



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

Processo nº 19515.722975/2012-62
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1301-000.410 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 15 de maio de 2017
Assunto PIS E COFINS
Recorrente SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relatora.

assinado digitalmente

Waldir Veiga Rocha - Presidente.

assinado digitalmente

Amélia Wakako Morishita Yamamoto - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flavio Franco Correa, José Eduardo Dornelas Souza, Roberto Silva Junior, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Waldir Veiga Rocha.

Relatório

SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, já qualificada nos autos, recorre da decisão proferida pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas (SP) - DRJ/CPS, que, por unanimidade, julgou procedente em parte a impugnação para exigir o crédito tributário de PIS, R\$11.180.713,58 e de COFINS, R\$51.499.047,13, referente aos períodos de janeiro de 2007 a dezembro de 2009, por insuficiência no recolhimento, exonerando-se parte dos créditos, em razão da decadência.

Do Lançamento

Trata-se de auto de infração para lançamento de PIS e COFINS (fls. 16.454/16.571), cumulados de juros e multa de ofício e qualificada, lavrados contra a SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, em razão de insuficiência de recolhimento de PIS e COFINS, com base no art. 1º da LC 70/91, arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718/98, com alterações da MP nº 1.807/99 e reedições e arts. 2º, inc. II e § único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/2002.

Tratou também da sujeição passiva solidária (fls. 16.572/16.579), na qualidade de sócio administrador e responsável, do Sr. Eloízo Gomes Afonso Durães, que foi cientificado por Edital (fl. 16.580).

Segundo o Termo de Verificação Fiscal, (fls. 15.894/15.955), e Relatório da DRJ verificou-se que:

A ação fiscal foi 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 Embaraço 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 Embaraço e de Intimação nº 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 Confeções 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 Hortifruti Granjeiro 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 Confeções – Indústria, Comércio e Prestação de Serviços Ltda, Irmãos Franco Indústria e Comércio de Cereais Ltda, Atacado 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 GÊNOVA), 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 extra-contábeis 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 ue 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, detetização 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 nº 405/2008 e nº 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 nº 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 nºs 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 nº 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, sua natureza 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.

Da impugnação

Inconformado com o lançamento tributário, o contribuinte e o responsável solidário apresentaram cada qual suas manifestações de inconformidade, (fls. 16.945/16.989 e 16.990/17.029), alegando, ambos, em suma:

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 nº 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 conseqüente 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 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.

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 DISPOSIBILIZADOS, 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.

Equivoca-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 o 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 consequentemente 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 digno-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, Eloízo 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. Eloízo 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.

Da decisão da DRJ

Em julgamento realizado em 27 de maio de 2013, a 3ª Turma da DRJ/CPS, por unanimidade, considerou procedente em parte a impugnação e prolatou o acórdão 05-40.777, (fls. 16.858/16.903), assim ementado:

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.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Do Recurso Voluntário

Os recorrentes, devidamente cientificados do acórdão recorrido, apresentaram Recurso Voluntário (fls. 16.945/16.989 e 16.990/17.029), onde sustentam os argumentos apresentados em sede de manifestação de inconformidade, principalmente nos seguintes pontos:

- (a) Nulidade por contrariar o art. 11 do Decreto 70.235/72;
- (b) Nulidade por contrariar garantias e princípios constitucionais;
- (c) da Prova ilícita;
- (d) da Decadência;
- (e) dos Créditos Extemporâneos; e
- (f) Não exigência da multa e dos juros

Do Acórdão de Recurso Voluntário

O processo chegou ao CARF e em 29/09/2016, pelo teor da **Resolução nº 3402-003.433** (fls. 17.045 a 17.048), no qual a turma unanimemente não conhece do recurso voluntário para declinar da competência à Primeira Seção de Julgamento do CARF, nos termos do art. 2º, IV, do Anexo II, do RICARF, em virtude de tratar de autuação de PIS e Cofins, **procedimento reflexo do IRPJ e formalizados com base nos mesmos elementos de prova**, nos seguintes termos:

No Termo de Verificação Fiscal de fls. 15.894 e ss, verifica-se expressamente a abrangência do procedimento fiscalizatório:

I - DA ABRANGÊNCIA DA AÇÃO FISCAL

A ação fiscal formalizada através do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) nº 08.1.90.00-2011-00857-0, compreende os tributos IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IRRF referentes aos anos calendários 2007, 2008 e 2009.

A ação fiscal conforme programação original compreendia apenas o tributo IRPJ e o ano calendário 2007. Posteriormente, dado que as evidências dos ilícitos tributários se repetiam nos anos posteriores, o período de abrangência foi ampliado para os anos calendários 2008 e 2009, sendo também incluídos os tributos IRRF, PIS e COFINS NÃO CUMULATIVOS.

A conclusão da ação fiscal não discrepa do verificado acima, conforme fl. 15.955:

XIX- DO ENCERRAMENTO PARCIAL DA AÇÃO FISCAL

Portanto, dada a falta de comprovação ou comprovação inidônea de compras, superavaliação de estoques, existência de despesas financeiras não necessárias, declaração a menor de IRPJ e CSLL devidos por estimativas mensais, existência de pagamentos realizados a beneficiários não identificados e utilização de créditos indevidos de PIS/COFINS Não Cumulativos, no decorrer dos anos calendários 2007, 2008 e 2009, procedemos aos correspondentes lançamentos de ofício de IRPJ, PIS, CSLL, COFINS, IRRF e Multa Isolada por falta de pagamento de IRPJ/CSLL devidos por estimativa, totalizando um crédito tributário de R\$ 375.493.931,35, incluídos neste montante o valor dos juros de mora e multa de ofício, discriminados abaixo por imposto/contribuição:

*O mesmo deve ser vinculado ao **processo nº 19515.722974/2012-18**, no qual se discute o IRPJ e a CSLL decorrentes do procedimento fiscalizatório, nos termos do art.6º, §1º, III do Anexo II do RICARF.*

Em 16/02/2017, recebi os presentes autos, por sorteio.

É o relatório.

Voto

Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Relatora

RECURSO VOLUNTÁRIO

Os contribuintes foram cientificados do teor do acórdão da DRJ/CPS e intimados ao recolhimento dos débitos de PIS e COFINS em 12/08/2013), e apresentaram em 04/09/2013, Recursos Voluntários, juntados às fls. 16.945/16.989 e 16.990/17.0297, tempestivamente, portanto deles conheço.

Da Competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF

As recorrentes foram autuadas em razão de infração de PIS e COFINS, por se creditarem de valores relacionados a bens destinados à revenda, que a recorrente não comprovou a aquisição, bem como de serviços utilizados como insumos indevidamente, diferenças entre lançamentos contabilizados e declarados no DICON, utilização de créditos extemporâneos, baseados em relatório de auditoria.

E de acordo a Resolução, de fls. 17.045/17.048, por decisão unânime da Turma no sentido de se declinar a competência para esta Seção, em razão de procedimento reflexo de exigência de IRPJ e formalizados com base nos mesmos elementos de prova.

Certo é que estamos na vigência do Regimento Interno, alterado pela Portaria MF nº 152/2016, e em que pese o auto de infração tratar-se de crédito tributário de PIS e de COFINS, nos termos do seu art. 2º, IV, do Anexo II, à Primeira Seção de Julgamento cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação relativa a:

*IV - CSLL, IRRF, Contribuição para o PIS/Pasep ou **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)**, Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), quando **reflexos do IRPJ**, formalizados com base **nos mesmos elementos de prova**; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)*

Nos termos da Resolução nº 3402-003.433, bem como de partes do Termo de Verificação Fiscal, analiso que a parte da exigência do PIS e da COFINS está lastreada em fatos cuja apuração serviu para a prática de infração à legislação do IRPJ.

Foram lavrados autos de infração exigindo a cobrança de IRPJ, CSLL, IRRF, PIS e COFINS em razão da omissão de receitas e receitas não contabilizadas apontadas pela fiscalização.

Quanto ao processo nº 19515.722974/2012-18, relativo às exigências de IRPJ e CSLL, no que se refere à glosa de custos dos bens vendidos e/ou serviços prestados. Comprovação Inidônea dos custos. Contabilização com base em documentos inidôneos, por unanimidade de votos, o Colegiado manteve a glosa e rejeitou o recurso voluntário.

O acórdão de nº 1301-001.453, de 13/03/2014, recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2007, 2008, 2009 NULIDADE. FORMALIZAÇÃO DO LANÇAMENTO. AGENTE COMPETENTE. INOCORRÊNCIA.

O Auditor-Fiscal da Receita Federal é a autoridade administrativa competente para constituir o crédito tributário, relativo a tributos e contribuições administrados pela SRF, realizando o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN, mediante a lavratura de auto de infração.

ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA PARCIAL DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

Não procede a alegação de decadência para o lançamento relativo ao IRPJ e CSLL apurados no ano-calendário 2007, considerando que o contribuinte apurou seus resultados pelo Lucro Real anual, uma vez que o lançamento foi efetivado em 28/12/2012 e o prazo final, ainda que observado o disposto no § 4º do art. 150 do CTN, somente se esgotaria em 31/12/2013.

REPASSE DE EMPRÉSTIMOS AOS SÓCIOS. DESPESAS FINANCEIRAS. DESNECESSIDADE. GLOSA.

Comprovado o imediato repasse ao sócio-gerente da pessoa jurídica dos empréstimos bancários tomados por esta, sem o reconhecimento de receita financeira na mesma proporção das despesas financeiras imputadas, correta a glosa destas por se caracterizarem como desnecessárias.

GLOSA DE CUSTOS. COMPRAS INEXISTENTES.

Comprovada a inexistência das operações comerciais contabilizadas pela recorrente, amparadas em documentos inidôneos e a existência de Caixa 2 formado com os recursos supostamente utilizados no pagamento das compras não comprovadas, deve ser mantida a glosa efetuada pelo Fisco.

APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CUSTOS. SUPERAVALIAÇÃO DE ESTOQUE. GLOSA.

Não comprovado o erro contábil alegado para justificar a diferença identificada entre o estoque final de um ano calendário e o estoque inicial do ano calendário seguinte, correta é glosa dos valores excedentes do custo das mercadorias vendidas apurados no período.

MULTA ISOLADA. CABIMENTO.

A exigência da multa isolada decorre de expressa disposição legal e impõe-se diante da modificação da base mensal do Imposto de Renda e da CSLL devida a título de estimativas.

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO. FRAUDE.

Restando caracterizado o intuito doloso da recorrente ao inflar os seus custos de aquisição de mercadorias mediante o registro

de operações fictícias e utilização de documentos fiscais inidôneos e, ainda, comprovado pela fiscalização que os recursos supostamente utilizados para o pagamento das operações comerciais eram utilizados e/ou sacados e retornavam para compor Caixa 2 da empresa, impõe-se a aplicação da multa qualificada sobre a infração apurada.

CSLL. LANÇAMENTO REFLEXO.

Por se constituírem infrações decorrentes e vinculadas, nos termos do § 2º do art. 24 da Lei 9.249/1995, aplica-se integralmente ao lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido as conclusões relativas ao IRPJ.

RESPONSABILIDADE PESSOAL DO SÓCIO. ATOS PRATICADOS COM INFRAÇÃO À LEI.

Comprovado que o sócio-gerente foi o principal artífice de esquema criminoso que, durante anos consecutivos, utilizou-se de documentos fiscais falsos e inidôneos com vistas a simular a aquisição de mercadorias pela pessoa jurídica fiscalizada, no intuito de reduzir os lucros tributáveis e ocultar o desvio dos recursos para um “Caixa 2”, utilizado para pagamentos de despesas estranhas à empresa, correta a imputação de responsabilidade com base no inc. III do art. 135 do CTN.

Atualmente, de acordo com informação extraída do sítio do CARF na internet, está em fase processual diversa, não vislumbrando a decisão definitiva do processo administrativo conexo.

Assim, diante da conexão do presente caso, com o acima mencionado, de n. 19515.722974/2012-18, bem como a impossibilidade do presente caso ser julgado autonomamente, entendo ser aplicável o art. 6º do RICARF:

“Art. 6º Verificada a existência de processos pendentes de julgamento, nos quais os lançamentos tenham sido efetuados com base nos mesmos fatos, inclusive no caso de sujeitos passivos distintos, os processos poderão ser distribuídos para julgamento na Câmara para qual houver sido distribuído o primeiro processo.”

Assim, fixada a competência desta Primeira Seção de Julgamento, voto no sentido de sobrestamento do processo, determinando-se a remessa dos autos à Secretaria da Câmara até que a prolação da decisão do **PA n. 19515.722974/2012-18** torne-se definitiva, juntando-a nestes autos para fins de julgamento.

assinado digitalmente

Amélia Wakako Morishita Yamamoto