de descaracterizar documentos fiscais emitidos antes de sua edição.

IV.1.1.4 - Da Tributação das Mercadorias em Questão em sua Saída do Estabelecimento da Autuada - Consequência Inafastável de sua Entrada - Improcedência do Auto de Infração.

Diz, o Fisco desconsiderou os créditos de PIS e Cofins decorrentes da aquisição de mercadorias devidamente escrituradas nos livros da Impugnante, reconstituindo a sua receita tributável. Contudo o Fisco não poderia simplesmente eliminar os referidos créditos.

Salienta que o lançamento teve como fundamento a inidoneidade das notas fiscais e, por conseguinte, a suposta incorrência da entrada das mercadorias mencionadas nesses documentos no estabelecimento da Impugnante.

Diz, na prática, o Fisco determinou que não houve a entrada da mercadoria.

Então, cabe indagar: como pode exigir o PIS e a Cofins, referentemente à receita apurada com a saída dessas mercadorias nas operações futuras realizadas pela Autuada?

Na, data vênua, ABSURDA hipótese de se considerar inexistente a entrada de produtos, adotada somente a título de argumentação, deveria ter sido realizada diligência tendente a verificar a efetiva saída de mercadorias para que fosse devidamente recomposta a receita tributável da Autuada.

Assim, ou se entende que as mercadorias realmente foram adquiridas (o que traduz a verdade), ou se entende que as notas são inidôneas/falsas, não representando entrada de mercadorias, o que significa a impossibilidade de saída de produtos para revenda.

Diz, em síntese, a receita tributável deveria ter sido recomposta.

IV.1.1.5 - Da Comprovação da Ocorrência das Operações Mercantis - Da Fragilidade do Feito Fiscal.

Ao contrário do alegado no TVF, a verdade é que os pagamentos realizados pela Autuada, longe de constituírem em parcelas destinadas a beneficiários desconhecidos, trataram-se de efetivas quitações das transações comerciais ocorridas entre a BM e seus fornecedores, sendo que anexo à presente Impugnação encontra-se um levantamento detalhado, nota por nota, que comprova a efetiva ocorrência de todas as operações glosadas.

Cita Jurisprudência do STJ, que já se manifestou no sentido de que comprovada a ocorrência da operação comercial, não se pode responsabilizar o adquirente de boa-fé, sobre qualquer irregularidade de seu fornecedor.

Diz, no presente caso, a Autuada anexa provas no sentido de demonstrar inequivocamente as ocorrências fáticas das operações comerciais.

Seguindo essa ótica, mister adentrar mais profundamente no caso das notas fiscais emitidas pela empresa "MSP COMERCIO DE MERCADORIAS EM GERAL LTDA".

Salienta, o ANEXO 10 (e “sub-anexos”) da presente Impugnação demonstra inequivocamente que ocorreram de fato as operações comerciais, como circulação física de mercadorias.

O ANEXO 10.1 comprova o início da cadeia de circulação das mercadorias com os documentos relativos à sua importação; As mercadorias que a BM adquiriu da MSP foram devidamente importadas.

No ANEXO 10.2, por amostragem, constam as notas fiscais de venda dos produtos da MSP para a filial da BM em São Paulo e as notas de transferência dessas mercadorias para o estabelecimento Autuado em Minas Gerais. Essas mercadorias transferidas foram devidamente analisadas pelo Fisco Mineiro.

No ANEXO 10.3, juntam-se comprovantes bancários do pagamento das mercadorias. A autuada pagou pelas mercadorias através de transferência bancária de dinheiro., sendo debitado o respectivo valor de sua conta e creditado diretamente na conta bancária da MSP.

Destaca que todas as provas colacionadas nesse caso servem para demonstrar que todo o quadro dantesco pintado pela Fiscalização não possui nenhuma conotação técnico jurídica, não podendo prevalecer após um olhar mais aprofundado.

A ausência de certeza quanto ao fato tributável ocorrida com a análise das provas anexadas culmina, portanto, na inevitável aplicação do art. 112, II, do CTN.

IV.1.2 - Da Validade do Aproveitamento de Créditos Decorrentes" d'o Pagamento de Frete a Pessoas Jurídicas.

A Fiscalização o também glosou os créditos relativos ao pagamento de frete a pessoas jurídicas.

Segundo o Fisco, o frete somente poderia ser apropriado pelo contribuinte se for destinado à venda, caso consista ônus do vendedor e apenas após 1º de fevereiro de 2004.

Alega, conforme comprovam os documentos anexos, não restam dúvidas de que os fretes em comento foram destinados aos clientes da Autuada, ou seja, realizados para a venda de mercadorias. A BM também é quem arca com as despesas (vendas com cláusula CIF).

Quanto ao início do prazo do aproveitamento, não podem prevalecer as alegações do Fisco, eis que a legislação prevê seu creditamento em razão de que, além do valor despendido pelo contribuinte efetivamente caracterizar-se como sua despesa, é fundamental para o desempenho de sua atividade.

Diz, o legislador ordinário, ao aumentar a alíquota das duas contribuições, permitiu ao contribuinte o aproveitamento de diversos créditos para redução da base imponível.

Dentre esses créditos estão os insumos vinculados à atividade da empresa.

Sob essa ótica, todos os valores despendidos pela Autuada relacionados com as suas atividades comerciais deve estar alcançado pela norma que concede o direito ao crédito.

Pensar o contrário é aplicar interpretação extremamente restritiva e gravosa à Autuada em sw- ofensa não só aos Princípios da Legalidade e Capacidade Contributiva, mas também ao art. 108, do CTN.

Dessa forma, seja através da analogia ou da aplicação dos Princípios da Legalidade e da Capacidade Contributiva, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que deve-se interpretar o conceito de insumo a todas as despesas fundamentais utilizadas pelo contribuinte em suas atividades, garantido-lhe a integral tomada de créditos.

IV.1.3 - Da Validade do Aproveitamento de Créditos Decorrentes da Aquisição de Combustíveis e Lubrificantes.

A Fiscalização também desconsiderou a apropriação de créditos decorrentes da aquisição de combustíveis e lubrificantes sob alegação de falta de previsão legal, eis que não se enquadrariam no conceito de insumos.

Inicialmente, ressalta que a Autuada possui frota própria (documentos em anexo) e que os combustíveis e lubrificantes cujos créditos ora se debate foram efetivamente utilizados nos caminhões da própria empresa e em cumprimento de suas atividades comerciais, na~ o havendo dúvidas em sua classificação como insumos.

Após uma análise apurada das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, sob o enfoque das regras de hermenêuticas do art. 108, do CTN, o conceito de insumos não deve ser utilizado de forma restrita a ponto de anular a própria não-cumulatividade das exações.

Diz, na verdade, todas as despesas necessárias devem ser consideradas como insumo, conseqüentemente gerando o direito a crédito.

Diversas Soluções de Consulta da Secretaria da Receita Federal do Brasil admitem créditos na esteira dos apropriados pela Autuada (transcreve-se ementas).

Assim, tendo em vista que a RFB já se manifestou expressamente sobre a possibilidade de aproveitamento de créditos decorrentes de despesas com combustíveis, lubrificantes, manutenção de veículos, dentre outros, similares àqueles glosados pela Fiscalização, deve ser considerado improcedente o lançamento quanto ao ponto ora analisado (cita o art. 100, do CTN).

Frisa que constitui evidente ofensa ao Princípio da Isonomia Tributária considerar, por exemplo, que para empresas de engenharia as despesas com manutenção de veículos e combustíveis sejam consideradas como insumos, enquanto para Autuada não. No mesmo sentido viola o Primado da Igualdade entender que empresas destinadas a realização de eventos podem desconta despesas com passagem e hospedagem, sendo a Impugnante autuada pela mesma prática.

IV.1.4 - Da Necessidade de Exclusão da Base dos Créditos Glosados as ' Operações com Azeitonas - Saídas Não-tributadas.

Alega que deve ser excluída da base dos créditos glosados todas as operações realizadas com azeitonas, tendo em vista que se tratam de casos não-tributados pelo PIS e pela No próprio TVF, afirma.-se que as saídas não-tributadas devem ser excluídas da base dos créditos glosados. Entretanto, o Fisco não procedeu as exclusões dos casos em que houve comercialização de azeitonas.

Salienta que as azeitonas (07.11.20 e códigos derivados) estão compreendidas no Capítulo 7 da TIPI.

A Autuada anexa aos autos comprovantes de importação dessas mercadorias.

Ademais, no ANEXO 10.1, há diversas outras importações de azeitonas na classificação fiscal 07.11.20 e seus derivados, comprovando que esse produto era não tributado à época, portanto, devendo ser excluído do contexto do Auto de Infração.

IV.2 - Da Cofins Sujeita À Sistemática Cumulativa.

Destaca que, em relação ao período de janeiro de 2003 a janeiro de 2004, exige-se a COFINS, em razão de diferenças entre os valores informados em DCTF e os escriturados.

Entretanto, ainda que prevalecesse essa alegação, haveria necessidade de provimento da presente impugnação em razão da adoção equivocada da base de cálculo, eis que no seu bojo estão incluídas parcelas não enquadradas no conceito de faturamento.

Ademais, esclarece que a controladora da Autuada (empresa VAM) sofreu operação de cisão, em 31/12/2004, vertendo direitos e obrigações da Autuada para a empresa VALMIG Ltda, controlada pela empresa cindida (VAL Empreendimentos "e Participações Ltda).

Dessa forma, ainda que fosse procedente o lançamento (fato que somente se admite para argumentar), é a empresa VALMIG a responsável pelo seu recolhimento, como comprovam os balanços constantes no Laudo do Protocolo de Justificativa de Cisão em anexo.

IV.2.1 - Da Necessidade de Exclusão da Base de Cálculo da Cofins de Valores que Não Correspondem às Receitas de Vendas de Mercadorias ou de Prestação de Serviços.

Nessa parte da defesa, a Impugnante, substancialmente, defende que a base de cálculo da COFINS é o faturamento, definido pela LC nº 70, de 1991, art. 2º, ou seja, “a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza Salienta que o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, alargou indevidamente o conceito de faturamento. Entretanto, em decisão datada de 09 de novembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o referido dispositivo legal, que procedeu ao alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Diz, dessa forma, não se pode exigir a COFINS (cumulativa) sobre a totalidade das receitas auferidas pela Autuada.

IV.2.2 - Da Necessidade da Exclusão do ICMS da Base de Cálculo do PIS e da Cofins Antes e depois da sistemática da não cumulatividade.

Alega que na definição de “faturamento”, base de cálculo do PIS e da COFINS exigidos pelo Fisco, não se refere ao valor integral da nota fiscal ou fatura, incluindo-se o ICMS destacado para simples registro contábil-fiscal.

Diz, na verdade, não se fatura o ICMS, não podendo essa parcela ser inserida na base de cálculo das citadas contribuições.

Por outro lado, na hipótese da sistemática não-cumulativa, a base de cálculo legalmente autorizada passou a ser tanto o faturamento quanto a receita das pessoas jurídicas, eis que as Leis nºs 10.833, de 2003, e 10.637, de 2002, foram editadas sob a égide da Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

Entretanto, ainda nesse contexto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins em razão de que o imposto estadual não pode ser considerado como faturamento da Autuada, nem mesmo como parcela de sua receita.

Citando doutrina e jurisprudência, defende que o ICMS não é faturamento nem receita da Impugnante.

Diz, desse modo, é patente a impossibilidade da inclusão do citado imposto estadual na base de cálculo do PIS e da Cofins.

IV.3 - Da Inaplicabilidade Das Multas da Forma como pretendido pelo Fisco.

IV.3.1 - Da Infringência aos Princípios da Vedação ao Confisco e da Capacidade Contributiva.

Nessa parte da defesa, defende, substancialmente, que, em relação às penalidades aplicadas, mesmo havendo previsão legal, a aplicação de multa não pode violar o princípio do Não-Confisco e é obrigada a observar a Capacidade Contributiva da Impugnante, devendo ser decotada do Auto de Infração, isso na impensável hipótese do tributo ser realmente considerado devido.

IV.3.2 - Da Infringência ao Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade.

Em resumo, combate a exigência de multa isolada, porque é excessivamente onerosa, desproporcional e, portanto, flagrantemente ofensiva aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, requer a supressão da multa ou sua redução para o patamar mínimo.

IV.3.3 - Da Multa Qualificada - Inexistência dos Requisitos Legais para Sua Aplicação.

Apenas para argumentar, a Impugnante combate a penalidade imposta, em especial, nesse tópico, no que se refere à qualificação da multa (150%). Alega que o enquadramento realizado pela Fiscalização (prática de sonegação e fraude, previstas nos arts. 71, I e 72, da Lei 4.502/1964) exige análise detida, eis que tal acusação somente merece prosperar em caso de provas inequívocas, que impossibilitem a existência de qualquer dúvida sobre a conduta dolosa dos imputados.

Assevera que, após uma análise mais aprofundada, com parcimônia e sob o olhar exclusivamente técnico-jurídico que a situação demanda, não há comprovação de quaisquer circunstâncias que autorizem o agravamento da penalidade pretendido pela Fiscalização.

Ora, são improspéraveis as alegações inferidas, especialmente quando em momento algum houve o intuito de sonegação. Durante toda defesa foi comprovado, à saciedade, a inexistência de dolo ou sonegação nas operações realizadas. A este respeito, foi visto que efetivamente ocorreram as operações comerciais glosadas e que os créditos de PIS e Cofins aproveitados são legítimos, não podendo o Fisco aplicar interpretação tão restritiva a ponto de ferir princípios constitucionais.

Destaca, se houvesse o dolo não ação do contribuinte - o alegado intuito de sonegação - não teria este escriturado as receitas em sua contabilidade. Também não teria a Autuada, ao ser solicitada, prontamente apresentado à Fiscalização diversos documentos.

Cita que os Conselhos de Contribuintes vêm consolidando a jurisprudência no sentido de que apenas a certeza do evidente intuito de agir contra a lei, permite e determina a majoração da multa de ofício.

Em razão disso, faz-se necessário sair da abstração proposta pela Fiscalização e enfrentar a realidade posta em exame, donde se concluirá pela inexistência de fraude que justifique a aplicação da multa exigida.

Assim, requer a supressão da multa ou sua redução para o patamar mínimo (vinte por cento), conforme estabelece o art. 61, da Lei nº 9.430, de 1996.

IV.34 - Da Impossibilidade de Aplicação da Multa Agravada - Do Atendimento a Todas as Intimações.

Salientando que a multa qualificada foi ainda agravada, conforme previsto no art. 44, § 2º, da Lei nº 9.430, 1996, tendo em vista que a Autuada teria deixado de apresentar arquivos magnéticos solicitados nos Termos de Intimação nºs 001, 002, 004 e 006, defende, todavia, que o agravamento da penalidade somente pode ser aplicado nos casos em que o contribuinte simplesmente ignora as intimações, dificultando o trabalho do Fisco, o que não foi o caso dos autos.

Em primeiro lugar, salienta que as informações contidas nos arquivos magnéticos solicitados nos Termos de Intimação mencionados JA ERAM DE CONHECIMENTO DO FISCO eis que toda a escrita contábil-fiscal já tinha sido V 3 disponibilizada através de meios “não-eletrônicos”. 4 Sobre essa questão, alega que o Conselho de

Contribuintes já se manifestou no sentido de que se a Fiscalização detinha as informações que necessitava para a conclusão do feito fiscal, não há que se falar em agravamento da multa, mesmo nos casos em que não há participação do contribuinte no fornecimento dessas informações, que dirá quando é o próprio contribuinte quem fornece tais dados, apenas deixando apenas de entregá-la.

Em segundo lugar, frisa que TODAS as intimações foram devidamente respondidas pela Autuada.

Diante disso, assevera que a multa deve ser aplicada em seu patamar mínimo.

IV.4 - Da Impossibilidade de Aplicação da Taxa SELIC.

Defende, substancialmente, que o cômputo dos juros moratórios com base na Taxa SELIC é evidentemente ilegal por consistir em remuneração do capital.

V - DO PEDIDO.

Por todo o exposto, pede seja recebida e julgada procedente a presente Impugnação.

Alternativamente, pede seja determinada a retirada da multa ou sua redução . ao menor patamar legalmente possível.

Pugna pela exclusão do crédito tributário dos valores cobrados a título de juros com base na Taxa SELIC, aplicando-se tão-somente os juros previstos no CTN, no importe de 1% (um por cento) ao mês, incidentes apenas sobre o principal, e não sobre as multas.

Por fim, protesta pela realização de quaisquer tipos de prova e pela juntada de novos documentos capazes de elidir o feito fiscal.

É o relatório.

Da Portaria DRJ/BHE nº 2, de 28 de janeiro de 2009.

Às fls. 1085, consta cópia da publicação no DOU, de 29 de janeiro de 2009, da Portaria DRJ/BHE nº 2, de 28 de janeiro de 2009, que distribuiu o presente processo administrativo fiscal para julgamento na Segunda Turma desta delegacia.

É o relatório."

A DRJ em sua decisão de primeira instância, manteve os lançamentos, nos termos da ementa reproduzida abaixo:

“ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2003, 2004 RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua O fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de

poderes ou infração de lei os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

DECADÊNCIA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE Comprovado O evidente intuito de fraude, O prazo de decadência será de 5 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício àquele em que O lançamento poderia ter sido efetuado.

MULTA DE OFÍCIO A multa de ofício será qualificada e agravada, ao mesmo tempo, no percentual total de 225%, conforme estabelece a lei, sempre que houver o intuito de fraude, devidamente caracterizado em procedimento fiscal, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis; e sempre que o sujeito passivo, no prazo marcado, deixe de atender intimação fiscal para apresentar os arquivos magnéticos relativos à sua escrita contábil ou fiscal.

JUROS DE MORA - TAXA É legítima a exigência de juros de mora tendo por base percentual equivalente à taxa Selic para títulos federais, acumulada mensalmente.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS Ano-calendário: 2003, 2004 SISTEMÁTICA DE APURAÇÃO CUMULATIVA.

O faturamento como base de cálculo dessa contribuição será determinado pela totalidade das receitas auferidas, admitidas as exclusões expressamente listadas na lei.

Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes O tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

Existe previsão legal apenas para a exclusão da base de' cálculo de valores relativos ao ICMS recolhidos na condição de substituto tributário.

A SISTEMÁTICA DE APURAÇÃO NÃO CUMULATIVA.

A abrangência da definição de “insumo” tanto no caso da produção ou fabricação de produtos para revenda como no de prestação de serviços, não pode ser interpretada como todo e qualquer bem ou serviço que produz despesa necessária à atividade da empresa, mas, tão-somente, como aqueles bens e serviços que, adquiridos de pessoa jurídica, sejam, direta e efetivamente, utilizados como insumo na prestação de serviços ou na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda.

Somente as azeitonas, conservadas transitoriamente, com água salgada, sulfurada ou adicionada de outras substâncias, mas impróprias para consumo imediato, nesse estado, classificadas na posição “07.11.20 (e derivados), da TIPI, estão sujeitas à alíquota 0 (zero).

A base de cálculo é tanto o faturamento quanto a receita da pessoa jurídica, não havendo previsão legal para exclusão do ICMS embutido no preço da mercadoria vendida.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP Ano-calendário: 2003, 2004 SISTEMÁTICA DE APURAÇÃO NÃO CUMULATIVA.

Somente a partir de 1º de fevereiro de 2004 é que a pessoa jurídica pode descontar créditos da Contribuição para o PIS decorrentes das despesas de frete, desde que o ônus seja suportado pelo vendedor.

A abrangência da definição de “insumo” tanto no caso da produção ou fabricação de produtos para revenda como no de prestação de serviços, não pode ser interpretada como todo e qualquer bem ou serviço que produz despesa necessária à atividade da empresa, mas, tão-somente, como aqueles bens e serviços que, adquiridos de pessoa jurídica, sejam, direta e efetivamente, utilizados como insumo na prestação de serviços ou na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda.

Somente as azeitonas, conservadas transitoriamente, com água salgada, sulfurada ou adicionada de outras substâncias, mas impróprias para consumo imediato, nesse estado, classificadas na posição “07.11.20 (e subposições), da TIPI, estão sujeitas à alíquota 0 (zero).

A base de cálculo é tanto o faturamento quanto a ' receita da pessoa jurídica, não havendo previsão legal para exclusão do ICMS embutido no preço da mercadoria vendida.

Lançamento Procedente"

Os autos foram distribuídos e pautados conforme Regimento Interno deste Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator - Pedro Rinaldi de Oliveira Lima

Conforme a legislação, as provas, documentos e petições apresentados aos autos deste procedimento administrativo e, no exercício dos trabalhos e atribuições profissionais concedidas aos Conselheiros, conforme portaria de condução e Regimento Interno deste Conselho, apresento e relato o seguinte Voto.

Por conter matéria preventa desta 3.^a Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e considerando a devida tempestividade, conheço o Recurso Voluntário.

Depreendendo-se da análise do processo, vê-se que o cerne da lide envolve a não homologação de compensações realizadas pela recorrente com crédito de PIS e COFINS não cumulativos.

Principalmente com relação às aquisições dos produtos e a situação da inidoneidade das notas fiscais e inaptidão das empresas fornecedoras desse produtos, em vista de todo o exposto e depreendendo-se da análise dos documentos acostados, em homenagem ao princípio da verdade material que permeia o processo administrativo, voto no sentido de converter o julgamento em diligência, para que o contribuinte, podendo a receita se manifestar sobre, junte aos autos o seguinte:

1 - Elabore quadro comparativo que informe em uma única planilha as datas das declarações de inidoneidade das pessoas jurídicas constantes nas operações e as datas das operações de aquisição de bens e/ou serviços, indicando quais notas foram emitidas antes e depois dos respectivos atos declaratórios;

2 - Laudo Técnico que revele de forma concisa a relação dos insumos glosados com as atividades da empresas, com informações que revelem a utilização quantitativa e qualitativa e sua relação com a atividade da empresa e assim por diante, insumo por insumo, para que fique claro inclusive que a utilização se deu em razão destas atividades.

Tudo no prazo legal de 30 (trinta) dias, prorrogável pelo mesmo prazo em um único período, nos termos do art. 35, parágrafo único, do Decreto nº 7.574/11.

Que a SECAM deste Conselho cientifique a Procuradoria Geral da Fazenda para se manifestar sobre o resultado da diligência e, findo o prazo acima e cumprida a diligência, devolva os autos ao CARF para julgamento.

Ressalte-se, por fim, que em casos semelhantes, medidas semelhantes já foram adotadas por este Conselho.

Diante de todo o exposto, e com principal fundamento nos Artigos 112, 113 e 142 do CTN, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para converter o julgamento em diligência.

É o voto.

(assinatura digital)

Conselheiro Relator – Pedro Rinaldi de Oliveira Lima

Processo nº 13603.720275/2008-81
Resolução nº **3201-000.755**

S3-C2T1
Fl. 14.996
