



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

Processo nº 19647.002523/2008-89
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1302-000.197 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 02 de outubro de 2012
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente PR DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Paulo Roberto Cortez - Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente em Exercício), Paulo Roberto Cortez, Andrada Marcio Canuto Natal, Diniz Raposo e Silva, Eduardo de Andrade, Marcio Rodrigo Frizzo. Declarou-se impedido o Conselheiro Eduardo de Andrade. Ausente justificadamente o Conselheiro Waldir Veiga Rocha.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de recurso de ofício interposto pela 3ª Turma de Julgamento da DRJ/Recife/PE, em relação à parcela da decisão proferida no Acórdão nº 11-25.192, de 30 de janeiro de 2009 (fls. 1554/1563) que reduziu parte do crédito tributário, e também de recurso voluntário (fls. 1758/1777) de P R DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA., contra a parte mantida nos autos de infração de IRPJ (fls. 07); PIS (fls. 23); COFINS (fls. 34); e CSLL (fls. 45).

As irregularidades apontadas no Termo de Fiscalização (fls. 58, Vol. 2) encontram-se assim descritas, em resumo:

“1. DOS FATOS A empresa foi selecionada para ser fiscalizada para o IRPJ e tributação decorrente referente aos anos calendário de 2002 a 2004 por determinação da Coordenação de Fiscalização da Secretaria da Receita Federal do Brasil (COFIS/RFB), em virtude de Representação Fiscal elaborada pela Equipe Especial de Fiscalização, criada pela Portaria SRF n- 1.826 de 08/08/2005 (alterada pela Portaria RFB n- 4.555, de 20/09/2005), resultante dos trabalhos relacionados à operação denominada "Pista Livre" (desenvolvida em conjunto com o Departamento de Polícia Federal, que denominou esta operação de "Cevada"). Conforme está dito na Representação Fiscal (que se faz acompanhar de documentos apreendidos pela Polícia Federal, em conjunto com a RFB, em dependências de estabelecimentos relacionados com a empresa durante a operação levada a efeito em 15/06/2005).

A demanda para fiscalizar a empresa foi encaminhada, em 19/05/2006, pela SRRF/4a RF para a DRF-Caruaru-PE, que, tendo em vista o fato de a empresa, em 24/05/2006, ter procedido à alteração do endereço do seu estabelecimento matriz, da cidade de Garanhuns-PE (jurisdição da DRF-Caruaru-PE) para a cidade de Timbaúba-PE, esta ordem de fiscalização foi redirecionada para a DRF-Recife-PE (Delegacia que detém a jurisdição dessa cidade).

(...)

2. DAS ANÁLISES DOS FATOS (ELEMENTOS DE PROVA DA SONEGAÇÃO FISCAL PRATICADA PELA EMPRESA)

16. Os elementos trazidos ao conhecimento desta fiscalização e que se encontram anexados ao presente Termo, notadamente a grande quantidade de demonstrativos das receitas mensais da empresa, balanços patrimoniais, balancetes de verificação, demonstrações de resultados dos exercícios, demonstração dos custos das mercadorias vendidas, demonstração de lucros e prejuízos acumulados, formam um conjunto probante que caracteriza a existência de 2 (duas) escriturações na empresa fiscalizada: uma meramente formal, para ser apresentada às autoridades fiscais – que registra uma movimentação bem menor de receita, custos e despesas, de forma a resultar numa pequena (ou nenhuma) tributação (a que foi entregue a esta fiscalização); e outra, real, para retratar a realidade negocial da empresa - e que possui uma movimentação de vendas, custos e despesas bem maiores. Esta, no entanto, é elaborada apenas para

atender à sua diretoria, sendo "escondida" das autoridades tributárias, que somente teve conhecimento de sua existência através da apreensão dos seus demonstrativos, nas blitz realizadas na empresa.

18. Conhecidas as receitas (reais) da empresa através dos demonstrativos apreendidos, tendo em vista que nesses mesmos demonstrativos, estão registrados valores de custos e despesas (também) diferentes dos apresentados nos livros contábeis e declarações fiscais apresentados à RFB e à esta fiscalização, foi dada a oportunidade de apresentar a documentação comprobatória e escrituração conforme retratados nos demonstrativos apreendidos.

19. No entanto, a empresa nada apresentou, preferindo chamar os demonstrativos apreendidos nas suas dependências de "simples relatórios internos", aos quais não reconhece legitimidade."

Das irregularidades apontadas:

"3. DA TRIBUTAÇÃO TRIBUTAÇÃO DO IRPJ (Anos Calendário de 2002, 2003 E 2004 LIVROS CONTÁBEIS APRESENTADOS SEM REGISTRAR A TOTALIDADE DAS OPERAÇÕES NEGOCIAIS DA EMPRESA - EXISTENCIA DE "CONTABILIDADE PARALELA" RETRATANDO MOVIMENTAÇÃO BEM MAIOR QUE A ESCRITURAÇÃO APRESENTADA - OMISSÃO DE REGISTROS DE RECEITAS - ESCRITURAÇÃO APRESENTADA IMPRESTÁVEL PARA APURAR AS BASE DE CÁLCULO DO IRPJ NA FORMA DO LUCRO REAL - FALTA DE APRESENTAÇÃO À AUTORIDADE TRIBUTÁRIA DA DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA E LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS COM ESCRITURAÇÃO DAS REAIS OPERAÇÕES DA EMPRESA - ARBITRAMENTO DO LUCRO COM BASE NA RECEITA BRUTA CONHECIDA.

A tributação do IRPJ e da CSLL com base no lucro real (opção utilizada pela empresa fiscalizada, nos anos calendário de 2002, 2003 e 2004) pressupõe a existência de escrituração dos livros contábeis (Diário / Razão) e a existência de toda a documentação comprobatória de lastreio, de forma que abranja a totalidade das operações do contribuinte.

Conforme o aqui exposto, ficou constatado que os livros contábeis apresentados pela empresa não retratam a totalidade de suas operações negociais, e, apesar de lhe ser oportunizado apresentar toda a documentação que serviu de base para a elaboração dos demonstrativos apreendidos nas suas dependências, que retratam suas verdadeiras operações mercantis, ela nada entregou a esta fiscalização.

De tal sorte, a escrituração apresentada revelando possuir vícios e erros que tornam impréstável para determinar o lucro real da empresa e a sua negativa em disponibilizar os livros e documentos que retratam a realidade fiscal da empresa, necessários e obrigatórios para a tributação com base no lucro real, são fatos que impõem o arbitramento dos lucros, conforme é a previsão legal expressa nos incisos II e III do artigo 530 do RIR/99.

Logo, os valores do IRPJ devidos nos períodos de apuração alvo desta fiscalização (anos-calendário de 2002, 2003 e 2004) serão tributados, de ofício, com base no Lucro Arbitrado, para tanto, tomando-se como receita bruta conhecida os valores das receitas apresentadas nos demonstrativos das receitas dos documentos apreendidos nas dependências da empresa, já referidos acima.

Na apuração dos valores a tributar do IRPJ serão deduzidos os valores dessa rubrica já declarados pela empresa em suas declarações DCTF, ou consolidados no programa parcelamento especial ao qual a empresa se cadastrou (processo administrativo: 10435.451277/2004), e / ou os valores lançados procedimento de ofício anterior (processo administrativo: 0435.001589/2004-49)."

Consta no Termo de Encerramento de Ação Fiscal (fls. 57/70), que o lançamento decorreu de omissão de receita, verificada do cotejo entre os livros contábeis e demonstrativos consubstanciados em documentos apreendidos nos diversos estabelecimentos da empresa, por meio da operação "Pista Livre", implementada pela Receita Federal em conjunto com a Polícia Federal.

O lucro tributável no presente lançamento de ofício, o qual serviu como base de cálculo do IRPJ e da CSLL, foi arbitrado em razão da não apresentação dos livros contábeis e fiscais por parte da contribuinte. Os lançamentos a título de PIS e COFINS foram efetuados na forma de tributação cumulativa, tendo em vista o arbitramento. A multa de ofício foi qualificada, nos termos do § 1º do art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Também foi lavrada a Representação Fiscal para Fins Penais, consubstanciada no Processo nº 19647.002525/2008-78.

A interessada apresentou impugnação, às fls. 657 a 713, onde expõe, em síntese, os seguintes argumentos:

- a) que a desconsideração da sua escrituração contábil, e, de consequente, a atitude de arbitrar o lucro, implicaria em mácula aos princípios do contraditório, oficialidade, verdade material e legalidade;
- b) que os documentos apreendidos não mereceriam fé, vez que teriam sido confeccionados "*para único e exclusivo fim cadastral perante bancos*". Tratar-se-iam de meros indícios, dos quais deveria ter partido a fiscalização, o que, efetivamente, não teria acontecido, de modo que os autos estariam desprovidos de suporte probatório. Caberia a fiscalização produzir provas de que os fatos ínsitos nos referidos documentos eram verdadeiros;
- c) que não haveria prova de que fora infringido o art. 530 do RIR, de 1999;
- d) que, em nenhum momento, o fisco teria provado "que os elementos contábeis e fiscais apresentados não mereciam fé no tocante ao seu conteúdo e podiam ser desconsiderados, em total violação dos citados artigos 923 e 924 do RIR/1999";
- e) que o arbitramento do lucro teria sido indevido, pois a exigência para apresentação dos livros condizentes com os dados dos documentos apreendidos transbordaria os limites do praticável, vez que se trataria de prova impossível. Teria provado todas as operações registradas nos livros exibidos ao fisco;

- f) que o agravamento da multa (150%) seria indevido, dado que não teria ficado evidenciada a intenção de fraudar o fisco;
- g) que estariam extintos pela decadência os créditos anteriores a 23/02/2003.

Ao apreciar a peça impugnatória, a turma de julgamento de primeira instância, deu provimento parcial, conforme a ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2002, 2003, 2004 PRELIMINAR DE NULIDADE. PROVA ILÍCITA. NÃO OCORRÊNCIA.

Não restando evidenciada a ilicitude das provas que dão suporte ao lançamento, não há falar em sua nulidade com apoio nesse fundamento.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2002, 2003, 2004 ARBITRAMENTO DO LUCRO. AUSÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO REGULAR.

O arbitramento do lucro decorre de expressa previsão legal, segundo a qual a autoridade tributária impossibilitada de aferir a exatidão do lucro real, em virtude da não apresentação de livros e documentos da escrituração, está legitimada a adotá-lo como meio de apuração da base de cálculo do IRPJ.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2002, 2003, 2004 TRIBUTAÇÃO REFLEXA - PIS, COFINS e CSLL.

Estende-se aos lançamentos decorrentes a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. OCORRÊNCIA DE FRAUDE.

Comprovada a ocorrência de fraude, o prazo decadencial, para os lançamentos por homologação, rege-se pelo disposto no art. 173 do CTN.

Lançamento Procedente em Parte Tendo em vista a exoneração de parte do crédito tributário, a turma de julgamento opôs recurso de ofício, nos termos do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 1972 e alterações introduzidas pela Lei nº 9.532, de 1997 e Portaria MF nº 375, de 2001.

Ciente da decisão de primeira instância (fls. 1757), a contribuinte interpôs recurso voluntário sob os seguintes fundamentos:

- h) que o Auto de Infração laborou em erro por se basear somente em uma única prova, que, por ser divorciada da realidade, comprometeu a autuação; mas que, pelo menos, aparentava ter, à época, origem idônea;

- i) como se vê, é exatamente como já sintetizado: tudo começa, gira e termina nos papéis apreendidos. Ocorre que, independentemente de trazerem somente informações projetadas, os papéis usados pela fiscalização ainda se revestem do fatal vício de prova ilícita, como formalmente tomou conhecimento a DRJ, pela Impugnação;
- j) é gritante a facilidade de se perceber que, diante do que diz a própria decisão recorrida, a autuação dependeu inteiramente do material apreendido, sendo, portanto, fruto de prova ilícita;
- k) se a autuação só foi possível em razão do cotejo do elemento A com o elemento B, e se um desses elementos é declarado ilícito e imprestável, é evidente que o auto se contamina em seu nascedouro;
- l) a decisão judicial tornou ilícitos os papéis que foram usados na autuação de maneira a torná-la insubsistente. Ainda que a SRFB tivesse a discricionariedade de adiar o prazo para cumprir o decidido judicialmente, ainda seriam inaceitáveis os motivos apresentados para manter o arbitramento.
- m) Não cabe à SRFB dizer o que derivou, ou não, das escutas ilegais, pelo motivo que o Juízo Federal já cumpriu este ofício, ao decidir que tudo o que foi derivado nos autos está invalidado, incluindo os papéis utilizados;
- n) a garantia de inadmissibilidade de provas ilícitas (art. °, LVI, CRFB) deve ser respeitada pela Autoridade Fazendária, com a declaração de nulidade do auto, por ter este nascido de prova ilícita, ou, como o próprio acórdão recorrido confessa “do cotejo” de elementos apreendidos (ilícitos) com dados do sistema da Receita Federal;
- o) o afastamento da contabilidade da Contribuinte baseado em provas ilícitas e solteiras, não pode propiciar um arbitramento nos moldes legais, como apontados na Impugnação, motivo pelo qual também por isto a autuação seria insubsistente;
- p) A ação fiscal e as diligências só existiram acerca de provas ilícitas. O que justificou o arbitramento foi a contabilidade ter sido afastada só por não registrar os valores que constavam nas provas ilícitas. E ainda as mesmas provas ilícitas foram a única fonte de onde o arbitramento retirou a base de cálculo para os tributos autuados;
- q) O fato de uma decisão judicial ter tornado ilícitos os papéis que foram usados nesta autuação, já a torna insubsistente. Ainda que a SRFB tivesse a discricionariedade de adiar o prazo para cumprir o decidido judicialmente, mesmo assim seriam inaceitáveis os motivos que foram apresentados para manter o arbitramento.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Paulo Roberto Cortez, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Como visto do relato, trata-se de exigência fiscal resultante dos trabalhos relacionados à operação denominada "Pista Livre" (desenvolvida pela Secretaria da Receita Federal em conjunto com o Departamento de Polícia Federal, a qual denominou esta operação de "Cevada"). Consta dos autos, mais precisamente da Representação Fiscal (fls. 105/110, Vol. 3) emitida pela Coordenação Geral de Fiscalização, a qual foi acompanhada dos documentos apreendidos pela Polícia Federal em conjunto com a RFB, em dependências de estabelecimentos relacionados com a empresa durante a operação levada a efeito em 15/06/2005.

Dentre os diversos documentos referenciados e anexados (por fotocópias autenticadas) na Representação Fiscal – após a análise de toda a documentação apreendida no domicílio da empresa – encontram-se: Balanço Patrimonial; Demonstração de Lucros/Prejuízos Acumulados (DLPA); Demonstração do Resultado do Exercício (DRE); Demonstração dos Custos das Mercadorias Vendidas; Balancetes de Verificação e Relação das Vendas do Período.

Posteriormente, em 23/04/2007, foi iniciada a ação fiscal no estabelecimento da recorrente, oportunidade em que a mesma foi intimada a apresentar os livros e documentos contábeis e fiscais referentes aos períodos de janeiro/2002 a dezembro/2004.

Após o recebimento por parte da fiscalização, dos documentos apreendidos, e efetuados os cotejos com os livros contábeis e fiscais (inclusive declarações DIPJ), foi constatada uma grande divergência de valores entre aqueles registrados na escrituração regular e os demonstrativos e documentos obtidos a partir das apreensões efetuadas nos escritórios da empresa.

Diante disso, em 17/12/2007, a fiscalização intimou a empresa para que apresentasse a documentação comprobatória (e, por consequência, os livros contábeis e fiscais) condizente com os valores existentes nos demonstrativos em referência, nos seguintes termos:

A empresa foi alvo de investigação da Polícia Federal através da operação intitulada de “Cevada” relacionada com a operação “Pista Livre” e em 15/06/2005, através de diligências efetuadas em estabelecimentos pertencentes à mesma, foram apreendidos diversos documentos que registraram as suas operações mercantis dos anos de 2002 a 2004.

Dentre os documentos apreendidos, vários foram encaminhados à Receita Federal do Brasil com vistas a serem verificados os cumprimentos das obrigações tributárias da empresa, a exemplo dos seguintes: Balanço / Balancete Patrimonial; Demonstração do Resultado do Exercício – DRE; Demonstração do Custo das Mercadorias Vendidas – DCMV; Demonstração dos Lucros e Prejuízos Acumulados – DLPA e Relação das Vendas Mensais; todos referentes a períodos dos anos-calendário de 2002 a 2004.

As análises inicialmente procedidas pela Equipe Especial de Fiscalização da Receita Federal do Brasil – RFB (instituída pela Portaria SRF nº 1.826, de 08/08/2006) demonstraram a existência de grandes divergências entre os números das operações negociais da empresa apresentados nos documentos apreendidos pela Polícia Federal e os registrados nos seus assentamentos contábeis e declarações entregues à RFB (a ex: DIPJ e DCTF).

Do exposto, INTIMAMOS a empresa a apresentar no prazo acima especificado, toda a documentação comprobatória de seus Custos, Impostos s/Vendas, despesas e estoques de mercadorias conforme apresentado nos demonstrativos acima referidos cujas cópias fazemos anexas à presente.

Em sua resposta, a empresa alega o seguinte: i) que não reconhece legitimidade nos demonstrativos apreendidos pela Polícia Federal em suas dependências, pois entende que foram obtidos ilicitamente; ii) que esses demonstrativos se tratam de simples "relatórios internos"; iii) que já forneceu para a fiscalização a documentação solicitada; e iv) que a documentação comprobatória que gerou seus lançamentos contábeis chega a mais de 1.500 (hum mil e quinhentas) caixas, contém mais de 1.433.000 (hum milhão, quatrocentos e trinta e três mil documentos) documentos e estão à disposição da fiscalização, podendo ser entregue à RFB (condicionando, porém, a um agendamento e intimação específica) ou para que sejam realizadas diligências nos diversos estabelecimentos da empresa onde estão localizados os documentos (matriz e filiais).

Da análise dos documentos apreendidos em confronto com a escrituração regular da empresa, a autoridade autuante concluiu que os elementos trazidos ao conhecimento, notadamente a grande quantidade de demonstrativos das receitas mensais da empresa, balanços patrimoniais, balancetes de verificação, demonstrações de resultados dos exercícios, dos custos das mercadorias vendidas, de lucros e prejuízos acumulados, formam um conjunto probante que caracteriza a existência de 2 (duas) escriturações na empresa fiscalizada: uma meramente formal, para ser apresentada às autoridades fiscais – que registra uma movimentação bem menor de receita, custos e despesas, de forma a resultar numa pequena (ou nenhuma) tributação (a que foi entregue a esta fiscalização); e outra, real, para retratar a realidade negocial da empresa - e que possui uma movimentação de vendas, custos e despesas bem maiores. Esta, no dizer da fiscalização, é elaborada apenas para atender à sua diretoria, sendo "escondida" das autoridades tributárias, que somente teve conhecimento de sua existência através da apreensão dos seus demonstrativos, nas blitz realizadas na empresa.

Na peça recursal a contribuinte insiste no argumento de a ação fiscal teve a sua origem, se desenvolveu e foi concluída à base do conhecimento de documentos apreendidos na "operação pista livre/cevada".

Afirma que, com essa equivocada atitude, a fiscalização contaminou e maculou inteiramente o lançamento, pois as provas e conclusões especificamente indicadas pelo agente fiscal, extraídas da "operação pista livre/cevada", foram anuladas por decisão judicial transitada em julgado, que reconheceu e declarou que tais provas são ilícitas e, portanto, inaptas e viciadas para fundamentar qualquer procedimento administrativo ou judicial, conforme descreve na peça recursal:

HABEAS CORPUS N. 57.624 - RJ (20060080302-3)

*RELATOR MINISTRO: PAULO MEDINA IMPETRANTE:
FERNANDO AUGUSTO FERNANDES E OUTROS IMPETRADO:*

PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO PACIENTE: MARINALDO ROSENDO DE ALBUQUERQUE EMENTA HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO. INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E DE INFORMÁTICA. INEXISTÊNCIA DE TRIBUTO EM CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE DE INICIAR-SE A PERSECUÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA.

1. A existência do crédito tributário é condição absolutamente indispensável para que se possa dar início à persecução penal pela prática de delito dessa natureza. O lançamento definitivo do tributo é condição objetiva de punibilidade dos crimes definidos no artigo 1º da Lei 8.137/90.

2. A autorização judicial para quebra do sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas, para efeito de investigação de crime de sonegação de tributo, é ilegal se deferida antes de configurada a condição objetiva de punibilidade de delito. Constrangimento ilegal verificado.

3. Não se pode entender "na esfera da oportunidade e da conveniência" da Polícia ou do Ministério Público a investigação de conduta NÃO PUNÍVEL - ou não punível enquanto não se cumprir a condição legal para o aperfeiçoamento da punibilidade, sob pena de ferir de morte a segurança jurídica, signo do Estado Democrático de Direito.

4. O emprego de qualquer meio para a prática da sonegação somente adquire relevo, do ponto de vista da tipicidade das condutas descritas no artigo 1º da Lei 8.137/90, se houver imposto a ser pago. A própria tentativa - realização incompleta da conduta típica - está irremediavelmente adstrita à condição de existência do tributo em concreto.

5. Ordem concedida para anular todas as decisões autorizativas da interceptação das comunicações telefônicas e de dados, aí incluídas as decisões de prorrogação do prazo fixado originalmente e, conseqüentemente, determinar o desentranhamento, dos autos da ação penal já instaurada, de todo e qualquer elemento originado das decisões que ora se anulam.

ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves concedendo a ordem, acompanhando a Relatoria, e os votos dos Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti no mesmo sentido, a Turma, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 12 de setembro de 2006 (Data do Julgamento).

Consta ainda da peça recursal que, após a publicação deste Acórdão do HC 57.624/RJ, o E. Juiz Federal de Itaboraí proferiu longa e exauriente decisão, a fim de dar

cumprimento ao decidido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, analisando cada um dos elementos existentes nas mais de 17 mil folhas que compõem o processo principal e 60 apensos, para verificar a extensão dos efeitos da ordem.

Diz a recorrente que este foi o Juízo que, antes da decisão do STJ, tinha permitido à Receita Federal do Brasil o uso dos documentos anexados a estes autos, que deram origem e fundamentação a esta autuação.

Justifica que devem ser trazidos agora os termos da referida decisão anulatória, a fim de demonstrar que o próprio Juízo natural da "operação pista livre/cevada", ao analisar quais os elementos estariam contaminados pela ilicitude declarada pelo STJ, verificou que todos os elementos colhidos nas buscas e apreensões são imprestáveis :

Processo nº 2004.51.07.000263-3 — Primeira Vara Federal de Itaboraí — RJ - Juiz Federal Titular Silvio Wanderley do Nascimento Lima — fls.17695 (documento sob segredo de Justiça).

"01.10.8 — A este Juiz não resta dúvida que as prisões e buscas e apreensões realizadas foram embasadas em grande medida, quando não em sua plenitude, em elementos fáticos conhecidos apenas a partir das interceptações telefônicas realizadas nos autos da medida cautelar n. 2004.51.07.000263-3, pelo que NÃO PODEM SUBSISTIR AS PROVAS OBTIDAS COMO DECORRÊNCIA DE TAIS PRISÕES E BUSCAS, já que estão inoculadas com o mesmo vício originário que tornou inválidas colhidas no monitoramento de comunicações. É de se destacar que não há qualquer indício de provas independentes que, por si só, alicerçassem as decisões cautelares em foco, como também não se observa linha de investigação, diversa daquela embasada no monitoramento de comunicações, que conferisse substrato hábil a fundamentar as decisões em testilha".

Por seu turno, a colenda Turma de Julgamento de primeira instância entende que não é cabível a manutenção de lançamento cujas provas tenham sido obtidas por meio ilícito, conforme o excerto abaixo, extraído do voto condutor do aresto recorrido:

8. De fato, são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos, a teor do que dispõe o art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Da mesma forma, malgrado o STJ em alguns julgados ter rejeitado a teoria, também são inadmissíveis no processo as provas derivadas das ilícitas, o que se depreende dos recentes julgados do STF sobre a matéria e do que dispõe o art. 157 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, verbis:

Art.157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§12 São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§22 Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao jato objeto da prova.

§ 32 Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (grifei)

Porém, a turma julgadora entendeu que a decisão judicial não teria aplicação no presente processo, a uma, porque existiriam dúvidas a respeito da decisão onde consta que somente a escuta telefônica teria sido declarada ilegal pelo STJ e; a duas, porque o auto de infração não foi fundamentado de forma direta e exclusiva nos documentos apreendidos na operação “Pista Livre”, conforme transcrição abaixo, extraída do voto recorrido:

“No caso em questão, todavia, entendo não resta evidente as provas que deram suporte à autuação derivaram, de forma exclusiva, da escuta telefônica declarada ilegal pelo STJ (fls. 663 e 664). A própria decisão do Juiz da Primeira Vara Federal de Itaboraí deixa margem à dúvida, como se depreende do excerto transcrito à fl. 665, que reproduzo, em parte, a seguir:

A este Juiz não resta dúvida que as prisões e buscas e apreensões realizadas foram embasadas em grande medida, quando não em sua plenitude, em elementos fáticos conhecidos apenas a partir das interceptações telefônicas realizadas nos autos da medida cautelar nº 2004.51.07.000263-3.

10. De mais a mais, não se pode dizer o auto de infração foi fundamentado de forma direta, exclusiva, nos documentos apreendidos por meio da operação "Pista Livre".

11. Como dito no Termo de Encerramento, a interessada foi selecionada para ser fiscalizada por determinação da Coordenação de Fiscalização da Secretaria da Receita Federal do Brasil (fl. 262), à vista de Representação Fiscal efetuada pela Equipe Especial de Fiscalização criada pela Portaria SRF nº 1.826 (fls. 254 a 259), de 08 de agosto de 2005.

12. Na representação, os auditores expuseram que do cotejo dos documentos apreendidos e informações constantes dos sistemas da SRF percebia-se uma evidente falta de sintonia, principalmente com relação à Receita Bruta informada nas DIPJ dos anos-calendário de 2002, 2003 e 2004.

(...)

16. Através do Termo das fls. 488, ela foi intimada a apresentar a documentação comprobatória de seus custos, impostos sobre vendas, despesas e estoques de mercadorias, conforme apresentados nos demonstrativos consubstanciados dos documentos apreendidos por meio da operação "Pista Livre".

(...)

18. Ante o até agora exposto, resta evidente que o auto não se fundamentou, de forma exclusiva, nos documentos apreendidos por

meio da citada operação "Pista Livre". Houve todo um processo investigativo suplementar, efetuado pela fiscalização dentro dos limites de suas prerrogativas, em procedimento devidamente autorizado pela Delegacia do Recife.

19. Com suporte apenas nos documentos apreendidos, a fiscalização não teria chegado às conclusões a que chegou. Os demonstrativos, em si, nada traduziam, a não ser que a empresa mantinha um controle paralelo de suas vendas, custos, etc.

(...)

21. De maneira que, repiso, as provas que dão sustentação ao lançamento não derivaram, de forma direta, da escuta telefônica considerada ilícita pelo Judiciário.

Com a devida vênia, ousou discordar da manifestação da turma julgadora, pois, como visto anteriormente, o procedimento fiscal levado a efeito, do qual resultou o crédito tributário sob exame, resultou primordialmente e exclusivamente do confronto entre a contabilidade da empresa e das declarações de rendimentos, com as planilhas e demonstrativos apreendidos por ocasião da ação de busca e apreensão levado a efeito pela Polícia Federal / Receita Federal em data de 15/06/2005, sendo que o regular procedimento de fiscalização, com o competente MPF (Mandado de Procedimento Fiscal) e Termo de Início de Ação Fiscal ocorreu somente em 23/04/2007.

Com efeito, a ação fiscal levada a efeito no estabelecimento da recorrente foi procedida de acordo com o Mandado de Procedimento Fiscal (fls. 02), datado de 23/04/2007, emitido pelo Sr. Delegado da Receita Federal em Recife/PE, , do qual o representante legal da empresa teve ciência, juntamente com Termo de Início de Fiscalização, lavrado na mesma data.

Além disso, houve ainda a determinação, por escrito, de ordem do Sr. Delegado da DRF em Recife/PE, para que se procedesse a novo ato fiscalizatório junto a recorrente, relativo aos anos-calendário de 2002 a 2004, em atendimento ao disposto no art. 7º, § 2º da Lei nº 2.354/1954 e art. 34 da Lei nº 3.470/1958.

Porém, a conclusão do trabalho de fiscalização, que resultou no auto de infração teve sim, como principais e únicos elementos para caracterizar as irregularidades praticadas, exatamente os documentos apreendidos por ocasião da busca e apreensão realizada em junto entre a Polícia Federal e a Receita Federal, quase dois anos antes, dos quais foram extraídos os valores que deram suporte ao lançamento de ofício com o arbitramento dos lucros.

O Auto de Infração lavrado decorreu do arbitramento dos lucros da empresa, pelo fato de existirem, no entendimento do autuante, duas escriturações na fiscalizada: uma meramente formal, para ser apresentada às autoridades fiscais – que registra uma movimentação bem menor de receita, custos e despesas, de forma a resultar numa pequena (ou nenhuma) tributação, e outra, real, para retratar a realidade negocial da empresa, sendo “escondida” das autoridades tributárias, a qual, nas palavras da autoridade autuante, **“somente teve conhecimento de sua existência através da apreensão dos seus demonstrativos, nas blitzes realizadas na empresa”**. Na nota de rodapé do Termo de Encerramento da Ação Fiscal (fls. 62/63, Vol. 3), item 12, consta a seguinte manifestação:

“A propósito do alegado, veja-se nos anexos: Cópias dos balanços patrimoniais e dos demonstrativos dos resultados dos exercícios registrados nos

livros Diário dos anos calendários de 2002, 2003 e 2004, apresentados pela empresa a esta fiscalização (DOCUMENTO 12); Demonstrativos de Receitas de Vendas Mensais, Balancetes, Balanços, Lucros e Prejuízos Acumulados, Custos das Mercadorias, referentes aos períodos dos anos de 2002, 2003 e 2004, apreendidos pela DPF/RFB nos escritórios da empresa (DOCUMENTO 6); Quadro comparativo (elaborado por esta fiscalização) entre os valores constantes nos demonstrativos dos resultados dos exercícios conforme Contabilidade/DIPJ apresentados à RFB e nos demonstrativos apreendidos nas dependências da empresa, onde estão apontadas as diferenças apresentadas (DOCUMENTO 13).”

Continua a autoridade fiscal na manifestação que embasou o arbitramento dos lucros:

“23. De tal sorte, a escrituração apresentada revelando possuir vícios e erros que tornam imprestável para determinar o lucro real da empresa e a sua negativa em disponibilizar os livros e documentos que retratam a realidade fiscal da empresa, necessários e obrigatórios para a tributação com base no lucro real, são fatos que impõem o arbitramento dos lucros, conforme é a previsão legal expressa nos incisos II e III do artigo 530 do RIR/99 (Regulamento do Imposto de Renda - Decreto 3.000/99).

25. Logo, os valores do IRPJ devidos nos períodos de apuração alvo desta fiscalização (anos-calendário de 2002, 2003 e 2004) serão tributados, de ofício, com base no Lucro Arbitrado, para tanto, tomando-se como receita bruta conhecida os valores das receitas apresentadas nos demonstrativos das receitas dos documentos apreendidos nas dependências da empresa, já referidos acima.

Referidos demonstrativos, abrangendo todos os períodos (mensais e trimestrais) dos anos de 2002 a 2004, chegando a compor um total de quase 200 (duzentas) páginas de demonstrativos de receitas, custos e despesas da empresa, todos assinados pelo contador, Luiz Carlos Alves Soares (CPF nº 482.394.614-68 e CRC-PE 016331/04) e pelo sócio gerente, Marmaldo Rosendo de Albuquerque (CPF nº 408.060.224-34), foram todos apreendidos no procedimento de busca e apreensão levado a efeito pela Polícia Federal juntamente com a Receita Federal nos escritórios da empresa na operação realizada em 15/06/2005.”

Assim, do exame das peças do presente processo, chega-se à conclusão de que o lançamento levado a efeito é decorrente de arbitramento dos lucros levado a efeito em razão do confronto direto entre a escrituração regular da empresa com os documentos apreendidos por ocasião da Blitz. Ou seja, a autuação está fundamentada na documentação apreendida por ocasião da blitz levada a efeito pela Receita Federal em conjunto com a Receita Federal, sem a qual não seria possível o confronto de valores e tampouco a tributação com base no arbitramento dos lucros.

Nessas condições, tendo em vista que não constam dos presentes autos, cópias integrais das decisões judiciais mencionadas tanto na peça impugnatória, quanto no recurso voluntário, entendo que antes do julgamento de mérito das irregularidades fiscais em questão, é indispensável o conhecimento, por parte desta colenda Turma de Julgamento, da decisão judicial transitada em julgado a respeito da validade ou não dos elementos de prova que

Processo nº 19647.002523/2008-89
Resolução nº **1302-000.197**

S1-C3T2
Fl. 15

serviram de base para a consecução e lavratura dos autos de infração constantes no presente processo.

Diante do exposto, voto no sentido de converter o julgamento em diligência para que a repartição de origem providencie e/ou intime a contribuinte a apresentar as decisões judiciais transitadas em julgado que decidiram sobre a validade ou não da documentação apreendida por ocasião da busca e apreensão levada a efeito em conjunto entre a Polícia Federal e a Receita Federal nos estabelecimentos da contribuinte em 15/06/2005.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Paulo Roberto Cortez