



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.722975/2012-62
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-005.277 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de abril de 2021
Recorrente SPBRASIL ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

PIS. COFINS. REGIME NÃO CUMULATIVO. GLOSA DE CRÉDITOS DESCONTADOS INDEVIDAMENTE. COMPRAS NÃO COMPROVADAS. PROCEDÊNCIA.

Há de ser mantida a glosa dos créditos descontados indevidamente na apuração das contribuições pelo regime não-cumulativo, em face da não comprovação da regularidade das compras, bem como pela utilização de documentação inidônea.

PIS. COFINS. REGIME NÃO CUMULATIVO. GLOSA DE CRÉDITOS DESCONTADOS INDEVIDAMENTE. INSUMOS. PROCEDÊNCIA

Mantém-se a glosa de créditos referente a serviços prestados, tendo em vista que honorários advocatícios, fardamento e locação de mão-de-obra, não podem ser considerados insumos, para fins de creditamento de valores.

MULTA QUALIFICADA. CONFIGURAÇÃO DE FRAUDE. PROCEDÊNCIA.

A utilização de notas fiscais com indícios de inidoneidade sem que, intimado, o sujeito passivo consiga demonstrar a natureza ou a efetividade dos serviços, configura a prática de atos dolosos tendentes a retardar o conhecimento da natureza do fato gerador e a modificar a sua natureza essencial de modo a evitar o pagamento do tributo devido.

DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DE FRAUDE.

Constatada a existência de fraude, o prazo decadencial será de 05 anos, contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

DILIGÊNCIA/PERÍCIA. PEDIDO GENÉRICO.

Indefere-se o pedido de diligência ou perícia genérico, que não especifica aquilo que se pretende provar, nem traz a elaboração de quesitos.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. SÓCIO ADMINISTRADOR. ART. 135 III CTN.

Há de ser mantida a responsabilidade solidária do sócio administrador por atos com infração à lei apenas para as infrações lavradas com multa qualificada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade e o pedido de diligência e, no mérito, por negar provimento ao Recurso Voluntário do contribuinte e dar provimento parcial ao recurso do responsável solidário, para manter a imputação da responsabilidade do Sr. Eloízo Gomes tão somente em relação aos créditos tributários constituídos com multa qualificada.

(documento assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Giovana Pereira de Paiva Leite, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Lucas Esteves Borges, Rafael Taranto Malheiros, Maurítânia Elvira de Sousa Mendonca (suplente convocada), Bárbara Santos Guedes (suplente convocada) e Heitor de Souza Lima Junior (Presidente). Ausente a Conselheira Bianca Felicia Rothschild.

Relatório

Trata o presente de recursos voluntários interpostos pelo contribuinte e pelo responsável solidário, em face de acórdão da DRJ n. 05-40.777, de 02/05/2013, que julgou procedente em parte as impugnações.

Por bem descrever os fatos ocorridos até então, valho-me em parte do relatório da decisão recorrida:

Trata-se de Autos de Infração da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social-COFINS e da contribuição para o Programa de Integração Social-PIS, fls. 16454/16571, que constituíram o crédito tributário total de R\$ 70.308.094,61, somados o principal, multa de ofício regular e qualificada e juros de mora calculados até 31/12/2012.

O Termo de Verificação Fiscal inicia noticiando que se trata de ação fiscal baseada em investigação procedida pela Administração Tributária estadual motivada por *fortes indícios de que as operações entre as empresas investigadas e alguns de seus fornecedores não ocorreram, no todo ou em parte*. A autoridade fiscal requereu e obteve a documentação coletada nas operações originais e, a partir deles, procedeu à auditoria que resultou na autuação sob exame.

Prossegue o relato:

Estes relatórios elaborados pelo Fisco Estadual (um para cada fornecedor diligenciado) foram juntados aos Apensos 1 a 7 do presente processo, concluindo, em todos eles, pela inexistência das operações de compra de mercadorias pela empresa SP

ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, levando-se em conta diversos aspectos analisados, tais como:

a) Instalações físicas, capital social, atividade comercial (varejo ao invés de atacado) e porte dos fornecedores seriam incompatíveis com a movimentação/estoque de mercadorias "adquiridas" pela empresa SP;

b) Negativa dos sócios e responsáveis dos fornecedores (quando encontrados) de operações de venda para a empresa SP;

c) Numeração das notas fiscais apresentadas pela empresa SP não correspondem ao dos talonários de notas fiscais de posse de alguns fornecedores, cujas impressões foram autorizadas pelos Fiscos Estaduais, com fortes indícios de falsificação destes documentos fiscais.

d) Em outros casos existe coincidência de numeração entre as notas fiscais do fornecedor e da empresa SP, porém os aspectos formais e materiais das mesmas (padrões tipográficos, destinatários, valores, municípios e estados de destino) são totalmente distintos, implicando novamente em fortes indícios de falsificação destes documentos fiscais;

e) Constatada a inidoneidade de vários carimbos de fronteira do Estado de Minas Gerais (UF de diversos destes fornecedores) postos às notas fiscais de posse da empresa SP;

Na seqüência, a autoridade descreve o procedimento de auditoria detalhando as intimações e a forma de atendimento por parte do sujeito passivo, culminando com a notícia da lavratura de Termo de Embarço e Reintimação Fiscal motivado por falta de entrega de documentos. Após, prosseguiram as ações de fiscalização, dentre as quais se destacam as que procuraram a comprovação das aquisições sob suspeita diretamente dos fornecedores constantes dos documentos contábeis-fiscais da autuada. Relato detalhado e individualizado de cada um fornecedores consta do Termo.

A certa altura do Termo, relata a fiscalização:

VIII DA COMPROVAÇÃO DOS PAGAMENTOS CONTABILIZADOS PARA OS FORNECEDORES DAS OPERAÇÕES SUSPEITAS

Como já mencionado anteriormente, o contribuinte deixou de apresentar a comprovação dos pagamentos referentes às compras com indícios de irregularidades acima relatadas. Alegou que deixava de atender aos itens 4, 5 e 6 do Termo de Embarço e de Intimação n.º 06 (comprovantes de pagamento duplicatas ou recibos emitidos pelos fornecedores selecionados, relação individualizada dos cheques cujas cópias foram solicitadas aos bancos e cópia dos cheques, TED's e DOCs emitidos para pagamento dos fornecedores selecionados) pelo alto custo cobrado pelas instituições financeiras para fornecer cópia dos cheques solicitados (R\$ 5,90/microfilmagem).

Portanto, dada a impossibilidade de prosseguir a ação fiscal e constatada a hipótese de indispensabilidade prevista no inciso VII do artigo 3o. do Decreto 3.724/2001, as instituições financeiras em questão foram diretamente intimadas a fornecer, através da emissão de Requisições sobre Movimentação Financeira (RMF), as informações e documentos bancários, não apresentados pelo contribuinte até então.

...

Da análise de todos os documentos apresentados pelas instituições financeiras, descrevemos abaixo os resultados obtidos:

...

B) DOCUMENTOS DE DÉBITO

Constatamos do confronto dos documentos de débito (Cheques, TEDs, DOCs, Transferências, Pagamentos em geral) com os respectivos lançamentos contábeis, que os beneficiários desses recursos correspondem aos identificados nos respectivos históricos e contrapartidas destes registros na contabilidade da empresa SP, com exceção daqueles identificados nos históricos como pagos aos seguintes fornecedores: Cerealista Guimarães Ltda, CPA Comércio de Produtos Alimentícios Ltda, CENCO Central de Comércio e Gêneros Alimentícios Ltda, Comércio Varejista de Hortifrutigranjeiros Vila Sônia Ltda, Vínculo Distribuidora de Produtos Alimentícios e Miudezas Ltda, Moema Hortifrutigranjeiro Ltda e Gênova Agro Comercial Ltda. Os cheques utilizados para pagamento destes fornecedores (segundo a contabilidade), eram em grande parte (85%) descontados na "boca do caixa". Os demais cheques, compensados, eram depositados em contas-correntes de pessoas físicas ou jurídicas totalmente alheias às operações contabilizadas como pagamento a estes fornecedores (Vide o próximo item Identificação dos Reais Beneficiários).

...

Adicionalmente, como veremos adiante no tópico referente ao CAIXA 2 da empresa SP, obtido no decorrer de cumprimento de mandato de Busca e Apreensão, no Anexo 20 - Batimento do Caixa 2 com a Contabilidade - identificamos vários cheques sacados na boca da caixa, com destinação diferente da contabilizada referente a pagamentos a outros fornecedores "fictícios", até então não apurados. Estes fornecedores seriam as empresas Comercial Monterade Ltda, Frihelp Frigorífico Vale das Águas Ltda, Shopping Verde Comércio de Alimentos Ltda ME, Auto Posto Aruba Ltda, Kontorno Confeccões Indústria, Comércio e Prestação de Serviços Ltda e Irmãos Franco Indústria e Comércio de Cereais Ltda.

Portanto, a relação completa dos fornecedores utilizados na contabilização de "compras fictícias", apurados no decorrer da fiscalização, seriam a seguinte: Cenco Central de Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda, Cerealista Guimarães Ltda, CPA Comércio de Produtos Alimentícios Ltda, Moema Hortifrutigranjeiro Ltda, Comércio Varejista de Hortifrutigranjeiro Vila Sônia Ltda, Vínculo Distribuidora de Produtos Alimentícios e Miudezas Ltda, Gênova Agro Comercial Ltda, Comercial Monterade Ltda; Frihelp Frigorífico Vale das Águas Ltda, Shopping Verde Comércio de Alimentos Ltda.ME, Auto Posto Arruba Ltda., Kontorno Confeccões – Indústria, Comércio e Prestação de Serviços Ltda, Irmãos Franco Indústria e Comércio de Cereais Ltda, Atacadão Centro Sul de Cereais Ltda, Platanus Laticínios Ltda., WSP Distribuidora de Cereais Ltda e Hortifrugan Comércio de Alimentos Ltda.

Através do TIF nº 9, o contribuinte foi intimado a apresentar as seguintes informações e documentos referentes às compras e respectivos pagamentos a estes fornecedores, com o intuito de comprovar a existência dessas operações contabilizadas (...)

Até a presente data nenhum documento e/ou esclarecimento foi apresentado.

...

IX DA IDENTIFICAÇÃO DOS REAIS BENEFICIÁRIOS DOS PAGAMENTOS REF. AO ITEM ACIMA

Como já relatado acima, cerca de 85% dos cheques emitidos pela empresa SP para pagamento dos fornecedores "suspeitos" eram descontados na "boca do caixa".

Inicialmente, constatamos que muitos destes cheques identificavam no seu verso o nome, RG, CPF ou até mesmo CNH do sacador destes valores. Identificamos cerca de 20 pessoas nestas condições (...). [segue quadro com relação dos principais beneficiários e resumo dos depoimentos prestados à autoridade fiscal]

Portanto, levando-se em conta as diligências acima mencionadas, relativas aos descontos de cheques de emissão da empresa SP na "boca da caixa", contabilizados como pagamento aos fornecedores "suspeitos", constatamos que esses recursos sacados retornavam para a própria empresa SP, cuja destinação final não foi possível apurar dos esclarecimentos obtidos.

Todos os Termos de Depoimento e Anexos foram juntados ao Apenso 55.

Por outro lado, constatamos, que cerca de 15% dos cheques contabilizados para pagamento dos fornecedores CEREALISTA GUIMARÃES, CPA, CENCO, VÍNCULO, MOEMA, VILA SÔNIA e GENOVA eram depositados em contas-correntes de diversas pessoas físicas e jurídicas, conforme informado na coluna "Beneficiário" dos Anexos 2 a 8.

...

Em resumo, de todas as diligências efetuadas para apurar o destino dos cheques compensados, emitidos pela empresa fiscalizada, nenhum deles, segundo as empresas diligenciadas, está relacionado com vendas de mercadorias ou prestação de serviços à empresa SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.

Tampouco os registros contábeis destes cheques pagos aos fornecedores "suspeitos" (CEREALISTA GUIMARÃES, CPA, CENCO, VÍNCULO, MOEMA, VILA SÔNIA E GÊNNOVA), foram confirmados, pois foram utilizados para pagamentos de pessoas físicas e jurídicas distintas das indicadas nos históricos dos lançamentos.

Conforme as respostas obtidas, estes cheques foram utilizados para compra de cavalos, automóveis, imóveis, mercadorias diversas e até empréstimos, sem qualquer relação com os fatos descritos no histórico dos lançamentos contábeis (pagamento de fornecedores da empresa SP).

...

X - DA ANÁLISE DO "CAIXA 2" DA EMPRESA SP ALIMENTAÇÃO

No decorrer dos trabalhos tivemos notícia de Denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo a 10a. Vara Criminal da Comarca da Capital SP, por meio dos promotores de Justiça do GEDEC (Grupo Especial de Repressão aos Delitos Econômicos), em face de várias empresas e pessoas físicas envolvidas com a denominada Máfia da Merenda, entre elas o contribuinte ora fiscalizado SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.

...

Entre os documentos que julgamos mais úteis para o deslinde do caso, encontramos diversos depoimentos de pessoas envolvidas direta ou indiretamente com as operações fraudulentas praticadas pela empresa SP, e, ainda, uma planilha extraída de um arquivo digital localizado em um "pendrive" do Sr Silvio Marques, gerente financeiro do grupo SP ALIMENTAÇÃO, onde eram registradas as operações extracontábeis referentes à real destinação dos recursos sacados através dos cheques emitidos pela empresa SP para pagamento de compras fictícias acima mencionadas. Este arquivo será designado como CAIXA 2. Este pendrive foi obtido em uma operação de Busca e Apreensão autorizada judicialmente.

...

Foi realizado então o batimento entre os valores das entradas do CAIXA 2 e os cheques descontados contabilizados como pagamento a fornecedores.

No Anexo 20 representamos o demonstrativo deste batimento, onde constatamos uma correspondência exata entre os valores sacados através dos cheques em questão e a origem do CAIXA 2 da empresa SP.

...

Este fato confirma definitivamente as conclusões obtidas nas diligências anteriormente relatadas, tanto nos fornecedores como nos beneficiários dos cheques. A empresa se fez valer de um esquema de sonegação fiscal, entre outros crimes, inflando os seus custos e seus créditos de PIS/COFINS com a contabilização de compras fictícias e, ainda, encobrindo a destinação real destes recursos.

Portanto, associada à constatação da impossibilidade física das instalações dos fornecedores nos volumes adquiridos contabilizados, utilização de "notas frias", utilização de interpostas pessoas no quadro social destas empresas, não fornecimento por parte da SP dos comprovantes de quitação destas operações, cheques contabilizados como pagamentos destas operações sacados na boca do caixa ou depositados em contas-correntes de empresas ou pessoas físicas totalmente alheias a estas operações, depoimentos de pessoas integrantes do esquema fraudulento confirmando a utilização destes fornecedores fictícios e agora, fechando o ciclo, a descoberta através do CAIXA 2 da empresa SP da destinação real destes recursos: pagamentos de propina a agentes públicos ou pagamentos diversos não contabilizados.

...

XI - DOS CRÉDITOS NÃO COMPROVADOS DE PIS/COFINS NÃO CUMULATIVOS

Como já mencionado no item IV, o contribuinte foi intimado, através dos TIFs nº 08 e 10, a relacionar os registros contábeis, referentes à aquisição de mercadorias, insumos e serviços que compõem os valores da base de cálculo dos créditos de PIS e COFINS, declarados nos Demonstrativos de Apuração de Contribuições Sociais DACON, juntadas ao presente processo (...).

O contribuinte também foi intimado através dos TIFs nº 08, 10, 11 e 12 a apresentar demonstrativos detalhados de apuração de créditos de PIS/COFINS classificados na contabilidade como "extemporâneos", inclusive relacionando os registros contábeis que os compõem (...).

...

1) Para comprovar a origem dos valores dos créditos de PIS/COFINS que integraram a base de cálculo no período de 2008 e 2009 o contribuinte apresentou documentos/esclarecimentos, já mencionados no item IV acima, porém constatamos as seguintes irregularidades nos campos "Bens para Revenda" e "Serviços Utilizados como Insumos":

a) Bens para revenda: O contribuinte apresentou uma planilha com o resumo mensal das compras efetuadas pela matriz e filiais. Estes valores foram extraídos dos Livros de Entrada do contribuinte fiscalizado (anexo 2 da carta apresentada em 06/08/2012).

Da planilha apresentada constatamos que o contribuinte incluiu na base de cálculo dos créditos de PIS/COFINS, a totalidade das compras de mercadorias contabilizadas no seu Livro Diário, incluindo as aquisições não comprovadas, levantadas no item VI acima. Todas estas compras sem comprovação serão glosadas da base de cálculo dos créditos das contribuições em questão.

Além disto verificamos que nos meses de 10 a 12/2007 o contribuinte declarou indevidamente na DACON os valores a maior dos créditos referentes à aquisição de bens para revenda em relação aos valores escriturados nos seus livros contábeis (...).

b) Serviços utilizados como insumo - O contribuinte apresentou as contas analíticas do razão - serviços tomados - mão de obra (anexo 3 da carta apresentada em 05/08/2012), individualizando os registros contábeis por prestador de serviço, de onde foram extraídos os valores dos créditos de PIS/COFINS.

...

Da interpretação das normas acima, concluímos que apenas os serviços utilizados como insumos dariam direito a crédito das contribuições em questão, sendo insumo aqueles bens e serviços aplicados ou consumidos diretamente na produção ou fabricação do produto, (grifo nosso)

Levando em conta esta abordagem legal, constatamos que o contribuinte adicionou indevidamente à base de cálculo dos créditos de PIS/COFINS, os seguintes serviços tomados:

b1) LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA

Ao longo do período de 2007 a 2009, o contribuinte fiscalizado, conforme documentação apresentada, incluiu na base de cálculo dos créditos de PIS/COFINS, despesas com empresas de agenciamento/locação de mão de obra e prestadoras de serviços temporários. As empresas cediam mão de obra à empresa SP, complementando o quadro próprio de empregados desta última, para atender aos seus inúmeros contratos de fornecimento de alimentação e merenda escolar.

...

Estas despesas de serviço não estão enquadradas no conceito de insumos acima discriminado, haja visto a jurisprudência consolidada da RFB. (...).

Portanto, será procedida a glosa destes créditos utilizados pelo contribuinte.

...

b2) HONORÁRIOS PROFISSIONAIS

Também constatamos a utilização de créditos de PIS/COFINS referentes a despesas com honorários profissionais conforme relatórios de Contas a Pagar apresentado pelo contribuinte (anexo 3 da carta de 06/08/2012). Estas despesas se referem, conforme históricos discriminados nos respectivos lançamentos, a pagamentos à empresas de contabilidade, assessoria e consultoria, vigilância e segurança, advocacia, entre outros. Não há previsão legal para incluir tais despesas na base de cálculo dos créditos de PIS/COFINS, pois não se tratam de insumos utilizados diretamente na prestação de serviços e nem na produção de bens ou produtos destinados à venda.

b3) SERVIÇOS DE LIMPEZA, DE HIGIENE E DEDETIZAÇÃO E COM VESTUÁRIO

Verificamos também da documentação apresentada que o contribuinte se aproveitou de créditos de PIS/COFINS referentes a despesas referentes a serviços tomados de limpeza, dedetização e higiene e vestuário. Estas despesas estão discriminadas em relatórios de Contas a Pagar apresentados pelo contribuinte (anexo 3 da carta de 06/08/2012).

Estas despesas também não se enquadram no conceito de insumos, pois não se tratam de atividades diretamente aplicadas ao produto final: alimentação. São considerados gastos indiretos, não havendo previsão legal para serem incluídos na base de cálculo dos créditos das contribuições em questão.

Da mesma forma será procedida a glosa destes créditos utilizados pelo contribuinte.

b5) DIFERENÇAS ENTRE OS LANÇAMENTOS CONTABILIZADOS E OS DECLARADOS NO DACON

Constatamos também divergências entre os valores declarados no DACON a título de "Serviços Utilizados como Insumos" e os lançamentos individualizados apresentados pelo contribuinte referentes aos períodos 03, 04 e 05/2008 (anexo 3 da carta de 06/08/2012). Esta diferença apurada também será glosada da base de cálculo dos créditos em questão.

...

2) Para justificar os créditos extemporâneos de PIS/COFINS, utilizados na redução da base de cálculo destas contribuições no período fiscalizado, o contribuinte apresentou os relatórios de auditoria da empresa Martins & Lemos Advogados Associados, conforme Cartas n.º 405/2008 e n.º 01 1/2009, e ainda nos relatórios denominados "Aproveitamento de Créditos de PIS/PASEP e COFINS" de 04/2009 e "Circular 01 / 2011".

...

(...) por falta de comprovação de que a natureza destas despesas gerem créditos de PIS/COFINS, todos os créditos declarados na DACON, referentes ao Relatório de Aproveitamento de Créditos de PIS/PASEP e COFINS 2004 a julho de 2008 serão glosados.

d) Circular n.º 01/2011 de 14/03/2011

Através deste quarto relatório o contribuinte apresentou um levantamento da empresa Martins & Lemos de despesas a serem aproveitadas como créditos de PIS/COFINS, no decorrer do período de 2006 a 2009, referentes a gastos com a folha de pagamento de funcionários próprios, tais como, salários e encargos trabalhistas.

...

O crédito de PIS/COFINS referente a despesas com folha de pagamento de funcionários próprios está expressamente vedado nas Leis que instituíram o PIS/COFINS Não Cumulativos (Leis n.ºs 10.637/2002 e 10.833/2003(...)).

Como resultado de toda a investigação acima resumida, a autoridade fiscal apurou valores devidos da contribuição para o Programa de Integração Social e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social por força de glosa de créditos da sistemática não cumulativa. Assim estão relatadas as apurações:

F - GLOSA DE CRÉDITOS DE PIS E COFINS NÃO CUMULATIVOS

Como foi visto no item XI acima, foram glosados vários valores que compõem a base de cálculo dos créditos de PIS e COFINS Não Cumulativos, referentes à aquisição de mercadorias e de bens e serviços utilizados como insumos, declarados nos Demonstrativos de Apuração de Contribuições Sociais DACON. Os lançamentos contábeis referentes aos créditos glosados foram juntados ao Apenso 59.

O contribuinte, intimado através dos TIFs 08, 10, 11 e 12, deixou de apresentar documentação hábil e idônea ou apresentou uma justificativa não aceita por esta fiscalização, quanto à inclusão de tais custos/despesas na base de cálculo dos créditos das referidas contribuições.

Dada a falta de comprovação destes créditos, será feita a glosa desses valores, resultando em valores devidos de PIS e COFINS que serão objeto de constituição de crédito tributário através de auto de infração.

Os valores glosados foram contabilizados sob o título de mercadorias revendidas, bens e serviços utilizados como insumos e “Outras operações”.

Constatada a insuficiência do tributo recolhido face ao devido, foi lançada multa de ofício regular e qualificada, assim justificada pela autoridade fiscal:

Conforme anteriormente exposto, no decorrer desta ação fiscal foi apurado que parte das compras contabilizadas pela fiscalizada não existiram, sendo inclusive suportadas com documentos inidôneos (“notas frias”), procurando através destes subterfúgios aumentar indevidamente os seus custos e despesas e a conseqüente redução das bases de cálculo e valores devidos de IRPJ e CSLL, procedimento que caracteriza sonegação fiscal, nos termos do inciso I e caput do art. 71 da Lei n.º 4.502 de 30 de novembro de 1.964, que assim dispõe:

"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, suanatureza ou circunstâncias materiais;"

Estes fatos impõem a aplicação de multa de ofício agravada de 150% nos termos do § 1º do art. 44, da Lei 9.430/96.

*Estas **compras fictícias** também foram adicionadas indevidamente às base de cálculo dos créditos de PIS e COFINS, resultando também na redução indevida dos montantes a pagar destas contribuições. Também será imposta a multa de ofício agravada de 150% nestes casos.*

Quanto às demais infrações acima apuradas a multa de ofício imposta será de 75% nos termos do inciso 1º do art. 44, da Lei 9.430/96.

A responsabilidade pelo crédito foi estendida ao sócio, tendo sido formalizado o competente Termo de Sujeição Passiva Solidária.

Cientificada, a interessada apresentou **Manifestação de Inconformidade** que inicia por alegar nulidade da intimação por edital, vendo nela cerceamento do direito de defesa. Ainda no campo das preliminares, alega a tempestividade da impugnação. Vê também irregularidade na lavratura do Auto de Infração por Auditor Fiscal e não pelo Delegado da Receita Federal.

Contra o procedimento fiscal, alega a contribuinte que a fiscalização, antes do início da auditoria e também antes da lavratura do Auto de Infração, *já possuía informações bancárias do contribuinte, configurando assim quebra de seu sigilo fiscal, eis que as informações financeiras da Defendente foram solicitadas e fornecidas sem autorização judicial para tanto.*

Prossegue a defesa:

*Logo, resta evidente que o MPF e toda a autuação foi embasado em **prova ilícita**, eis que a Fiscalização realizou o confronto da escrita fiscal com informações obtidas diretamente das instituições financeiras, o que caracteriza quebra do sigilo fiscal, **sem autorização judicial**.*

...

*Assim, além da instauração de prévio processo administrativo ou procedimento fiscal em curso para que se quebre o sigilo fiscal do contribuinte, é indispensável **autorização***

judicial para que esta quebra seja constitucional, o que não ocorreu no caso em tela, já que não basta apenas a emissão de Requisição de Informações de Movimentação Financeira pelo Delegado da Receita Federal para as instituições financeiras.

Sendo assim, como a Carta Magna é a Lei hierarquicamente superior à Lei Complementar n.º 105/2001, para que haja a quebra do sigilo fiscal do contribuinte, necessário se faz a obtenção de autorização judicial e a existência de prévio processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, o que não ocorreu no caso em tela.

...

DO CERCEAMENTO DE DEFESA- Não recebido apensos que acompanham o Auto de Infração e Termo de Verificação Fiscal.

O Auto de Infração é passível de nulidade, eis que o Termo de Verificação Fiscal menciona diversos apensos. Contudo, o Contribuinte não recebeu nenhum dos referidos apensos (...).

Ora, sem a consulta dos documentos, a empresa Defendente está incapacitada de elaborar com perfeição sua defesa, visível o cerceamento de defesa ora praticado pelo Fisco.

Afora a ilegalidade do ato dos Srs. Auditores Fiscais, seria impossível a autuada se defender das acusações, sem verificar os documentos que instruíram o Auto de Infração, com outros documentos que estão na posse da autuada.

...

Deste modo, as informações contidas no Auto de Infração não são suficientes para apresentar uma defesa precisa. Tomando essa atitude, o Fisco tornou deficiente a instrução do processo, ferindo flagrantemente o Princípio do Contraditório.

Desde já requer seja entregue cópia dos documentos que instruíram o presente processo ou seja disponibilizada vista dos autos à Defendente com consequente devolução de prazo a fim de elaborar e apresentar sua Defesa com perfeição sob pena de Cerceamento de Defesa.

DA DECADÊNCIA

O artigo 156 do Código Tributário Nacional, arrola as diversas modalidades de extinção do crédito tributário, dentre as quais a prescrição e decadência.

Juridicamente, decadência indica a queda ou o perecimento do direito pelo decurso de prazo fixado ao seu exercício, sem que seu titular o tivesse exercido.

...

No presente caso, os tributos estão sujeitos à modalidade de lançamento por homologação, e de acordo com o descrito no Código Tributário Nacional, o direito do Fisco constituir definitivamente o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, conforme descreve a norma prevista no artigo 150, §4º, do CTN. Dentro deste prazo, o Fisco não se pronunciando por meio do lançamento de ofício, considera-se o pagamento antecipado feito pelo contribuinte tacitamente homologado.

...

Os Autos de Infração foram lavrados em 10/12/2012, quando se operou efetivamente o lançamento de ofício, decorreram mais de cinco anos com relação aos fatos geradores ocorridos em 2007, devendo o lançamento fiscal ser cancelado, afinal parte do crédito

tributário que se pretendia constituir pelo lançamento já se encontrava extinto pela decadência, motivo pelo qual o presente Auto de Infração deve ser considerado nulo de pleno direito.

DO DIREITO

Em caso das preliminares arguidas não serem acolhidas, o que não nos afigura possível, cumpre examinar questões de mérito que levarão à declaração da improcedência da autuação.

A Defendente não concorda com o apurado no Termo de Verificação Fiscal, na lavratura do Auto de Infração e os impugna desde já, bem como todos os demonstrativos apresentados e valores apurados pelo Fisco.

...

Das transações comerciais

002 CUSTO DOS BENS VENDIDOS E/OU SERVIÇOS PRESTADOS COMPROVAÇÃO INIDÔNEA DE CUSTOS - contabilização de custos com base em documentos inidôneos;

Os Srs. Auditores Fiscais efetuaram glosa dos custos de bens sob alegação de contabilização de documentos inidôneos. Contudo, tal entendimento não deve prevalecer eis que fundada exclusivamente em Relatórios fornecidos pelo Fisco Estadual, documentos estes NÃO recebidos pela Defendente.

Ocorre que todas as transações comerciais consumaram entre 2007 a 2009, e as diligências e apurações dos Srs. Auditores Fiscais ocorreram a partir de 2011.

Esclarece que a Defendente sempre se ateve a todas as formas de precauções possíveis quando da realização das transações comerciais, no que se refere à documentação a ser exigida das empresas vendedoras, a fim de apenas prosseguir nas negociações se as mesmas estivessem em perfeita conformidade com o disposto na legislação vigente, de modo a não restar dúvidas quanto a real existência fática e jurídica.

Há (sic) época das transações comerciais, a Defendente verificou a existência das empresas vendedoras com documentos que lhe foram apresentados e colhidos pela própria, tais como: consultas da situação cadastral do Sintegra / ICMS que constava como HABILITADO; Alteração de Contrato Social; Comprovante de Inscrição e Situação Fiscal emitido no site da Secretaria da Receita Federal; Autorização de Impressão de Documentos; consulta no site do Serasa. Deste modo, as transações comerciais se efetivaram, as empresas vendedoras efetivamente existiam, havendo a emissão de documentos fiscais necessários, a circulação de mercadorias, bem como o pagamento das compras.

...

(...)Portanto, a glosa dos custos sob alegação de contabilização de documentos inidôneos não deve prevalecer eis que fundada exclusivamente em Relatórios elaborado pelo Fisco Estadual, documentos estes NÃO entregues a Defendente. Assim, reitera a legitimidade das transações comerciais, devendo a glosa dos custos ser anulado.

...

E mais, as diligências realizadas pelos Srs. Auditores Fiscais em 2012, ou seja, vários anos após a conclusão das transações comerciais, simplesmente consistiram em enviou de correspondência (Termo de Intimações) para as empresas e sócios das empresas vendedoras e nas declarações recebidas dos sócios. Ocorre que os Termos de Intimações e anexos, assim como as respectivas respostas dos fornecedores, quando

*recebidas, juntadas ao presente processo como Apensos 8 a 25, NÃO foram entregues ou disponibilizada vista à Defendente, impossibilitando novamente sua defesa implicando em cerceamento de defesa. **Renova o pedido para que cópia dos documentos que instruíram o presente processo sejam entregues ou disponibilizada vista dos autos à Defendente com consequente devolução de prazo a fim de elaborar e apresentar sua Defesa com perfeição sob pena de Cerceamento de Defesa.***

Ora, as transações comerciais ocorreram entre 2007 e 2009. Se no ano de 2011, as correspondências para as empresas fornecedoras ou sócios destas foram devolvidos com a informação de "mudou-se", não implica que as transações comerciais se consumaram. A situação fática das empresas vendedoras pode ter alterado após 2009 não alterando os fatos passados, ou seja, as transações comerciais entre a empresa Defendente e as empresas vendedoras ocorreram de fato e de direito, não podendo ser objeto de glosa por parte do Fisco.

...

A simples leitura do apurado e relatado no Termo de Verificação Fiscal comprova a afirmação da Defendente. As fls. 32 do Termo de Verificação Fiscal informa que a Vital Representações Comerciais recebeu de Cerealista Guimarães, cheques da Defendente referente a contrapartida a uma palestra realizada em 20/03/2007. Ora, se a Cerealista Guimarães repassou cheque da Defendente à Vital, comprovado está que a tais cheques decorrem do pagamento das mercadorias adquiridas em transação comercial de compra e venda.

E mais, as fls. 31 do Termo de Verificação Fiscal relata que a Prosystem Processamento de Dados recebeu de CPA Comércio de Produtos Alimentícios cheques da Defendente por conta de locação de equipamentos. Novamente, se a CPA Comércio de Produtos possuía cheques da Defendente e repassou para Prosystem, tais cheques referem-se a pagamento pelas transações comerciais concluídas.

...

Assim, resta clara a boa-fé da Defendente pois à época das transações comerciais, era evidente a idoneidade das empresas vendedoras e dos documentos fiscais emitidos pelas mesmas, não havendo justificativa para o lançamento de ofício. A Defendente não pode ser autuada e penalizada como se tivesse concorrido para a suposta inidoneidade das empresas vendedoras ou dos documentos fiscais que acompanharam as mercadorias, conforme alega os Srs. Auditores Fiscais no Termo de Verificação Fiscal e nos documentos (diversos apensos) que NÃO LHE FORAM DISPOSINIBILIZADOS, impossibilitando elaboração de sua defesa com perfeição, cerceando seu direito de Defesa.

...

Portanto, nota-se que o Auto de Infração ora impugnado está calcado exclusivamente em presunção, pois em nenhum momento a fiscalização foi capaz de provar a inexistência das transações comerciais, apresentado somente frágeis indícios que por si só não tem o condão de caracterizar a infração imputada à autuada.

Dos créditos extemporâneos,

a) Bens para revenda

Os Srs. Auditores Fiscais alegam no Termo de Verificação Fiscal que a Defendente não comprovou todas as compras, sendo as mesmas glosadas da base de cálculo dos créditos de PIS e COFINS. Contudo, tal alegação não deve prevalecer.

O Termo de Encerramento de Fiscalização de 30/06/2010, foram realizadas Verificações Obrigatórias relativo ao período 01/11/2003 até 21/12/2007 e foi concluído a regularidade da Defendente:

"Dentro do critério adotado e utilizado na presente ação fiscal, nas operações acima referidas, os procedimentos adotados pelo contribuinte apresentam-se normais e regulares, conforme demonstração analítica das contas envolvidas, verificada através da análise da documentação apresentada pela empresa, bem como de outros elementos decorrentes das informações constantes do Dossiê PJ e dos sistemas integrados da RFB. "

Ora, se anteriormente a autoridade fiscal verificou e atestou adoção de procedimentos regulares e normais no período de 2007, causa estranheza (sic) os Srs. Auditores Fiscais questionar o período já fiscalizado.

b) Serviços utilizados como insumos

...

No decorrer de suas atividades, firmou alguns contratos emergenciais e para atendê-los se viu obrigado a contratar mão de obra de merendeira, ajudante de cozinha e estoquistas, tudo para preparar e servir os alimentos de empresas prestadores de serviços terceirizados. Assim, os serviços ora glosados estão diretamente relacionado a sua atividade fim pois são aplicados ou consumidos diretamente na produção do produto. Deste modo, incorreto o entendimento dos Srs. Auditores Fiscais de que no sentido que tais serviços não são insumo.

Relativamente aos honorários profissionais, estes também estão diretamente relacionados a atividade fim da Defendente pois sem estes, não era possível participar das licitações. Portanto, configura insumos utilizados diretamente na sua atividade fim.

Esclarece que a Defendente precisa atender o disposto nos contratos firmados com os diversos órgãos públicos que exige a utilização de uniforme. Portanto, os vestuários/uniformes são insumos diretamente relacionado a atividade da Defendente não podendo ser glosados.

As cozinhas industriais necessitam de serviços de limpeza, de higiene e dedetização específicas, conforme determina a ANVISA. Deste modo, tais serviços tomados se enquadram no conceito de insumos, sendo atividades diretamente aplicadas ao produto final alimentação.

Sem estes serviços, não é possível atender os contratos assinados com os órgãos públicos.

Equívoca-se novamente o Fisco ao afirmar existência de diferenças entre os lançamentos contabilizados e os declarados na DACON. Caso tivesse realizado o levantamento fiscal, teria comprovado a inexistência das diferenças apurada no Apenso 59, DOCUMENTO ESTE NÃO RECEBIDO PELA DEFENDENTE impossibilitando elaboração e apresentação de sua defesa com perfeição cerceando assim, seu direito de defesa.

Não deve prevalecer a glosa sobre os extemporâneos de PIS/COFINS embasada em relatórios de auditoria da Martins & Lemos Advogados Associados e Carta da n. 405/2008 e 011/2009 eis que todos os créditos são insumos e estão diretamente relacionados a atividade fim da empresa Defendente.

...

Do Levantamento Específico

A autuação fiscal foi embasada em presunções e indícios no lugar de realizar o levantamento fiscal específico. Impugna novamente a quebra e sigilo bancário sem autorização judicial, não refletindo assim, a realidade das atividades da empresa que para ser efetivamente apurada necessário análise de um conjunto de elementos, como confronto da declaração das empresas vendedoras em resposta aos Termos de Intimações com as respectivas contabilidade. Caso tal procedimento ocorresse, teria constatado que as empresas vendedoras transacionaram comercialmente com a Defendente no período de 2007 a 2009, comprovando a saída de mercadoria da empresa vendedora e o respectivo pagamento pelas vendas. Deixaram de lado uma prova que se produzida, daria fim a questão, fulminando qualquer espécie de indício em contrário.

Sem a realização do mesmo tudo quanto alegado constituem-se apenas como frágeis indícios, desprovidos da condição de tornarem-se provas cabais, e assim sendo, validar o crédito tributário.

Sendo assim, claro está que a fiscalização agiu temerariamente e lavrou o auto de infração sem critério algum e embasada apenas em presunções, quando deveria ter realizado análise de todos os registros contábeis das empresas vendedoras a fim de comprovar a veracidade das declarações das empresas fornecedoras de que "jamais teve qualquer relacionamento comercial com a empresa SP". Caso tivesse realizado tais análise, certamente, as declarações prestadas cairiam por terra pois a Defendente transacionou com todas as empresas relacionadas no Termo de Verificação Fiscal, não devendo prevalecer a glosa dos custos.

...

Deste modo, desde já, requer seja convertido o julgamento em diligência, nos termos do artigo 18, do Decreto 70.235/72, para que seja analisada a escrita fiscal das empresas vendedoras (...).

...

Assim, é indiscutível que a autuação não está calcada em elementos suficientes capazes de gerar um valor passível a ser lançado e exigido, eis que embasada em prova ilícita.

...

Efetivamente o trabalho do Fisco não traz segurança na medida em que não foram levantadas todas as informações necessárias e indispensáveis que justificasse a suposta infração, sendo incorreta a exigência fiscal devendo a mesma ser cancelada.

Assim sendo, incorreta a glosa dos custos e despesas, incorreta a acusação de custos não comprovados (superaliação (sic) do estoque de 2009), incorreta a imposição de multa isolada, devendo o auto de infração ser julgado improcedente, o que deverá ser decretado na melhor forma de Direito.

DOS ACRÉSCIMOS EXIGIDOS PELO FISCO MULTA E OS JUROS.

Não sendo devido o Imposto e a Contribuição Social, também não são devidos os acessórios, ou seja, multa e juros.

E mais, as fls. 57 do Termo de Verificação Fiscal aplica multa qualificada, impondo multa de ofício agravada de 150% alegação de que a Defendente utilizou de "subterfúgios" para "aumentar indevidamente os seus custos e despesas e a consequente redução das bases de cálculo e valores devidos de IRPJ e CSLL, procedimento que caracteriza sonegação fiscal".

Ora, é evidente o vício formal no agravamento da multa pois conforme demonstrado anteriormente, a Defendente transacionou com as empresas vendedoras, recebeu as

mercadorias, efetuou a pagamento pela aquisição das mercadorias, os documentos fiscais hábeis foram escriturados e contabilizados, tudo nos moldes da legislação vigente. E mais, à época dos fatos, as empresas vendedoras existiam de fato e direito e os documentos fiscais que ampararam as transações comerciais eram hábeis, não podendo ser glosadas. Portanto, as acusações e infrações impostas são nulas de pleno direito e conseqüentemente nulo o auto de infração. Ao contrário da acusação, não utilizou de "subterfúgios" tendo simplesmente cumprido a legislação vigente. Assim, não justifica as multas impostas.

E mais, o agravamento da multa foi embasada na escrituração das notas fiscais consideradas inidôneas. A multa agravada no PIS e COFINS não deve prevalecer pois decorre da escrituração contábil.

...

DO PEDIDO

Diante do exposto, requer à Vossa Senhoria, acolha as preliminares aduzidas, determinando a nulidade do procedimento fiscal; ou caso assim não entenda, entrega dos documentos (apensos) que acompanham auto de infração ou a disponibilização dos autos para vistas e assim devolver prazo para apresentar defesa sob pena de cerceamento de defesa. Caso não for o entendimento, que determine a conversão do julgamento em diligência, nos termos do artigo 18 do Decreto 70.235/72, para sanar as irregularidades cometidas pelo Fisco.

Requer digne-se Vossa Senhoria conhecer a Defesa e julgar totalmente procedente, declarando insubsistentes as autuações fiscais para o fim de anular o Auto de Infração, bem como cancelar as exigibilidades do crédito tributário em questão. Caso ainda não for o entendimento, requer redução ou relevação das multas impostas diante de todo o exposto anteriormente.

O sócio arrolado no Termo de Sujeição Passiva Solidária, Eloízio Gomes Afonso Durães, também apresentou defesa administrativa, da qual são extraídos os seguintes trechos:

O Defendente foi intimado do Termo de Sujeição Passiva Solidária referente o Mandado de Procedimento Fiscal 08.1.90.002011008570, em face da empresa SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., diante da suposta constatação no "decorrer da ação fiscal, a prática de crimes de falsificação de documentos fiscais, inserção de elementos inexatos na contabilidade e prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias." nos anos calendários de 2006 a 2009.

...

O Fisco alega que através de inúmeras provas documentais e testemunhais, o Sr. Eloízo foi o principal interessado e beneficiário das práticas fraudulentas "tendo como um dos principais objetivos, modificar as características essenciais do fato gerador, alterando as bases de cálculo dos tributos, de modo a reduzir os seus montantes devidos. O ocultamento das reais bases de cálculo dos tributos em questão fez surgir os créditos tributários decorrentes desta ação fiscal."

Com estas supostas condutas, os Srs. Auditores Fiscal da Receita Federal, entenderam caracterizado a sujeição passiva solidária do ELOÍZO GOMES AFONSO DURÃES pelos créditos constituídos nos processos administrativos fiscais, nos termos do inciso III do artigo 135 do Código Tributário Nacional.

Contudo, ao contrário do que afirma a autoridade fiscal, não restou comprovado práticas fraudulentas, não prevalecendo o Termo de Sujeição Passiva, bem como a autuação fiscal, conforme restará comprovado.

Dentro da classificação da responsabilidade tributária, está a responsabilidade de terceiros, dentre estes a dos sócios, prevista no artigo 134 e 135, do Código Tributário Nacional.

A responsabilidade de terceiros não se assemelha a responsabilidade por substituição, sendo aquela modalidade de responsabilidade por transferência, que surge em momento posterior à realização da conduta e não no momento da prática do fato jurídico tributário, como ocorre com a responsabilidade por substituição.

...

Importante análise deve ser feita do caput [art. 134 do Código Tributário Nacional] da norma acima transcrita. Nele, resta claro que só existe solidariedade nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., o que não vem ao caso, já que o sujeito passivo é empresa constituída desde o ano de 1997 e possui sua situação cadastral "ATIVA" perante ao Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ).

...

Sendo assim, não havendo um dos requisitos essenciais para caracterização da solidariedade, aos sócios não pode ser estendida obrigação do sujeito passivo principal, eis que este possui plena condição de garantir o débito.

Não se aplica ainda o disposto no inciso III, do artigo 135 do CTN, eis que não foi comprovado excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto pelo sócio administrador.

O Termo de Verificação Fiscal afirma ainda que o Sr Eloizo foi o principal interessado e beneficiário das supostas práticas fraudulentas diante de sua evolução patrimonial. Tal afirmação está embasa exclusivamente em presunções pois não foi analisado com perfeição a Declaração do Imposto de Rendas. O Fisco verificou somente o valor do patrimônio declarado sem analisar as demais informações como as dívidas e ônus assumidos. Portanto, na realidade, NÃO HOUVE AUMENTO PATRIMONIAL POR PRATICAS FRAUDULENTAS QUE INDICASSEM EVOLUÇÃO PATRIMONIAL.

Efetivamente, o Sr. Eloizo possui outras atividades que geram rendimentos. Ainda que houvesse aumento patrimonial, este não depende exclusivamente das atividades decorrentes da SP Alimentação e Serviços Ltda.

No mais, a impugnação do sócio foi elaborada em moldes semelhantes aos da pessoa jurídica.

A Turma da DRJ julgou a impugnação procedente em parte tão somente para reconhecer a decadência parcial do lançamento das contribuições. O acórdão restou assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

APURAÇÃO NÃO-CUMULATIVA. CRÉDITOS. COMPROVAÇÃO.
DOCUMENTAÇÃO INIDÔNEA. GLOSA.

Impõe-se a glosa dos créditos da não-cumulatividade que tenham origem em aquisições cujo suporte documental se revelou inidôneo, por irregularidades formais e materiais, e para as quais o sujeito passivo, intimado, não conseguiu apresentar outros elementos de comprovação.

APURAÇÃO NÃO-CUMULATIVA. INSUMOS. CONCEITO.

No regime da não-cumulatividade, só são considerados como insumos, para fins de creditamento de valores: aqueles utilizados na fabricação ou produção de bens destinados à venda; as matérias primas, os produtos intermediários, o material de embalagem e quaisquer outros bens que sofram alterações, tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, desde que não estejam incluídas no ativo imobilizado; e os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na produção ou fabricação do produto.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. INTUITO DE FRAUDE.

A utilização de notas fiscais com indícios de inidoneidade sem que, intimado, o sujeito passivo consiga demonstrar a natureza ou a efetividade dos serviços, configura a prática de atos dolosos tendentes a retardar o conhecimento da natureza do fato gerador e a modificar a sua natureza essencial de modo a evitar o pagamento do tributo devido. Nessas condições, correta a qualificação da multa de ofício.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL.

Afastado, por inconstitucional, o prazo de dez anos para o lançamento das contribuições destinadas à Seguridade Social, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo disposto no Código Tributário Nacional. Na hipótese em que há recolhimento parcial, o prazo decadencial de cinco anos tem início na data de ocorrência do fato gerador. Exclui-se a exigência formalizada após o transcurso do prazo decadencial.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. FRAUDE.

Afastado, por inconstitucional, o prazo de dez anos para o lançamento das contribuições destinadas à Seguridade Social, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo disposto no Código Tributário Nacional. Na hipótese em que não há recolhimento, o prazo decadencial de cinco anos tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que esse lançamento de ofício poderia haver sido realizado. O mesmo se aplica aos períodos em que comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

**APURAÇÃO NÃO-CUMULATIVA. CRÉDITOS. COMPROVAÇÃO.
DOCUMENTAÇÃO INIDÔNEA. GLOSA.**

Impõe-se a glosa dos créditos da não-cumulatividade que tenham origem em aquisições cujo suporte documental se revelou inidôneo, por irregularidades formais e materiais, e para as quais o sujeito passivo, intimado, não conseguiu apresentar outros elementos de comprovação.

APURAÇÃO NÃO-CUMULATIVA. INSUMOS. CONCEITO.

No regime da não-cumulatividade, só são considerados como insumos, para fins de creditamento de valores: aqueles utilizados na fabricação ou produção de bens destinados à venda; as matérias primas, os produtos intermediários, o material de embalagem e quaisquer outros bens que sofram alterações, tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, desde que não estejam incluídas no ativo imobilizado; e os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na produção ou fabricação do produto.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. INTUITO DE FRAUDE.

A utilização de notas fiscais com indícios de inidoneidade sem que, intimado, o sujeito passivo consiga demonstrar a natureza ou a efetividade dos serviços, configura a prática de atos dolosos tendentes a retardar o conhecimento da natureza do fato gerador e a modificar a sua natureza essencial de modo a evitar o pagamento do tributo devido. Nessas condições, correta a qualificação da multa de ofício.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL.

Afastado, por inconstitucional, o prazo de dez anos para o lançamento das contribuições destinadas à Seguridade Social, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo disposto no Código Tributário Nacional. Na hipótese em que há recolhimento parcial, o prazo decadencial de cinco anos tem início na data de ocorrência do fato gerador. Exclui-se a exigência formalizada após o transcurso do prazo decadencial.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. FRAUDE.

Afastado, por inconstitucional, o prazo de dez anos para o lançamento das contribuições destinadas à Seguridade Social, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo disposto no Código Tributário Nacional. Na hipótese em que não há recolhimento, o prazo decadencial de cinco anos tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que esse lançamento de ofício poderia haver sido realizado. O mesmo se aplica aos períodos em que comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Em **20/08/2013**, o contribuinte foi cientificado do acórdão da DRJ (Termo fl. 16944), e em **04/09/2013**, interpôs **Recurso Voluntário** (carimbo fl. 16945). Já o responsável solidário, Sr. Eloizo Gomes, tomou ciência da decisão em **09/08/2013** (AR fl. 16943) e apresentou recurso em **04/09/2013** (carimbo fl. 16990).

Em seu recurso, a **SP Alimentação e Serviços Ltda** aduz os seguintes argumentos:

- Alega diversas nulidades: 1) o auto de infração não foi assinado pelo Delegado da Receita Federal, também não teria havia autorização, por ofício, para que os auditores fiscais assinassem o auto, descumprindo o art.11, inc. IV do Decreto n. 70235/72; 2) Contrariedade às garantias e aos princípios constitucionais, bem como ao entendimento pacífico do STJ e utilização de prova ilícita;

- Argui decadência relativamente ao período de 2007, de acordo com o art. 150, §4º do CTN, considerando a intimação do julgamento em 22/01/2013;

No mérito:

- A Recorrente faz referência à infração 002 - CUSTO DOS BENS VENDIDOS E/OU SERVIÇOS PRESTADOS - COMPROVAÇÃO INIDÔNEA DE CUSTOS - contabilização de custos (fl. 16973) e defende que não prevalece a alegação do Fisco quanto a inoccorrência das transações comerciais eis que amparada nos Relatórios elaborados pelo Fisco Estadual e entregues ao Fisco Federal, documentos estes não recepcionados pela Recorrente não tendo condições de analisa-los e, se fosse o caso, impugná-los;

- Acrescenta que à época das transações comerciais, a Recorrente verificou a existência das empresas vendedoras com documentos que lhe

foram apresentados e colhidos pela própria, tais como: consultas da situação cadastral do Sintegra / ICMS que constava como HABILITADO; Alteração de Contrato Social; Comprovante de Inscrição e Situação Fiscal emitido no site da Secretaria da Receita Federal; Autorização de Impressão de Documentos; consulta no site do Serasa. Deste modo, as transações comerciais se efetivaram, as empresas vendedoras efetivamente existiam, havendo a emissão de documentos fiscais necessários, a circulação de mercadorias, bem como o pagamento das compras. Dessa forma, não agiu de má-fé ou com fraude;

- Em suma, defende a legitimidade das transações comerciais e questiona os procedimentos de investigação e as conclusões adotadas pelas Autoridades fiscais;

- Citou alguns julgados;

- Aduz que o Auto de Infração ora impugnado está calcado exclusivamente em presunção, pois em nenhum momento a fiscalização foi capaz de provar a inexistência das transações comerciais, apresentado somente frágeis indícios que por si só não tem o condão de caracterizar a infração imputada à autuada

- No que se refere aos créditos extemporâneos, relativos aos **Bens para Revenda**, a Recorrente argumenta que sofreu fiscalização anterior e que, o Termo de Encerramento de Fiscalização de 30/06/2010, foram realizadas Verificações Obrigatórias relativo ao período 01/11/2003 até 21/12/2007 e foi concluído a regularidade da Defendente, logo, se anteriormente a autoridade fiscal verificou e atestou adoção de procedimentos regulares e normais no período de 2007, causa estranheza os Srs. Auditores Fiscais questionar o período já fiscalizado;

- Quanto aos **serviços utilizados como insumos**, discorre sobre as atividades da empresa e defende que os serviços ora glosados estão diretamente relacionado a sua atividade fim pois são aplicados ou consumidos diretamente na produção do produto. Deste modo, incorreto o entendimento dos Srs. Auditores Fiscais de que no sentido que tais serviços não são insumo;

- Relativamente aos **honorários profissionais**, estes também estão diretamente relacionados a atividade fim da Recorrente pois sem estes, não era possível participar das licitações .Portanto, configura insumos utilizados diretamente na sua atividade fim;

- Defende que a utilização de uniforme, os serviços de limpeza, higiene e dedetização também estão todos relacionados à atividade fim da empresa, pois sem estes serviços não seria possível atender os contratos assinados com órgãos públicos;

- Defende que não deve prevalecer a glosa sobre os extemporâneos de PIS/COFINS embasada em relatórios de auditoria da Martins & Lemos

Advogados Associados e Carta da n. 405/2008 e 011/2009 eis que todos os créditos são insumos e estão diretamente relacionados a atividade fim da empresa Recorrente;

- Questiona a ausência de um **levantamento específico** por parte do Fisco, eis que a autuação foi embasada tão somente em presunções e indícios. Alega que caso tal procedimento ocorresse, teria constatado que as empresas vendedoras transacionaram comercialmente com a Recorrente no período de 2007 a 2009, comprovando a saída de mercadoria da empresa vendedora e o respectivo pagamento pelas vendas;

- Requer a conversão do julgamento em **diligência**;

Ao final, a Recorrente pugnou pelo acolhimento das nulidades, pela conversão do julgamento em diligência e, subsidiariamente, redução ou relevação das multas, e no mérito, pelo provimento do recurso com o consequente cancelamento das autuações.

O recurso do **Responsável Solidário** (Sr. Eloízo Gomes Afonso Durães) repete os mesmos argumentos do contribuinte em relação ao mérito, e quanto à responsabilidade especificamente, acrescenta os seguintes argumentos:

- As práticas fraudulentas não foram comprovadas;

- Argumenta que só existe solidariedade nos casos de impossibilidade de exigência de cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte;

- Argumenta que não foi comprovado excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto pelo sócio administrador,

- Argumenta que não houve aumento patrimonial por práticas fraudulentas que indicassem evolução patrimonial; Argui para o Termo de Sujeição Passiva as mesmas nulidades arguidas para o Auto de Infração;

Ao final, o Sr. Eloízo Gomes pugnou pela procedência do recurso, com consequente cancelamento dos autos de infração, bem como, a declaração de insubsistência do Termo de Sujeição Passiva Solidária.

O processo foi enviado para a 3ª Seção, tendo em vista que se tratava de autos de infração de PIS e COFINS. Esta, todavia, declinou competência através do Despacho n. 3402-003.433, ao constatar que o lançamento era reflexo de auto de infração de IRPJ (processo n. 19515.722974/2012-18) e formalizado com base nos mesmos elementos de prova.

Em seguida, o processo foi distribuído no âmbito da 1ª Seção, para a 1ª Turma da 3ª Câmara, a qual decidiu pelo sobrestamento do processo até a prolação de decisão definitiva do processo n. 19515.722974/2012-18 (fls. 17049-70).

Após o trânsito em julgado do acórdão n. 1301-001.453, o mesmo foi anexado ao presente processo. Em razão de a Relatora original não mais fazer parte deste Colegiado, o processo foi objeto de novo sorteio na Turma.

É o relatório.**Voto**

Conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite, Relatora.

Recurso Voluntário da SP ALIMENTAÇÃO (Contribuinte)

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Conforme relatado, trata o presente processo de autos de infração de PIS e COFINS, embasado nos mesmos fatos e elementos de prova que deram ensejo ao lançamento do IRPJ, CSLL e IRRF, constante do processo n. 19515.722974/2012-18, ou seja, consiste num lançamento reflexo, que não obstante, traz argumentos de defesa específicos para as contribuições apuradas no regime não-cumulativo.

Encerrado o procedimento fiscal, o Auditor efetuou o lançamento de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS, IRRF e multa isolada em decorrência das seguintes infrações:

A - GLOSA DE CUSTOS/COMPROVAÇÃO INIDÔNEA DE COMPRAS

B - SUPERAVALIAÇÃO DE ESTOQUE INICIAL

C - GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS NÃO NECESSÁRIAS

D - MULTA ISOLADA

E - PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS E/OU SEM CAUSA

F - GLOSA DE CRÉDITOS DE PIS E COFINS NÃO CUMULATIVOS

A glosa de custos por falta de comprovação de compras implicou a glosa dos créditos indevidamente descontados na apuração do PIS e da COFINS. Além disso, foram glosados créditos de PIS e da COFINS referentes a bens e serviços utilizados como insumos.

Os valores lançados constam abaixo:

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Contribuição	4.819.951,46
Juros	1.956.660,85
Multa	5.764.831,66
Valor do Crédito Apurado	12.541.443,97

CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL

Contribuição	22.200.988,51
Juros	9.012.498,55
Multa	26.553.163,58
Valor do Crédito Apurado	57.766.650,64

No processo principal n. 19515.722974/2012-18 foi proferido acórdão n.1301-001.453, julgado em definitivo na esfera administrativa, o qual deu provimento parcial ao recurso do contribuinte tão somente para reverter a glosa de despesas financeiras e excluir a responsabilidade do sócio no que diz respeito às infrações que não foram objeto de multa qualificada.

Nestes autos, a Turma da DRJ deu provimento parcial tão somente para reconhecer a decadência parcial do lançamento das contribuições, nas hipóteses em que não foi constatada fraude e houve antecipação do pagamento. A responsabilidade do solidário restou mantida para todas as infrações.

Irresignado com a decisão de piso, o contribuinte apresentou recurso voluntário, o qual passo à análise.

Das Preliminares de Nulidade

O contribuinte argui nulidade tendo em vista que *o auto de infração foi lavrado e assinado pelos Auditores Fiscais da Receita Federal, que estão subordinados ao chefe de fiscalização, que está subordinado ao chefe de Equipe de Fiscalização que por sua vez está subordinado ao Delegado da Receita Federal de Fiscalização em São Paulo, o qual deveria ter assinado o auto de infração ou autorizado o Sr. Fiscal, por ofício, para atribuir-lhe poderes para tanto, como determina o artigo 11, inciso IV, do Decreto 70.235.*

Também argui nulidade por contrariedade a preceitos constitucionais e jurisprudência dos tribunais superiores. Argumenta que *devido a falta de autorização judicial independente de prévio processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, conforme estabelece o artigo 5º, X e XII, da CF combinado com o artigo 6º, da Lei Complementar nº 105/2001, resta evidente a presença de vício no procedimento fiscal, e conseqüentemente, no Auto de Infração em comento, por defeito quanto à legalidade do ato que o originou e a falta de observância dos requisitos procedimentais para a sua formação, vício este não sanável por não restar materializado o motivo que levou a presente autuação, devendo o referido Auto de Infração ser anulado de pleno direito.*

Estas alegações de nulidade foram tratadas no processo n. 19515.722974/2012-18, no qual este mesmo Colegiado, sob outra composição, manifestou-se de maneira acertada, sendo assim, em relação às nulidades, adoto e ratifico, a decisão proferida naqueles autos, a qual transcrevo trecho pertinente:

1. Da alegação de nulidade da autuação por incompetência do agente Contrariedade ao art. 11 do Decreto nº 70.235/1972.

A recorrente alega a nulidade do lançamento na medida em que teria sido desrespeitado o art. 11 do Decreto nº 70.235/1972, quando de sua formalização. Sustenta que, não tendo sido o auto de infração lavrado pelo chefe do órgão expedidor ou outro servidor autorizado, o lançamento é nulo, nos termos do art. 59 do mesmo diploma.

A nulidade suscitada deve ser rejeitada.

O artigo 11 do Decreto nº 70.235/1972, trata da notificação de lançamento que é uma das formas de exigir o crédito tributário de ofício, ao lado do auto de infração, conforme dispõe o art. 9º do mesmo decreto.

Ocorre que o lançamento sob exame foi realizado por meio de auto de infração, cujos requisitos estão fixado no art. 10 do Decreto n.º 70.235/19721. O dispositivo citado estabelece que o auto de infração deve ser lavrado por servidor competente.

A competência legal do Auditor Fiscal da Receita Federal, para fiscalizar os tributos federais e realizar o lançamento quando devido foi estabelecida no art. 6º da Lei n.º 10.593, de 08 de dezembro de 2002, com a redação dada pela Lei n.º 11.457/2007.

A atividade de realizar o lançamento deriva do art. 142 do Código Tributário Nacional.

Na condição de autoridade administrativa que detém a competência para realizar o lançamento tributário, o Auditor Fiscal independe de qualquer autorização superior para efetuá-lo, pois não possui discricionariedade para não realiza-lo, devendo praticar o ato, sob pena de responsabilidade funcional.

Portanto, o lançamento não apresenta qualquer vício a ensejar a sua nulidade, nos termos do art. 59 do Decreto n.º 70.235/1972, pois o procedimento fiscal foi regularmente instaurado e os autos de infração foram lavrados por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, que é a autoridade administrativa competente para formalizá-los.

Assim, rejeito a primeira arguição de nulidade.

(...)

3. Da alegação de nulidade por quebra ilegal de sigilo bancário. Nulidade do auto de infração por contrariar garantias e princípios constitucionais e o entendimento pacífico do STJ e STF.

A recorrente alega que no curso da ação fiscal foi intimada a apresentar extratos bancários de contas correntes e aplicações financeiras do ano de 2007 a 2009 e que, embora tenha apresentado alguns extratos solicitados a fiscalização solicitou autorização do Delegado da Receita Federal para a requisição de informações da sua movimentação financeira diretamente aos bancos.

Argumenta que a fiscalização já detinha extratos de suas contas antes mesmo do início do procedimento fiscal e que, mesmo tendo atendido parcialmente a intimação e apresentado alguns dos extratos solicitados, a fiscalização requisiu os extratos às instituições financeiras por meio de RMF.

Aduz que, resta claro que o Fisco já possuía informações bancárias do contribuinte antes mesmo de intimá-lo do início da fiscalização e também antes de lavrar o auto de infração, configurando quebra ilegal de seu sigilo fiscal uma vez que foram solicitadas e fornecidas as informações financeiras sem autorização judicial para tanto.

Sustenta que o procedimento fiscal e autuação são nulos, porquanto amparados em prova ilícita, obtida mediante quebra de sigilo bancário, sem autorização judicial.

A recorrente cita ainda diversos entendimentos jurisprudenciais do STJ e STF que sustentam a indispensabilidade de prévia autorização judicial para a quebra de sigilo bancário.

Analisando, inicialmente, os aspectos fáticos levantados pela recorrente, no que tange à requisição da movimentação financeira diretamente os bancos pela fiscalização, não encontro respaldo nos elementos dos autos para a alegação de que a fiscalização já detinha extratos da interessada antes mesmo de dar início ao procedimento fiscal.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, a procedimento fiscal teve início em 18/03/2011. No curso das investigações a fiscalização intimou o contribuinte a apresentar extratos bancários e cópias de cheques, DOC, e TED emitidos para

pagamentos de fornecedores e que, após várias prorrogações e reintimações, a recorrente apresentou parte dos extratos e apenas uma cópia de cheque entre as solicitadas e informou que não poderia apresentar os demais documentos de remessas financeiras aos fornecedores, devido ao alto custo de obtenção das cópias dos microfilmes.

Diante da recusa na apresentação dos elementos, a fiscalização lavrou o Termo de Embarço e ReIntimação n.º 06, de 21/10/2011, (fls. 397/398) na qual descreve as situações de não atendimento às intimações para caracterizar o Embarço à Fiscalização, nos termos do parágrafo único do art. 919 e do inc. I do art. 922 do RIR/1999 e reintimou o contribuinte a apresentar os elementos faltantes, no prazo de cinco dias à contar da ciência.

Na sequência, em 28/11/2011, ante a recusa da fiscalizada, ora recorrente, em apresentar todos os elementos bancários solicitados, foi lavrada pelos auditores fiscais responsáveis pela fiscalização a Solicitação de Emissão de Requisição de Informação Sobre Movimentação Financeira – RMF (fls. 403/410), na qual relatam as apurações realizadas e a indispensabilidade do exame dos elementos solicitados, em face do embarço à fiscalização caracterizado, nos termos previstos no inciso VII do art. 3.º do Decreto n.º 3.724/2001, que regulamentou a Lei Complementar n.º 105/2001. A referida solicitação foi autorizada pelo Delegado da Receita Federal da DEFIS/SP, em 01/12/2011.

Com efeito, a entrega apenas parcial dos extratos solicitados e a recusa em apresentar os demais documentos bancários comprobatórios de sua movimentação financeira, após reiteradas intimações, caracteriza, no meu entender, embarço ao trabalho da fiscalização com vistas às apurações em curso, mormente tendo-se em conta que buscava o Fisco identificar a efetividade das operações de compras junto a fornecedores, escrituradas na contabilidade pela interessada, com fortes indícios de irregularidade, consoante informações recebidas do Fisco Estadual de São Paulo.

Assim, considero plenamente justificável, ante ao arcabouço legal que regulamenta a requisição e informações financeiras pelo Fisco diretamente às instituições financeiras, a medida adotada com vistas a apuração dos fatos, na busca da verdade material.

Não há nos autos, qualquer elemento que indique que o Fisco tenha obtido extratos bancários junto aos bancos antes de qualquer procedimento instaurado.

Em face do que estabelece o art. 5.º da Lei Complementar n.º 105/2001, o Fisco dispõe de informações sobre os montantes globais movimentados pelos titulares de operações bancárias, mediante informações prestadas periodicamente pelas instituições financeiras.

Tais elementos, no entanto, não permitem identificar qualquer origem ou natureza dos gastos a partir deles efetuados e não se confundem com a possibilidade legal conferida ao Fisco, pelo art. 6.º da mesma lei, de requisitar informações sobre a movimentação financeira dos titulares das operações junto às instituições financeiras, desde que exista procedimento fiscal instaurado e que o seu exame seja considerado indispensável pela autoridade competente.

É exatamente esta a hipótese dos autos, tendo a RMF sido emitida com amparo no inciso VII do art. 3.º do Decreto n.º 3.724/2001, que regulamentou o disposto no art. 5.º da Lei Complementar n.º 105/2001.

Assim, do ponto de vista fático e do ordenamento legal vigente não encontro qualquer nulidade no procedimento adotado pelo Fisco quanto à obtenção dos documentos relativos à movimentação financeira da interessada, com vistas à apuração e busca da verdade material.

Não obstante, a recorrente alega ainda que a requisição de informações de sua movimentação Financeira pelo Fisco, diretamente às instituições financeiras, sem prévia autorização judicial, à despeito do que dispõe a LC n.º 105/2001, caracterizaria quebra ilegal do sigilo bancário, na medida em que viola direitos individuais do contribuinte, assegurado pela Constituição. Nesse sentido, a prova assim obtida seria ilícita e, portanto, nulo o procedimento.

Como já analisado, a Lei Complementar n.º 105/2001, regulamentada pelo Decreto n.º 3.724/2001, estabeleceu a possibilidade do Fisco, em determinadas situações que considere indispensáveis às suas apurações e, mediante procedimento fiscal instaurado, solicitar informações sobre a movimentação financeira dos contribuintes diretamente às instituições financeiras.

A recorrente cita julgados das cortes superiores da justiça visando a dar sustentação à sua tese.

É certo que o tema relacionado ao sigilo bancário tem suscitado inúmeras discussões quanto aos seus limites e abrangência constitucional, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. A própria LC n.º 105/2001 teve sua inconstitucionalidade arguida perante o Supremo Tribunal Federal, tanto em sede de ADI, quanto por meio de recurso extraordinário, inclusive com repercussão geral reconhecida no âmbito do RE n.º 601.314.

Em que pesem tais questionamentos, não existe qualquer pronunciamento do STF, em caráter *erga omnes*, afastando a aplicação da referida lei complementar.

Com a devida vênia, entendo que existe uma enorme mistificação a respeito do assunto, principalmente no que se refere a aplicação das garantias constitucionais, tais como a da inviolabilidade da intimidade e do sigilo de dados, com vistas a opor ao Fisco o sigilo bancário e obstaculizar a sua ação fiscalizadora, mediante sua amarração à inexorável morosidade do processo judicial.

A um tempo assiste-se a cada dia mudanças legislativas que visam impor ao Fisco prazos mais reduzidos para a conclusão de suas ações e, por outro lado, medidas inversamente proporcionais assegurando maiores prazos e garantias aos contribuintes.

Para que a administração tributária possa dar cumprimento ao disposto no §1º do art. 145 da CF, quanto ao caráter pessoal e à sua graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte, são necessários instrumentos efetivos para que ela possa identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes.

Nesse sentido, entendo que a LC n.º 105/2001, vem ao encontro de tais objetivos, ao dar ao Fisco um instrumento efetivo com vistas a identificar a renda e o patrimônio dos contribuintes, com o devido respeito aos direitos individuais, na medida em que não apenas assegura o resguardo das informações sigilosas fornecidas pelas instituições financeiras, como também estabelece como condição para o acesso aos dados, a instauração de procedimento fiscal e a indispensabilidade de seu exame, com vistas às apurações.

A alegação de possível violação da intimidade se já não encontra justificativa quando se trata de contribuintes pessoas físicas, dada a aplicação objetiva dos dados obtidos, exclusivamente tendo em vista a apuração do patrimônio e/ou renda, e a preservação do sigilo pela lei, torna-se ridícula quando se trata de pessoa jurídica, na medida em que todos os dados de sua movimentação financeiras devem estar devidamente registrados na sua contabilidade e os respectivos comprovantes devem ser arquivados e mantidos pelo prazo legal. Como conceber que uma empresa que deixa de escriturar sua movimentação bancária completa ou não possua os elementos comprobatórios possa se

eximir de tal obrigação escudando se no manto do sigilo bancário? Parece-me inconcebível.

No que concerne à possível violação à intimidade e ao sigilo de dados, adoto o entendimento manifestado pelo Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, para quem: “O sigilo bancário só existe no Direito Brasileiro por força de lei ordinária. Não entendo que se cuide de garantia com status constitucional. Não se trata de ‘intimidade’ protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação ‘de dados’ e não os ‘dados’, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa. (...)”².

No mesmo sentido o entendimento do Ministro do STF, Cezar Peluso, para quem “*Se os dados como tais ... forem invioláveis, não há nenhum meio possível, por exemplo, de fiscalização tributária, porque os dados são objeto dos registros, isto é, se o Fisco não tem direito de proceder a fiscalização in loco e ter acesso a dados, a fiscalização é simplesmente inviável! O que a Constituição protege... é o processo de comunicação. Esse é que não pode ser interrompido, porque aí há inviolabilidade da comunicação. Mas o acesso aos dados, findo o processo de comunicação, nem sempre é proibido*”.³

A despeito de tudo quanto foi observado, tratando-se de discussão quanto à constitucionalidade de lei impõe-se observar a Sumula CARF 2, para declinar da competência para a apreciação da alegação quanto a tal aspecto.⁴

Ante ao exposto, rejeito a alegação de nulidade suscitada.

Ainda quanto ao tema, tem-se que a matéria referente ao fornecimento de informações sobre movimentações financeiras ao Fisco sem autorização judicial, nos termos do art. 6º da Lei Complementar n.º 105/2001 vinha sendo discutida no RE n.º 601.314, cuja repercussão geral foi reconhecida por aquela Suprema Corte.

Quanto ao tema, o STF firmou as seguintes teses:

I - O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal;

II - A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN. (grifei)

Dessarte, a utilização por parte da autoridade fiscal dos extratos bancários da empresa não viola o sigilo bancário, uma vez que o Supremo reconheceu a constitucionalidade da LC n. 105/01, bem como reconheceu o caráter procedimental da Lei n.º 10.174/01, devendo ser aplicadas no momento do lançamento ainda que se refira a fatos geradores anteriores à sua vigência.

Logo, afastam-se as preliminares de nulidade arguidas.

Do Mérito.

De início, cumpre destacar que a Recorrente traz discordância genérica em relação à autuação, a qual não cabe maior análise, tendo em vista que a defesa deve trazer os argumentos

em que se funda e acompanhada de provas. Não o fazendo, há de ser desconsiderada a negativa geral, passando a análise das contestações específicas.

Da Glosa dos Créditos Descontados Indevidamente

À fl. 16973, a Recorrente questiona à infração 002 - CUSTO DOS BENS VENDIDOS E/OU SERVIÇOS PRESTADOS - COMPROVAÇÃO INIDÔNEA DE CUSTOS - contabilização de custos e defende que não prevalece a alegação do Fisco quanto a inoccorrência das transações comerciais eis que amparada nos Relatórios elaborados pelo Fisco Estadual e entregues ao Fisco Federal, documentos estes não recepcionados pela Recorrente não tendo condições de analisa-los e, se fosse o caso, impugná-los.

Acrescenta a Recorrente que, à época das transações comerciais, a Recorrente verificou a existência das empresas vendedoras com documentos que lhe foram apresentados e colhidos pela própria, tais como: consultas da situação cadastral do Sintegra / ICMS que constava como HABILITADO; Alteração de Contrato Social; Comprovante de Inscrição e Situação Fiscal emitido no site da Secretaria da Receita Federal; Autorização de Impressão de Documentos; consulta no site do Serasa. Deste modo, as transações comerciais se efetivaram, as empresas vendedoras efetivamente existiam, havendo a emissão de documentos fiscais necessários, a circulação de mercadorias, bem como o pagamento das compras. Dessa forma, não agiu de má-fé ou com fraude.

Em síntese, o contribuinte defende a legitimidade das transações comerciais e questiona os procedimentos de investigação e as conclusões adotadas pelas Autoridades fiscais.

Primeiramente, cumpre esclarecer que a infração à qual a Recorrente faz referência (002 - CUSTO DOS BENS VENDIDOS E/OU SERVIÇOS PRESTADOS - COMPROVAÇÃO INIDÔNEA DE CUSTOS - contabilização de custos) diz respeito especificamente ao auto de infração de IRPJ. A autuação de PIS e da COFINS tratou de glosa os créditos indevidamente descontados, decorrentes dos mesmos fatos, quais sejam, compras e aquisições lastreadas em documentação inidônea ou não comprovadas.

Conforme relatado, o julgamento deste processo foi convertido em diligência, para aguardar o julgamento definitivo dos autos de infração de IRPJ e CSLL, constantes do processo n. 19515.722974/2012-18. Naquele processo, o contribuinte apresentou os mesmos argumentos no que diz respeito à falta de comprovação de aquisições e compras e à utilização de notas fiscais inidôneas.

Dessarte, por não haver argumentos adicionais e por concordar com as razões de decidir constantes do acórdão n. 1301-001.453, ratifico e adoto os fundamentos da citada decisão, as quais transcrevo:

7. Da glosa de custos dos bens vendidos e/ou serviços prestados. Comprovação Inidônea dos custos. Contabilização com base em documento inidôneos.

Alega a recorrente que os Auditores Fiscais efetuaram glosa dos custos de bens sob alegação de contabilização de documentos inidôneos, o que não deve prevalecer, pois fundada exclusivamente em Relatórios fornecidos pelo Fisco Estadual. Sustenta que todas as transações comerciais se consumaram entre 2007 a 2009, e as diligências e apurações dos Srs. Auditores Fiscais foram realizadas a partir de 2011.

Esclarece que se ateu a todas as formas de precauções possíveis quando da realização das transações comerciais, no que se refere à documentação a ser exigida das empresas vendedoras, a fim de apenas prosseguir nas negociações se as mesmas estivessem em perfeita conformidade com o disposto na legislação vigente, de modo a não restar dúvidas quanto a real existência fática e jurídica. Diz que, na época das transações comerciais, verificou a existência das empresas vendedoras com documentos que lhe foram apresentados além dos colhidos por ela própria, tais como: consultas da situação cadastral do Sintegra/ICMS que constava como HABILITADO; Alteração de Contrato Social; Comprovante de Inscrição e Situação Fiscal emitido no site da Secretaria da Receita Federal; Autorização de Impressão de Documentos; consulta no site do Serasa.

Assegura que, deste modo, as transações comerciais se efetivaram, as empresas vendedoras efetivamente existiam, havendo a emissão de documentos fiscais necessários, a circulação de mercadorias, bem como o pagamento das compras, não podendo ser responsabilizada pela inidoneidade de documentos de terceiros, constatada *a posteriori*.

Reitera que agiu e utilizou os meios que lhe eram acessíveis para verificar a existência e idoneidade das empresas com quem transacionou comercialmente, não agindo com má-fé, dolo fraude ou simulação eis que não objetivou burlar o Fisco.

Entende que o Fisco não realizou o levantamento fiscal nos moldes da legislação vigente, embasando a suposta infração em Relatórios elaborados e fornecidos pelo Fisco Estadual.

Alega, ainda, que as diligências realizadas pela fiscalização em 2012, vários anos após a conclusão das transações comerciais, limitou-se ao envio de correspondência (Termo de Intimações) para as empresas e sócios das empresas vendedoras e nas declarações recebidas dos sócios.

Sustenta que as transações comerciais ocorreram entre 2007 e 2009 e, se no ano de 2011, as correspondências para as empresas fornecedoras ou sócios destas foram devolvidos com a informação de "mudou-se", não significa que as transações comerciais se consumaram.

Alega que a situação fática das empresas vendedoras pode ter alterado após 2009 não alterando os fatos passados, ou seja, as transações comerciais entre a empresa impugnante e as empresas vendedoras ocorreram de fato e de direito, não podendo ser objeto de glosa por parte do Fisco.

Examinando as alegações da recorrente quanto à utilização de informações obtidas pelo Fisco Estadual de São Paulo, não vejo óbices à sua integração ao conjunto probatório juntado aos autos.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 15894/15955) a interessada foi uma das empresas investigadas na Operação Pratos Limpos, realizada pela Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo por demanda requisitória do GEDECSP (Grupo Especial de Delitos Econômicos do Ministério Público do Estado de São Paulo), a qual teve por objetivo levantar informações fiscais sobre esquemas fraudulentos em licitações praticados por empresas fornecedoras de merenda escolar. As verificações do Fisco Estadual abrangeram as aquisições de mercadorias realizadas pelas empresas fornecedoras de merenda, tendo sido constatados fortes indícios de que as operações entre as empresas investigadas e alguns de seus fornecedores não ocorreram, no todo ou em parte.

Iniciada a ação fiscal em 18/03/2011 (Termo de Início, fls. 5), com a solicitação de documentos à interessada, a fiscalização foi informada pela ora recorrente que os livros e documentos solicitados estavam em poder do Fisco Estadual de SP, em face do procedimento fiscal instaurado na Operação Pratos Limpos. Em decorrência disto a

fiscalização solicitou, por meio de ofícios (fls. 196/197 e 219/220), cópias dos documentos coletados, além de arquivos magnéticos do Sintegra e cópias de eventuais relatórios de fornecedores apurados como inidôneos ou que tivessem se envolvido em operações fraudulentas, para subsidiar o trabalho fiscal, o que foi disponibilizado pela Secretaria de Fazenda de São Paulo em 02/08/2011 (fls. 229)

Ora, a cooperação entre as Fazendas Públicas da União e dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e a prestação de assistência mútua para a fiscalização dos respectivos tributos e permuta de informações é prevista expressamente no art. 199 do CTN e no inc. XXII do art. 37 da CF, na forma da lei ou convênio. De acordo com nota divulgada no sítio da RFB na internet, em 04/06/2008, foi prorrogado o convênio já firmado entre a RFB e a Secretaria de Fazenda de São Paulo para cooperação e troca de informações⁵.

Assim, os levantamentos e diligência realizados pelo Fisco Estadual de São Paulo, regularmente transferidos ao Fisco Federal, são válidos e aptos a integrar o conjunto probatório coligido no procedimento administrativo instaurado pela RFB.

A alegação da recorrente de que não teria tido acesso aos relatórios produzidos pelo Fisco Estadual com vistas a contraditá-lo também não merece guarida na medida em que estão devidamente apensados aos autos em sua íntegra, sendo que lhe era facultado pedir vistas e, mesmo, cópia de todos os documentos que integram o processo, nos termos do inc. II do art. 3º da Lei nº 9.784/1999.

Os relatórios do Fisco Estadual concluídos após levantamentos nas bases de dados da RFB, da Secretaria de Fazenda de Minas Gerais e do próprio Fisco de São Paulo, além das diligências realizadas *in loco*, apontaram que: a maior parte dos fornecedores sequer havia realizado operações interestaduais, especialmente para o estado de São Paulo; que **há indícios de que, alguns deles, tiveram existência efêmera ou sequer operaram; que o documentário fiscal que deu suporte às operações registradas junto à recorrente, não corresponde às respectivas autorizações de impressão de documentos fiscais dadas pelo Fisco Estadual; que carimbos das barreiras estaduais do Fisco, apostos nos documentos fiscais apresentados pela recorrente, eram falsos, cancelados ou inidôneos.**

Ou seja, todos os indícios apontavam para a inidoneidade dos documentos apresentados como suporte das operações contabilizadas.

Não obstante, a fiscalização não se limitou a utilizar as informações contidas nos relatórios das diligências empreendidas pelo Fisco de São Paulo. Além de realizar suas próprias diligências junto aos fornecedores com indício de irregularidades, das quais algumas restaram infrutíferas, investigou e analisou as operações bancárias relativas à emissão de cheques e transferências pela recorrente e identificou que os valores indicados na contabilidade como destinados a pagamentos a diversos fornecedores foram, na verdade, sacados “na boca do caixa” e reingressados em “Caixa 2” da própria recorrente, e/ou destinados a outras pessoas físicas ou jurídicas diferentes das identificadas na contabilidade, sem qualquer relação comercial com a interessada. As diligências realizadas junto às pessoas físicas e jurídicas indicadas nos documentos bancários como beneficiárias das ordens bancárias (cheques/TED e DOC), evidenciaram a real destinação dos recursos que saíram das contas bancárias.

Na mesma direção apontaram os documentos obtidos junto ao Ministério Público Estadual de São Paulo, obtidos mediante autorização judicial para o compartilhamento de provas dos Procedimentos Investigatórios Criminais da GEDEC nº 07/08 e 13/09, que fizeram parte da denúncia criminal oferecida pelo MP estadual de São Paulo.

Na análise dos documentos compartilhados a fiscalização identificou planilha extraída de um “*pen drive*” do Sr. Sílvio Marques, gerente financeiro do grupo SP Alimentação, onde eram registradas as operações extra contábeis referentes à real destinação dos

recursos sacados através dos cheques emitidos pela empresa SP para o pagamento das compras fictícias, documentos denominado pela fiscalização como “Caixa 2”. Os dados das operações registradas nesta planilha coincidem com os valores sacados na “boca do caixa” junto aos bancos no período por ela abrangido, demonstrando que, efetivamente, as operações de compras contabilizadas eram fictícias e que os pagamentos aos fornecedores registrados tinham outra destinação. Os documentos e análises constam dos Apenso 57 e 58 dos autos e nos Anexos 19 e 20 do Termo de Verificação fiscal.

Consta, ainda, dos documentos que compõem a denúncia criminal, o depoimento de pessoas envolvidas sobre vários crimes praticados: fraude à licitação, formação de quadrilha, sonegação fiscal, pagamentos de propinas a agentes públicos, falsificação de documentos (notas frias), entre outros.

Dado o conjunto robusto de indícios que apontavam para a inexistência das operações registradas na contabilidade como pagamento de compras a fornecedores, a fiscalização, com intuito de comprovar a existências das operações, intimou a recorrente (TIF n.º 09) a apresentar: nome e CPF da pessoa da empresa fornecedora com quem foram feitos os contatos comerciais e respectivos pedidos; placa do veículo transportador (se próprio), nome completo e CPF do condutor; Nome e CNPJ da transportadora, caso tenha utilizado veículos de terceiros; conhecimentos de transporte e comprovantes de pagamento de fretes; duplicatas referentes aos pagamentos efetuados, com autenticação de quitação bancária; indicar e comprovar qual a destinação das mercadorias adquiridas, com as correspondentes notas fiscais de saída ou de fornecimento de merenda ou cestas básicas. Segundo o TVF, nenhum documento ou esclarecimento foi apresentado à fiscalização.

Ora, diante da farta gama de dados apontando para a inexistência das operações de compras registradas na sua contabilidade, a recorrente nada trouxe, seja na fase investigatória, seja após a instauração da fase litigiosa, que pudesse convalidar os seus registros.

Limitou-se a alegar, sem comprovar, que adotou todas as cautelas necessárias com vistas a identificar a idoneidade dos fornecedores, por ocasião dos negócios. Tenta ainda desqualificar a acusação fiscal, ao argumento de que as diligências realizadas pelo fisco estadual e pela RFB apontam para a inidoneidade dos documentos e ou inexistência das empresas, vários anos após a realização das operações e que não poderia ser responsabilizada por isto.

Ocorre que a fiscalização demonstrou que, somados aos indícios de inidoneidade dos documentos fiscais que ampararam as operações e à inexistência de alguns fornecedores, somam-se declarações de ex-sócios de diversas dessas empresas afirmando não terem transacionado com a interessada no período em questão e, ainda, a identificação de que os pagamentos registrados contabilmente eram destinados, na verdade, para outros beneficiários e/ou regressavam aos cofres da empresa via “Caixa 2”.

Diante das evidências colhidas pela fiscalização, entendo que caberia à fiscalizada trazer, ainda que por amostragem, comprovação de que as operações contabilizadas tinham existência real.

A recorrente alega ainda que, em pelo menos duas diligências realizadas pela fiscalização com vistas a identificar os reais beneficiários dos recursos sacados das contas bancárias da interessada, foram identificados os nomes dos fornecedores CPA e Cerealista Guimarães como repassadores dos cheques emitidos.

Cumpram-se os fatos.

Com relação aos cheques contabilizados como se destinados ao pagamentos do fornecedor CPA em novembro e dezembro de 2007, a fiscalização identificou nas

cópias de cheques fornecidas pelas instituições financeiras que os valores foram depositados na conta da empresa Prosystem Processamento de Dados Ltda. Intimada a justificar o recebimento dos recursos, a empresa, após sucessivos pedidos de prorrogação, informou (fls. 14839/14840) que teria recebido os cheques mediante repasse da empresa CPA Produtos Alimentícios Ltda, para quitação de uma dívida relativa a locação de equipamentos de informática, que teria ocorrido entre janeiro de 2005 e dezembro 2006. A empresa CPA, por sua vez, teria recebido os cheques da empresa SP Alimentação. A empresa Prosystem não apresentou qualquer documento para comprovar o que foi informado, alegando que os mesmos se encontram em arquivo morto “de difícil apuração”.

Examinando as cópias dos cheques mencionadas, verifico que os mesmos foram emitidos nominativos, diretamente à empresa Prosystem Processamento de Dados Ltda, não havendo qualquer menção da empresa CPA nos documentos, seja como beneficiária ou endossante.

Por outro lado, o relatório fiscal do Fisco de São Paulo em face das diligências realizadas junto à empresa CPA indicam, segundo depoimento de um ex-sócio, que esta não teria realizado nenhuma operação comercial no período em que participou da sociedade (22/09/2005 a 20/02/2007), o que evidenciaria a ausência de efetiva atividade da empresa.

Assim, ante a ausência de outros elementos de comprovação da efetividade das operações examinadas, entendo que tais elementos não infirmam as conclusões da fiscalização no sentido da inidoneidade das supostas compras realizadas junto ao fornecedor CPA.

Com relação aos cheques que foram identificados como beneficiária a empresa Vital Representações Comerciais Ltda, intimada a empresa informou que não tem qualquer relação comercial com a empresa recorrente.

Aditou que os valores teriam sido repassados pela empresa Cerealista Guimarães Ltda, referentes a pagamentos parciais de serviços prestados que teriam sido acertados em 20/03/07 e consistiriam na apresentação do Cenário Mundial do Açúcar e também a relação dos principais produtores de açúcar e álcool do Brasil e as principais indústrias consumidoras. Acrescenta que o valor total combinado foi de R\$ 200.000,00, pagos parcialmente por meio dos depósitos feitos na sua conta bancária.

Afirma que o contato na empresa era feito com o Sr. Rodrigo Guimarães e que, após o pagamento da última parcela, em março de 2008, não conseguiu mais contactá-lo, o que gerou a manutenção do registro deste valor no seu passivo, como adiantamento de clientes, conforme documentação contábil que anexa.

A recorrente anexa cópias de uma apresentação, contendo gráficos e slides, a maior parte em língua inglesa, sobre o cenário mundial da produção e demanda de açúcar e do álcool (fls. 14.433 a 14.587) e uma relação de usinas produtoras de açúcar e álcool no país e de indústrias e empresas listadas por setores, que seriam potenciais clientes do setor (fls. 14.588/14743).

Apresenta ainda uma nota fiscal de serviços prestados, em favor da empresa Cerealista Guimarães Ltda, no valor de R\$ 192.161,00, emitida apenas em 10/05/2012, ou seja, quase dois meses após ter sido intimada a prestar esclarecimentos. A fiscalização, em seu Termo de Verificação Fiscal fez a seguinte análise dos documentos apresentados:

“A VITAL alegou ter recebido R\$ 200.000,00 por uma palestra sobre o mercado de açúcar. Este fato causou bastante estranheza dado o elevado preço do serviço prestado (valor algo inferior a palestras de ex-presidentes da República, como comentado na imprensa) e, ainda, contratada por uma empresa de porte tão pequeno e hoje desaparecida como a CEREALISTA GUIMARÃES LTDA. Além disso, um dos

cheques depositados na conta da VITAL foi contabilizado como pagamento à empresa CPA e não à CEREALISTA GUIMARÃES.”

De fato, causa estranheza o montante que teria sido pago pela mencionada “apresentação”, como também não se vislumbra qual seria o interesse de uma empresa atacadista de produtos alimentícios, que atendia ao mercado interno, no cenário mundial do açúcar e do álcool. A empresa diligenciada tampouco informou a data em que tais serviços teriam sido prestados, já que os contatos iniciais teriam ocorrido em março de 2007 e o último pagamento só ocorreu em março de 2008, sem que tenha emitido a respectiva nota fiscal, o que só veio a ocorrer em 2012, após ter sido intimada a prestar esclarecimentos.

Observo ainda que, também neste caso, os cheques (fls. 11653, 11662 e 11680) foram emitidos nominativos, diretamente à empresa Vital Representações Comerciais Ltda, não havendo qualquer menção da empresa Cerealista Guimarães Ltda nos documentos, seja como beneficiária ou endossante. O mesmo ocorre em relação ao cheque nº 31.404 (fls. 9948), emitido nominalmente à empresa Vital Representações Comerciais Ltda e não à empresa CPA, conforme registro contábil (fls. 15960).

Outro aspecto a demonstrar que as operações comerciais que dariam suporte aos pagamentos contabilizados não existiram consiste no prazo que a interessada, ora recorrente, teve para efetuar as quitações, em grande parte dos casos superiores a um ano.

Os cheques emitidos em 2008 em favor da empresa Vital foram contabilizados como quitação de compras que teriam sido realizadas em 2007, como se demonstra abaixo:

(...)

Este prazo elástico, que chega a ultrapassar a um ano, entre o registro das compras e o suposto pagamento contabilizado foi constante no período examinado pode ser constatado no confronto das compras contabilizadas e da relação de cheques contabilizados como pagamentos aos fornecedores: CPA (Anexo 2 e Anexo 10 do TVF); Cerealista Guimarães Ltda (Anexo 6 e Anexo 14 do TVF).

Nenhuma empresa comercial, em qualquer ramo de atividade, teria condições de se manter operando, com prazos tão elásticos para recebimento de seus créditos. Note-se que não há qualquer acréscimo nos valores pagos em relação às notas fiscais de compras, o que indica que não houve sequer pagamentos com mora. Não obstante, os registros de compras permanecem constantes ao longo dos meses e anos, ainda que os pagamentos só sejam registrados muito tempo depois.

Tais fatos corroboram a inexistência real das operações comerciais contabilizadas pela recorrente que foram glosadas pelo Fisco.

Por todo o exposto, entendo que deve ser mantida a glosa e rejeitado o recurso voluntário neste ponto. (grifei)

Conforme bem fundamentado no voto acima transcrito, o Fisco demonstrou indícios consistentes de inexistência das operações tais como: as notas fiscais não correspondiam às respectivas autorizações de impressão de documentos fiscais dadas pelo Fisco Estadual; carimbos da barreira estadual falsos, cancelados ou inidôneos, operações com empresas que não declararam qualquer atividade ao Fisco estadual, declaração de ex-sócios das empresas de que não realizaram operações com a Recorrente, entre outros.

Por tudo o exposto, **restam indícios suficientes para a desconsideração das operações, sem que a Recorrente tivesse apresentado qualquer informação nova para**

infirmar a acusação fiscal. Por conseguinte, justifica-se a glosa dos créditos de PIS e da COFINS baseados nestas operações, mantendo-se incólume o lançamento.

Dos Créditos Oriundos de Bens para Revenda e Serviços Utilizados como Insumos

O lançamento do PIS e da COFINS decorreu da glosa dos descontos indevidos de créditos utilizados na apuração das contribuições no regime não-cumulativo. Os créditos eram oriundos das compras consideradas não comprovadas (item já analisado) e também de créditos relativos a bens para revenda e a serviços utilizados como insumos.

Tal matéria constou assim resumida no TVF:

F - GLOSA DE CRÉDITOS DE PIS E COFINS NÃO CUMULATIVOS

Como foi visto no item XI acima, foram glosados vários valores que compõem a base de cálculo dos créditos de PIS e COFINS Não Cumulativos, referentes à aquisição de mercadorias e de bens e serviços utilizados como insumos, declarados nos Demonstrativos de Apuração de Contribuições Sociais - DACON. Os lançamentos contábeis referentes aos créditos glosados foram juntados ao Apenso 59.

O contribuinte, intimado através dos TIFs 08, 10, 11 e 12, deixou de apresentar documentação hábil e idônea ou apresentou uma justificativa não aceita por esta fiscalização, quanto à inclusão de tais custos/despesas na base de cálculo dos créditos das referidas contribuições.

Dada a falta de comprovação destes créditos, será feita a glosa desses valores, resultando em valores devidos de PIS e COFINS que serão objeto de constituição de crédito tributário através de auto de infração.

Os valores glosados dos créditos em questão e o cálculo da apuração dos valores devidos de PIS e COFINS, detalhados no Anexo 28, excluídos os juros de mora e multa de ofício, estão resumidos no quadro abaixo:

Mês	Mercadorias Revendidas	Insumos Bens	Insumos Serviços	Outras Operações	BC a Glosar	Créditos de Pis a Glosar	Créditos de Cofins a Glosar
jan/07	2.706.859,70	0,00	59.565,02	0,00	2.766.424,72	45.646,01	210.248,28
fev/07	0,00	0,00	171.472,37	0,00	171.472,37	2.829,29	13.031,90
mar/07	2.146.341,70	0,00	283.021,60	0,00	2.429.363,30	40.084,49	184.631,61
abr/07	6.062.227,42	0,00	161.958,71	0,00	6.224.186,13	102.699,07	473.038,15

(...)

A autoridade fiscal não fez distinção entre créditos extemporâneos ou não, apesar de a Recorrente denominar os créditos como extemporâneos.

A Recorrente, em referência aos créditos extemporâneos, relativos aos **Bens para Revenda**, argumenta que sofreu fiscalização anterior e que, o Termo de Encerramento de Fiscalização de 30/06/2010, foram realizadas Verificações Obrigatórias relativo ao período 01/11/2003 até 21/12/2007 e foi concluído a regularidade da Defendente, logo, se anteriormente a autoridade fiscal verificou e atestou adoção de procedimentos regulares e normais no período de 2007, causa estranheza os Srs. Auditores Fiscais questionarem o período já fiscalizado.

Em relação ao tema, a Recorrente não se insurge contra os fatos, mas tão somente contesta ter havido fiscalização anterior que atestaria sua regularidade.

Há de se ressaltar que não há impedimento legal para que haja reexame por parte da fiscalização. A Portaria RFB. 11371/2007, que fundamentou a emissão do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF (fls. 2-4) não traz qualquer vedação ao reexame de período anteriormente fiscalizado.

Além do que, o período anteriormente fiscalizado (2003-2007) não correspondente integralmente ao período analisado nos presentes autos (2007-2009), nem tiveram a mesma abrangência, posto que aquela fiscalização tratou de verificações obrigatórias, que reside numa análise superficial para verificar a compatibilidade entre as diferentes declarações apresentadas pelo sujeito passivo, mas não adentra na apuração dos tributos.

Sendo assim, as fiscalizações tiveram objetos distintos, e ainda que fossem idênticos, não há vedação ao reexame por parte da Receita Federal.

Nesse sentido, **sendo este o único argumento trazido pela Recorrente, há de manter-se a glosa dos créditos relativos aos bens para revenda.**

Quanto aos **serviços utilizados como insumos**, a Recorrente discorre sobre as atividades da empresa e defende que os serviços glosados estão diretamente relacionados à sua atividade fim pois são aplicados ou consumidos diretamente na produção do produto.

O contribuinte defende que os honorários profissionais estão diretamente relacionados a atividade fim da Recorrente pois sem estes, não era possível participar das licitações. Portanto, configura insumos utilizados diretamente na sua atividade fim. Aduz que a utilização de uniforme, os serviços de limpeza, higiene e dedetização também estão todos relacionados à atividade fim da empresa, pois sem estes serviços não seria possível atender os contratos assinados com órgãos públicos. E que os serviços prestados pela Martins & Lemos Advogados também insumos e estão diretamente relacionados a atividade fim da empresa Recorrente.

No que concerne a esta matéria, o contribuinte não apresenta novas razões, além daquelas apresentadas em sua impugnação, desse modo, com fundamento no art. 57, §3º do Regimento Interno do CARF, confirmo e adoto os fundamentos da decisão recorrida, a qual transcrevo:

b) serviços utilizados como insumos

A defesa pretende a justificação dos créditos apurados a partir de locação de mão-de-obra alegando que:

No decorrer de suas atividades, firmou alguns contratos emergenciais e para atende-los se viu obrigado a contratar mão de obra de merendeira, ajudante de cozinha e estoquistas, tudo para preparar e servir os alimentos de empresas prestadores de serviços terceirizados. Assim, os serviços ora glosados estão diretamente relacionado a sua atividade fim pois são aplicados ou consumidos diretamente na produção do produto.

Pelo seu próprio dizer, a contribuinte contratou um serviço com as empresas e não os trabalhadores diretamente.

A atividade de empresas de locação de serviços temporários apresenta normalmente uma característica mista entre prestação de serviços (agenciamento e recrutamento de mão-de-obra) e locação de mão-de-obra temporária para o tomador.

Desta forma, os serviços prestados pela empresa de trabalho temporário não podem ser enquadrados no conceito de insumo retrocitado, visto que as atividades de agenciamento e de locação de mão-de-obra obviamente não são aplicadas diretamente na produção de bens, contribuindo apenas de forma indireta para as atividades fins da interessada, vez que a empresa de trabalho temporário atua na intermediação da contratação de trabalhadores nos casos expressamente previstos na Lei n.º 6.019, 03 de janeiro de 1974.

Percebe-se, portanto, que apenas o trabalho executado pelo empregado temporário é que pode ser considerado como consumido ou aplicado no processo produtivo e nunca os serviços prestados pela empresa de trabalho temporário, a qual atua na função de intermediária na contratação e na seleção dos mesmos.

Nesse sentido, observe-se os termos da Lei n.º 6.019, de 1974, *in verbis*:

Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.

[...]Art. 4º Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.(grifo nosso)

Resta clara, portanto, a diferença entre o trabalho realizado pelos empregados temporários e o serviço prestado pela empresa de trabalho temporário. Enquanto no primeiro o objeto do contrato de prestação de serviços é o próprio serviço que será aplicado nas atividades-fim da contribuinte, na segunda situação, agenciamento e a locação de mão-de-obra, o objeto não é a prestação de serviços na atividade produtiva, mas sim a locação temporária de trabalhadores.

Assim, como o objeto do contrato celebrado com a empresa de trabalho temporário é o agenciamento e a locação de mão-de-obra e não a prestação de um serviço consumido ou aplicado nas atividades produtivas, conclui-se não haver direito a desconto de créditos em relação às despesas com a contratação de mão-de-obra temporária, visto as mesmas não estarem expressamente previstas na legislação e não se conformarem ao conceito de insumo previsto em lei.

Ainda que a contratação fosse dos trabalhadores diretamente, existe vedação expressa na legislação quanto à apuração de créditos a partir de contratação de mão-de-obra de pessoa física.

Nesses termos, correta a glosa.

Outro item colocado na origem dos créditos consiste no pagamento de honorários que, segundo descreve a autoridade fiscal, corresponderiam a *pagamentos à empresas de contabilidade, assessoria e consultoria, vigilância e segurança, advocacia, entre outros*. Por entender que estes não seriam serviços utilizados diretamente na produção, a fiscalização impôs a glosa.

Contestando o entendimento fiscal, a contribuinte alega que estariam ligados diretamente às suas atividades fim, *pois sem estes, não era possível participar das licitações*.

A contribuinte confunde em sua argumentação os conceitos de necessidade do gasto com o de possibilidade de geração de créditos da não-cumulatividade.

Nesse último caso, os serviços devem ser utilizados diretamente na prestação de serviços ou produção de bens destinados à venda. Ora, a toda evidência, serviços de contabilidade, consultoria e advocacia, não são utilizados pela empresa diretamente na prestação de seus serviços na área de fornecimento de alimentação.

Portanto, correta a glosa.

A compra de vestuários e uniformes para funcionários, exigidos na prestação dos serviços, estaria também justificada a título de insumo diretamente relacionado à atividade.

Dispêndios dessa natureza já foram objeto de discussão e uniformização de entendimento no âmbito da Administração Tributária, conforme expresso na Solução de Divergência n.º 43, de 2008, emitida pela Coordenação-Geral do Sistema de Tributação e que tem a seguinte ementa:

REGIME DE APURAÇÃO NÃO-CUMULATIVA. BASE DE CÁLCULO. CRÉDITOS. INSUMOS.

Despesas efetuadas com o fornecimento de alimentação, de transporte, de uniformes ou equipamentos de proteção aos empregados, adquiridos de outras pessoas jurídicas ou fornecido pela própria empresa, não geram direito à apuração de créditos a serem descontados da Cofins, por não se enquadrarem no conceito de insumos aplicados, consumidos ou daqueles que sofram alterações, tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função da ação diretamente exercida no processo de fabricação ou na produção de bens destinados à venda.

Aqui também, correta a glosa.

De igual maneira, os gastos com higiene e dedetização, ainda que exigidos por órgãos de supervisão da atividade desenvolvida pela autuada, não se constituem em serviços diretamente nela utilizados, pelo que não podem ser considerados insumos.

Novamente, ainda que necessários, tais gastos não se enquadram nas condições legais permissivas de apuração de crédito da não-cumulatividade.

Por tudo o que se viu e se disse acima, todas as glosas impostas a gastos da contribuinte mostraram-se solidamente embasadas, sendo que os argumentos da defesa não conseguiram comprometer qualquer uma delas. Tanto mais que não foram acompanhados de qualquer apoio documental que as contrariasse.

A Recorrente defende que vários dos serviços prestados diziam respeito à sua atividade fim, que consistia no fornecimento de refeições em cozinhas industriais, preparo e distribuição de merenda escolar, entre outros.

Todavia, a prestação de serviços de advocacia, a contratação de uniformes, serviços de limpeza, entre outros que tiveram seus créditos glosados configuram atividades meio, e ainda que necessárias para o desenvolvimento das atividades-fim, com essas não se confundem. As despesas incorridas com atividades-meio, regra geral correspondem a despesas operacionais e podem ser deduzidas na apuração do imposto de renda na sistemática do lucro real, mas não geram crédito para desconto na apuração do PIS e da COFINS.

Isto posto, **voto por manter a glosa dos créditos oriundos de bens e serviços que não podem ser considerados insumos.**

Da Multa Qualificada

A Recorrente não traz defesa específica para a multa qualificada, apenas defende que *Não sendo devido o Imposto e a Contribuição Social, também não são devidos os acessórios, ou seja, multa e juros.*

Como vimos, em sendo mantida a glosa dos créditos indevidamente descontados na apuração do PIS e da COFINS, há de ser mantida a imposição da multa de ofício e os juros.

Há de se ressaltar que houve imposição de multa tanto de 75%, quanto multa qualificada de 150%. Aquela foi aplicada nas hipóteses em que houve declaração no Dacon, enquanto a multa qualificada foi imposta na infração decorrente de não comprovação de compras por utilização de documentos inidôneos (notas fiscais frias).

Faz-se necessário discorrer sobre o tema, ainda que não tenha havido a defesa, tendo em vista que a configuração do fraude tem repercussão na contagem do prazo decadencial, matéria a ser tratada mais adiante.

Sendo assim, tendo restado mantida a infração de glosa de créditos indevidamente descontados na hipótese de operações de compra não comprovadas, onde se constatou uma conduta ilícita típica, qual seja, a utilização de notas fiscais inidônea, há de ser refutada qualquer alegação do contribuinte no sentido de que não agiu de má-fé, uma vez que tal conduta configura o dolo de maneira inequívoca.

Por conseguinte, correta a aplicação da multa qualificada.

Da Alegação de Decadência

O contribuinte alega decadência em relação ao lançamento das contribuições com período de apuração compreendido no ano-calendário 2007, considerando que a ciência ocorreu em 22/01/2013, data da apresentação da impugnação e da procuração.

A Recorrente considerou a data da ciência em 22/01/2013, tendo em vista que a Turma da DRJ, ao decidir acerca de alegação de nulidade por falta de intimação, considerou válida a intimação por Edital, e afastada qualquer pecha de nulidade, com a apresentação da impugnação em 22/01/2013.

Apesar de o Julgadores *a quo* terem afastado qualquer discussão acerca da nulidade, em face da apresentação da impugnação, que se deu no prazo correto, não houve alteração em relação à data em que o contribuinte tomou ciência do lançamento, tendo esta ocorrido, por Edital, em 28/12/2012 (fl. 16580), nos termos do inciso IV do § 2º do art. 23 do Decreto n.º 70.235/1972.

Vale transcrição da decisão de piso:

Acerca dos procedimentos adotados para obter a ciência pessoal dos representantes da pessoa jurídica, a autoridade fiscal relata no Termo de Constatação Fiscal de fls. 16584/16585, o insucesso cujo desfecho foi a lavratura do Edital e sua fixação no dia 13/12/2012 nas dependências da repartição fiscal jurisdicionante.

Portanto, as formas de intimação preconizadas no Decreto n.º 7.574, de 29 de setembro de 2011, foram observadas. Mesmo a inocuidade das formas pessoal, postal ou eletrônica manifestou-se, justificando a publicação do Edital.

De toda a forma, toda essa discussão é inócua.

Como visto, o sócio implicado na autuação a título de responsável foi intimado por via postal em 22/12/2012 e as impugnações, dele e da pessoa jurídica, foram protocoladas em 22/01/2013, dentro do prazo regulamentar e compostas de tal forma que indicam o conhecimento da autuação e de seus fundamentos.

Portanto, a finalidade da intimação, seja qual for sua forma, foi atendida no caso, qual seja, a de franquear ao sujeito passivo o conhecimento da ação fiscal, com seus fundamentos e conseqüências, e a possibilidade de contra ela se manifestar, **o que aconteceu com a apresentação da Impugnação dentro do prazo correto.** (grifei)

Equivoca-se, portanto, a Recorrente quando afirma que a ciência ocorreu em 22/01/2013, data da apresentação da impugnação.

A data da ciência dos autos de infração ocorreu em **28/12/2012**, por Edital e, tendo esta data como marco inicial para fins de contagem do prazo decadencial, passo à análise.

A Turma da DRJ reconheceu a decadência parcial das contribuições, tão somente em relação aos meses em que foi constatada a existência do pagamento e para as infrações em que não restou caracterizado o dolo, aplicando para os lançamentos que atenderam a esses dois requisitos, a regra do art. 150, 4º do CTN.

Por consequência, restaram fulminadas pela decadência as contribuições para o PIS e a COFINS, com período de apuração compreendidos de junho a novembro de 2007, nas hipóteses em que não foi constatada a ocorrência de fraude, vide:

Por seu turno, os débitos constituídos por conta da apuração de créditos em discordância com a legislação que rege a apuração não cumulativa, apenas com a multa comum, estão sujeitos à contagem do prazo decadencial conforme o art. 150, § 4º. Nesses casos, a circunstância a ser verificada para a definição do marco inicial é a existência de pagamento da contribuição no período correspondente.

No caso, consulta às Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais do período de 2007, fls. 142/155, evidencia que períodos há em que pagamentos foram feitos e períodos em que não. No primeiro caso, o prazo decadencial começa a ser contado a partir da ocorrência do fato gerador. No segundo, a partir do primeiro dia do exercício seguinte, segundo, novamente, a regra do art. 173, I, do CTN.

As DCTF registram que nos períodos de apuração de janeiro a maio de 2007 não foram efetuados pagamentos das contribuições apuradas e devidas. Registre-se que nos períodos de março e abril as contribuições foram compensadas, operação não equivalente ao pagamento para fins de determinação do prazo decadencial. Assim, para esses períodos, o marco inicial da contagem daquele prazo é 01/01/2008, pelo que não ocorreu a decadência, conforme já se viu anteriormente.

Para os períodos de junho a novembro, existem registros de recolhimento das contribuições apuradas pela contribuinte, pelo que os fatos geradores mensais assumem o papel de marco inicial da contagem decadencial. Na medida em que a ciência ao sócio foi dada em dezembro de 2012, os créditos constituídos entre junho e novembro o foram quando já não o poderiam, devendo ser excluídos.

Quanto ao fato gerador de dezembro de 2007, tendo se consumado em 31/12/2007, encontrase dentro do período disponível à Administração Tributária para constituir o crédito, independente da regra de contagem do prazo decadencial. (grifei)

Nas infrações onde restou constada a fraude, aplicou-se o art. 173, inciso I do CTN, que estabelece como termo *a quo* para contagem do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Feitos esses esclarecimentos, tem-se que a Recorrente alega decadência para o lançamento do PIS e da COFINS referente ao ano-calendário 2007, nas hipóteses em que restou comprovada a fraude.

Nesse sentido, não merece reparos a decisão de piso, uma vez que a ciência ocorreu em 28/12/2012, logo, não há que se falar em decadência para os lançamentos referente ao ano-calendário 2007, para os quais restou caracterizada a fraude, por força da aplicação do art. 173, inciso I do CTN.

Pelo exposto, voto por rejeitar a arguição de decadência do lançamento das contribuições referente ao ano-calendário 2007, tendo em vista a ocorrência de fraude, já tratada alhures.

Do Alegação de Necessidade de Levantamento Específico e do Pedido de Diligência

Questiona a ausência de um **levantamento específico** por parte do Fisco, eis que a autuação foi embasada tão somente em presunções e indícios. Alega que caso tal procedimento ocorresse, teria constatado que as empresas vendedoras transacionaram comercialmente com a Recorrente no período de 2007 a 2009, comprovando a saída de mercadoria da empresa vendedora e o respectivo pagamento pelas vendas. Também requereu a conversão do julgamento em **diligência**.

Tal questionamento não procede. Isto porque consta nos autos um farto conjunto probatório que demonstra a irregularidade nas operações de compra, não tendo o Fisco como fazer um *levantamento específico* para provar operações que não ocorreram de fato. É uma questão de ônus da prova, e neste momento, cabe ao contribuinte comprovar a sua regularidade.

O ônus da prova, em regra, cabe a quem alega o direito. No caso em tela, é dever do contribuinte contraditar as provas dos autos carreadas pela Autoridade Fiscal.

A comprovação da existência de crédito cabe ao contribuinte que o alega. Nesse sentido, dispõe o art. 373 do CPC:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A Recorrente procura inverter o ônus da prova, atribuindo ao Fisco a produção de uma prova impossível, que seria a regularidade de uma operação que não aconteceu.

Portanto, descabia a alegação de necessidade de um levantamento específico.

No que diz respeito ao pedido de diligência, há de ser indeferido, uma vez que formulado de forma genérica e com o objetivo de produzir provas que seriam ônus da Recorrente.

Acerca da realização de diligências, o Decreto nº 70.235/72 assim dispôs:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993) (grifei)

O pedido de diligência ou perícia deve ser acompanhado da exposição de motivos que o justifique, bem como, devem ser formulados os quesitos referentes aos exames desejados. No caso de perícia, deve ser especificada a perícia, seu objetivo e a indicação de perito.

No caso em tela, a Recorrente não expôs os motivos que justificariam a realização de diligência, não formulou quesitos, nem indicou qual seria o objetivo da diligência e o que pretendia provar.

Em verdade, o pedido de diligência trata de um pedido genérico para produzir provas que deveriam ser trazidas aos autos pela Recorrente.

Portanto, **indefere-se o pedido de diligência genérico**, que não especifica aquilo que se pretende provar, nem traz a elaboração de quesitos, conforme prescreve o art. 16, inciso IV do Decreto n.º 70.235/72.

Por tudo o exposto, voto negar provimento ao recurso voluntário do contribuinte.

Do Recurso do Responsável Tributário (Sr. Eloízo Gomes Afonso Durães)

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Conforme o Termo de Sujeição passiva, diante das infrações já relatadas, entre elas, utilização de notas fiscais “frias”, inserção de elementos inexatos na contabilidade, prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias, o Sr. Eloízo Gomes foi responsabilizado, com fundamento no art. 135, inc. III do CTN, tendo em vista que:

- Ele é o único sócio administrador e responsável pela empresa fiscalizada perante a RFB;
- Todas as procurações concedendo poderes para terceiros assinar cheques em nome da empresa SP (vide Apensos 36 a 47 dos PAFs), inclusive aqueles acima mencionados, eram outorgadas por ele;
- Seu nome é mencionado inúmeras vezes na Denúncia Crime do MPESP, sempre referenciado como um dos líderes e principais articuladores do esquema criminoso em questão.
- O Sr Eloízo, na administração da empresa SP, apropriou-se de recursos financeiros desta a título de "empréstimos" em 2007, no montante de R\$ 1 5.175.284,26, sem nunca ter devolvido um centavo do valor mutuado;
- No arquivo digital apreendido, onde estão transcritas as transações do Caixa 2 da empresa SP, no período de 01/07/2005 a 06/03/2008, Sr Eloízo é identificado em 2045 operações (aprox. 20% delas), autorizando pagamentos à margem da contabilidade.

Por fim, o Termo conclui que por inúmeras provas testemunhais e documentais, o Sr. Eloízo Gomes tinha participação ativa na administração da SP no decorrer do ano fiscalizado, além de ter sido o principal interessado e beneficiário das práticas fraudulentas acima imputadas à empresa SP, tendo como um dos principais objetivos, modificar as características essenciais do fato gerador, alterando as bases de cálculo dos tributos, de modo a reduzir os seus montantes

devidos. O ocultamento das reais bases de cálculo dos tributos em questão fez surgir os créditos tributários decorrentes da ação fiscal.

O responsável solidário repisa as preliminares de nulidade e os argumentos de mérito constantes do recurso do Contribuinte. Dessarte, para as preliminares e para o mérito do lançamento, adotam-se as mesmas razões de decidir constantes do recurso do contribuinte analisadas anteriormente, e passa-se à análise tão somente da responsabilidade solidária.

O Recorrente afirma que as práticas fraudulentas não foram comprovadas. Argumenta que só existe solidariedade nos casos de impossibilidade de exigência de cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte. Argumenta que não foi comprovado excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto pelo sócio administrador. Argumenta que não houve aumento patrimonial por práticas fraudulentas que indicassem evolução patrimonial e; Argui para o Termo de Sujeição Passiva as mesmas nulidades arguidas para o Auto de Infração.

Em relação às práticas fraudulentas, tem-se que já restou devidamente demonstrada a utilização de notas fiscais frias, o que configura um ato ilícito típico, suficiente por si só para justificar o agravamento da multa qualificada, entre outras práticas, tais como prestar informações inexatas ao Fisco.

Não só restaram comprovadas as fraudes, mas que o Sr. Eloízo era único sócio e administrador, passando procurações e apropriando-se de recursos da empresa, justificando portanto, a imputação da responsabilidade nos termos do art.135, III do CTN.

Quanto à responsabilidade solidária, esta não comporta benefício de ordem, podendo o crédito tributário ser exigido do contribuinte ou do responsável solidário de forma indistinta, nos termos do art. 124, parágrafo único do CTN, *verbis*:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

(...)

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem. (grifei)

A questão do aumento patrimonial é irrelevante para fins de responsabilidade tributária. O Sr. Eloízo Gomes foi inserido no polo passivo da sujeição tributária, tendo em vista que como administrador agiu com infração à lei, utilizando-se de notas fiscais frias para tentar comprovar operações de compras, e com isso buscou ocultar o fato gerador da obrigação tributária.

Entretanto, sendo à infração à lei um elemento do tipo para caracterizar a responsabilidade tributária do Sr. Eloízo, voto por manter a responsabilidade apenas para a glosa dos créditos descontados indevidamente e que tiveram a multa agravada para 150%, pois nessas hipóteses restou comprovada a fraude e o dolo específico por parte do Recorrente.

Logo, voto por manter a imputação de responsabilidade do Sr. Eloízo Gomes, nos termos do art. 135, inc. III do CTN, solidariamente ao Contribuinte (SP Alimentação), apenas quanto aos tributos devidos em decorrência da infração relativa à glosa de créditos referentes às compras não comprovadas, cuja multa foi qualificada.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por conhecer dos recursos voluntários do contribuinte e do responsável, por rejeitar as preliminares de nulidade e o pedido de diligência e, no mérito, por **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso do contribuinte e, **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do responsável solidário, para manter a imputação da responsabilidade do Sr. Eloízo Gomes tão somente em relação aos créditos tributários constituídos com multa qualificada.

(documento assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite