



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

Processo n° 13982.720059/2011-14
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1801-002.022 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 29 de julho de 2014
Matéria IRPJ e REFLEXOS - GLOSA DE CUSTOS
Recorrente SUPERMERCADO SANTA MARTA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

NULIDADE. SÚMULA VINCULANTE Nº 24.

Não há congruência entre o objeto da Súmula Vinculante nº 24, do Supremo Tribunal Federal, com a atividade da administração tributária em lançar tributo devido, uma vez que o lançamento tributário não tipifica crime, limitando-se a apontar infração de natureza jurídica administrativa.

NULIDADE. PROVA EMPRESTADA. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.

A dilação probatória no âmbito do processo administrativo tributário não está limitada aos registros contábeis e fiscais do contribuinte, podendo a autoridade tributária buscar elementos perante terceiros ou em qualquer outra fonte, conforme autorização do artigo 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, no que se incluem as provas colhidas em sede de investigação criminal e regularmente encaminhadas ao Fisco pelo Poder Judiciário ou pelo Ministério Público.

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUDITORIA FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVAS.

Não há contraditório na fase que antecede o lançamento tributário, nos termos do artigo 14 do Decreto nº 70.235, de 1972, de forma que não caracteriza cerceamento de defesa a ausência da assistência do contribuinte fiscalizado na produção de provas durante a fase que antecede o lançamento tributário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

CUSTOS. GLOSA. NOTA FISCAL INIDÔNEA.

As despesas suportadas por notas fiscais de conteúdo falso e obtidas de forma irregular pela empresa autuada não devem ser consideradas na apuração do lucro real.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

CSLL. PIS. COFINS. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo aspectos específicos a serem apreciados, aplica-se a mesma decisão a todos os tributos atingidos pelo fato analisado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do voto do Relator.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Ana de Barros Fernandes – Presidente

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Neudson Cavalcante Albuquerque – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Maria de Lourdes Ramirez, Alexandre Fernandes Limiro, Neudson Cavalcante Albuquerque, Leonardo Mendonça Marques, Fernando Daniel de Moura Fonseca e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

SUPERMERCADO SANTA MARTA LTDA, pessoa jurídica já qualificada nestes autos, inconformada com a decisão proferida no Acórdão nº 07-29.835 (fl. 339), pela DRJ Florianópolis, interpõe recurso voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, objetivando a reforma da decisão.

O processo trata de quatro autos de infração realizados para exigir créditos tributários relativos aos anos 2008 e 2009, conforme os valores contidos na tabela seguinte:

TRIBUTATO	PRINCIPAL	JUROS DE MORA	MULTA DE OFÍCIO (150%)	TOTAL	FLS.
IRPJ	157.769,29	59.246,68	236.653,92	453.669,89	3
CSLL	60.377,38	22.901,60	90.566,06	173.845,04	20
PIS/PASEP	11.069,09	4.303,04	16.603,57	31.975,70	31
COFINS	50.985,27	19.820,65	76.477,86	147.283,78	41

Conforme o relato contido no Termo de Verificação Fiscal (fl. 54), os autos de infração foram lavrados em razão de terem sido glosadas despesas, deduzidas na apuração do lucro real e creditadas na apuração do PIS e da Cofins, cujos documentos comprobatórios foram considerados inidôneos. Transcreve-se parte do referido Termo, quando descreve os fatos apurados:

2. DA MOTIVAÇÃO DA AÇÃO FISCAL

Por meio do Ofício nº 0180901217192-000-001, de 16 de outubro de 2009 (CÓPIA ANEXA) a D. Juíza Substituta Dra. Lizandra Pinto de Souza, disponibilizou para a Receita Federal do Brasil os dados magnéticos obtidos quando da busca e apreensão na empresa Tozzo & Cia Ltda os quais se encontravam sob custódia da Força-Tarefa do Ministério Público de Santa Catarina. Da mesma forma foram encaminhados cópia da decisão de busca e apreensão (dos autos nº 018.09.018790-0), dos termos de apreensão e exibição e do pedido de compartilhamento de dados. (CÓPIA ANEXA).

Por sua vez, através do Ofício nº 340/2009/6 PJC - PRCTT (CÓPIA ANEXA) O Ministério Público de Santa Catarina descreveu para a Receita Federal do Brasil as ocorrências do dia 17 de setembro de 2009, na cidade de Chapecó- (SC), quando grupo de Força-Tarefa integrado por agentes do Ministério Público de Santa Catarina e da Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina, apoiados pelos órgãos de segurança (Polícias Civil, Militar e Rodoviária Federal), deram cumprimento a mandados de busca e apreensão relativos à chamada "Operação Nota Referente - ATZO", tendo como alvo a empresa Tozzo & Cia Ltda.

Os documentos apreendidos pelo Ministério Público de Santa Catarina revelam que os responsáveis pela empresa Tozzo & Cia Ltda organizaram esquema de vendas sem notas fiscais com a consequente emissão de notas fiscais e duplicatas simuladas para outros destinatários.

O esquema fraudulento de vendas operava-se da seguinte forma: Parte das mercadorias vendidas pela empresa Tozzo & Cia Ltda eram entregues por motoristas funcionários, utilizando caminhões próprios, a destinatários que não desejavam receber nota fiscal (com intuito de revender as mercadorias também sem nota fiscal, sonegando os tributos e permitindo a permanência em regimes de tributação favorecidos como é o caso do SIMPLES). Estas entregas sem nota fiscal eram acompanhadas de um documento paralelo denominado de "Pedido ATZO".

Por outro lado para manter a regularidade do estoque de mercadorias e para beneficiar interessados em registrar créditos de ICMS, os responsáveis da empresa Tozzo & Cia Ltda simulavam a venda de mercadorias com a emissão de notas fiscais para destinatários que não correspondiam aos verdadeiros adquirentes/recebedores das mercadorias. Tais notas fiscais eram

denominadas pelos envolvidos de "Nota Referente", pois correspondia (ou se "referiam") a uma entrega de mercadoria sem nota fiscal, ou seja, referia-se a um "Pedido ATZO". Ou seja, as vendas sem nota fiscal (Pedido ATZO) geravam uma nota fiscal ideologicamente falsa (Nota Referente) contendo um destinatário irreal.

A fim de manter o controle financeiro do esquema fraudulento, a Tozzo & Cia Ltda simulava a emissão de duplicatas que eram registradas e quitadas via caixa, dando uma aparência de regularidade para todas as operações.

O esquema fraudulento acima mencionado pode ser comprovado pela leitura dos depoimentos prestados ao Ministério Público de SC por pessoas ligadas (funcionários e prestadores de serviço) à empresa Tozzo & Cia Ltda, conforme excertos dos autos do processo judicial no 018.09.021719-2. (CÓPIA ANEXA).

...

Neste passo, impende salientar que as notas fiscais com destinatários forjados, quais sejam, as chamadas "Notas Referentes" eram identificadas nos sistemas informatizados da empresa Tozzo & Cia Ltda por meio do seguinte procedimento: Tais notas eram lançadas como tendo um desconto de 0.01 %. Esta conduta resta comprovada nos depoimentos prestados ao Ministério Público de SC pelas seguintes pessoas:

...

E de curial importância ressaltar que as pessoas acima nominadas eram aquelas encarregadas de criar e controlar os sistema informatizados da empresa Tozzo & Cia Ltda. Daí a relevância dos seus depoimentos.

Ainda nesta senda, o Ministério Público de SC, por meio do Ofício 942/09/CIE/MP, (CÓPIA ANEXA), encaminhou à Receita Federal do Brasil cópia do ofício nº 3708/09 do Instituto de Criminalística, (CÓPIA ANEXA), acompanhado de um DVD contendo informações digitais apreendidas durante a operação realizada no dia 17 de setembro de 2009 na cidade de Chapecó.

Da análise dos documentos recebidos, (arquivos apreendidos na empresa Tozzo e Cia.), constatou-se que a empresa SUPERMERCADO SANTA MARTA LTDA logrou proveito do esquema fraudulento já multicitado, visto que aquela (SUPERMERCADO SANTA MARTA LTDA) foi beneficiária de notas fiscais gratuitas CONFORME RELAÇÃO emitidas pela empresa Tozzo & Cia Ltda.

A conclusão de que a empresa SUPERMERCADO SANTA MARTA LTDA se beneficiou do esquema acima relatado, qual seja, a de receber notas fiscais gratuitas (notas referentes) é o fato de que o relatório resultante do exame em mídia de armazenamento computacional, e que está adunado, discrimina a existência de vendas da empresa Tozzo & CIA que tiveram

desconto de 0,01% (parâmetro apontado nos depoimentos acima citados) e que apresentavam como adquirente da mercadoria a empresa SUPERMERCADO SANTA MARTA LTDA.

3. DOS PROCEDIMENTOS FISCAIS

Por meio do Termo de Início de Ação Fiscal o contribuinte foi instado a apresentar sua escrituração contábil e fiscal em meio magnético, bem como a, com relação às notas fiscais relacionadas no ANEXO do referido Termo:

a) comprovar o efetivo recebimento das mercadorias relativas àquelas notas fiscais.

b) explicar como se deu o pagamento destas aquisições, bem como comprovar o seu efetivo pagamento:

Convém salientar que as notas fiscais relacionadas no ANEXO do Termo de Início de Ação Fiscal são aquelas identificadas como sendo vendas da empresa Tozzo & Cia Ltda com desconto de 0,01% para a empresa SUPERMERCADO SANTA MARTA LTDA e, foram escrituradas pela autuada.

Constatada utilização de notas fiscais "graciosas", propôs-se o início de ação fiscal a fim de verificar as irregularidades na apuração de recolhimento de tributos administrados pela Receita Federal do Brasil.

Por meio do expediente de 08/06/2011 o contribuinte apresentou a escrituração contábil bem como os atos constitutivos a contento, e asseverou que:

a) Quanto à comprovação do efetivo recebimento das mercadorias, a Empresa se manifestou através de expediente de 08/06/2011, alegando que a mercadoria era recebida através das respectivas Notas Fiscais com conferência e ciência de recebimento das mesmas.

b) quanto ao pagamento, a Empresa se manifestou através de expediente de 08/06/2011 informa que: "O PAGAMENTO DAS MERCADORIAS ADQUIRIDAS ERA EFETUADO ATRAVÉS DE CHEQUES DE TERCEIROS E PARTE EM MOEDA CORRENTE NACIONAL MEDIANTE CARIMBO DE QUITAÇÃO". Juntou cópia, por amostragem, de Notas Fiscais e das respectivas Duplicatas onde consta o carimbo "pago".

3.1 DAS AQUISIÇÕES NÃO COMPROVADAS

Informamos também que a Empresa efetuou parcelamento ESPONTÂNEO de ICMS junto a SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, referente a estas Notas Fiscais, conforme consta no extrato do razão em anexo da conta PARCELAMENTO DE IMPOSTO DECLARADO-ICMS, o que também, em tese, comprova a veracidade dos fatos.

Como já repisado consta do livro de entradas da empresa SUPERMERCADO SANTA MARTA LTDA o registro de

aquisições de mercadorias para revenda ao amparo de "notas fiscais referentes" emitidas pela empresa Tozzo & Cia Ltda.

Identificadas por esta fiscalização as notas fiscais que teriam sido utilizadas indevidamente pela empresa fiscalizada, a mesma foi regularmente intimada para comprovar com documentação hábil e idônea o recebimento das mercadorias e o efetivo pagamento das mesmas, conforme Termo de Início de Ação Fiscal.

Em resposta a Empresa fiscalizada cingiu-se a alegar através de expedientes de 08/06/2011 o acima mencionado, ou seja:

a) Quanto à entrega de mercadorias a empresa SUPERMERCADO SANTA MARTA LTDA alegou que a mercadoria era recebida através das respectivas Notas Fiscais com conferência e ciência de recebimento das mesmas.

b) quanto à forma de pagamento alegou a empresa fiscalizada que as referidas aquisições foram quitadas por meio de duplicatas e com recursos saídos diretamente de seu caixa (com cheques de terceiros e em moeda corrente), A empresa SUPERMERCADO SANTA MARTA LTDA não apresentou comprovantes de pagamento de forma diferente, ou seja, pelos meios costumeiramente utilizados que são os boletos bancários, cheques nominativos e transferências entre contas bancárias As alegações da empresa SUPERMERCADO SANTA MARTA LTDA confirmam os indícios apurados durante a operação de busca e apreensão realizada pelo Ministério Público de Santa Catarina e pela Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina.

O "modus operandis" constatado a partir dos documentos apreendidos na sede da empresa Tozzo & Cia Ltda e dos depoimentos colhidos de pessoas a ela ligadas (vendedores, funcionários de escritório, prestadores de serviço de computação e programadores), e que consistia na emissão de notas fiscais para destinatários falsos, cujo estoque era acertado com a simulação de pagamento por meio de quitação de duplicatas diretamente no caixa, se coaduna com a resposta da empresa fiscalizada.

Sendo assim, a empresa SUPERMERCADO SANTA MARTA LTDA não logrou êxito na comprovação da efetiva aquisição/recebimento das mercadorias supostamente vendidas pela empresa Tozzo & Cia Ltda e que foram relacionadas no ANEXO ao Termo de Início de Ação Fiscal.

A autuação foi realizada com multa de ofício qualificada, com índice de 150%, para o qual a autoridade tributária apresentou a seguinte motivação (fl. 60):

A juízo destas autoridades fiscais, a atuada adotou conduta que teve por desiderato impedir o conhecimento por parte da administração tributária do total das exações devidas pela mesma durante o ano calendário de 2006 a 2009.

A empresa fiscalizada praticou de forma reiterada durante o período fiscalizado (anos-calendário 2006 a 2009), ato que modificou a característica essencial do fato gerador de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal de modo a reduzir o montante devido, ao inserir em sua escrituração contábil e fiscal documentos inidôneos.

A fiscalizada utilizou-se de notas fiscais cujo destinatário foi simulado pelo emitente a fim de beneficiar-se do creditamento dos tributos inerentes à operação e aumentar o custo dos bens vendidos, reduzindo desta forma o lucro líquido que serve de base de cálculo do imposto de renda e para a contribuição social.

A constatação dos fatos ocorreu a partir da análise de documentos apreendidos na sede da empresa Tozzo & Cia Ltda, em ação de cumprimento de mandado de busca e apreensão cumprido pelo Ministério Público de Santa Catarina e Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina, quando desbarataram esquema amiudado no item 2 deste relato.

A forma reiterada (04 anos) de utilizar-se de notas fiscais inidôneas, fruto de esquema organizado para lesar os cofres públicos, caracteriza a intenção do agente (titular da empresa fiscalizada) de produzir o resultado decorrente da prática daqueles atos, que é a redução do montante dos tributos devidos.

Para a correta apuração dos tributos devidos necessário se faz a comparação das declarações apresentadas pelo sujeito passivo, com sua escrituração contábil e fiscal. No caso da empresa fiscalizada tal comparação é possível, porém os dados inseridos em sua escrituração contábil no período de 2006 a 2009 são inexatos, não refletem a realidade dos fatos, pois as declarações apresentadas padecem de veracidade.

Este fato retardou o conhecimento da ocorrência do fato gerador por parte da autoridade fazendária, pois antes de a ação fiscal ser iniciada o conhecimento que a Fazenda Pública possuía do fato gerador era aquele erroneamente informado pela empresa Fiscalizada nas "Declarações Econômico Fiscais da Pessoa Jurídica" (DIPJ). Não fosse a ação da fiscalização os fatos geradores do presente auto de infração não teriam chegado ao conhecimento da administração tributária.

É na omissão do contribuinte ou na prestação de informações falsas que reside a fraude que justifica o percentual da multa ora aplicada, visto que, por meio destas condutas, o contribuinte se esconde na esperança de que o Fisco nada descubra, e assim não possa exercer o seu direito (constituir o crédito tributário) no prazo decadencial, acarretando assim prejuízos aos cofres públicos.

Por tudo o exposto, conclui-se que o autuado incorreu no disposto nos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, os quais definem a conduta de sonegação e fraude.

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

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

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

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

Diz-se que há dolo quando o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo. O dolo é composto dos elementos: a) consciência da conduta e do resultado; b) consciência da relação causal objetiva entre a conduta e o resultado; c) vontade de realizar a conduta e produzir o resultado.

Ao inserir na escrituração contábil e fiscal documentos inidôneos a empresa SUPERMERCADO SANTA MARTA LTDA retardou o conhecimento por parte da Fazenda Nacional das circunstâncias materiais da obrigação tributária principal. A prática desta inserção/utilização fez parte da rotina administrativa da empresa fiscalizada, o que comprova que a intenção do agente sempre foi de reduzir os tributos devidos.

Ao incorrer na prática de sonegação e fraude, o contribuinte se sujeita à multa prevista no §1º do artigo 44 da Lei no. 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007, que assim assevera:

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

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

§1º O Percentual de multa de que trata o inciso I do caout será duplicado nos casos previstos nos artigos 71. 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, (grifo nosso).

Da mesma forma, o contribuinte incorreu no disposto no artigo 256 do Decreto nº 3.000/99, que assim assevera:

Art. 256. A falsificação, material ou ideológica, da escrituração e seus comprovantes, ou de demonstração financeira, que tenha por objeto eliminar ou reduzir o montante de imposto devido, ou diferir seu pagamento, submeterá o sujeito passivo a multa, independentemente da ação penal que couber (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 7º - §1º)

A fraude no caso vertente consistiu em utilizar-se de notas fiscais de entrada de mercadoria ideologicamente falsas (não houve estas aquisições) escriturando em sua conta caixa, enquanto pagamento, valores que não foram efetivamente pagos.

Desta maneira, frente as ações/omissões da autuada estas autoridades fiscais fixaram a multa de ofício em 150 %.

Os lançamentos foram alvo de impugnações, assim descritas no relatório do acórdão recorrido:

Irresignada a contribuinte impugna (apresenta quatro impugnações de idêntico teor para cada uma das exações) os lançamentos alegando a nulidade destes por violação à súmula vinculante nº 29 do STF. Com base nesta súmula afirma, em síntese, que antes da constituição definitiva de crédito tributário não há que se falar em qualquer medida penal e que no processo administrativo fiscal, portanto, houve claro descumprimento desta determinação haja vista que foram utilizadas informações colhidas em processos investigativos penais (busca e apreensão e de interceptação telefônica) sem a prévia e definitiva constituição de créditos tributários.

Reclama também a impugnante da utilização da prova emprestada alegando que a prova foi colhida em processo legal sem observância do Devido Processo Legal. Argumenta que os Autos de Infração se apóiam “unicamente em declarações prestadas em fase de procedimento investigatório promovido pelo Ministério Público Catarinense”, “colhidas na presença tão somente do parquet e de auditor da Secretaria da Fazenda de Santa Catarina”, sem ter sido possibilitado a Tozzo e Cia Ltda. e Tozzo Bebidas Ltda. e tampouco a ela própria, o exercício do contraditório. Sustenta, então que a prova compartilhada deve ser tomada como mero indicio que depende de confirmação com a efetiva fiscalização e obtenção de provas necessárias para a autuação, servindo os documentos compartilhados como mero ponto de partida do procedimento fiscalizatório e não como única prova da suposta infração.

Segue defendendo a ilegalidade da utilização de presunção no feito fiscal, no caso, a presunção trazida por prova testemunhal de que as “Notas Referentes eram identificadas nos sistemas informatizados como tendo um desconto de 0,01%”, desacompanhadas de qualquer prova material do declarado. Alega que as operações comerciais substanciadas por meio das notas fiscais (com desconto de 0,01%) gozam de presunção de legitimidade, que somente poderia ser afastada por meio de prova documental cabal, produzida pela fiscalização, da não entrada/pagamento das mercadorias; nesse sentido argumenta:

[...]é necessária a prova da utilização de créditos dispostos em documento fiscais que não correspondam a efetiva operação de circulação de mercadoria, o que só poderá ser verificado se apresentados, primeiramente, o documento fiscal, com sua declaração de inidoneidade, bem como, o

registro de entrada do contribuinte, para que possa verificar esta não entrada/pagamento das mercadorias.

[...]Era o caso de se analisar uma a uma as operações, ou, em últimos casos, uma apuração por amostragem. Verificar se houve a efetiva operação de circulação de mercadoria que gerou o crédito, para aí sim, e na existência de improbidade, elidir a presunção legal de legitimidade que cerca cada um dos documentos fiscais que descrevem as operações de compra e venda realizadas.

Ao longo de seu arrazoado, ainda a fim de demonstrar a alegada fragilidade das provas, menciona um excerto do depoimento de Edegar Edson Brancaglione onde este é "categórico" ao afirmar que "...há casos onde consta esse desconto de 0,01% e não ser nota fiscal REFERENTE".

Por fim, alega ainda, que a ausência de prova documental contra a legalidade das operações, além do já dito, também prejudica a ampla defesa.

Em relação à multa de ofício no percentual de 150%, defende: a) a aplicação do percentual de 75%, consoante a nova redação dada por meio Lei nº 11.488/2007 aos incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430/96, que antes previam percentuais de 75% e 150% e "foram reduzidos para 75% e 50%", beneficiando o contribuinte; b) a aplicação da multa de 75% sem a duplicação prevista no §1º do referido art 44 da Lei nº 9.430/96, na redação dada pela Lei nº 11.488/2007, considerando que esta lei não pode ser aplicada retroativamente em desfavor do contribuinte.

A Delegacia de Julgamento considerou a impugnação improcedente, ementando assim a sua decisão (fl. 339):

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 30/09/2006, 31/12/2006, 31/03/2007, 30/06/2007, 30/09/2007, 31/12/2007, 31/03/2008, 31/12/2008, 30/06/2009, 30/09/2009

Nulidade. Cerceamento do Direito de Defesa. Inocorrência.

O direito ao contraditório e à ampla defesa é exercido após a instauração da fase litigiosa do processo administrativo fiscal, com a impugnação ao lançamento, não cabendo cogitar-se de cerceamento do direito de defesa no curso da ação fiscal.

Prova Emprestada. Admissibilidade.

Na instrução do processo administrativo fiscal são admissíveis como provas elementos, informações e documentos coletados por outros órgãos oficiais e regularmente compartilhados com a Receita Federal do Brasil, limitando-se o empréstimo às provas e não às conclusões do órgão em que foram coletadas.

Prova Indiciária. Admissibilidade.

É admissível, na instrução do processo administrativo fiscal, a prova indiciária enquanto uma prova indireta que visa demonstrar, a partir da comprovação da ocorrência de vários fatos secundários, indiciários, tomados em conjunto, a existência do fato cuja materialidade se pretende comprovar.

Multa de Ofício Qualificada. Duplicação do Percentual da Multa de Ofício. Legitimidade.

Constatado que na conduta da fiscalizada existem as condições previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, cabível a duplicação do percentual da multa de que trata o inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96 (com a nova redação do artigo dada pela Medida Provisória nº 303, de 29/06/2006, DOU de 30/06/2006).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 30/09/2006, 31/12/2006, 31/03/2007, 30/06/2007, 30/09/2007, 31/12/2007, 31/03/2008, 31/12/2008, 30/06/2009, 30/09/2009

Escrituração contábil. Força Probante.

A escrituração contábil da empresa somente faz prova a seu favor nos casos em que, além de observadas as disposições legais, os fatos nela registrados estejam comprovados por documentos hábeis e idôneos.

Nota fiscal. Presunção de veracidade afastada.

Afastada a presunção de veracidade das notas fiscais apresentadas como provas das operações comerciais da empresa, a esta cabe fornecer outros documentos, hábeis e idôneos, a fim de comprová-las.

Lançamento de Ofício. Repartição do ônus da prova.

Nos casos em que a autoridade fiscal comprovou, pelos meios de prova admitidos pelo direito, a ocorrência do ilícito que deu causa ao lançamento de ofício, este somente é afastado se o contribuinte lograr provar o teor das alegações que contrapõe às provas que o ensejaram.

Notas fiscais inidôneas. Glosa de custos/despesas.

Cabe à contribuinte apresentar à fiscalização a documentação, hábil e idônea, apta a comprovar o pagamento das aquisições de mercadorias, e que o dispêndio corresponde à contrapartida de algo recebido, e em assim não o fazendo, é de se concluir, aliado a outras evidências, que as supostas aquisições não foram efetivamente recebidas/adquiridas. Assim, correto o procedimento fiscal em glosar os custos/despesas, relativos às citadas aquisições, contabilizadas pelo contribuinte.

Data do fato gerador: 30/09/2006, 31/12/2006, 31/03/2007, 30/06/2007, 30/09/2007, 31/12/2007, 31/03/2008, 31/12/2008, 30/06/2009, 30/09/2009 CSLL.

Lançamento Reflexo.

PIS. COFINS.

Período de apuração: entre 31/07/2006 a 30/09/2009 Inexistindo fatos novos a serem apreciados, estende-se ao lançamento reflexo os efeitos da decisão prolatada no lançamento matriz.

Cientificado dessa decisão em 11/10/2012, por meio de remessa postal (fl. 362), o contribuinte interpôs o presente Recurso Voluntário (fl. 363), em 08/11/2012, em que repisa os argumentos já apresentados na referida impugnação.

É o relatório

Voto

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, Relator.

O recurso voluntário apresentado atende aos pressupostos de admissibilidade, sendo digno de conhecimento.

Os lançamentos foram realizados em razão de terem sido glosados custos declarados e não comprovados. Nos anos de 2006 a 2009, o contribuinte contabilizou pagamentos a título de compra de mercadorias da empresa Tozzo & Cia Ltda. Esses pagamentos foram considerados despesas para reduzir o lucro real apurado e para gerar crédito de PIS e Cofins não-cumulativos.

A referida empresa Tozzo & Cia Ltda foi alvo de investigação policial, na qual foi constatado que não eram emitidas notas fiscais para parte das mercadorias vendidas por ela. As vendas assim realizadas eram acompanhadas apenas de um documento paralelo denominado "Pedido ATZO".

Por outro lado, a empresa Tozzo & Cia Ltda simulava a venda de mercadorias, por meio da emissão de notas fiscais para empresas que não haviam adquirido as mercadorias lá relacionadas. Esse tipo de nota fiscal era denominada "Nota Referente", pois se referia a uma entrega de mercadoria sem nota fiscal, conforme descrito acima, e eram identificadas nos sistemas informatizados da empresa por meio de um desconto padrão de 0,01%.

A fim de manter o controle financeiro nesse procedimento, a empresa Tozzo & Cia Ltda simulava a emissão de duplicatas que eram registradas e quitadas via caixa, dando uma aparência de regularidade para ambos os tipos de operação.

Muitas dessas “notas referentes” foram emitidas para a empresa autuada, durante um extenso período de quatro anos, o que deu ensejo à presente ação fiscal.

A empresa autuada utilizou essas “notas referentes” para majorar seu custo e, de efeito, reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Da mesma forma, utilizou as mesmas notas fiscais para se creditar de PIS e Cofins e, assim, reduzir a contribuição para o PIS e a Cofins devidas.

Esses são os fatos que fundamentam aos lançamentos tributários em análise.

O recorrente afirma a nulidade dos autos de infração em razão de suposta ofensa à Súmula Vinculante nº 24, do Supremo Tribunal Federal, que tem o seguinte enunciado:

Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

Não assiste razão ao recorrente, pois o lançamento tributário não tipifica crime algum, limitando-se a apontar infração tributária, de natureza jurídica administrativa. Portanto, não há congruência entre o objeto da referida súmula vinculante e a atividade da administração tributária, aqui combatida pelo recorrente.

O recorrente também propugna pela anulação dos lançamentos em razão de terem sido feitos com base em provas oriundas de uma investigação criminal (prova emprestada), o que impediria o pleno exercício de seu direito de defesa.

A dilação probatória no âmbito do processo administrativo tributário não está limitada aos registros contábeis e fiscais do contribuinte, podendo a autoridade tributária buscar elementos perante terceiros ou em qualquer outra fonte, conforme autorização do artigo 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977:

Art 9º - A determinação do lucro real pelo contribuinte está sujeita a verificação pela autoridade tributária, com base no exame de livros e documentos da sua escrituração, na escrituração de outros contribuintes, em informação ou esclarecimentos do contribuinte ou de terceiros, ou em qualquer outro elemento de prova.

§ 1º - A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais.

§ 2º - Cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados com observância do disposto no § 1º. § 3º - O disposto no § 2º não se aplica aos casos em que a lei, por disposição especial, atribua ao contribuinte o ônus da prova de fatos registrados na sua escrituração.

Portanto, as provas colhidas junto ao processo de investigação criminal são válidas e suficientes para contraporem as notas fiscais que lastreavam as referidas operações de compra.

Também não se pode afirmar, por esse fato, que houve cerceamento de defesa do contribuinte, uma vez que não há contraditório na fase que antecede o lançamento tributário, conforme o artigo 14 do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Ademais, antes mesmo do lançamento tributário, o contribuinte foi intimado para comprovar a efetiva realização das referidas operações de compra (fl. 63), ou seja, foi-lhe dada oportunidade de produzir provas em seu favor e contradizer as provas colhidas junto à investigação criminal. Após o lançamento, os autos foram franqueados ao interessado e o curso do presente processo tem sido um meio de defender-se de tudo o que foi apurado.

Portanto, carece de fundamento fático a alegada limitação nas possibilidades de defesa por parte do autuado.

Prosseguindo na argumentação do recorrente, não lhe assiste razão quando afirma que houve, na espécie, inversão do ônus da prova. É certo que cabe ao Fisco o esforço de colher as provas necessárias à configuração da infração autuada e isso foi devidamente cumprido, no meu entender, quando foi trazido aos autos farto conjunto probatório que desacreditou as notas fiscais emitidas.

A arguição para que o contribuinte provasse a efetiva realização das compras é medida necessária para que o Fisco se desincumba de outra obrigação sua, que é a de dar oportunidade ao autuado de contradizer as provas levantadas e de produzir as suas próprias.

Na medida em que o autuado não logrou comprovar o que lhe foi questionado, prevalecem as provas que fundamentam os lançamentos.

O último argumento do recorrente combate a multa de ofício exigida e reclama pela aplicação retroativa da Lei nº 11.488, de 2007, que alterou o artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

A multa de ofício está sendo exigida com fundamento legal no referido artigo 44 e este foi, de fato, alterado pelo artigo 14 da Lei nº 11.488, de 2007, com a seguinte redação:

Art. 14. O art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, transformando-se as alíneas a, b e c do § 2º nos incisos I, II e III:

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

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

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

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido

apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado);

IV - (revogado);

V - (revogado pela Lei nº 9.716, de 26 de novembro de 1998).

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I - prestar esclarecimentos;

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991;

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.

..... ” (NR)

A leitura do novo dispositivo deixa claro que não houve, com a nova redação, qualquer alteração na situação jurídica do recorrente. Formalmente, a capitulação da multa qualificada deixou de ser o artigo 44, inciso II, para ser o artigo 44, inciso I, combinado com o seu §1º. Todavia, não houve qualquer alteração material. O enquadramento legal da multa de ofício apresentado no auto de infração já traz as devidas referências, inclusive à nova Lei, conforme os períodos de apuração atingidos (fl. 19).

Portanto, a multa de ofício deve ser mantida no patamar em que foi lavrada.

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

(ASSINADO DIGITALMENTE)
Neudson Cavalcante Albuquerque

Processo nº 13982.720059/2011-14
Acórdão n.º **1801-002.022**

S1-TE01
Fl. 403

CÓPIA