



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

Processo nº 19515.000339/2005-57
Recurso nº 874.756 Voluntário
Acórdão nº **1402-00.581 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 27 de maio de 2011
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrente CONSTRUTORA MARIMBONDO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

PRELIMINAR. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Tendo o sujeito passivo obtido cópia dos autos antes da apresentação da manifestação relativa ao relatório de diligência, descabe a alegação de cerceamento do direito de defesa.

PRELIMINAR. PRECLUSÃO DA JUNTADA DE DOCUMENTOS POR PARTE DA AUTORIDADE FISCAL APÓS O ENCERRAMENTO DA AÇÃO FISCAL.

Rejeita-se a preliminar de preclusão em relação aos documentos anexados ao relatório de diligência, seja porque, são documentos que já constavam dos autos, ou são documentos que já eram do conhecimento da empresa, ou são consultas renavam que vieram aos autos em razão dos documentos apresentados com a impugnação, entre outras razões, não representando qualquer inovação ao lançamento.

GLOSA DE CUSTOS. DOCUMENTOS INIDÔNEOS.

Tendo em vista que o conjunto de provas trazidas aos autos, apontam que são inidôneos, os documentos que lastrearam os custos, a dedutibilidade dos mesmos somente seria possível se o sujeito passivo comprovasse a efetiva aquisição dos materiais e o efeito pagamento. Não tendo ocorrido essa comprovação, cabível a glosa efetuada.

PENALIDADE. MULTA QUALIFICADA.

Aplica-se a multa de ofício qualificada quanto o sujeito passivo utiliza documentos inidôneos para lastrear a dedutibilidade de custos, por não ter sido comprovada a alegada boa-fé.

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRELIMINAR.
DECADÊNCIA.

Segundo o § 4º do art. 150, do CTN, se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de fraude, dolo ou simulação, que é o caso destes autos, pela utilização de documentos inidôneos para lastrear a dedutibilidade de custos, situação em que se aplica para a contagem do prazo decadencial, o art. 173, I, do CTN, obedecendo-se à regra relativa à tese defendida pelo STJ na sistemática do recurso repetitivo, de que trata o Recurso Especial nº 973.733 - SC (2007/0176994-0), julgado em 12 de agosto de 2009, em razão do disposto no art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256/2009. Consequentemente, exclui-se do lançamento os fatos geradores ocorridos até 31.12.99, por ter sido ultrapassado o prazo decadencial de cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte da ocorrência do fato imponible.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

CSLL. TRIBUTAÇÃO DECORRENTE.

Estende-se o decidido em relação ao tributo principal, à exigência da CSLL, tendo em vista que os fatos são os mesmos e existe uma estreita relação entre causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade, acatar a preliminar de decadência para o IRPJ e CSLL dos fatos geradores ocorridos até 31.12.99, e no mérito, negar provimento ao recurso. Ausente momentaneamente, o Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira. Participou do julgamento, o Conselheiro Sérgio Luiz Bezerra Presta.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima – Presidente e Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo, Jaci de Assis Junior, Alexei Marcorin Vivan, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Albertina Silva Santos de Lima.

Relatório

Trata-se de lançamento do IRPJ e da CSLL dos anos-calendário de 1999 a 2001 (lucro real trimestral), em razão de glosa de custos, em função do sujeito passivo ter registrado em sua escrituração mercantil, custos de material de construção não incorridos, utilizando-se de notas fiscais de vendas mercantis das empresas de que trata a tabela abaixo, considerados documentos inidôneos, tendo sido aplicada a multa de ofício de 150%. A ciência dos autos se deu em 28.02.2005. Os fatos geradores são: 1º e 4º trimestres de 1999, 2º a 4º trimestres de 2000 e todos os trimestres do ano-calendário de 2001.

A tabela abaixo contém o nome das empresas que constam nas notas fiscais, como fornecedoras do material de construção e o valor das notas fiscais.

Empresa	Valor
Denifer Comércio de Aços Bauru Ltda	656.067,21
Martins Comércio e Representações Ltda ME	771.281,43
Daisy Lúcia Martins ME	1.184.495,49
Márcio Daniel SabinoLençóis Paulista ME	191.495,38
Total	2.803.339,51

Do Termo de Constatação Fiscal verifica-se o seguinte:

a) A fiscalização foi iniciada em razão da notícia do INSS de Bauru de que o sujeito passivo foi fiscalizado e que o mesmo teria inserido em sua contabilidade de fevereiro de 1999 a dezembro de 2001, custos de materiais de construção não fornecidos, no montante de R\$ 2.803.339,51, utilizando-se de notas fiscais de vendas mercantis onde se descrevem materiais não adquiridos das empresas relacionadas na tabela acima, as quais não teriam condições legais e fiscais e nem capacidade econômica para o fornecimento dos materiais;

b) O sujeito passivo foi intimado, em 04.06.2004, a apresentar as notas fiscais acompanhadas de comprovantes de pagamento, tais como, cópia de cheques, recibos, duplicatas, comprovantes de depósitos, sendo que até 19.08.2004, não houve atendimento, razão pela qual foi solicitada à DRF em Bauru, para que diligenciasse nas 4 empresas, para que fosse verificada a situação fiscal das mesmas, se teriam condições comerciais para fornecer os materiais descritos na representação da fiscalização do INSS e se essas empresas, efetivamente, forneceram os materiais e se receberam os pagamentos;

c) Em 27.12.2004, por meio do memorando SAFIS nº 73/04, informou: (i) que as empresas não foram localizadas em seus domicílios fiscais, (ii) que pelos dados levantados e pesquisados, as mesmas não tinham condições comerciais para o fornecimento dos materiais de construção descritos na representação, (iii) que essas empresas, efetivamente, não forneceram os materiais de construção e nem receberam quaisquer pagamentos da firma Construtora Marimbondo Ltda;

d) Em 19.01.2005, foi reintimado a apresentar os documentos e comprovantes anteriormente solicitados, tendo a mesma esclarecido que a documentação solicitada foi objeto de exame por parte da fiscalização do INSS, tendo sido entregue àquela autoridade fiscalizatória, com outros documentos, para o desenvolvimento dos trabalhos e que após a conclusão dos trabalhos fiscais, a documentação foi devolvida em diversas caixas com numerosa documentação fiscal, correspondentes a diversos exercícios, não tendo sido encontrados, entre eles, os solicitados pela fiscalização da SRF;

e) Encaminhou com o objetivo de colaborar com o desenvolvimento dos trabalhos executados pela fiscalização federal, demonstrativos contendo as aquisições efetuadas pela fiscalizada junto a quatro fornecedores de materiais de construção, cujos dados teriam sido retirados de seus registros contábeis e fiscais,

Encontra-se nos autos, relatório da fiscalização do INSS onde constam as razões pelas quais se entendeu que os custos do material de construção não foram incorridos.

Consta também dos autos, relatório da autoridade fiscal que realizou a diligência, cujas principais conclusões são as seguintes:

Denifer Comércio de Aços Bauru Ltda:

Informação da autoridade fiscal de que desde maio de 1999, no endereço cadastral da empresa, funcionava uma garagem de ônibus da empresa Vale do Sol Ltda, conforme informação prestada pelo Sr. Luiz Antônio Teixeira na presença de soldados da Polícia Militar identificados; que o sócio-gerente da DENIFER informou que a empresa pediu concordata em 1997 e conseguiu manter suas atividades até fins de 1998, quando se afastou, sendo decretada a falência em 1999; que o outro sócio da DENIFER informou que a empresa manteve suas atividades até dezembro de 1998, tendo apresentado a 2ª via da nota fiscal 3724, emitida em 31.12.98, com a informação de que foi a última emitida, e que informou ainda sobre a confrontação com a cópia das notas fiscais encaminhadas pela Defic, que após a desativação dos negócios cedeu à Construtora Marimbondo Ltda, diversas notas fiscais que não representaram venda ou saída de mercadorias, não tendo recebido os valores consignados em tais notas; consta ainda que a fiscalização apurou que os sócios têm padrão de vida humilde.

Martins Comércio e Representações Ltda ME:

No endereço cadastral foi encontrado um imóvel desocupado consistindo de um terreno com pequeno escritório na frente, e que o sócio, sr. Gilmar Martins informou que a empresa manteve suas atividades de venda de areia para construção, tijolos e pedras até 1999, e que após a desativação dos negócios cedeu à Construtora Marimbondo diversas notas fiscais que não representaram venda ou saída de mercadorias, não tendo recebido os valores consignados nas mesmas, e que o sócio atualmente é empregado da empresa Rondina & Martins Ind. e Com. De Materiais para Construção.

Daisy Lucia Martins ME:

No endereço cadastral foi encontrado um terreno desocupado. A sócia-proprietária não foi encontrada, e o Sr. Gilmar Martins se declarou irmão da Sra. Daisy, que informou que o terreno foi doado pela Prefeitura e foi retomado em razão da empresa não ter tido condições de se estabelecer nas condições pactuadas; que o sr. Gilmar Martins informou que era o responsável de fato pela empresa e que a empresa funcionou por curto período

mesmo sem sede estabelecida e que após a desativação do negócio, cedeu à Construtora Marimbondo diversas notas fiscais que não representaram vendas e ou saída de mercadorias, não tendo ele ou a sra. Daisy recebido os valores consignados nas mesmas.

Márcio Daniel Sabino Lençóis Paulista ME:

No endereço cadastral nada foi encontrado, o sócio proprietário não foi encontrado em Lençóis Paulista e tampouco em São Manuel, onde foi informado que estava viajando.

Impugnada a exigência, determinou-se a realização de três diligências.

A primeira diligência foi determinada para os seguintes fins:

a) realização de diligências ou obtenção de esclarecimentos junto aos emitentes dos documentos fiscais, principalmente, no tocante às empresas inativas de forma a obter informações a respeito de quais notas teriam sido cedidas de forma gratuita para a empresa autuada;

b) comprovação da ocorrência das operações comerciais realizadas entre a autuada e a pessoa jurídica “Marcio Daniel Sabino Lençóis Paulista – ME”, objeto da declaração de fls. 471, firmada pelo titular desta;

c) obtenção junto às Agências de Lençóis Paulista, São Carlos e Botucatu, da Caixa Econômica Federal, de cópias dos cheques arrolados (ou parte considerável destes) de fls. 52/58, vinculando-os se possível às notas fiscais, de forma a esclarecer o real destino dos pagamentos.

O autor da diligência juntou: cópia do Razão Analítico, de notas fiscais, parte de livro caixa 2001, de termo de depoimento do Sr. Gilmar Mendes prestado à autoridade fiscal da previdência, documentos esses que foram obtidos com a autoridade fiscal da previdência (fls. 633 a 824), consultas renavam dos veículos que constam das fichas de recebimento de materiais (fls. 828/879), consulta de dados cadastrais e de DIPJ, das empresas envolvidas, de fls. 880/895. Concluiu:

Denifer Comércio de Aços Bauru Ltda:

a) Termo de depoimento do Sr. Ailton Carlos Freire (fls. 60 e 821), nome que consta nas notas fiscais envolvidas, como sendo o motorista que teria transportado as mercadorias: atesta que trabalhou na empresa até fevereiro de 1999 e posteriormente não efetuou qualquer serviço para a mesma e nem procedeu a qualquer entrega para a Construtora Marimbondo;

b) Termo de Depoimento, do Sr. Wagner Marinelli de fls. 61 e 821/823, sócio-gerente da empresa, afirmando que nunca recebeu os cheques emitidos pela construtora Marimbondo, nunca os endossou e não autorizou qualquer pessoa a fazê-lo, e nem tem conhecimento de parte da empresa que o tenha feito, e que a capacidade de transporte do caminhão era de apenas 3 ou 4 toneladas;

c) pesquisas efetuadas nos sistemas CNPJ e declarações IRPJ, fls. 546 a 567, 880 a 882 comprovam que a empresa declarou faturamento até novembro de 1998 e estando inativa em todos os anos posteriores, não consta nenhum recolhimento desde 1993.

d) termo de diligência de fls. 74 a 76, onde consta que os sócios informaram que a empresa pediu concordata em 1997, manteve atividades até 1998 e que a última nota fiscal emitida é a de nº 3724 de 31.12.98.

Martins Comércio e Representações Ltda ME:

a) Termo de depoimento do Sr. Gilmar Martins de fls. 59 e 824, sócio-gerente da empresa, atestando que os cheques emitidos pela Construtora Marimbondo não foram depositados em conta da empresa, nunca endossou tais cheques e nem constituiu qualquer procurador para tal fim.

b) pesquisa efetuada no sistema CNPJ e declarações IRPJ de fls. 568 a 583 e 883 a 888, comprovam que a empresa declarou faturamentos somente até fevereiro de 1999, e estando inativa nos períodos posteriores e que o único pagamento de tributos federais desde 1993 é o referente a 01/11/97.

c) Pelas pesquisas efetuadas nos sistemas renavam foi constatado que as placas dos veículos informados nas fichas de recebimento de materiais diversos – materiais não controlados emitidos pela Construtora Marimbondo, na sua maioria se tratam de veículos de passeio, camionetas, ônibus e inclusive motociclo, fls. 831/851, cujos veículos não teriam condições e nem capacidade para transportar as mercadorias constantes das notas fiscais tidas como emitidas pela empresa Martins Comércio e Representações Ltda – ME.

d) faz referência ao Termo de diligência da acusação fiscal

Daisy Lucia Martins ME:

a) pesquisas efetuadas no sistema CNPJ e declarações IRPJ de fls. 584 a 601, 889 a 891, comprovam que a empresa declarou faturamento somente de abril a outubro de 1999 e estando inativa nos períodos posteriores e não efetuou pagamento de tributos desde 1993.

b) Faz referência ao termo de diligência utilizado na ação fiscal.

c) Idem à empresa anterior, em relação às placas dos veículos constantes das fichas de recebimento de materiais (fls. 831, 838, 844, 846, 848, 860 a 868).

Empresa: Márcio Daniel Sabino Lençóis Paulista ME

a) No relatório elaborado pelo auditor da previdência, fls. 8 e 9, consta que no endereço da micro-empresa o estabelecimento sempre se encontrava fechado, o titular compareceu à Agência da Previdência Social em Lençóis Paulista e assegurou que o livro caixa apresentado é o de sua empresa, assim como, as notas fiscais não lançadas neste (157, 158, 164 a 167, 171, 174, 178, 180, 196 e 197), emitidas no período de 28/02/2001 a 14/09/91, totalizando R\$ 60.412,18.

b) Juntamente com a impugnação foi apresentada Declaração firmada pela firma Marcio Daniel Sabino Lençóis Paulista ME em 21.02.2005, declarando que a empresa efetuou operações comerciais com a empresa Construtora Marimbondo Ltda, nos anos de 2000 a 2001, acobertadas pelas notas fiscais relacionadas com reconhecimento de firmas de Marcio Daniel Sabino e Assad Marcos Temer Feres pelo 1º Tabelião de Notas de Registros e Títulos de Lençóis Paulista, em 28.03.2005.

c) O demonstrativo elaborado pelo auditor da previdência de fls. 795 relaciona todas as notas fiscais de fls. 1 a 39 emitidas pela empresa no período de outubro de 2000 a dezembro de 2001, totalizando 34 notas fiscais com identificação dos adquirentes do período, sendo que somente para a Construtora Marimbondo foram emitidas 19 notas fiscais, os quais encontram-se escriturados no Livro Caixa de fls. 802 a 820 da empresa emitente e o demonstrativo de fls. 786, relacionam 12 notas emitidas de fevereiro a setembro de 2001 para a Construtora Marimbondo, relativos a numeração de intervalo de 157 a 197, que não foram escrituradas no livro caixa do emitente;

d) pesquisas efetuadas no sistema cnpj e declarações IRPJ de fls. 602 a 624 e 892 a 917 comprovam que a empresa declarou faturamentos de outubro de 2000 a julho de 2001, novembro e dezembro de 2001, e decorrentes exclusivamente de prestação de serviços a partir de junho de 2003 a julho de 2003, janeiro, fevereiro, julho de 2004 até julho de 2005 e que constam os recolhimentos no sistema simples dos períodos correspondentes.

e) pelas pesquisas efetuadas no sistema renavam, os veículos, cujas placas constam nas fichas de recebimento de materiais diversos não teriam condições e nem capacidade para transportar as mercadorias que constam das notas fiscais tidas como emitidas pela empresa.

Observou ainda o autor da diligência que:

a) no demonstrativo de fls. 919 e 920 consta a relação de todas as cópias de notas fiscais emitidas pelos fornecedores envolvidos, e que constam anexados ao processo, onde se constata que somente as notas fiscais da empresa Denifer consta a identificação do transportador e nas notas fiscais emitidas pelos demais fornecedores, apenas a nota fiscal de nº 4 (fls. 785) da empresa Marcio Daniel Sabino consta a identificação do veículo BWC 9482 Lençóis Paulista.

b) Pelas pesquisas efetuadas no sistema renavam de fls. 828 a 879, dentre as 52 placas de veículos identificadas, apenas 3 veículos pertencem aos municípios das empresas envolvidas, conforme fls. 828, 830 e 877, sendo as demais pertencentes a diversos municípios dos Estados de SP, MG, PR, RJ, ES, que não tem vinculação com qualquer município das obras executadas, salientando-se ainda que diversas placas de veículos mencionadas nas fichas de recebimento de materiais apresentadas pela impugnante não foram localizadas no sistema renavam.

c) Analisando detalhadamente, as letras e os números das placas de todos os veículos mencionados nas fichas de recebimento de materiais apresentadas pelo impugnante observa-se que a maioria decorre de alterações das letras e manutenção do número, inversões dos nºs. das placas, alteração de apenas o primeiro número da placa, numerações sequenciais.

O termo de diligência foi cientificado à interessada em 21.01.2007, foi dado prazo de 10 dias, a contribuinte requereu cópia dos autos e apresentou manifestação em 01.02.2007.

A DRJ determinou nova diligência por ter restado inconclusa a primeira, por ter faltado a obtenção junto às agências bancárias de cópias de cheques utilizados para pagamento das notas fiscais e na hipótese de tais cheques terem sido levados a crédito em contas correntes, que os titulares destas viessem a ser devidamente identificados.

A empresa foi intimada a apresentar a cópia dos cheques frente e verso, esta solicitou-os, em parte, às agências bancárias, e depois de vários meses, foi concluído o relatório de diligência relatando o ocorrido tendo sido cientificado à interessada, que apresentou manifestação, destacando que se esforçou para obter os elementos solicitados, mas que não foi possível obtê-los.

A terceira diligência foi determinada para que as cópias dos cheques fossem obtidas diretamente às agências bancárias. A autoridade fiscal encarregada da diligência intimou a interessada a apresentar essas cópias dos cheques. Consta no relatório que a autuada apresentou apenas um cheque, emitido a favor de Marcio Daniel Sabino Lençóis PaulistaME, que apresenta borrões que não permitiu análise mais profunda e eventual identificação da conta onde o mesmo tenha sido depositado, e que aparentemente, foi utilizado para pagamento da nota fiscal 38, conforme planilha de fls. 1021. Consta ainda que conseguir os documentos pleiteados junto às agências bancárias, significaria abrir um novo MPF, com prévia autorização da Delegada, providência essa impossibilitada pelo fato de se referir a períodos atingidos pela decadência. A manifestação apresentada pelo sujeito passivo concordou com o autor da diligência.

Após a realização das três diligências, a Turma Julgadora concluiu pela procedência do lançamento, tendo sido proferidas as seguintes ementas:

PRELIMINAR. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

O procedimento adotado pelo contribuinte determinará. - a maneira pela qual se dá a contagem do prazo decadencial: em não tendo agido, em tese, com dolo, fraude ou simulação, a contagem se dá segundo o § 40 do art. 150 do CTN; em tendo ocorrido quaisquer dessas circunstâncias, como no caso presente, o prazo é contado segundo o estabelecido pelo art. 173, inciso I, ainda do CTN, ou seja, cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o tributo poderia ter sido lançado. De ser rejeitada a preliminar.

PRELIMINAR. CERCEAMENTO DO DIREITO A AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. O detalhado pelo "Termo de Constatação Fiscal", juntamente com o Auto de Infração e seus anexos, demonstram, de maneira clara, a acusação que veio a recair sobre o contribuinte, de forma a não restar qualquer dúvida sobre a mesma. E a impugnação apresentada, dado o detalhamento apresentado, permite concluir, com bastante facilidade, a plena compreensão da irregularidade praticada, por parte do contribuinte. Rejeita-se a preliminar argüida.

PRELIMINAR. ALEGAÇÕES NO SENTIDO DA PRÁTICA DE ATOS COM BOA-FÉ' INSUFICIÊNCIAS. Meras alegações, no sentido de que o contribuinte teria procedido com boa-fé, são insuficientes a descaracterizar a ocorrência da irregularidade que foi acusado de praticar. Rejeita-se a preliminar.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. NÃO CONFISCO. INOCORRÊNCIA. REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS. Correta a aplicação da multa qualificada, em razão do procedimento adotado pelo contribuinte, caracterizado, conforme acima, em tese, na ocorrência de dolo, fraude ou simulação, não podendo, sequer, se falar na ocorrência de confisco, até porque estribada em lei. Também em razão de tal modo de proceder, correta a formulação da devida Representação Fiscal para Fins Penais. De ser rejeitada, por igual, a preliminar argüida.

PRECLUSÃO. JUNTADA DE NOVOS DOCUMENTOS, PELO FISCO, APÓS CONCLUÍDA A AÇÃO FISCAL. JUNTADA DE NOVOS ELEMENTOS, PELO CONTRIBUINTE, APÓS APRESENTADA A IMPUGNAÇÃO. ART.16. § 4º DO DECRETO Nº 70.235/1972. Precluíram do direito, tanto o fisco, ao proceder a juntada de novos elementos, quando já encerrada a ação fiscal, como o contribuinte, ao apresentar manifestação, com a juntada de outros elementos de prova, após apresentada a impugnação, sem que tenha comprovado a ocorrência de quaisquer das circunstâncias previstas pelo § 4º, do art. 16, do Decreto nº 70.235/1972.

MÉRITO. GLOSA DE CUSTOS. DOCUMENTOS INIDÔNEOS. INAPTIDÃO DE FORNECEDORES. ELISÃO DA ACUSAÇÃO FISCAL. COMPROVAÇÃO DOS RECEBIMENTOS DAS AQUISIÇÕES. COMPROVAÇÃO DOS PAGAMENTOS CORRESPONDENTES. INOCORRÊNCIA. Acusada de fazer uso de documentos emitidos por empresas consideradas, pelo fisco, como inidôneos, restaria ao contribuinte buscar elidir tal acusação fiscal, mediante a comprovação (i) da efetividade dos recebimentos das mercadorias dito adquiridas, assim como (ii) de que as mesmas teriam sido pagas aqueles fornecedores. Em não tendo apresentado, seja no decorrer dos trabalhos fiscais ou, por meio da defesa ou, ainda, noutros momentos processuais, quaisquer elementos a comprovar a efetividade daquelas operações, correta a sua glosa, de maneira a reduzir seus custos.

Registre-se que consta no voto condutor do acórdão que os elementos trazidos na diligência, nada mais são do que aqueles que teriam motivado a ação fiscal e que deveriam desde a época, e desde que de interesse da lide, integrarem o processo. Assim, entendeu haver precluído o direito do fisco, de proceder, neste momento, a instrução do processo, mediante a juntada dos documentos de fls. 633/917, que se encontravam em poder do (à época) Auditor da Previdência Social, consequentemente, também considera precluída, a manifestação da interessada (fls. 936/951) assim como seus anexos (fls. 952/966), porque a mesma decorre dos elementos apresentados por conta da diligência pleiteada.

A ciência da decisão de primeira instância foi dada em 15.10.2009 e o recurso voluntário foi apresentado em 13.11.2009.

A recorrente alega que com a primeira diligência foram juntados aos autos pela fiscalização inúmeros documentos, em evidente instrução processual, sobre os quais a interessada foi instada a se manifestar, sem que lhe fossem fornecidas cópias dos referidos e novos elementos, fato que caracterizaria cerceamento do direito de defesa e ao contraditório.

Em relação à segunda diligência argumenta que concluiu sua manifestação reiterando o pedido para que todos os documentos já apresentados que seriam suficientes para a insubsistência do lançamento; que estaria comprovada a boa-fé durante todo o procedimento fiscal, e pediu que a questão fosse examinada sob o prisma do lapso temporal quinquenal decorrido, além da preclusão.

Acrescenta que ficou surpreso com a terceira diligência e que concordou com o relatório de diligência, e reiterou que tomou todas as providências possíveis e a seu alcance para o atendimento, não tendo alcançado seu objetivo por motivos alheios à sua vontade.

DAS PRELIMINARES

Da decadência:

Discorda da Turma Julgadora que deixou de aplicar os cinco anos contados a partir do fato gerador, por ter entendido que ocorreram as exceções mencionadas no § 4º do art. 150 do CTN, pois aquelas exceções se referem a situações não provadas e não acusadas no ato de lançamento.

Do cerceamento à ampla defesa e ao contraditório.

Alega ofensa ao direito de defesa por ter a fiscalização após o lançamento, ter juntado aos autos documentos de fls. 633/920, sem que desses fosse fornecida cópia à autuada. Acusa que este procedimento representa verdadeira instrução processual, situação não permitida pelo direito, haja vista que precluso o momento para tanto. Acrescenta que esses documentos estiveram desde sempre com a fiscalização, porque todo o trabalho desenvolvido pelo Auditor da Receita Federal partiu dos documentos fornecidos à época pela fiscalização previdenciária e estes lá se encontravam. Aduz que havia entregue à Fiscalização da Previdência Social, todas as notas fiscais solicitadas, e estas não se encontravam entre a documentação devolvida.

Salienta que não se pode admitir, sem que haja grave ofensa ao princípio da não-surpresa e da moralidade, que agentes públicos guardem documentos, que deveriam instruir o lançamento fiscal desde sua origem, para juntá-las a seu bel prazer, no momento que julgar conveniente.

Acrescenta ainda que a determinação do julgador monocrático, foi no sentido de “realização, novamente, de diligências (ou obtenção de esclarecimentos)” junto aos emitentes dos documentos fiscais para esclarecimentos a respeito de quais notas teriam sido cedidas de forma gratuita à autuada, e a fiscalização em vez de atender ao solicitado, juntou documentos já conhecidos, sob a singela alegação de “subsidiar o julgamento da impugnação interposta” e procedeu a verificações diversas da determinada, buscando, na verdade, dar nova instrução ao processado, sem que fosse cientificada a autuada.

Entende estar sobejamente comprovado, a ofensa do direito constitucional da autuada à ampla defesa e ao contraditório, fato que macularia o procedimento fiscal e consequentemente deixando-o à mercê de nulidade.

Dos efeitos do aperfeiçoamento do lançamento

Salienta que com a juntada desses documentos se deu o aperfeiçoamento do lançamento tributário e se for aceita a juntada desses documentos, estaria configurada a figura da decadência para todas as exigências fiscais, pois todos os fatos geradores já haviam ocorrido há mais de cinco anos quando da notificação da juntada de novos documentos, e efetivo aperfeiçoamento do lançamento, a qual se deu em 29.01.2007.

DO MÉRITO

Destaca que a divergência entre o fisco e a autuada advém tão somente da presunção fiscal de que seriam inidôneos os documentos que ampararam as aquisições de materiais efetuadas junto a seus fornecedores indicados nos autos.

Argumenta que o autor da diligência trilhou por caminho diverso do que lhe foi solicitado, como a indigitada juntada de novos documentos e limitando-se a discorrer sobre o histórico dos autos e fazer exame das placas de veículos, que conforme se verificaria das notas fiscais por ele juntadas, sequer constam delas, e mesmo que constassem, seria dos emitentes a responsabilidade de sua indicação, até porque, as fichas de recebimento nos canteiros de obras são preenchidas por funcionários da construção civil, pessoas sabidamente humildes e simples, de quem não se pode exigir que fiquem anotando e conferindo placas dos veículos de entrega.

Aduz que o relatório de diligência nada tem de conclusivo, e inclusive não apontou qualquer conclusão sobre a evidente contradição existente entre a acusação fiscal, de que não existiram as operações com a empresa MÁRCIO DANIEL SABINO e a declaração prestada à Agência da Previdência Social pelo titular daquela empresa, inclusive antes da presente ação fiscal, no sentido de efetividade daquelas operações comerciais (a qual foi reafirmada por aquele empresário e seu responsável contábil, em declarações com firmas reconhecidas, juntadas na defesa). Transcreve trecho do relatório do AFRP, com alusão às fls. 924, para concluir que o Auditor desconsiderou tal informação, e que mesmo sabendo que a empresa confirmou as operações comerciais, optou por lançar a exigência. Esse trecho mencionado é o seguinte:

"...o titular compareceu à Agência da Previdência Social em Lençóis Paulista e assegurou que o Livro Caixa apresentado é o de sua empresa e que as notas não lançadas neste também, relativos as notas fiscais nos 157, 158, 164 a 167, 171, 174, 178, 180, 196 e 197, emitidas no período de 28/02/01 a 14/09/01, totalizando o montante de R\$ 60.412,18".

Alega ainda que no caso da DENIFER, assim como as outras empresas, esta, em 29.03.2005, se encontra ATIVA nos sistemas da Receita Federal, conforme documentos juntados com a impugnação de fls. 523/6, e que mesmo nas informações realizadas em 14.07.2005 (fls. 547/550/552) a DENIFER não apresenta a noticiada alegação da empresa “concordatária” ou “falida”, nem mesmo no campo de “medida judicial”, onde se lê: “NÃO CONSTAM”, fls. 553.

Indaga que se nem a Receita Federal sabia, até à data das verificações, que a empresa estava em processo de falência, ou que teve a falência decretada, como poderia a recorrente, à época das operações saber? Indaga ainda: “Será que o síndico da eventual ‘ massa falida’ não percebeu que a empresa permaneceu em atividades e na posse de seus talões de notas fiscais e continuou realizando operações, como estas dos autos, com a recorrente?”

Acrescenta que, as incoerências das informações fiscais permanecem para o caso das empresas MARTINS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA e DAISY LÚCIA MARTINS-ME, com as quais a recorrente efetivamente manteve relações comerciais, com operações de compras de materiais, empresas que segundo o fisco, estariam inativas, quebradas ou paralisadas. Afirma que elas se encontram na situação ATIVA junto aos sistemas da Receita Federal, conforme documentos de fls. 523/6 e que efetuou diligências por conta própria, e que juntou aos autos provas documentais de que aquelas empresas, com as quais realizou operações, tanto se encontravam ATIVAS à época das operações, como se encontravam ATIVAS após as operações, sendo que a MARTINS estaria em atividade até à data da apresentação do recurso. Cita os seguintes fatos:

a) cópia autenticada do Guia Imobiliário da região, do mês de agosto de 1999, antes das operações citadas nos autos, onde se encontra anúncio da empresa MARTINS-Comércio e Representações, apontando os telefones dessa empresa e da empresa DAISY LÚCIA MARTINS – ME;

b) cópia do Guia de 2004, após as operações, onde se encontra o anúncio do Depósito MARTINS apontando o mesmo telefone que consta nas notas fiscais das operações realizadas;

c) fotografias tiradas em 28.01.2007 da empresa MARTINS e do caminhão de carga que traz letreiro da empresa, com o mesmo telefone;

d) fotocópias retiradas do processo em andamento junto ao Ministério Público, contra a empresa DAISY LÚCIA MARTINS-ME, referente a crime contra a ordem tributária, do auto de infração e imposição de multa, lavrado em 15.04.2005, pela Fazenda Estadual de SP, onde constam acusações de falta de escrituração de notas fiscais de sua emissão, referentes ao mês de junho de 2000, e ao período de agosto de 2001 a julho de 2002 (antes, durante e depois das operações); fotocópia onde constaria a sua situação junto ao órgão estadual, em 30.05.2006, como contribuinte ativo; fotocópia de Termo de declarações prestadas pela Sra. Daisy Lúcia Martins, onde se verificaria que o número de telefone por ela fornecido é o mesmo utilizado na propaganda do Guia Imobiliário de 1999; fotocópia da “Notícia Crime conta a Ordem Tributária”, onde se verifica que pelo apurado nos quesitos 7 e 8, que não houve por parte daquela empresa, emissão distribuição ou fornecimento de documentos falsos, mas sim, falta de pagamento de tributo (quesito 1) por falta de escrituração de notas fiscais.

e) Fotocópia retirada do mesmo processo, do boletim de ocorrência, de 04.09.2002, 2 meses após a visita do Auditor Fiscal, da Delegacia de Polícia de Barra Bonita-SP, onde o Sr. Gilmar Martins, informa que é proprietário do estabelecimento comercial “DEPÓSITO MARTINS” e que percebeu que foram subtraídos do interior do escritório, dentre outros pertences, pasta com documentos da empresa e duas outras com talões de notas fiscais, sendo: 8 talões da firma MARTINS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA e 10 talões da firma DAISY LUCIA MARTINS ME;

f) cópia da ficha de breve relato da JUCESP da firma Rondina & Martins, que consta da diligência fiscal de fls. 75, que afirmou: “O sócio-proprietário {da Martins} tem atualmente padrão de vida humilde, sendo assalariado da empresa Rondina & Martins Ind. E com. De Materiais de Construção, (...)” Porém o endereço de tal empresa é aquele que consta no Guia Comercial do ano de 2004, que tem o mesmo telefone da empresa MARTINS, conforme consta das notas fiscais das operações realizadas com a ora recorrente.

A recorrente entende estar evidente que são totalmente equivocadas as informações obtidas pelo fisco federa, pois além de estarem em atividade à época dos fatos, tendo realizado operações com a recorrente, como continuaram em atividade nos anos seguintes, sendo que a empresa MARTINS estaria em atividade até à data da interposição do recurso, ainda que em forma da “comprovada sucessão comercial”, para fugir de suas obrigações fiscais. Aduz que no que se refere às declarações prestadas pelos sócios destas empresas (fls. 59/61), “estão declarando em causa própria”, pois se não registraram suas operações comerciais, não declarariam os recebimentos de valores correspondentes às vendas efetuadas à recorrente, até porque seriam autuadas.

Ressalta que dos termos de fls. 59/61, que se referem a apenas a duas empresas, nem mesmo se retira a informação ou indagação, dos declarantes, de que não efetuaram as operações comerciais discutidas nos autos.

Afirma que não há nos autos e nem nas cópias inicialmente recebidas pela recorrente, qualquer uma delas prestada no sentido da conclusão fiscal de que “reconheceu que, após a desativação dos negócios, cedeu à Construtora Marimbondo Ltda. diversas notas fiscais que não representaram venda e/ou saída de mercadorias...”. Indaga: “De onde o fisco tirou essa conclusão?”

Destaca que tais declarações são de conteúdo muito grave e devem ter merecido, por parte do fisco, o tratamento correspondente, ou seja, tenham sido prestadas, por escrito, firmadas, e com reconhecimento, na forma legal, entretanto, afirma que não recebeu tais declarações, se é que existem, e não as localizou no processo, restando apenas relatada em termo fiscal, mantendo-se assim, no nebuloso, sombrio e obscuro campo das alegações.

Afirma ter adquirido materiais das referidas empresas, os quais foram entregues e aplicados diretamente nas obras de construção civil que executa, e os valores de tais mercadorias, compõem de fato, o custo dos serviços por ela prestados.

Pleiteia sustentação oral. Requer que seja decretada a nulidade do auto de infração, pelas preliminares suscitadas, e não sendo este o entendimento, requer seja cancelado o lançamento face às razões de mérito, ou relevadas as multas aplicadas diante de sua comprovada boa-fé, como medida de verdadeira justiça.

É o relatório.

Voto

Conselheira Albertina Silva Santos de Lima

O recurso atende às condições de admissibilidade e deve ser conhecido.

Inicialmente cabe registrar que a inclusão em pauta do presente recurso foi publicada no Diário Oficial da União, dando-se assim, publicidade à realização do julgamento.

Apreciarei a preliminar de decadência somente após a apreciação do lançamento da multa qualificada.

Alega a recorrente ofensa ao direito de defesa por ter a fiscalização após o lançamento ter juntado aos autos os documentos de fls. 633/920, sem fornecimento de cópias. Ocorre que a recorrente solicitou cópia do processo, em 26.01.2007, recebendo-as em 29.01.2007, conforme doc.de fls. 933, sendo que em 01.02.2007, apresentou a manifestação relativa ao resultado da primeira diligência determinada pela DRJ. Assim, não prospera essa alegação, uma vez que a empresa tomou ciência dos documentos contidos no processo.

Sobre a alegação de que esse procedimento representa verdadeira instrução processual, verifico que os documentos juntados pela autoridade fiscal que realizou diligência, são:

a) cópias de notas fiscais, que haviam sido solicitadas à empresa pela autoridade fiscal que lavrou o auto de infração, sendo que a autuada não atendeu ao pedido, tendo o autor da diligência solicitado cópia das notas fiscais à fiscalização da Previdência Social: embora esses documentos pudessem integrar os autos para fins de fundamentar o lançamento, pelo fato de não serem documentos desconhecidos da empresa e corresponderem à relação de notas fiscais emitida pela própria fiscalizada, e ainda pelo fato de constarem na intimação fiscal e não terem sido fornecidos, sob a alegação de que não haviam sido devolvidos pela fiscalização previdenciária, não é razão suficiente para que se considere nulo o lançamento. Observe-se ainda que algumas cópias de notas fiscais já constavam dos autos.

b) quanto à juntada de consultas renavam e manifestação do autor da diligência sobre as placas dos veículos, essa apreciação teria que ser feita, uma vez os documentos que comprovariam a entrega dos materiais foram trazidos aos autos com a impugnação, não havendo também, razão para que se considere nulo o lançamento;

c) cópias de cheques emitidos e cópia do Razão Analítico que estavam em poder da fiscalização previdenciária;

d) relação de documentos apreendidos pela Previdência Social e relação de cheques emitidos em nome das empresas identificadas: já constavam dos autos

e) cópia do livro caixa da empresa Marcio Daniel Sabino Lençóis Paulista – ME: Em relação a este documento, em tese, ele somente beneficiaria o sujeito passivo.

f) Termos de depoimento dos srs. Ailton Carlos Freire, Wagner Marinelli, e Gilmar Martins prestados à autoridade previdenciária: já constavam dos autos.

g) cópias de consultas ao sistema cnpj com informações relativas às declarações IRPJ/Simples apresentadas;

h) consultas de pagamentos de tributos;

j) documentos internos da Previdência Social, sem relevância;

k) relatório de diligência.

Verifique-se que o relatório de diligência foi realizado com vistas a atender ao solicitado na determinação da DRJ, ou seja: (i) realização de diligências ou obtenção de esclarecimentos junto aos emitentes dos documentos fiscais, principalmente, no tocante às empresas inativas de forma a obter informações a respeito de quais notas teriam sido cedidas de forma gratuita para a empresa autuada; (ii) comprovação da ocorrência das operações comerciais realizadas entre a autuada e a pessoa jurídica “Marcio Daniel Sabino Lençóis Paulista – ME”, objeto da declaração de fls. 471, firmada pelo titular desta; (iii) obtenção junto às Agências de Lençóis Paulista, São Carlos e Botucatu, da Caixa Econômica Federal, de cópias dos cheques arrolados (ou parte considerável destes) de fls. 52/58, vinculando-os se possível às notas fiscais, de forma a esclarecer o real destino dos pagamentos.

Assim, não há como não se levar em conta o relatório de diligência, que foi solicitada para convencimento do julgador, sendo que o mesmo e seus anexos não representaram qualquer aperfeiçoamento do lançamento, pois, em relação aos documentos que o fundamentaram, ou são documentos que já são do conhecimento da empresa, ou documentos que já integravam os autos, ou as consultas renavam que somente vieram aos autos porque a própria autuada, quando da apresentação da impugnação, trouxe aos autos as fichas de recebimento de materiais, onde as placas de veículos estavam mencionadas, ou ainda outros documentos sem relevância. Já em relação à cópia do livro caixa da empresa Marcio Daniel Sabino Lençóis Paulista - ME, em tese, ele somente beneficiaria o sujeito passivo.

Ademais, conforme já abordado, a contribuinte pediu cópia dos autos, e apresentou manifestação relativa ao relatório de diligência, não havendo qualquer cerceamento à ampla defesa e ao contraditório.

Consequentemente rejeita-se a preliminar de preclusão.

Passa-se à apreciação do mérito.

O sujeito passivo autuado presta serviços de empreitada e construção de casas populares para órgãos públicos, notadamente para a Caixa Econômica Federal.

A fiscalização foi iniciada, com a solicitação das notas fiscais de fornecimento de materiais de construção das quatro empresas, bem como, cópia dos cheques, duplicatas, comprovantes de depósitos e recibos.

A fiscalizada somente apresentou um demonstrativo com informações sobre as notas fiscais que teriam sido extraídos de registros contábeis e fiscais. Alegou que os demais

documentos não os detinha, porque haviam sido entregues à fiscalização da Previdência Social, sendo que a devolução se deu em diversas caixas, não tendo sido encontrados.

Esse demonstrativo “relação de aquisição de materiais” contém o número da nota fiscal, a data, o valor, o fornecedor, os números do Livro Diário e folha.

A fiscalização entendeu que de conformidade com as informações e dados contidos na Representação do INSS/Bauru, corroborado pelos resultados obtidos pela diligência efetuada pela fiscalização da DRF em Bauru, bem como, pelo fato do sujeito passivo não ter apresentado a documentação solicitada, teria sido comprovado que a fiscalizada registrou em sua escrituração, custos de materiais de construção não incorridos, com a utilização de documentos inidôneos.

A recorrente argumenta que as empresas “fornecedoras” estavam regularmente inscritas no CNPJ e que encontravam-se ativas e apresenta documentos com a finalidade de provar essa situação.

Entre os artigos do RIR/99 utilizados como fundamento legal, destaco o art. 217, que dispõe:

Art. 217. Além das demais hipóteses de inidoneidade de documentos previstos na legislação, não produzirá efeitos tributários, em favor de terceiros interessados, o documento emitido por pessoa jurídica cuja inscrição no CNPJ tenha sido considerada ou declarada inapta (Lei nº 9.430/96, art. 82).

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos em que o adquirente de bens, direitos e mercadorias ou o tomador de serviços comprovarem a efetivação do pagamento do preço respectivo e o recebimento dos bens, direitos e mercadorias ou utilização dos serviços (Lei nº 9.430, de 1996, art. 82, parágrafo único).

Observa-se que não consta nos autos qualquer informação de que as empresas supostamente fornecedoras tenham sido declaradas inaptas. Pelo contrário, consta uma informação no relatório de diligência, de 23.12.2004, utilizado pela fiscalização para fundamentar a infração, de que seriam iniciados os processos administrativos para situar as empresas diligenciadas como inaptas.

Assim, do disposto no *caput* do art. 217 do RIR/99, se depreende que existem outras hipóteses de inidoneidade de documentos, ou seja, não são apenas considerados inidôneos os documentos emitidos por pessoas jurídicas cuja inscrição no CNPJ seja considerada inapta, pois podem existir outras hipóteses de inidoneidade, mesmo em relação a empresas que estejam com a inscrição no CNPJ ativa.

Verifica-se ainda, que segundo o parágrafo único desse artigo, o *caput* não se aplica, quando o sujeito passivo comprova a efetivação do pagamento do preço respectivo e o recebimento das mercadorias. Ou seja, mesmo que a pessoa jurídica tenha sua inscrição no CNPJ sido declarada inapta, ainda assim, comprovado o efetivo pagamento e o recebimento das mercadorias, os documentos podem produzir efeitos tributários.

Considerando os fortes indícios de que as operações não ocorreram efetivamente, consequentemente, a comprovação da efetivação de pagamento e o recebimento das mercadorias são condições essenciais para a dedutibilidade dos custos.

Segundo a fiscalização, a empresa não comprovou a aquisição de materiais, por não ter apresentado os documentos exigidos pela fiscalização, tais como, cópia dos cheques, duplicatas, comprovantes de depósitos e recibos, ou seja, a empresa não comprovou a efetividade da aquisição dos materiais.

As cópias dos cheques (documentos contábeis e não os compensados) foram trazidos aos autos após solicitação à fiscalização previdenciária quando da realização da primeira diligência determinada pela DRJ, que a meu ver, não são suficientes para comprovar o efetivo pagamento.

Para fins de provar que efetivamente adquiriu os materiais, o sujeito passivo apresentou com a impugnação, fichas de recebimento de materiais e romaneio de aço e fichas de recebimento de materiais diversos – materiais não controlados.

A autoridade fiscal que realizou a primeira diligência determinada pela autoridade julgadora, manifestou-se em relação às fichas de recebimento de materiais, e anexou consultas ao sistema renavam das placas de veículos que constam nessas fichas.

Observou a autoridade fiscal que as placas de veículos citadas nessas fichas relativas ao material que teria sido fornecido pelas empresas Martins Comércio e Representações Ltda ME, Daisy Lucia Martins ME e Márcio Daniel Sabino Lençóis Paulista ME, que as placas dos veículos informadas nas fichas de recebimento de materiais diversos (materiais não controlados) emitidos pela Construtora Marimbondo, na sua maioria se tratam de veículos de passeio, camionetas, ônibus e motociclo, que não teriam condições e nem capacidade para transportar as mercadorias constantes das notas fiscais.

Observou ainda que apenas nas notas fiscais emitidas pela empresa DENIFER consta a identificação do transportador, bem como, a nota fiscal de nº 4, da empresa Márcio Daniel Sabino consta a identificação do veículo.

Acrescentou ainda que das 52 placas de veículos identificadas apenas 3 pertencem aos municípios das empresas envolvidas, bem como, diversas placas não foram identificadas no sistema renavam, e ainda, analisando-se detalhadamente as letras e os números das placas de todos os veículos mencionados nas fichas de recebimento de materiais, a maioria decorre de alterações das letras e manutenção do número, inversões dos números das placas, alteração de apenas o 1º número da placa, numerações sequenciais.

Assim, tais documentos não podem servir para comprovação da real aquisição dos materiais.

Também apresentou com a impugnação, para fins de comprovar a efetividade da aquisição dos materiais do fornecedor Marcio Daniel Sabino Lençóis Paulista ME, declaração de 21.02.2005, assinada Marcio Daniel Sabino e Assad Marcos Temer Feres, de que essa empresa efetuou operações comerciais com a Construtora Marimbondo Ltda, nos anos de 2000 e 2001 acobertadas pelas notas fiscais que relaciona (nº, valor e data). As notas fiscais relacionadas perfazem valor pouco inferior ao valor constante no auto de infração. Do valor

das notas relacionadas pela impugnante, apenas R\$ 60.412,18, não foram informados no livro caixa dessa empresa.

Pergunta-se: O fato de parte das notas fiscais tidas como emitidas pela empresa Marcio Daniel Sabino, estarem relacionadas no livro caixa dessa empresa seria razão suficiente para comprovar a efetiva aquisição das mercadorias por parte da Construtora Marimbondo? Este é um indício favorável à autuada, em relação às notas fiscais ali registradas, mas, ainda falta a comprovação do recebimento dos materiais e do pagamento, isto porque, há outros indícios de que os documentos utilizados são inidôneos, havendo nesse caso a necessidade de se comprovar o efetivo recebimento dos materiais e o pagamento.

Deve-se destacar que mesmo que não houvesse registro das notas fiscais no livro caixa da empresa Márcio Daniel Sabino Lençóis Paulista ME, mas se houvesse sido feita a comprovação do recebimento dos materiais e a comprovação do pagamento, os custos passariam a ser dedutíveis, ou seja, a falta de registro das notas fiscais no livro caixa da empresa emitente, não seria relevante, para essa finalidade.

Há ainda, outros elementos que colaboram na comprovação de que os documentos são inidôneos:

Denifer:

- cópia de termo de depoimento do Sr. Ailton Carlos Freire, prestado à autoridade previdenciária (fls. 60), onde consta que trabalhou na empresa Denifer nos períodos anotados na carteira de trabalho, que não fez entregas para a Construtora Marimbondo após fevereiro de 1999 nas cidades de Lençóis Paulista, Barra Bonita, Botucatu, Sorocaba e São Carlos e que não conhece essas cidades; que não prestou serviços para a Denifer após outubro de 1999, quando passou a trabalhar para outra empresa; e que utilizava o caminhão de placa BWE-1032/SP, quando estava na Denifer;

- cópia do termo de depoimento de fls. 61, prestado à autoridade previdenciária, do Sr. Wagner Marinelli, sócio-gerente da Denifer, que nunca recebeu os cheques relacionados, nunca os endossou; que nunca autorizou qualquer pessoa da empresa a fazê-lo e nem tem conhecimento de alguém da empresa que o tenha feito; e que a capacidade de transporte do caminhão é de apenas 3 toneladas.

- Informações da diligência realizada durante a ação fiscal (fls. 74/76): Informação da autoridade fiscal de que desde maio de 1999, no endereço cadastral da empresa, funcionava uma garagem de ônibus da empresa Vale do Sol Ltda, conforme informação do Sr. Luiz Antônio Teixeira prestada na presença de soldados da Polícia Militar identificados; que o sócio-gerente da DENIFER informou que a empresa pediu concordata em 1997 e conseguiu manter suas atividades até fins de 1998, quando se afastou, sendo decretada a falência em 1999; que o outro sócio da DENIFER informou que a empresa manteve suas atividades até dezembro de 1998, tendo apresentado a 2ª via da nota fiscal 3724, emitida em 31.12.98, com a informação de que foi a última emitida, e que informou ainda sobre a confrontação com a cópia das notas fiscais encaminhadas pela Defic, que após a desativação dos negócios cedeu à Construtora Marimbondo Ltda, diversas notas fiscais que não representaram venda ou saída de mercadorias, não tendo recebido os valores consignados em tais notas; consta ainda que a fiscalização apurou que os sócios têm padrão de vida humilde.

Martins Comércio e Representações:

- cópia de termo de depoimento do Sr. Gilmar Martins prestado à autoridade previdenciária (fls. 59), onde afirma que os cheques relacionados não foram depositados na conta da empresa, que nunca endossou tais cheques e nem constituiu procurador para tal.

- Informações contidas no relatório de diligência realizada durante a ação fiscal: No endereço cadastral foi encontrado um imóvel desocupado consistindo de um terreno com pequeno escritório na frente, e que o sócio, sr. Gilmar Martins informou que a empresa manteve suas atividades de venda de areia para construção, tijolos e pedras até 1999, e que após a desativação dos negócios cedeu à Construtora Marimbondo diversas notas fiscais que não representaram venda ou saída de mercadorias, não tendo recebido os valores consignados nas mesmas, e que o sócio atualmente é empregado da empresa Rondina & Martins Ind. e Com. De Materiais para Construção.

Daisy Lucia Martins ME

- Informações contidas no relatório de diligência mencionado: No endereço cadastral foi encontrado um terreno desocupado. A sócia-proprietária não foi encontrada, e o Sr. Gilmar Martins se declarou irmão da Sra. Daisy, que informou que o terreno foi doado pela Prefeitura e foi retomado em razão da empresa não ter tido condições de se estabelecer nas condições pactuadas; que o sr. Gilmar Martins informou que era o responsável de fato pela empresa e que a empresa funcionou por curto período mesmo sem sede estabelecida e que após a desativação do negócio, cedeu à Construtora Marimbondo diversas notas fiscais que não representaram vendas e ou saída de mercadorias, não tendo ele ou a sra. Daisy recebido os valores consignados nas mesmas.

Márcio Daniel Sabino Lençóis Paulista ME

- Informações contidas no relatório mencionado: No endereço cadastral nada foi encontrado, o sócio proprietário não foi encontrado em Lençóis Paulista e tampouco em São Manuel, onde foi informado que estava viajando.

Conclusão

Tendo em vista que o conjunto de provas trazidas aos autos, apontam que os documentos que lastrearam os custos são inidôneos, tendo ocorrido não só com um suposto fornecedor, mas com quatro supostos fornecedores, a dedutibilidade dos custos somente seria possível se o sujeito passivo comprovasse a efetiva aquisição dos materiais e o efeito pagamento. Não tendo ocorrido a mencionada comprovação, cabível a glosa efetuada.

O fato da contribuinte ter argumentado que solicitou cópia de alguns cheques às agências bancárias, quando da realização da última diligência, que restou infrutífera, sendo apresentado apenas a cópia de um cheque mas com verso ilegível, também não é suficiente para provar que efetivamente os pagamentos foram utilizados para a aquisição de materiais e tampouco comprova a boa-fé na utilização dos documentos para lastrear a dedutibilidade dos custos.

Multa de ofício

A multa de ofício qualificada, aplicada à glosa de custos lastreados em documentos inidôneos, deve ser mantida, por estarem presentes os pressupostos legais para sua imposição.

Ademais, o argumento de que a multa deveria ser relevada diante de sua suposta comprovação de boa-fé não pode ser acatada, exatamente porque não foi comprovada a alegada boa-fé.

Decadência

Dispõe o art. 150, do CTN:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Portanto, segundo o § 4º do art. 150, do CTN, se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, e expirado o prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento, salvo se comprovada a ocorrência de fraude, dolo ou simulação. Tendo sido mantida a qualificação da multa de ofício, o que caracteriza a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, de que trata o § 4º acima transcrito, pode-se afirmar que ocorreram as circunstâncias para a aplicação da regra geral do art. 173, I, do CTN, cuja contagem do prazo decadencial deve obedecer à regra de que trata a tese defendida pelo STJ na sistemática do recurso repetitivo, de que trata o Recurso Especial nº 973.733 - SC (2007/0176994-0), julgado em 12 de agosto de 2009, sendo relator o Ministro Luiz Fux, em razão do disposto no art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256/2009.

Consequentemente, devem ser excluídos dos lançamentos somente os fatos geradores do IRPJ e da CSLL ocorridos até 31.12.99, por ter ocorrido a decadência do direito de o fisco constituir os lançamentos, uma vez que os mesmos foram cientificados ao sujeito passivo, em 28 de fevereiro de 2005, tendo sido ultrapassado o prazo decadencial de cinco anos, contados a partir de 01.01.2000.

Reproduzo a ementa do julgado do STJ acima mencionado, que nos leva a essa conclusão:

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

*INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO.
DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O
CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL.*

*ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS
PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN.*

IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário

Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não

restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos impositivos ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Rejeita-se também a alegação de que com a primeira diligência o lançamento teria sido aperfeiçoado, razão pela qual teria decaído o direito de o fisco de exigir o crédito tributário constituído, pois, conforme acima explanado quando da apreciação da preliminar de preclusão, concluiu-se que não ocorreu a preclusão e não se tratou de aperfeiçoamento do lançamento. Assim, rejeita-se a preliminar de decadência fundamentada nessa argumentação.

Estende-se o decidido em relação ao tributo principal, à exigência da CSLL, tendo em vista que tratam-se dos mesmos fatos e existe uma estreita relação entre causa e efeito que os vincula.

Do exposto, oriento meu voto para rejeitar as preliminares de nulidade, acatar a preliminar de decadência para o IRPJ e CSLL dos fatos geradores ocorridos até 31.12.99, e no mérito, negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Relatora