



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10872.720231/2019-46
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3301-012.376 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de março de 2023
Recorrente RIO RECIBRAS COMÉRCIO DE METAIS RECICLAVEIS EIRELI E OUTROS (RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS)
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2014 a 31/12/2014

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SOLIDÁRIOS. IMPUGNAÇÕES NÃO APRECIADAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. DECISÃO RECORRIDA. NULIDADE.

A falta de análise e julgamento de impugnações apresentadas, por parte das pessoas jurídicas responsabilizadas solidariamente pelo cumprimento da obrigação tributária, pela Autoridade Julgadora de Primeira Instância, configura cerceamento do direito de defesa dos impugnantes o que implica nulidade da decisão recorrida e a prolação de nova decisão, com a apreciação de todas as impugnações apresentadas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso voluntário para anular a decisão recorrida e determinar o retorno dos autos à Primeira Instância para que sejam analisadas todas as impugnações apresentadas pelos oito responsáveis solidários, considerados revéis naquela decisão, devendo aquela autoridade julgadora manifestar-se expressamente sobre as alegações de todas as impugnantes relacionadas neste voto, quanto à real apresentação das impugnações e suas tempestividades, inclusive sobre o requerimento da IBM Indústria Brasileira de Metais Ltda.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jose Adão Vitorino de Moraes, Laércio Cruz Uliana Júnior, Lara Moura Franco Eduardo (suplente convocada), Juciléia de Souza Lima, Marcos Antônio Borges (suplente convocado), Sabrina Coutinho Barbosa, Semíramis de Oliveira Duro, Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe (Presidente). Ausente o conselheiro Ari Vendramini, substituído pela conselheira Lara Moura Franco Eduardo.

Relatório

Trata-se de recursos voluntários interpostos pelo sujeito passivo e pelas pessoas, jurídicas e físicas, responsabilizadas solidariamente pelo cumprimento da obrigação tributária, contra decisão da DRJ em Belém que julgou parcialmente procedente as impugnações apresentadas contra o Auto de Infração às fls. 03/14, exigindo multa regulamentar por infração à legislação tributária.

Consta literalmente da Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal do Auto de Infração que: *“O estabelecimento emitiu inúmeras notas Fiscais que não corresponderam a uma efetiva saída dos produtos nelas descritos, além de se beneficiar, na qualidade de destinatário, de outros documentos fiscais que também deram apenas mera formalização a operações fictícias, conforme melhor explicitado no Termo de Verificação, lavrado nesta mesma data, o qual passa a compor a presente exação fiscal.”*

Intimados do lançamento, a recorrente e os solidários, pessoas jurídicas e físicas, apresentaram impugnações, requerendo o seu cancelamento, alegando razões, assim resumidas por aquela DRJ:

5.1 - DO CONTRIBUINTE - RIO RECIBRAS COMÉRCIO DE METAIS RECICLÁVEIS EIRELI

O Impugnante RIO RECIBRAS COMERCIO DE METAIS RECICLÁVEIS EIRELI, tomou ciência em 27/12/2019, via Edital (fl. 10.743), e apresentou a Impugnação em 27/01/2020(fl. 10.938/10.985), e alega em síntese:

I - DAS PRELIMINARES

1 - É tempestiva a Impugnação:

Uma vez que a Impugnante foi intimada pelo Edital n.º 006266548, de 12.12.2019 (doc. n.º 03), a ciência do lançamento de ofício deu-se no 15º dia após a fixação do edital, ou seja, 27.12.2019, sexta-feira. Assim, o prazo de 30 dias para a interposição da presente impugnação iniciou-se no primeiro dia útil subsequente à ciência, ou seja, segunda-feira, 30.12.2019, tendo como termo final o dia 28.01.2020, terça-feira. Como será demonstrado a seguir, o lançamento não merece prosperar pelos seguintes fundamentos:

Inicialmente, em síntese a Impugnante traz os seguintes argumentos:

Como será demonstrado a seguir, o lançamento não merece prosperar pelos seguintes fundamentos:

a) Preliminarmente, porque, embora a Impugnante tenha sido intimada pela via postal durante todo o procedimento fiscal, a intimação do lançamento de ofício se deu por edital, o que acarreta a nulidade do ato e, via de consequência, a decadência do direito creditório;

b) Ainda preliminarmente, a Impugnante constatou a falta de documentos apresentados à fiscalização, a menção no TVF de documentos inexistentes, a ausência de relatos de testemunhas que foram intimadas pela Fiscalização, bem como a juntada de documentos aos autos de forma concomitante ao prazo de impugnação. Toda esta balbúrdia processual prejudicou gravemente o direito de defesa da Impugnante;

c) No mérito, a Impugnante é empresa idônea e operacional, e a conclusão a que chegou o TVF sobre a suposta confusão patrimonial decorre de pura incompreensão sobre a informalidade e demais especificidades que regem o mercado de sucata;

d) Assim, a conclusão de que há confusão patrimonial entre a Impugnante e outras empresas é equivocada (além de não ter sido provada pela autoridade fiscal), de modo que a autuação é nula;

e) Em relação aos débitos de IRRF lançados, a Fiscalização não se desincumbiu do ônus de demonstrar a imprestabilidade das provas apresentadas pela Impugnante, que demonstram se tratar de pagamentos pela aquisição de mercadorias;

f) O lançamento da multa regulamentar é indevido, pois a descrição dos fatos e infrações pelo relato fiscal aponta para a necessidade de arbitramento do lucro (exigência de IRPJ/CSLL) e não para a exigência de multa por erro na descrição da nota fiscal;

g) No mérito, o lançamento da multa regulamentar de 100% também é indevido, seja porque inaplicável a produtos não tributados (NT), seja porque há adequada descrição da mercadoria vendida, seja porque as mercadorias foram vendidas pela Impugnante (ainda que entregues por conta e ordem a outro estabelecimento);

h) Sucessivamente, deve ser revista a base de cálculo da multa regulamentar, ao menos para excluir a parcela relativa ao ICMS, na esteira do julgamento do STF no RE 574.706- RE; e i) Por fim, é indevida a qualificação da multa de ofício quando o Fisco não logra êxito em demonstrar a ocorrência de qualquer dos tipos previstos nos arts. 71 a 73 da Lei 4.502/1964.

E passa a demonstrar:

02 - Da balbúrdia processual e do cerceamento do direito de defesa.

Inicialmente é importante destacar a enorme confusão cometida pelo Ilmo. Fiscal Autuante tanto durante a fiscalização quanto na formalização do presente processo administrativo, que certamente prejudicam o exercício do direito de defesa da Impugnante.

(.....)

- a Impugnante recebeu inúmeras intimações com prazos sobrepostos, e, inclusive, solicitação de documentos repetidos. Em resposta, a Impugnante requereu, inúmeras vezes, que fosse indicada o número do Termo de Intimação Fiscal (TIF), para permitir a melhor organização dos trabalhos e evitar a falta de qualquer documento solicitado (fl. 642 e 793 dos autos, dentre outras);

- Alegou que diversos documentos foram juntados aos autos do processo administrativo durante o trintídio legal que a contribuinte dispõe para apresentar impugnação, prejudicando a adequada compreensão das provas e acusações que constam nos autos (fls. 10.690 e 10.770 dos autos);

E, como se isto já não fosse bastante, há um intervalo de quase 100 páginas (entre as fls. 10690 e 10.770 dos autos), ao qual os sujeitos passivos sequer tiveram acesso, e não estão disponíveis.

- Que a Fiscalização foi tendenciosa ao “selecionar” as testemunhas para depor;

03 - Da nulidade da intimação por edital quando o contribuinte tem endereço conhecido.

- Alega que a Impugnante sempre foi intimada pela via postal, no mesmo endereço da rua Atílio Parim nº 87, bairro Jardim América, Rio de Janeiro/RJ, CEP 21240-170:

Veja-se, exemplificativamente, o termo de reintimação fiscal de fl. 500 e o comprovante de entrega do AR pelos Correios no mesmo endereço:

(...)

- **que** todos os termos de intimação recebidos foram respondidos pela Impugnante no prazo estipulado, **ainda que para pedir dilação de prazo ou informar que os documentos não foram localizados;**

- que a intimação por edital é absolutamente ilegal no presente caso, pois nos termos do art. 23 do Decreto 70.235/72, a intimação por edital é medida de exceção, **que só pode ser utilizada quando frustradas todas as outras tentativas de localização do contribuinte:**

(...)

04 - Da decadência do crédito tributário em razão da nulidade da intimação por edital.

- que, neste momento, nova intimação seria ineficaz uma vez que já está consumada a decadência do crédito tributário;

- no presente caso a intimação por edital se deu em afronta ao art. 23, §1º, do Decreto 70.235/1972, razão pela qual deve ser anulada;

Neste contexto, o Fisco poderia ter realizado o lançamento dos tributos imediatamente após cada pagamento (supostamente) sem causa, ou após a emissão de cada nota fiscal. Sendo assim, o termo a quo do prazo decadencial corresponde ao primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (2014), ou seja, em **01.01.2015**.

Via de consequência, o prazo decadencial encerrou-se definitivamente em 01.01.2020. Contudo, como visto acima, a Impugnante ainda não foi validamente notificada acerca do lançamento dos fatos geradores relativos ao ano-calendário 2014, e **já se encerrou o quinquênio legal.**

E nem se alegue que inexistiria decadência pelo fato de o auto de infração ter sido lavrado ainda em dezembro/2019 (dentro do quinquênio legal). A jurisprudência entende, de forma mansa e pacífica, **que apenas com a intimação válida do contribuinte consuma-se o lançamento tributário.**

II - DO MÉRITO

01 - Idoneidade da Impugnante, existência de fato e ausência de confusão patrimonial.

- O Termo de Verificação Fiscal partiu de uma premissa equivocada que contaminou todo o trabalho de fiscalização: a suposta confusão patrimonial entre a Impugnante e as demais empresas do “Grupo Melo” (fl. 13 do TVF):

“No caso em tela, compreendo pela caracterização do grupo econômico de fato, intitulado Grupo Melo, pois se visualiza íntima ligação e interdependência entre os CNPJ’s das diversas sociedades empresariais que o integram, sendo o grupo constituído de empresas interligadas em decorrência da participação que uma ou várias destas sociedades possuem no capital social das outras. Estas se mantêm altamente conectadas, com intuito de formação de um confuso conglomerado empresarial, com objetivo social semelhante ou complementar, inclusive, algumas com sedes fixadas em mesmo endereço ou possuindo, muitas vezes, administração e quadro societário idênticos.”

Em primeiro lugar cabe registrar que, ao contrário do que presumiu o TVF, a Impugnante **não faz parte do Grupo Melo**, o que se pode constatar pelos documentos societários que demonstram a inexistência de controle comum e também pelo próprio sítio da Impugnante na *internet*⁸.

Na verdade, a Impugnante faz parte, junto com as empresas Sanjoenense e Praia de Espinho do **Grupo Recibrás**.

(...)

Em segundo lugar, a Impugnante é empresa que realiza operações de compra e venda de metais, mas tem existência independente e autônoma das demais empresas do Grupo Recibrás.

Para concluir pela “inexistência de fato” da Impugnante a Fiscalização se valeu de ilações extremamente frágeis (quando não francamente irrelevantes).

É o que se verifica no ponto em que o relato fiscal questiona o fato de funcionários das empresas Sanjoenense e Praia de Espinho terem participado como “testemunhas” de contratos de locação celebrados pela Impugnante (fl. 36 do TVF):

“funcionários de sociedades do grupo Melo — registrados formalmente pelas empresas ‘Sanjoenense’ e ‘Praia do Espinho’— são utilizados para atuarem como testemunhas em diversos tipos de contratos formalizados por empresas do grupo com as quais não mantém vínculo empregatício formal.”

Ora, o fato de um funcionário constar como testemunha em instrumentos contratuais celebrados por outras empresas do mesmo grupo econômico além de perfeitamente plausível **não constitui prova de qualquer irregularidade**.

Questionou-se ainda o fato de as declarações fiscais da Impugnante terem sido enviadas ao Fisco pelo mesmo terminal de computador (MAC ADDRESS 1C-7E-E5-23-D2-19) que enviou as obrigações acessórias de outras empresas do suposto “Grupo Melo” (fl. 53/54 do TVF), ou ainda a aquisição de materiais de uso e consumo (uniformes) com endereço de entrega distinto da sede da empresa (fl. 48 do TVF).

(....)

Relembre-se que os fatos geradores autuados se referem exclusivamente ao ano calendário 2014. Ora, ainda que a diligência fiscal realizada em 2016 tivesse comprovado a inexistência de fato da Impugnante, isto **jamais poderia conduzir à conclusão de inexistência de fato da pessoa jurídica no ano-calendário 2014 (três anos antes!)**, época dos fatos geradores autuados.

(.....)

A situação é ainda pior se levarmos em consideração que na diligência realizada em 18.12.2017 **havia funcionários no local que confirmaram a existência de fato da Impugnante!**

Outrossim, o único relato de diligência realizada no período autuado (17.12.2013) a fiscalização reconhece que havia indícios de atividade econômica no local: *“fomos até o local indicado o qual de fato parecia ser utilizado pelo bom estado de conservação do **estabelecimento**”* (fl. 08 do TVF).

Em suma, os relatos da diligência não trazem qualquer prova de que a Impugnante seria empresa inexistente. Muito pelo contrário: por se tratar de imóvel em bom estado de conservação, presume-se a utilização do mesmo. Ademais, a existência de funcionários no local que atenderam a fiscalização também deveria afastar quaisquer dúvidas quanto a idoneidade da Impugnante.

(.....)

Como será demonstrado no tópico abaixo, a Impugnante adquire e vende mercadorias simultaneamente, em operações diárias. Contudo, não há necessidade de

que as mercadorias ingressem diretamente no estabelecimento da Impugnante (muito menos no escritório de sua sede!); é comum neste ramo econômico que as mercadorias adquiridas sejam imediatamente remetidas a outros estabelecimentos para que as partes e peças de metal sejam separadas, beneficiadas, etc., e novamente revendidas.

Em síntese, a remessa da sucata adquirida a outros estabelecimentos é absolutamente corriqueira, e até mesmo necessária para dar racionalidade ao comércio de enormes quantidades de sucata a que se dedica a Impugnante.

O que se conclui é que o auto de infração foi lavrado prematuramente, tendo faltado ao Ilmo. Fiscal aprofundar as investigações antes de simplesmente concluir pela suposta confusão patrimonial entre a Impugnante e as demais empresas do suposto “Grupo Melo”

(.....)

02 - Da informalidade que rege o mercado de sucata e a previsão legal para emissão notas fiscais englobando várias aquisições.

..... a Impugnante atua no comércio de sucatas de metais não ferrosos, produzindo insumos para serem vendidos a industriais, além de produtos semiacabados (tarugos e lingotes de peças metálicas). Os produtos são adquiridos pela Impugnante tanto de pessoas físicas (catadores de rua) quanto de pequenas empresas (ferro-velho) que formam “lotes” de produtos para serem vendidos à Impugnante.

A Impugnante, por sua vez, adquire as mercadorias e as vende imediatamente a outras empresas que irão realizar a separação dos diversos tipos de metal (alumínio, chumbo, aço, bateria, cobre, latas prensadas, etc.) em novos lotes. Subsequentemente, os lotes são remetidos a grandes industriais (como a CSN por exemplo) que irão utilizar tais metais como insumos de novos produtos.

É bastante comum ainda, que as empresas do setor realizem “trocas” de mercadorias como parte do pagamento. Isso se deve tanto em razão de dificuldades de caixa, como da necessidade de comprar determinados tipos de metais inexistentes no estoque para suprir demanda imediata. Assim, por exemplo, se a Recibrás está devendo uma determinada quantia à outra empresa (como a Recyclin) que, por sua vez, precisa vender uma quantidade de chumbo de que não dispõe a um grande industrial, a Recibrás realiza uma dação em pagamento para amortizar parte do débito.

(.....)

Logo, ao contrário do que afirma a Fiscalização a contabilidade da Impugnante dista de ser “imprestável para qualquer fim”. A verdade é que o volume de operações dificulta um tratamento individualizado de todas as operações (o que é reconhecido pela própria legislação tributária estadual), e torna trabalhosa (mas não impossível) a auditoria fiscal.

Como já se pode inferir, diante de uma realidade pouco usual, seja pela informalidade, seja pelo grande volume de operações diários, a Fiscalização optou por, comodamente, simplesmente concluir que todas as operações da Impugnante são fictícias.

Contudo, um exame aprofundado e livre de pré-conceitos revela que houve, no mínimo, aqodamento na lavratura do auto de infração, pois apesar da informalidade todas as operações realizadas pela Impugnante foram registradas na forma permitida pela legislação.

03 - Das operações de cessão de crédito e de permuta.

A fiscalização considerou que existiriam discrepâncias entre o volume de notas fiscais emitidas pela Impugnante e sua movimentação bancária. Apontou ainda que a convergência entre os valores registrados a crédito e a débito na conta corrente da empresa demonstraria que *“a Rio Recibrás é uma mera intermediária de recursos:*

“Em 2014, o valor movimentado em conta bancária pelo sujeito passivo a crédito, no total de R\$ 21.194.641,12, muito se aproxima do valor movimentado a débito, de R\$ 21.551.035,74, conforme informações extraídas do sistema DIMOF (Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira) e do extrato simplificado apresentado pela Rio Recibrás (Doc. 51). A proximidade em questão revela que os valores depositados em conta bancária de titularidade da Rio Recibrás são imediatamente repassados a terceiros, sendo a Rio Recibrás uma mera intermediadora de recursos — ou interposta pessoa — na cadeia que interliga as diversas pessoas jurídicas e físicas que se integram ou se relacionam com o GRUPO MELO.” (fl. 93 do TVF)

A fiscalização novamente se equivoca e faz alegações que chegam a ser levementes. Em primeiro lugar, a convergência entre os valores que ingressam e saem da conta bancária da Impugnante apenas comprova a baixíssima margem de lucro do comércio de sucatas, **e justifica os prejuízos apurados pela Impugnante.**

Em segundo lugar, os repasses realizados pela Impugnante à Reciclyn/PPX para saldar dívidas contraídas após o recebimento dos valores de seus clientes **decorre da própria atividade comercial:** assim como faz com os sucateiros, a Impugnante adquire mercadorias com pagamento a prazo, e as dívidas são saldadas à medida em que os recursos ingressam no caixa da empresa.

Em terceiro lugar, a Fiscalização simplesmente desconsiderou que muitas operações com sucata são realizadas mediante operações de escambo (a Impugnante cede sucata de cobre e recebe em troca sucata de chumbo) e também de cessão de crédito ou pagamento por conta e ordem de terceiros (a Impugnante indica seu fornecedor para receber determinados valores de um cliente como forma de saldar a dívida).

(.....)

Ora, se o contrato verbal é amplamente admitido, não faz qualquer sentido em rejeitar a idoneidade da carta de crédito apresentada acima, que traz todos os elementos necessários à compreensão do negócio jurídico entabulado.

04 - Conclusão - Da nulidade do auto de infração.

Por tudo o que foi exposto acima, a Impugnante entende que o lançamento de ofício impugnado não se desincumbiu do ônus de provar a grave acusação de que existiria “confusão patrimonial formada entre as sociedades identificadas nesta ação fiscal como integrantes do grupo Melo” (fl. 38 do TVF), ou ainda de que “a Rio Recibrás atua, notoriamente, como repassadora de recursos do grupo Melo” (fl. 100 do TVF)

Como o devido respeito, o Termo de Verificação Fiscal foi incapaz de comprovar, acima de qualquer dúvida razoável, a procedência destas acusações. Quando muito, o TVF levantou hipóteses, ilações, suposições, que decorrem do mero desconhecimento da realidade econômica e comercial do mercado em que atua a Impugnante.

(.....)

No presente caso, com o devido respeito à Fiscalização, não há qualquer prova de que a Impugnante seja uma empresa “de fachada” como pretendeu o lançamento impugnado.

Antes pelo contrário: a diligência fiscal confirmou a existência do estabelecimento comercial, há escrituração contábil regular, farta comprovação de operações de compra e venda, além de inúmeros depoimentos de pequenos comerciantes confirmando que realizam vendas de produtos à Impugnante.

Tampouco foi demonstrada a imprestabilidade de sua escrituração contábil e fiscal. Na verdade, para concluir que “o contribuinte realizou lançamentos resumidos com históricos sintéticos e imprecisos” (fl. 161 do TVF), a Fiscalização simplesmente ignora as especificidades do setor econômico da Recibrás bem como o volume de operações diárias realizadas. Ignorou ainda a legislação tributária que dispensa a emissão de notas fiscais de aquisição de mercadorias individualizadas.

(.....)

já demonstrada deficiência probatória tem o condão de macular todo o lançamento de ofício, uma vez que a Fiscalização concluiu que “não há como tratar a Rio Recibrás de forma isolada, como sociedade independente e autônoma do grupo econômico que integra” (fl. 38 do TVF).

Diante disso, o auto de infração foi edificado sobre a (equivocada) premissa de que a Impugnante é empresa inexistente, e todas as operações por ela declaradas são simplesmente falsas. Ocorre que tal premissa ruiu. A existência das operações de compra e venda de mercadorias foi comprovada pelos próprios catadores que prestaram depoimentos à Fiscalização.

Assim, comprovado o erro de premissa da acusação fiscal, a conclusão inexorável é pela improcedência da autuação.

No Direito Tributário a partir dos arts. 142 e 146, ambos do CTN, explicitam a necessidade de fundamentação do lançamento e também a impossibilidade de modificação do critério jurídico. Demonstrada a improcedência da premissa central adotada pela acusação fiscal (seja por não ter sido provada, seja por ter sido infirmada pelas provas carreadas aos autos), não há como deixar de se declarar a nulidade da autuação na forma do art. 59, inciso II, do Decreto 70.235/1972.

(.....)

Contraditoriamente, não foi isso o que fez o lançamento impugnado.

Ao contrário, optou-se por, comodamente, considerar que **todos os pagamentos realizados pela Impugnante seriam despidos de causa, exigindo o IRRF isoladamente à alíquota de 35%.**

Outrossim, considerou que a Impugnante simplesmente não teria estoque de mercadorias, razão pela qual todas as notas fiscais de compra e venda de sucatas seriam inidôneas, o que motivou o lançamento de multa regulamentar de 100% do valor da nota (art. 572 do RIPI/2010).

Esta grave incongruência entre as supostas infrações verificadas no relato fiscal (fato típico) e o crédito tributário constituído pelo lançamento fiscal (penalidade aplicada) acarretam a nulidade do ato por cerceamento do direito de defesa.

Portanto, não há apenas um, **mas três fundamentos** para se declarar a nulidade do lançamento impugnado: (i) a indevida inversão do ônus da prova; (ii) a equivocada premissa de inexistência de fato da Impugnante; e (iii) incongruência entre a premissa narrada e a penalidade aplicada.

05.- Ilegitimidade do lançamento de IRRF à alíquota de 35%: inexistência de pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado.

Como visto, a fiscalização exigiu da Impugnante IRRF à alíquota de 35% sobre a totalidade dos lançamentos a débito realizados pela pessoa jurídica registrados na conta bancária do sujeito passivo:

“A partir de todo o exposto, entendendo ocorrido, no caso, o fato definido em lei como necessária e suficiente para gerar a obrigação tributária, na medida em que o contribuinte não comprovou o nexos causal entre as transferências bancárias realizadas e as operações comerciais de vendas de mercadorias, os empréstimos concedidos, as comissões pagas etc. Verifica-se a ocorrência do fato gerador, previsto no artigo 61, parágrafo 1º, da Lei nº 8.981, de 1995: a) com relação a valores transferidos da conta bancária do sujeito passivo às sociedades empresárias Depósito de Metais Praia do Espinho, e, precipuamente, às sociedades ‘Reciclyn’ e ‘PPX’, que, conforme registros contábeis, consignados na conta bancos, teriam sido realizados para pagamento a fornecedores; e b) nas transferências bancárias realizadas às pessoas físicas Harley Rezende (CPF 073.842.937-66); Rogério Cosme Sena Mota (CPF 038.281.567-03); Carlos Alberto Rangel Serra (CPF 400.296.207-59); Mayra Musse (083.931.657-76) e Hugo Roberto Monteiro de Barros Carl (CPF 004.083.448- 49), dentre outros, sob título diversos (comissões de vendas, serviços administrativos e empréstimos), e sem qualquer respaldo, em documentação hábil e idônea, que demonstre a real causa ou motivação das transferências bancárias efetuadas pela fiscalizada RIO RECIBRÁS;” (fl. 165 do TVF)

Como se sabe, o art. 61 da Lei 8.981/1995 (repetido no art. 730 do RIR/201820) autoriza o lançamento de IRRF à alíquota de 35% quando a fiscalização comprovar, a existência de: (i) um pagamento realizado a beneficiário não identificado; e (ii) um pagamento realizado sem comprovação da operação que lhe deu causa.

Pois bem. De pagamento a beneficiário não identificado não se trata, pois o próprio lançamento esclarece que se tratam de “valores transferidos da conta bancária do sujeito passivo às sociedades empresárias Depósito de Metais Praia do Espinho, e, precipuamente, às sociedades ‘Reciclyn’ e ‘PPX’.”

Há, portanto, clara e precisa identificação dos pagamentos realizados.

Por outro lado, também não há que se falar em pagamento sem comprovação da operação que lhe deu causa. Como afirmado pelo próprio TVF, tais dispêndios “conforme registros contábeis, consignados na conta bancos, teriam sido realizados para pagamento a fornecedores.” Outrossim, há comprovação da emissão de notas fiscais para justificar cada um dos pagamentos realizados aos fornecedores da Impugnante (fls. 165 do TVF).

E nem se alegue que a aglutinação de diversas notas fiscais para realizar um único pagamento justificaria a exigência de IRRF por pagamento sem causa. Ora, se uma empresa adquire diversas mercadorias de um mesmo fornecedor (com a emissão de diversas notas fiscais), não há nenhuma ilegalidade no fato de as múltiplas obrigações serem adimplidas com uma única ordem de pagamento.

A despeito das provas carreadas nos autos (notas fiscais de aquisição de mercadorias descrevendo o produto adquirido e contabilização dos pagamentos efetuados) a RFB, autuou a Impugnante por pagamento sem causa com base no já mencionado art. 730 do RIR/99.

Com a devida vênia, a remessa de valores com base em notas fiscais regularmente emitidas, e assentamentos contábeis são elementos totalmente incompatíveis com a alegada falta de comprovação da causa dos pagamentos.

Na hipótese vertente, tal como assentado no aresto acima, há comprovação da operação que motivou o pagamento (compra de mercadorias) e o beneficiário das remessas está exaustivamente identificado nas notas fiscais e na contabilidade da Impugnante. Dessa forma, também no mérito é improcedente a alegação do Fisco.

(....)

Cabe lembrar que se está analisando fatos geradores ocorridos no ano de 2014, isto é, mais de 05 anos atrás. Lembre-se ainda que a atividade da Impugnante consiste em comprar diariamente grandes quantidades de sucata, **para o que a própria legislação fluminense dispensa a emissão de notas fiscais individualizadas para aquisições de pessoas físicas inferiores a 200 kg.**

Neste cenário, pergunta-se: como a Impugnante poderia provar a “efetividade” das operações de compra de sucata realizadas mais de 05 anos atrás, exceto pelas notas fiscais emitidas, livros de ICMS que demonstram as operações e demais registros contábeis?

Deveria a Impugnante ter tirado fotografias de cada um dos lotes de sucata adquiridos? Evidentemente que não! **Os documentos contábeis e fiscais são a única prova possível de operações comerciais de compra de bens fungíveis destinados à revenda realizadas mais de 05 anos atrás.**

Há ainda uma grave inconsistência na fundamentação da autuação fiscal. Como visto, todas as (equivocadas) conclusões do Termo de Verificação Fiscal decorrem da (também equivocada) premissa de que a Impugnante jamais exerceu comércio. Contudo, a Fiscalização extraiu dos depoimentos dos sucateiros que **as mercadorias adquiridas seriam entregues diretamente no complexo de galpões situado na Estrada do Quitungo.**

(.....)

Por outro lado, não faz qualquer sentido a alegação de que as operações de compras de mercadoria que justificaram vultosas remessas de numerário à Reciclyn seriam fraudulentas. Como já exposto, o **complexo de galpões situado na Estrada do Quitungo** é justamente onde, segundo a Fiscalização **“foi o único local onde, em diligência, presenciamos atividades comerciais em execução.” Logo, não há como presumir que as operações de compra de sucata da Reciclyn/PPX são fictícias, a menos que se cogitasse da inexistência de fato da própria Reciclyn/PPX!**

E nem se alegue que tais operações seriam fraudulentas porque a Impugnante não teria onde armazenar as mercadorias adquiridas da Reciclyn/PPX. Como já exposto, a possibilidade de remessas por conta e ordem de terceiros já desautoriza tal assertiva.

Assim, a situação dos autos é a seguinte: a Impugnante foi autuada por pagamento sem causa e/ou a beneficiário não identificado. Contudo, o próprio Fisco indica os beneficiários dos pagamentos realizados (*“Depósito de Metais Praia do Espinho, Mextra Engenharia e, precipuamente, às sociedades Reciclyn e PPX”*) bem como a causa dos pagamentos (aquisição de mercadorias).

O Fisco também reconhece que as operações estão contabilizadas como pagamentos a fornecedores por aquisição de sucata e que foram emitidas notas fiscais condizentes com a operação. Por fim, é incontroverso que a empresa que concentrou a maior parte dos pagamentos (Reciclyn/PPX) **realiza diariamente inúmeras operações de compra e venda de mercadorias.**

Logo, o que se constata é que não há qualquer fundamento para a alegação de que a Impugnante não teria adquirido mercadorias da Reciclyn (empresa existente de

fato e que realiza tais operações diariamente), o que demonstra a absoluta insubsistência da autuação.

O mesmo se diga em relação as aquisições realizadas com o fornecedor PPX Indústria e Comércio de Alumínio, que não fez e nunca fez parte do grupo econômico da Impugnante (e sequer há relações familiares entre os sócios), e não foi objeto de diligência por parte da fiscalização que comprovasse sua inexistência de fato.

06 - Ilegalidade da exasperação da multa de ofício sobre o IRRF lançado. Inexistência de fraude.

Para a aplicação da multa agravada prevista no art. 44, § 1º, da Lei 9.430/96, e o deslocamento do prazo decadencial para o art. 173, inciso I, do CTN, é imprescindível que o Fisco demonstre, de forma clara e a partir de indícios seguros, a ocorrência de um dos tipos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

(.....)

Por sua vez, além de tipificar as condutas como sonegação, fraude ou conluio, o Termo de Verificação Fiscal deve descrever como tais condutas acarretaram a supressão ou ocultamento dos fatos geradores constituídos.

É dizer: não poderá o Fisco autuar o contribuinte, por exemplo, pela emissão de notas fiscais inidôneas alegando a existência de fraude tendente a suprimir o fato gerador do IRPJ e da CSLL se o lançamento não promove a constituição de créditos tributários relativamente a estes tributos.

E a razão é muito simples: a ausência de lançamento dos tributos alegadamente suprimidos mediante fraude acarreta a extinção do crédito tributário pela decadência. Da extinção definitiva do crédito tributário decorre a impossibilidade de realizar o lançamento de qualquer penalidade, pois o acessório (multa) segue a sorte do principal. Sobre o tema, a jurisprudência do CARF novamente nos socorre:

(....)

Em relação ao primeiro ponto (“emissão de notas fiscais inidôneas sem vinculação com a saída da mercadoria”), é clara a ausência de relação da conduta com o fato gerador do IRRF. A operação de saída da mercadoria é incompatível com a realização de **pagamentos**; quem vende mercadorias é credor e, portanto, aufere rendimentos.

Em relação ao segundo ponto (“emitir notas fiscais inidôneas para gerar custos e créditos tributários indevidos a terceiros”) melhor sorte não socorre ao Fisco porque se trata, novamente, de suposta operação fictícia de venda de mercadoria **pela Impugnante**, o que jamais teria como consequência a exigência de IRRF, pois não houve qualquer pagamento realizado nem mesmo ‘em tese’.

Em relação ao terceiro ponto “quando a Rio Recibrás se utiliza e recebe notas fiscais inidôneas emitidas por terceiros CNPJ’s para assim se beneficiar de créditos tributários indevidos de IPI, PIS e COFINS, bem como para inflar seus custos e apurar prejuízo, há um ajuste doloso”) o equívoco é ainda mais evidente.

Ora, ainda que a Impugnante tivesse pretendido inflar custos para apurar prejuízo (o que não ocorreu), não houve qualquer lançamento de IRPJ e/ou CSLL em decorrência da fiscalização. Outrossim, não foi realizado qualquer lançamento de ofício tendente a constituir débitos de IPI e PIS/COFINS pelo suposto uso indevido de créditos, ou ainda, para glosar compensações declaradas com fraude (art. 18 da Lei 10.833/2003).

Portanto, tais condutas não são hábeis a justificar a qualificação de multa por fraude no caso dos autos, em que o crédito tributário constituído refere-se exclusivamente a IRRF por pagamento sem causa e não a IRPJ/CSLL ou PIS/COFINS, e muito menos a compensações tidas por não declaradas.

(.....)

Desta feita, deve ser, ao menos, cancelada a exasperação da multa de ofício, por não ter sido comprovada qualquer conduta tendente a ocultar do Fisco o fato gerador do IRRF.

07--Ilegalidade da imposição de multa por emissão de nota inidônea prevista no art. 572, inciso II, do RIPI/2010. Hipótese, quando muito, de arbitramento do lucro.

Novamente em decorrência de equivocada premissa de inexistência de fato da Impugnante, o auto de infração constituiu multa regulamentar no valor de 100% de cada uma das notas fiscais de saída emitidas pela Impugnante, ou das notas fiscais de entrada por ela registradas.

A base legal para esta sanção verdadeiramente desproporcional encontra-se descrita no art. 572, inciso II, do RIPI/2010 nos seguintes termos:

“Art. 572. Sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais cabíveis, incorrerão na multa igual ao valor comercial da mercadoria ou ao que lhe for atribuído na nota fiscal, respectivamente: (...)

II - os que emitirem, fora dos casos permitidos neste Regulamento, nota fiscal que não corresponda à saída efetiva, de produto nela descrito, do estabelecimento emitente, e os que, em proveito próprio ou alheio, utilizarem, receberem ou registrarem essa nota para qualquer efeito, haja ou não destaque do imposto e ainda que a nota se refira a produto isento.”

Do dispositivo legal acima, extrai-se que a sanção poderá ser exigida quando o contribuinte emitir nota fiscal de saída descrevendo produto distinto daquele efetivamente vendido.

Logo, a premissa para a imposição da penalidade **é a descrição incorreta do produto vendido, ou da operação de venda**. Contudo, a autoridade fiscal pretendeu alargar indevidamente o âmbito de incidência da multa para alcançar qualquer compra ou venda de produtos por estabelecimento diverso daquele registrado na nota fiscal.

“No presente Termo de Verificação, bem como nos Relatórios Fiscais de Diligência (Anexos 14 a 17) e nos depoimentos prestados pelas pessoas físicas diligenciadas (Anexo 13), apresentamos conjunto comprobatório que demonstra o recebimento e a emissão de notas fiscais que relatam operações fictícias formalizadas com o sujeito passivo. A legislação aplica penalidade gravíssima a estas duas condutas:

1.UTILIZAREM, RECEBEREM ou REGISTRAREM notas fiscais que não corresponde à saída efetiva de produto nela descrito, do estabelecimento emitente, em proveito próprio.

2. EMITIREM notas fiscais que não corresponda à saída efetiva de produto nela descrito, do estabelecimento emitente. (...) Desta forma, aplicamos a multa regulamentar, constante do inciso II, do art. 572 do Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010, nos casos relatados no Termo de Verificação Fiscal nos quais houve o recebimento pela RIO RECIBRÁS de notas fiscais que relatavam operações fictícias, bem como nos casos nos quais esta emitia notas fiscais relatando operações fictícias.” (fls. 179/180 do TVF)

Para justificar para tal interpretação, no mínimo questionável, do art. 572 do RIPI, a Fiscalização colacionou o acórdão CSRF/02-02-0755 (Rel. Antônio Bezerra Neto, julgado em 02/07/2007), que, todavia, trata de situação absolutamente distinta. Naquele caso o contribuinte foi autuado por ter registrado notas fiscais de importação inidôneas.

De todo modo, a Impugnante rejeita, desde já, tal interpretação extensiva, uma vez que a remessa por conta e ordem de terceiros é expediente absolutamente regular, expressamente previsto na legislação tributária.

7.1 - Inaplicabilidade da multa a produtos não tributados pelo IPI.

A maior parte dos produtos comercializados pela Impugnante (especialmente as sucatas) não sofrem a incidência do IPI por serem classificados na TIPI como não tributados (NT). Veja-se, a título de exemplo:

(...)

Diante disso, fica claro que a emissão - ainda que equivocada - das notas fiscais relativas a entradas e/ou saída de tais produtos não poderia ser sancionada pela multa prevista no art. 572, II, do RIPI.

Isto porque, como o dispositivo que regulamenta a penalidade dispõe que a mesma será aplicada *“ainda que a nota se refira a produto isento”*, *contrariu sensu*, a emissão de nota fiscal referente a produtos classificados não-tributados fica ao largo do âmbito de aplicação da penalidade. O que é absolutamente correto já que, por se tratar de sanção prevista no Regulamento do IPI, a mesma jamais poderia alcançar os produtos fora do âmbito de incidência de tal imposto.

Neste sentido, o art. 2º, parágrafo único, do RIPI/2010 esclarece que o campo de incidência do IPI *“abrange todos os produtos com alíquota, ainda que zero, relacionados na TIPI, observadas as disposições contidas nas respectivas notas complementares, excluídos aqueles a que corresponde a notação “NT” (não tributado).”*

E nem se alegue que ao determinar a incidência de multa nas notas de produtos isentos, o art. 572 do RIPI teriam pretendido alcançar também os produtos não tributados pelo imposto (NT).

Ainda que a figura da isenção tenha efeito prático similar à da não incidência, tratam-se de institutos jurídicos absolutamente distintos: enquanto a isenção pressupõe a incidência do imposto, com a subsequente dispensa do dever de pagamento do imposto, a não incidência é um nada. Um não ser. Representa a não-subsunção do fato à norma tributária de incidência.

7.2 - Da ilegalidade do lançamento de multa sobre a totalidade das notas fiscais da Impugnante sem discriminação dos fundamentos da suposta idoneidade.

Neste contexto, a autoridade fiscal realizou um lançamento indiscriminado sobre **todas** as notas fiscais de saída emitidas ou notas de entrada registradas pela Impugnante ao longo de 2014.

Contudo, este procedimento é absolutamente ilegal! Caso o Fisco tenha dúvidas quanto à idoneidade das notas emitidas contra ou por um determinado cliente/fornecedor (caso se considere ser pessoas jurídica inexistente, por exemplo), poderá lançar a multa **exclusivamente em relação as notas emitidas por este fornecedor/cliente.**

Entretanto, nada autoriza o lançamento de multa sobre as notas emitidas/recebidas por pessoas jurídicas **contra as quais nenhuma diligência presencial foi realizada pela Fiscalização no intuito de comprovar sua inexistência de fato.**

(.....)

Por suspeitar da existência de confusão patrimonial entre a Impugnante e demais empresas do suposto “Grupo Melo” (do qual a Impugnante não faz parte), o Fisco pretendeu realizar o lançamento da multa prevista no art. 572, inc. II, do RIPI/2010.

Contudo, ao invés de se ater ao lançamento de notas decorrentes de operações de venda de mercadorias realizadas pela Impugnante com pessoas jurídicas alegadamente interdependentes, o TVF exigiu a multa contra simplesmente todas as notas emitidas e/ou registradas pela Impugnante, *inclusive com pessoas jurídicas que não relacionadas como integrantes do suposto “Grupo Melo”*. É o caso das vendas às empresas “Soho Brighton” e “ItaRio” Contudo, este procedimento é totalmente arbitrário, e parte da absurda premissa de que a Impugnante simplesmente não realizou qualquer operação de compra e venda de sucata durante todo o ano de 2014!

(.....)

7.3 - Inaplicabilidade da multa quando é incontroverso que as notas correspondem à entrada/saída das mercadorias descritas.

Como exposto acima, no entender da Impugnante a premissa para a imposição da penalidade é **a descrição incorreta do produto vendido ou da operação de venda.**

No caso em apreço não há dúvidas de que a Impugnante (e demais empresas do Grupo Recibrás) dedicam-se exclusivamente ao comércio de sucatas de metais não ferrosos, o que corresponde exatamente à descrição das notas fiscais.

(.....)

Assim, para realizar corretamente a imposição da multa deveria o Fisco esclarecer porque o produto ou a operação foram descritos incorretamente, **e também qual seria a descrição correta.** Contudo, nada disso foi feito, o que leva a Impugnante a resvalar no campo das suposições para entender o motivo da sanção lançada.

A situação é ainda mais esdrúxula, pois, contraditoriamente, a própria Fiscalização conclui ser **“conforme se demonstrará adiante parece ser factível que as mercadorias então adquiridas pela ITARIO tenham dado entrada em seu estabelecimento”** (fl. 41 do TVF).

Em outras palavras, a própria Fiscalização reconhece que as notas fiscais têm por base operações reais de compra e venda de mercadorias. A despeito disso, manteve o lançamento em relação a tais novas fiscais de venda, sob alegação de que tais mercadorias não teriam saído dos estoques da Rio Recibrás **“na medida em que não restou comprovada, por meio de documentos hábeis e idôneos, a compra de mercadorias por esta sociedade - mercadorias estas que alimentariam seus estoques”** (fl. 72 do TVF).

Em outras palavras, as vendas seriam fictícias pois não fora comprovada qualquer operação de compra de mercadorias. Contudo, o mesmo TVF exige a mesma multa regulamentar contra a Impugnante pela compra de mercadorias em vultosos valores!

(.....)

A conclusão a que se chega é que todo o auto de infração está embasado em inúmeras ilações que não foram comprovadas. A bem da verdade, para que pudesse realizar o lançamento de ofício a Fiscalização deveria, ao menos, aprofundar as investigações.

7.4 - Sucessivamente: da necessidade de excluir o valor relativo ao ICMS do preço da mercadoria para fins de cálculo da multa.

Ainda que se entenda cabível a multa prevista no art. 572 do RIPI/2010 deve-se, ao menos, adequar sua base de cálculo ao valor da mercadoria, assim entendido como o preço líquido dos impostos incidentes sobre a venda.

Explica-se. Como é de conhecimento geral, em março/2017 o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o RE 574.706-RG/PR22, que, reafirmando o precedente firmado no RE 270.78523, fixou a seguinte tese no Tema 69 da repercussão geral: **“O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”**.

A **ratio decidendi** da aludida decisão é que o ICMS representa receita do Fisco, a qual é meramente arrecadada pelo vendedor da mercadoria para ser posteriormente repassada aos cofres estaduais. Desta forma, como aponta a Exma. Min. Relatora CARMEM LÚCIA o ICMS **não compõe o preço da mercadoria vendida pelo comerciante**:

(.....)

Este entendimento foi reafirmado no julgamento do RHC 163.334, ocasião em que o STF concluiu que a ausência de recolhimento do ICMS destacado nas notas fiscais representa crime de apropriação indébita por parte do vendedor da mercadoria ao fixar a seguinte tese: *“O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990”*.

Portanto, tem-se que, **segundo a interpretação do STF**, nosso Sistema Tributário refuta a pretensão de integrar tributos ao preço da mercadoria vendida para qualquer fim. Ocorre que a multa ora lançada tem como base de cálculo o “valor comercial da mercadoria”, conforme se extrai do **caput** do art. 572 do RIPI/2010:

“Art. 572. Sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais cabíveis, incorrerão na multa igual ao valor comercial da mercadoria ou ao 08 - DO PEDIDO.

À vista do exposto, a Impugnante pede a procedência da presente impugnação, a fim de que seja decretada a total insubsistência do Auto de Infração em referência, com a conseqüente extinção integral do crédito tributário nele consubstanciado.

(...)

5.2 - DOS RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS - DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE FATO

5.2.1 - O Responsável Tributário DEPÓSITO DE METAIS PRAIA DO ESPINHO EIRELLI - CNPJ Nº 34.293.761/0001-09, tomou ciência em 27/12/2019, via Edital (fl. 10.762) e apresentou a Impugnação (fl. 11.163/11.21), em 28/01/2020, e alega em síntese:

1 - É tempestiva a Impugnação:

Uma vez que a Impugnante foi intimada pelo Edital n.º 006266567, de 12.12.2019 (**doc. n.º 03**), a ciência do lançamento de ofício deu-se no 15º dia após a fixação do edital, ou seja, 27.12.2019, sexta-feira. Assim, o prazo de 30 dias para a interposição da presente impugnação iniciou-se no primeiro dia útil subsequente à ciência, ou seja, segunda-feira, 30.12.2019, tendo como termo final o dia 28.01.2020, terça-feira. Como será demonstrado a seguir, o lançamento não merece prosperar pelos seguintes fundamentos:

Inicialmente, em síntese a Impugnante traz os seguintes argumentos:

Como será demonstrado a seguir, o lançamento não merece prosperar pelos seguintes fundamentos:

a). Preliminarmente, porque, embora a Impugnante tenha sido intimada pela via postal durante todo o procedimento fiscal, a intimação do lançamento de ofício se deu por **edital**, o que acarreta a nulidade do ato e, via de consequência, a decadência do direito creditório;

b). Ainda preliminarmente, a Impugnante constatou a falta de documentos apresentados à fiscalização, a menção no TVF de documentos inexistentes, a ausência de relatos de testemunhas que foram intimadas pela Fiscalização, bem como a juntada de documentos aos autos de forma concomitante ao prazo de impugnação. Toda esta balbúrdia processual prejudicou gravemente o direito de defesa da Impugnante;

c). É absolutamente indevida a atribuição de responsabilidade solidária, na forma do art.

124, I, do CTN, pelos créditos constituídos contra a Rio Recibrás, quando não demonstrado qualquer ato ilícito cometido diretamente pela Impugnante;

d). No mérito, a Rio Recibras é empresa idônea e operacional, e a conclusão a que chegou o TVF sobre a suposta confusão patrimonial decorre de pura incompreensão sobre a informalidade e demais especificidades que regem o mercado de sucata;

e). Assim, a conclusão de que há confusão patrimonial entre a Impugnante e outras empresas é equivocada (além de não ter sido provada pela autoridade fiscal), de modo que a autuação é nula;

f). Em relação aos débitos de IRRF lançados, a Fiscalização não se desincumbiu do ônus de demonstrar a imprestabilidade das provas apresentadas pela Impugnante, que demonstram se tratar de pagamentos pela aquisição de mercadorias;

g). O lançamento da multa regulamentar é indevido, pois a descrição dos fatos e infrações pelo relato fiscal aponta para a necessidade de arbitramento do lucro (exigência de IRPJ/CSLL) e não para a exigência de multa por erro na descrição da nota fiscal;

h). No mérito, o lançamento da multa regulamentar de 100% também é indevido, seja porque inaplicável a produtos não tributados (NT), seja porque há adequada descrição da mercadoria vendida, seja porque as mercadorias foram vendidas pela Impugnante (ainda que entregues por conta e ordem a outro estabelecimento);

i) Sucessivamente, deve ser revista a base de cálculo da multa regulamentar, ao menos para excluir a parcela relativa ao ICMS, na esteira do julgamento do STF no RE 574.706-RE; e **j**) Por fim, é indevida a qualificação da multa de ofício

quando o Fisco não logra êxito em demonstrar a ocorrência de qualquer dos tipos previstos nos arts. 71 a 73 da Lei 4.502/1964.

E passa a demonstrar:

02 - Da balbúrdia processual e do cerceamento do direito de defesa.

Inicialmente é importante destacar a enorme confusão cometida pelo Ilmo. Fiscal Autuante tanto durante a fiscalização quanto na formalização do presente processo administrativo, que certamente prejudicam o exercício do direito de defesa da Impugnante.

(.....)

- verifica-se que a Rio Recibrás recebeu inúmeras intimações com prazos sobrepostos, e, inclusive, solicitação de documentos repetidos.. Em resposta, a Impugnante requereu, inúmeras vezes, que fosse indicada o número do Termo de Intimação Fiscal (TIF), para permitir a melhor organização dos trabalhos e evitar a falta de qualquer documento solicitado (fl. 642 e 793 dos autos, dentre outras);

- Alegou que diversos documentos foram juntados aos autos do processo administrativo durante o trintídio legal que a contribuinte dispõe para apresentar impugnação, prejudicando a adequada compreensão das provas e acusações que constam nos autos (fls. 10.690 e 10.770 dos autos);

E, como se isto já não fosse bastante, há um intervalo de quase 100 páginas (entre as fls. 10690 e 10.770 dos autos), ao qual os sujeitos passivos sequer tiveram acesso, e não estão disponíveis.

- Que a Fiscalização foi tendenciosa ao “selecionar” as testemunhas para depor;

03 - Da nulidade da intimação por edital quando o contribuinte tem endereço conhecido.

- Alega que a Impugnante **sempre foi intimada pela via postal**, no mesmo endereço da rua Professor Costa Ribeiro nº 25, bairro Jardim América, Rio de Janeiro/RJ, CEP 21240-290:

Veja-se, exemplificativamente, o termo de intimação fiscal de fl. 7.798 e o comprovante de entrega do AR (fl. 7814) pelos Correios no mesmo endereço:

(...)

A despeito disso, o Ilmo. Fiscal Autuante optou (sabe-se lá por qual motivo!), por realizar a intimação mais relevante destes autos – a intimação para impugnar o auto de infração – de forma ficta, por edital (doc. 03, **cit**).

- que a intimação por edital é absolutamente ilegal no presente caso, pois nos termos do art. 23 do Decreto 70.235/72, a intimação por edital é medida de exceção, que **só pode ser utilizada quando frustradas todas as outras tentativas de localização do contribuinte**:

(...)

04 - Da nulidade da intimação por edital que não indica o prazo de impugnação.

Ainda sobre a nulidade da intimação, cabe destacar que o Edital não trouxe todas as informações necessárias para substituir a intimação postal. Com efeito, o edital eletrônico **sequer indica que está aberto o prazo para impugnação, e muito menos qual seria este prazo.**

Em assim sendo, o edital não cumpre a determinação do art. 10 do Decreto 70.235/1972, que exige expressamente a indicação do prazo para impugnação na notificação do contribuinte.

(.....)

05 - Da decadência do crédito tributário em razão da nulidade da intimação por edital.

- que, neste momento, nova intimação seria ineficaz uma vez que já está consumada a decadência do crédito tributário;

- no presente caso a intimação por edital se deu em afronta ao art. 23, §1º, do Decreto 70.235/1972, razão pela qual deve ser anulada;

Neste contexto, o Fisco poderia ter realizado o lançamento dos tributos imediatamente após cada pagamento (supostamente) sem causa, ou após a emissão de cada nota fiscal. Sendo assim, o termo **a quo** do prazo decadencial corresponde ao primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (2014), ou seja, em **01.01.2015**.

Via de consequência, o prazo decadencial encerrou-se definitivamente em **01.01.2020**. Contudo, como visto acima, a Impugnante ainda não foi validamente notificada acerca do lançamento dos fatos geradores relativos ao ano-calendário 2014, e **já se encerrou o quinquênio legal**.

E nem se alegue que inexistiria decadência pelo fato de o auto de infração ter sido lavrado ainda em dezembro/2019 (dentro do quinquênio legal). A jurisprudência entende, de forma mansa e pacífica, **que apenas com a intimação válida do contribuinte consuma-se o lançamento tributário**.

06- Ausência dos requisitos para atribuição de responsabilidade solidária. Inaplicabilidade do art. 124, inciso I, do CTN.

.....o fiscal autuante arrolou a Impugnante como responsável pelo crédito tributário lançado sob alegação de que existiria interesse comum de ambas na situação da qual decorreu o fato gerador praticado pela Rio Recibrás, com fulcro no art 124, inciso I, do CTN ...

“Art. 124. São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;”

(.....)

Como se nota, o “interesse comum” de que trata o art. 124, inciso I, do CTN refere-se exclusivamente à prática conjunta do próprio fato gerador (ainda que de forma oculta, por negócios jurídicos simulados), como é o caso da propriedade em relação aos impostos sobre o patrimônio, ou das operações mercantis no caso de ICMS, ISS ou PIS/COFINS.

Esta, decididamente, não é a situação dos autos!

Como se verifica do Termo de Verificação Fiscal, não foi narrada uma única conduta ilícita cometida pela Impugnante, mas tão somente pela Rio Recibrás. E tampouco foi estabelecido qualquer liame entre uma conduta da Impugnante e os créditos tributários constituídos contra a Rio Recibrás.

(.....)

Ora, qual foi a participação da Impugnante nas vendas (supostamente irregulares) da Rio Recibrás para a Reciclyn? E com a Soho Brighthon? O Termo de Verificação Fiscal simplesmente não se manifesta sobre isso!

Dada a ausência de descrição de qualquer conduta dolosa da Impugnante, o que se constata é que a mesma foi responsabilizada solidariamente apenas e tão somente por fazer parte do mesmo grupo econômico que a Rio Recibrás.

(...)

A ausência de elementos aptos a comprovar, ainda que minimamente, qualquer conduta dolosa cometida pela Impugnante, e muito menos o seunexo de causalidade com a infração apurada, são mais do que suficientes para demonstrar a insubsistência da atribuição de responsabilidade à Impugnante com base no art. 124, inciso I, do CTN.

DO MERITO

01 - Idoneidade da Impugnante, existência de fato e ausência de confusão patrimonial.

- O Termo de Verificação Fiscal partiu de uma premissa equivocada que contaminou todo o trabalho de fiscalização: a suposta confusão patrimonial entre a Impugnante e as demais empresas do “Grupo Melo” (fl. 13 do TVF):

“No caso em tela, compreendo pela caracterização do grupo econômico de fato, intitulado Grupo Melo, pois se visualiza íntima ligação e interdependência entre os CNPJ’s das diversas sociedades empresariais que o integram, sendo o grupo constituído de empresas interligadas em decorrência da participação que uma ou várias destas sociedades possuem no capital social das outras. Estas se mantêm altamente conectadas, com intuito de formação de um confuso conglomerado empresarial, com objetivo social semelhante ou complementar, inclusive, algumas com sedes fixadas em mesmo endereço ou possuindo, muitas vezes, administração e quadro societário idênticos.”

Em primeiro lugar cabe registrar que, ao contrário do que presumiu o TVF, a Impugnante **não faz parte do Grupo Melo**, o que se pode constatar pelos documentos societários que demonstram a inexistência de controle comum e também pelo próprio sítio da Impugnante na *internet*.

Na verdade, a Impugnante faz parte, junto com as empresas Sanjoenense e Praia de Espinho do Grupo Recibrás.

(...)

(.....)

Em segundo lugar, a Impugnante é empresa que realiza operações de compra e venda de metais, mas tem existência independente e autônoma das demais empresas do Grupo Recibrás. Para concluir pela “inexistência de fato” da Impugnante a Fiscalização se valeu de ilações extremamente frágeis (quando não francamente irrelevantes).

É o que se verifica no ponto em que o relato fiscal questiona o fato de funcionários das empresas Sanjoenense e Praia de Espinho terem participado como “testemunhas” de contratos de locação celebrados pela Impugnante (fl. 36 do TVF):

“funcionários de sociedades do grupo Melo — registrados formalmente pelas empresas ‘Sanjoenense’ e ‘Praia do Espinho’— são utilizados para atuarem como testemunhas em diversos tipos de contratos formalizados por empresas do grupo com as quais não mantêm vínculo empregatício formal.”

Ora, o fato de um funcionário constar como testemunha em instrumentos contratuais celebrados por outras empresas do mesmo grupo econômico além de perfeitamente plausível **não constitui prova de qualquer irregularidade**.

Questionou-se ainda o fato de as declarações fiscais da Impugnante terem sido enviadas ao Fisco pelo mesmo terminal de computador (MAC ADDRESS 1C-7E-E5-23-D2-19) que enviou as obrigações acessórias de outras empresas do suposto “Grupo Melo” (fl. 53/54 do TVF), ou ainda a aquisição de materiais de uso e consumo (uniformes) com endereço de entrega distinto da sede da empresa (fl. 48 do TVF).

(...)

Relembre-se que os fatos geradores autuados se referem exclusivamente ao ano calendário 2014. Ora, ainda que a diligência fiscal realizada em 2016 tivesse comprovado a inexistência de fato da Impugnante, isto **jamais poderia conduzir à conclusão de inexistência de fato da pessoa jurídica no ano-calendário 2014 (três anos antes!)**, época dos fatos geradores autuados.

(.....)

A situação é ainda pior se levarmos em consideração que na diligência realizada em 18.12.2017 **havia funcionários no local que confirmaram a existência de fato da Impugnante!**

Outrossim, o único relato de diligência realizada no período autuado (17.12.2013) a fiscalização reconhece que havia indícios de atividade econômica no local: “*fomos até o local indicado o qual de fato parecia ser utilizado pelo bom estado de conservação do estabelecimento*” (fl. 08 do TVF).

Em suma, os relatos da diligência não trazem qualquer prova de que a Impugnante seria empresa inexistente. Muito pelo contrário: por se tratar de imóvel em bom estado de conservação, presume-se a utilização do mesmo. Ademais, a existência de funcionários no local que atenderam a fiscalização também deveria afastar quaisquer dúvidas quanto a idoneidade da Impugnante.

(.....)

Como será demonstrado no tópico abaixo, a Impugnante adquire e vende mercadorias simultaneamente, em operações diárias. Contudo, não há necessidade de que as mercadorias ingressem diretamente no estabelecimento da Impugnante (muito menos no escritório de sua sede!); é comum neste ramo econômico que as mercadorias adquiridas sejam imediatamente remetidas a outros estabelecimentos para que as partes e peças de metal sejam separadas, beneficiadas, etc., e novamente revendidas.

Em síntese, a remessa da sucata adquirida a outros estabelecimentos é absolutamente corriqueira, e até mesmo necessária para dar racionalidade ao comércio de enormes quantidades de sucata a que se dedica a Impugnante.

O que se conclui é que o auto de infração foi lavrado prematuramente, tendo faltado ao Ilmo. Fiscal aprofundar as investigações antes de simplesmente concluir pela suposta confusão patrimonial entre a Impugnante e as demais empresas do suposto “Grupo Melo”

(.....)

02 - Da informalidade que rege o mercado de sucata e a previsão legal para emissão notas fiscais englobando várias aquisições.

..... a Impugnante atua no comércio de sucatas de metais não ferrosos, produzindo insumos para serem vendidos a industriais, além de produtos semiacabados (tarugos e lingotes de peças metálicas). Os produtos são adquiridos pela

Impugnante tanto de pessoas físicas (catadores de rua) quanto de pequenas empresas (ferro-velho) que formam “lotes” de produtos para serem vendidos.

A Rio Recibras, por sua vez, adquire as mercadorias e as vende imediatamente a outras empresas que irão realizar a separação dos diversos tipos de metal (alumínio, chumbo, aço, bateria, cobre, latas prensadas, etc.) em novos lotes. Subsequentemente, os lotes são remetidos a grandes industriais (como a CSN por exemplo) que irão utilizar tais metais como insumos de novos produtos.

É bastante comum ainda, que as empresas do setor realizem “trocas” de mercadorias como parte do pagamento. Isso se deve tanto em razão de dificuldades de caixa, como da necessidade de comprar determinados tipos de metais inexistentes no estoque para suprir demanda imediata. Assim, por exemplo, se a Recibrás está devendo uma determinada quantia à outra empresa (como a Recyclin) que, por sua vez, precisa vender uma quantidade de chumbo de que não dispõe a um grande industrial, a Recibrás realiza uma dação em pagamento para amortizar parte do débito.

(.....)

Logo, ao contrário do que afirma a Fiscalização a contabilidade da Impugnante dista de ser “imprestável para qualquer fim”. A verdade é que o volume de operações dificulta um tratamento individualizado de todas as operações (o que é reconhecido pela própria legislação tributária estadual), e torna trabalhosa (mas não impossível) a auditoria fiscal.

Como já se pode inferir, diante de uma realidade pouco usual, seja pela informalidade, seja pelo grande volume de operações diários, a Fiscalização optou por, comodamente, simplesmente concluir que todas as operações da Impugnante são fictícias.

Contudo, um exame aprofundado e livre de pré-conceitos revela que houve, no mínimo, açodamento na lavratura do auto de infração, pois apesar da informalidade todas as operações realizadas pela Impugnante foram registradas na forma permitida pela legislação.

03 - Das operações de troca de mercadorias.

A fiscalização considerou que existiriam discrepâncias entre o volume de notas fiscais emitidas pela Impugnante e sua movimentação bancária. Apontou ainda que a convergência entre os valores registrados a crédito e a débito na conta corrente da empresa demonstraria que “a Rio Recibras é uma mera intermediária de recursos:

“Em 2014, o valor movimentado em conta bancária pelo sujeito passivo a crédito, no total de R\$ 21.194.641,12, muito se aproxima do valor movimentado a débito, de R\$ 21.551.035,74, conforme informações extraídas do sistema DIMOF (Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira) e do extrato simplificado apresentado pela Rio Recibrás (Doc. 51). A proximidade em questão revela que os valores depositados em conta bancária de titularidade da Rio Recibrás são imediatamente repassados a terceiros, sendo a Rio Recibrás uma mera intermediadora de recursos — ou interposta pessoa — na cadeia que interliga as diversas pessoas jurídicas e físicas que se integram ou se relacionam com o GRUPO MELO.” (fl. 93 do TVF)

A fiscalização novamente se equivoca e faz alegações que chegam a ser levianas. Em primeiro lugar, a convergência entre os valores que ingressam e saem da conta bancária da Impugnante apenas comprova a baixíssima margem de lucro do comércio de sucatas, e **justifica os prejuízos apurados pela Impugnante.**

Em segundo lugar, os repasses realizados pela Impugnante à Reciclyn/PPX para saldar dívidas contraídas após o recebimento dos valores de seus clientes **decorre da própria atividade comercial**: assim como faz com os sucateiros, a Impugnante adquire mercadorias com pagamento a prazo, e as dívidas são saldadas à medida em que os recursos ingressam no caixa da empresa.

Em terceiro lugar, a Fiscalização simplesmente desconsiderou que muitas operações com sucata são realizadas mediante operações de escambo (a Impugnante cede sucata de cobre e recebe em troca sucata de chumbo) e também de cessão de crédito ou pagamento por conta e ordem de terceiros (a Impugnante indica seu fornecedor para receber determinados valores de um cliente como forma de saldar a dívida).

(.....)

Ora, se o contrato verbal é amplamente admitido, não faz qualquer sentido em rejeitar a idoneidade da carta de crédito apresentada acima, que traz todos os elementos necessários à compreensão do negócio jurídico entabulado.

04 - Conclusão - Da nulidade do auto de infração.

Por tudo o que foi exposto acima, a Impugnante entende que o lançamento de ofício impugnado não se desincumbiu do ônus de provar a grave acusação de que existiria “confusão patrimonial formada entre as sociedades identificadas nesta ação fiscal como integrantes do grupo Melo” (fl. 38 do TVF), ou ainda de que “a Rio Recibrás atua, notoriamente, como repassadora de recursos do grupo Melo” (fl. 100 do TVF)

Como o devido respeito, o Termo de Verificação Fiscal foi incapaz de comprovar, acima de qualquer dúvida razoável, a procedência destas acusações. Quando muito, o TVF levantou hipóteses, ilações, suposições, que decorrem do mero desconhecimento da realidade econômica e comercial do mercado em que atua a Impugnante.

(.....)

No presente caso, com o devido respeito à Fiscalização, não há qualquer prova de que a Impugnante seja uma empresa “de fachada” como pretendeu o lançamento impugnado.

Antes pelo contrário: a diligência fiscal confirmou a existência do estabelecimento comercial, há escrituração contábil regular, farta comprovação de operações de compra e venda, além de inúmeros depoimentos de pequenos comerciantes confirmando que realizam vendas de produtos à Impugnante.

Tampouco foi demonstrada a imprestabilidade de sua escrituração contábil e fiscal. Na verdade, para concluir que “o contribuinte realizou lançamentos resumidos com históricos sintéticos e imprecisos” (fl. 161 do TVF), a Fiscalização simplesmente ignora as especificidades do setor econômico da Recibrás bem como o volume de operações diárias realizadas. Ignorou ainda a legislação tributária que dispensa a emissão de notas fiscais de aquisição de mercadorias individualizadas.

Diante disso, conclui-se que o Fisco não se desincumbiu do ônus de provar a alegada confusão patrimonial entre a Recibrás, a Impugnante e “as demais empresas do grupo Melo” (até porque, como visto, a Impugnante não faz parte de tal grupo econômico), **o que já seria mais do que suficiente para declarar-se a nulidade da autuação.**

(.....)

já demonstrada deficiência probatória tem o condão de macular todo o lançamento de ofício, uma vez que a Fiscalização concluiu que “*não há como tratar a Rio Recibrás de forma isolada, como sociedade independente e autônoma do grupo econômico que integra*” (fl. 38 do TVF).

Diante disso, o auto de infração foi edificado sobre a (equivocada) premissa de que a Impugnante é empresa inexistente, e todas as operações por ela declaradas são simplesmente falsas. Ocorre que tal premissa ruiu. A existência das operações de compra e venda de mercadorias foi comprovada pelos próprios catadores que prestaram depoimentos à Fiscalização.

Assim, comprovado o erro de premissa da acusação fiscal, a conclusão inexorável é pela improcedência da autuação.

No Direito Tributário a partir dos arts. 142 e 146, ambos do CTN, explicitam a necessidade de fundamentação do lançamento e também a impossibilidade de modificação do critério jurídico. Demonstrada a improcedência da premissa central adotada pela acusação fiscal (seja por não ter sido provada, seja por ter sido infirmada pelas provas carreadas aos autos), não há como deixar de se declarar a nulidade da autuação na forma do art. 59, inciso II, do Decreto 70.235/1972.

(.....)

Contraditoriamente, não foi isso o que fez o lançamento impugnado.

Ao contrário, optou-se por, comodamente, considerar que todos os pagamentos realizados pela Impugnante seriam despidos de causa, exigindo o IRRF isoladamente à alíquota de 35%.

Outrossim, considerou que a Impugnante simplesmente não teria estoque de mercadorias, razão pela qual todas as notas fiscais de compra e venda de sucatas seriam inidôneas, o que motivou o lançamento de multa regulamentar de 100% do valor da nota (art. 572 do RIPI/2010).

Esta grave incongruência entre as supostas infrações verificadas no relato fiscal (fato típico) e o crédito tributário constituído pelo lançamento fiscal (penalidade aplicada) acarretam a nulidade do ato por cerceamento do direito de defesa.

(.....)

Portanto, não há apenas um, **mas três fundamentos** para se declarar a nulidade do lançamento impugnado: **(i)** a indevida inversão do ônus da prova; **(ii)** a equivocada premissa de inexistência de fato da Impugnante; e **(iii)** incongruência entre a premissa narrada e a penalidade aplicada.

05.- Ilegitimidade do lançamento de IRRF à alíquota de 35%: inexistência de pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado.

Como visto, a fiscalização exigiu da Impugnante IRRF à alíquota de 35% sobre a totalidade dos lançamentos a débito realizados pela pessoa jurídica registrados na conta bancária do sujeito passivo:

“A partir de todo o exposto, entendo ocorrido, no caso, o fato definido em lei como necessária e suficiente para gerar a obrigação tributária, na medida em que o contribuinte não comprovou o nexos causal entre as transferências bancárias realizadas e as operações comerciais de vendas de mercadorias, os empréstimos concedidos, as comissões pagas etc. Verifica-se a ocorrência do fato gerador, previsto no artigo 61, parágrafo 1º, da Lei nº 8.981, de 1995: a) com relação a valores transferidos da conta bancária do sujeito passivo às sociedades empresárias Depósito de Metais Praia do Espinho, e,

precipualemente, às sociedades 'Reciclyn' e 'PPX', que, conforme registros contábeis, consignados na conta bancos, teriam sido realizados para pagamento a fornecedores; e b) nas transferências bancárias realizadas às pessoas físicas Harley Rezende (CPF 073.842.937-66); Rogério Cosme Sena Mota (CPF 038.281.567-03); Carlos Alberto Rangel Serra (CPF 400.296.207-59); Mayra Musse (083.931.657-76) e Hugo Roberto Monteiro de Barros Carl (CPF 004.083.448-49), dentre outros, sob título diversos (comissões de vendas, serviços administrativos e empréstimos), e sem qualquer respaldo, em documentação hábil e idônea, que demonstre a real causa ou motivação das transferências bancárias efetuadas pela fiscalizada RIO RECIBRÁS;" (fl. 165 do TVF)

Como se sabe, o art. 61 da Lei 8.981/1995 (repetido no art. 730 do RIR/201820) autoriza o lançamento de IRRF à alíquota de 35% quando a fiscalização comprovar, a existência de: **(i)** um pagamento realizado a beneficiário não identificado; e **(ii)** um pagamento realizado sem comprovação da operação que lhe deu causa.

Pois bem. De pagamento a beneficiário não identificado não se trata, pois o próprio lançamento esclarece que se tratam de *"valores transferidos da conta bancária do sujeito passivo às sociedades empresárias Depósito de Metais Praia do Espinho, e, precipualemente, às sociedades 'Reciclyn' e 'PPX'."*

Há, portanto, clara e precisa identificação dos pagamentos realizados.

Por outro lado, também não há que se falar em pagamento sem comprovação da operação que lhe deu causa. Como afirmado pelo próprio TVF, tais dispêndios *"conforme registros contábeis, consignados na conta bancos, teriam sido realizados para pagamento a fornecedores."* Outrossim, há comprovação da emissão de notas fiscais para justificar cada um dos pagamentos realizados aos fornecedores da Impugnante (fls. 165 do TVF).

E nem se alegue que a aglutinação de diversas notas fiscais para realizar um único pagamento justificaria a exigência de IRRF por pagamento sem causa. Ora, se uma empresa adquire diversas mercadorias de um mesmo fornecedor (com a emissão de diversas notas fiscais), não há nenhuma ilegalidade no fato de as múltiplas obrigações serem adimplidas com uma única ordem de pagamento.

A despeito das provas carreadas nos autos (notas fiscais de aquisição de mercadorias descrevendo o produto adquirido e contabilização dos pagamentos efetuados) a RFB, autuou a Impugnante por pagamento sem causa com base no já mencionado art. 730 do RIR/99.

Com a devida vênia, a remessa de valores com base em notas fiscais regularmente emitidas, e assentamentos contábeis são elementos totalmente incompatíveis com a alegada falta de comprovação da causa dos pagamentos.

Na hipótese vertente, tal como assentado no aresto acima, há comprovação da operação que motivou o pagamento (compra de mercadorias) e o beneficiário das remessas está exaustivamente identificado nas notas fiscais e na contabilidade da Impugnante. Dessa forma, também no mérito é im procedente a alegação do Fisco.

(....)

Cabe lembrar que se está analisando fatos geradores ocorridos no ano de 2014, isto é, mais de 05 anos atrás. Lembre-se ainda que a atividade da Impugnante consiste em comprar diariamente grandes quantidades de sucata, **para o que a própria legislação fluminense dispensa a emissão de notas fiscais individualizadas para aquisições de pessoas físicas inferiores a 200 kg.**

Neste cenário, pergunta-se: como a Impugnante poderia provar a “efetividade” das operações de compra de sucata realizadas mais de 05 anos atrás, exceto pelas notas fiscais emitidas, livros de ICMS que demonstram as operações e demais registros contábeis?

Deveria a Impugnante ter tirado fotografias de cada um dos lotes de sucata adquiridos? Evidentemente que não! **Os documentos contábeis e fiscais são a única prova possível de operações comerciais de compra de bens fungíveis destinados à revenda realizadas mais de 05 anos atrás.**

Há ainda uma grave inconsistência na fundamentação da autuação fiscal. Como visto, todas as (equivocadas) conclusões do Termo de Verificação Fiscal decorrem da (também equivocada) premissa de que a Impugnante jamais exerceu comércio. Contudo, a Fiscalização extraiu dos depoimentos dos sucateiros que **as mercadorias adquiridas seriam entregues diretamente no complexo de galpões situado na Estrada do Quitungo.**

(.....)

Por outro lado, não faz qualquer sentido a alegação de que as operações de compras de mercadoria que justificaram vultosas remessas de numerário à Reciclyn seriam fraudulentas. Como já exposto, o **complexo de galpões situado na Estrada do Quitungo** é justamente onde, segundo a Fiscalização “foi o único local onde, em diligência, presenciamos atividades comerciais em execução.” Logo, não há como presumir que as operações de compra de sucata da Reciclyn/PPX são fictícias, a menos que se cogitasse da inexistência de fato da própria Reciclyn/PPX!

E nem se alegue que tais operações seriam fraudulentas porque a Impugnante não teria onde armazenar as mercadorias adquiridas da Reciclyn/PPX. Como já exposto, a possibilidade de remessas por conta e ordem de terceiros já desautoriza tal assertiva.

Assim, a situação dos autos é a seguinte: a Impugnante foi autuada por pagamento sem causa e/ou a beneficiário não identificado. Contudo, o próprio Fisco indica os beneficiários dos pagamentos realizados (“*Depósito de Metais Praia do Espinho, Mextra Engenharia e, precipuamente, às sociedades Reciclyn e PPX*”) bem como a causa dos pagamentos (aquisição de mercadorias).

O Fisco também reconhece que as operações estão contabilizadas como pagamentos a fornecedores por aquisição de sucata e que foram emitidas notas fiscais condizentes com a operação. Por fim, é incontroverso que a empresa que concentrou a maior parte dos pagamentos (Reciclyn/PPX) **realiza diariamente inúmeras operações de compra e venda de mercadorias.**

Logo, o que se constata é que não há qualquer fundamento para a alegação de que a Impugnante não teria adquirido mercadorias da Reciclyn (empresa existente de fato e que realiza tais operações diariamente), o que demonstra a absoluta insubsistência da autuação.

O mesmo se diga em relação as aquisições realizadas com o fornecedor PPX Indústria e Comércio de Alumínio, que não fez e nunca fez parte do grupo econômico da Impugnante (e sequer há relações familiares entre os sócios), e não foi objeto de diligência por parte da fiscalização que comprovasse sua inexistência de fato.

06 - Ilegalidade da exasperação da multa de ofício sobre o IRRF lançado. Inexistência de fraude.

Para a aplicação da multa agravada prevista no art. 44, § 1º, da Lei 9.430/96, e o deslocamento do prazo decadencial para o art. 173, inciso I, do CTN, é imprescindível

que o Fisco demonstre, de forma clara e a partir de indícios seguros, a ocorrência de um dos tipos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. (.....)

Por sua vez, além de tipificar as condutas como sonegação, fraude ou conluio, o Termo de Verificação Fiscal deve **descrever como tais condutas acarretaram a supressão ou ocultamento dos fatos geradores constituídos.**

É dizer: não poderá o Fisco autuar o contribuinte, por exemplo, pela emissão de notas fiscais inidôneas alegando a existência de **fraude** tendente a suprimir o fato gerador do IRPJ e da CSLL se o lançamento não promove a constituição de créditos tributários relativamente a estes tributos.

E a razão é muito simples: a ausência de lançamento dos tributos alegadamente suprimidos mediante fraude acarreta a extinção do crédito tributário pela decadência. Da extinção definitiva do crédito tributário decorre a impossibilidade de realizar o lançamento de qualquer penalidade, pois o acessório (multa) segue a sorte do principal. Sobre o tema, a jurisprudência do CARF novamente nos socorre:

(....)

Em relação ao primeiro ponto (“emissão de notas fiscais inidôneas sem vinculação com a saída da mercadoria”), é clara a ausência de relação da conduta com o fato gerador do IRRF. A operação de saída da mercadoria é incompatível com a realização de **pagamentos**; quem vende mercadorias é credor e, portanto, auferir rendimentos.

Em relação ao segundo ponto (“emitir notas fiscais inidôneas para gerar custos e créditos tributários indevidos a terceiros”) melhor sorte não socorre ao Fisco porque se trata, novamente, de suposta operação fictícia de venda de mercadoria **pela Rio Recibras**, o que jamais teria como consequência a exigência de IRRF, pois não houve qualquer pagamento realizado nem mesmo ‘em tese’.

Em relação ao terceiro ponto “quando a Rio Recibras se utiliza e recebe notas fiscais inidôneas emitidas por terceiros CNPJ’s para assim se beneficiar de créditos tributários indevidos de IPI, PIS e COFINS, bem como para inflar seus custos e apurar prejuízo, há um ajuste doloso”) o equívoco é ainda mais evidente.

Ora, ainda que a Impugnante tivesse pretendido inflar custos para apurar prejuízo (o que não ocorreu), não houve qualquer lançamento de IRPJ e/ou CSLL em decorrência da fiscalização. Outrossim, não foi realizado qualquer lançamento de ofício tendente a constituir débitos de IPI e PIS/COFINS pelo suposto uso indevido de créditos, ou ainda, para glosar compensações declaradas com fraude (art. 18 da Lei 10.833/2003).

Portanto, tais condutas não são hábeis a justificar a qualificação de multa por fraude no caso dos autos, em que o crédito tributário constituído refere-se exclusivamente a IRRF por pagamento sem causa e não a IRPJ/CSLL ou PIS/COFINS, e muito menos a compensações tidas por não declaradas.

(.....)

Desta feita, deve ser, ao menos, cancelada a exasperação da multa de ofício, por não ter sido comprovada qualquer conduta tendente a ocultar do Fisco o fato gerador do IRRF.

07--Ilegalidade da imposição de multa por emissão de nota inidônea prevista no art. 572, inciso II, do RIPI/2010. Hipótese, quando muito, de arbitramento do lucro.

Novamente em decorrência de equivocada premissa de inexistência de fato da Impugnante, o auto de infração constituiu multa regulamentar no valor de 100% de cada uma das notas fiscais de saída emitidas pela Impugnante, ou das notas fiscais de entrada por ela registradas.

A base legal para esta sanção verdadeiramente desproporcional encontra-se descrita no art. 572, inciso II, do RIPI/2010 nos seguintes termos:

“Art. 572. Sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais cabíveis, incorrerão na multa igual ao valor comercial da mercadoria ou ao que lhe for atribuído na nota fiscal, respectivamente: (...)

II - os que emitirem, fora dos casos permitidos neste Regulamento, nota fiscal que não corresponda à saída efetiva, de produto nela descrito, do estabelecimento emitente, e os que, em proveito próprio ou alheio, utilizarem, receberem ou registrarem essa nota para qualquer efeito, haja ou não destaque do imposto e ainda que a nota se refira a produto isento.”

Do dispositivo legal acima, extrai-se que a sanção poderá ser exigida quando o contribuinte emitir nota fiscal de saída descrevendo produto distinto daquele efetivamente vendido.

Logo, a premissa para a imposição da penalidade é a **descrição incorreta do produto vendido, ou da operação de venda**. Contudo, a autoridade fiscal pretendeu alargar indevidamente o âmbito de incidência da multa para alcançar qualquer compra ou venda de produtos por estabelecimento diverso daquele registrado na nota fiscal.

“No presente Termo de Verificação, bem como nos Relatórios Fiscais de Diligência (Anexos 14 a 17) e nos depoimentos prestados pelas pessoas físicas diligenciadas (Anexo 13), apresentamos conjunto comprobatório que demonstra o recebimento e a emissão de notas fiscais que relatam operações fictícias formalizadas com o sujeito passivo. A legislação aplica penalidade gravíssima a estas duas condutas:

1. UTILIZAREM, RECEBEREM ou REGISTRAREM notas fiscais que não corresponde à saída efetiva de produto nela descrito, do estabelecimento emitente, em proveito próprio.
2. EMITIREM notas fiscais que não corresponda à saída efetiva de produto nela descrito, do estabelecimento emitente. (...) Desta forma, aplicamos a multa regulamentar, constante do inciso II, do art. 572 do Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010, nos casos relatados no Termo de Verificação Fiscal nos quais houve o recebimento pela RIO RECIBRÁS de notas fiscais que relatavam operações fictícias, bem como nos casos nos quais esta emitia notas fiscais relatando operações fictícias.” (fls. 179/180 do TVF)

Para justificar para tal interpretação, no mínimo questionável, do art. 572 do RIPI, a Fiscalização colacionou o acórdão CSRF/02-02-0755 (Rel. Antônio Bezerra Neto, julgado em 02/07/2007), que, todavia, trata de situação absolutamente distinta. Naquele caso o contribuinte foi autuado por ter registrado notas fiscais de importação inidôneas.

De todo modo, a Impugnante rejeita, desde já, tal interpretação extensiva, uma vez que a remessa por conta e ordem de terceiros é expediente absolutamente regular, expressamente previsto na legislação tributária.

7.1 - Inaplicabilidade da multa a produtos não tributados pelo IPI.

A maior parte dos produtos comercializados pela Impugnante (especialmente as sucatas) não sofrem a incidência do IPI por serem classificados na TIPI como não tributados (NT). Veja-se, a título de exemplo:

(...)

Diante disso, fica claro que a emissão - ainda que equivocada - das notas fiscais relativas a entradas e/ou saída de tais produtos não poderia ser sancionada pela multa prevista no art. 572, II, do RIPI.

Isto porque, como o dispositivo que regulamenta a penalidade dispõe que a mesma será aplicada *“ainda que a nota se refira a produto isento”*, *contrariu sensu*, a emissão de nota fiscal referente a produtos classificados não-tributados fica ao largo do âmbito de aplicação da penalidade. O que é absolutamente correto já que, por se tratar de sanção prevista no Regulamento do IPI, a mesma jamais poderia alcançar os produtos fora do âmbito de incidência de tal imposto.

Neste sentido, o art. 2º, parágrafo único, do RIPI/2010 esclarece que o campo de incidência do IPI *“abrange todos os produtos com alíquota, ainda que zero, relacionados na TIPI, observadas as disposições contidas nas respectivas notas complementares, excluídos aqueles a que corresponde a notação “NT” (não tributado).”*

E nem se alegue que ao determinar a incidência de multa nas notas de produtos isentos, o art. 572 do RIPI teriam pretendido alcançar também os produtos não tributados pelo imposto (NT).

Ainda que a figura da isenção tenha efeito prático similar à da não incidência, tratam-se de institutos jurídicos absolutamente distintos: enquanto a isenção pressupõe a incidência do imposto, com a subsequente dispensa do dever de pagamento do imposto, a não incidência é um nada. Um não ser. Representa a não-subsunção do fato à norma tributária de incidência.

7.2 - Da ilegalidade do lançamento de multa sobre a totalidade das notas fiscais da Impugnante sem discriminação dos fundamentos da suposta idoneidade.

Neste contexto, a autoridade fiscal realizou um lançamento indiscriminado sobre **todas** as notas fiscais de saída emitidas ou notas de entrada registradas pela Impugnante ao longo de 2014.

Contudo, este procedimento é absolutamente ilegal!

Caso o Fisco tenha dúvidas quanto à idoneidade das notas emitidas contra ou por um determinado cliente/fornecedor (caso se considere ser pessoas jurídica inexistente, por exemplo), poderá lançar a multa **exclusivamente em relação as notas emitidas por este fornecedor/cliente.**

Entretanto, nada autoriza o lançamento de multa sobre as notas emitidas/recebidas por pessoas jurídicas **contra as quais nenhuma diligência presencial foi realizada pela Fiscalização no intuito de comprovar sua inexistência de fato.**

(.....)

.....Por suspeitar da existência de confusão patrimonial entre a Impugnante e demais empresas do suposto “Grupo Melo” (do qual a Impugnante não faz parte), o Fisco pretendeu realizar o lançamento da multa prevista no art. 572, inc. II, do RIPI/2010.

Contudo, ao invés de se ater ao lançamento de notas decorrentes de operações de venda de mercadorias realizadas pela Impugnante com pessoas jurídicas alegadamente interdependentes, o TVF exigiu a multa contra simplesmente todas as notas emitidas e/ou registradas pela Impugnante, inclusive com pessoas jurídicas que não relacionadas como integrantes do suposto “Grupo Melo”. É o caso das vendas às empresas “Soho Brighton” e “ItaRio”

Contudo, este procedimento é totalmente arbitrário, e parte da absurda premissa de que a Impugnante simplesmente não realizou qualquer operação de compra e venda de sucata durante todo o ano de 2014!

(.....)

7.3 - Inaplicabilidade da multa quando é incontroverso que as notas correspondem à entrada/saída das mercadorias descritas.

Como exposto acima, no entender da Impugnante a premissa para a imposição da penalidade é **a descrição incorreta do produto vendido ou da operação de venda.**

No caso em apreço não há dúvidas de que a Impugnante (e demais empresas do Grupo Recibrás) dedicam-se exclusivamente ao comércio de sucatas de metais não ferrosos, o que corresponde exatamente à descrição das notas fiscais.

(.....)

Assim, para realizar corretamente a imposição da multa deveria o Fisco esclarecer porque o produto ou a operação foram descritos incorretamente, **e também qual seria a descrição correta.** Contudo, nada disso foi feito, o que leva a Impugnante a resvalar no campo das suposições para entender o motivo da sanção lançada.

A situação é ainda mais esdrúxula, pois, contraditoriamente, a própria Fiscalização conclui ser *“conforme se demonstrar parece ser factível que as mercadorias então adquiridas pela ITARIO tenham dado entrada em seu estabelecimento”* (fl. 41 do TVF).

Em outras palavras, a própria Fiscalização reconhece que as notas fiscais têm por base operações reais de compra e venda de mercadorias. A despeito disso, manteve o lançamento em relação a tais novas fiscais de venda, sob alegação de que tais mercadorias não teriam saído dos estoques da Rio Recibrás *“na medida em que não restou comprovada, por meio de documentos hábeis e idôneos, a compra de mercadorias por esta sociedade – mercadorias estas que alimentariam seus estoques”* (fl. 72 do TVF).

Em outras palavras, as vendas seriam fictícias **pois não fora comprovada qualquer operação de compra de mercadorias.**

Contudo, **o mesmo TVF exige a mesma multa regulamentar contra a Impugnante pela compra de mercadorias em vultosos valores!**

(.....)

A conclusão a que se chega é que todo o auto de infração está embasado em inúmeras ilações que não foram comprovadas. A bem da verdade, para que pudesse realizar o lançamento de ofício a Fiscalização deveria, ao menos, aprofundar as investigações.

7.4 - Sucessivamente: da necessidade de excluir o valor relativo ao ICMS do preço da mercadoria para fins de cálculo da multa.

Ainda que se entenda cabível a multa prevista no art. 572 do RIPI/2010 deve-se, ao menos, adequar sua base de cálculo ao valor da mercadoria, assim entendido como o preço líquido dos impostos incidentes sobre a venda.

Explica-se. Como é de conhecimento geral, em março/2017 o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o RE 574.706-RG/PR22, que, reafirmando o precedente firmado no RE 270.78523, fixou a seguinte tese no Tema 69 da repercussão geral: “**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**”.

A **ratio decidendi** da aludida decisão é que o ICMS representa receita do Fisco, a qual é meramente arrecadada pelo vendedor da mercadoria para ser posteriormente repassada aos cofres estaduais. Desta forma, como aponta a Exma. Min. Relatora CARMEM LÚCIA o ICMS **não compõe o preço da mercadoria vendida pelo comerciante**:

(.....)

Este entendimento foi reafirmado no julgamento do RHC 163.334, ocasião em que o STF concluiu que a ausência de recolhimento do ICMS destacado nas notas fiscais representa crime de apropriação indébita por parte do vendedor da mercadoria ao fixar a seguinte tese: “*O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990*”.

Portanto, tem-se que, **segundo a interpretação do STF**, nosso Sistema Tributário refuta a pretensão de integrar tributos ao preço da mercadoria vendida para qualquer fim. Ocorre que a multa ora lançada tem como base de cálculo o “valor comercial da mercadoria”, conforme se extrai do caput do art. 572 do RIPI/2010:

“Art. 572. Sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais cabíveis, incorrerão na multa igual ao valor comercial da mercadoria ou ao que lhe for atribuído na nota fiscal, respectivamente (Lei nº 4.502, de 1964, art. 83, e Decreto-Lei nº 400, de 1968, art. 1º, alteração 2ª):”

Assim, ao realizar o lançamento de ofício, o Ilmo. Fiscal Autuante deveria ter excluído o ICMS destacado nas notas fiscais do “valor comercial da mercadoria” para fins de cálculo da penalidade. Entretanto, tal providência não foi feita, o que demanda, ao menos, a adequação da penalidade lançada para excluir a parcela relativa ao ICMS de sua base impositiva.

(...).

5.2.2 - O Responsável Tributário DEPÓSITO DE METAIS SANJOENENSE EIRELLI - CNPJ Nº 30.046.926/0001-42, tomou ciência em 27/12/2019, via Edital (fl. 10.758) e apresentou a Impugnação (fl. 20.360/20.404), em 08/02/2019, e alega em síntese:

1 - É tempestiva a Impugnação:

Uma vez que a Impugnante foi intimada pelo Edital nº 006266565, de 12.12.2019 (**doc. nº 03**), a ciência do lançamento de ofício deu-se no 15º dia após a fixação do edital, ou seja, 27.12.2019, sexta-feira. Assim, o prazo de 30 dias para a interposição da presente impugnação iniciou-se no primeiro dia útil subsequente à ciência, ou seja, segunda-feira, 30.12.2019, tendo como termo final o dia 28.01.2020, terça-feira. Como será demonstrado a seguir, o lançamento não merece prosperar pelos seguintes fundamentos:

Inicialmente, em síntese a Impugnante traz os seguintes argumentos:

Como será demonstrado a seguir, o lançamento não merece prosperar pelos seguintes fundamentos:

-Preliminarmente, porque, embora a Impugnante tenha sido intimada pela via postal durante todo o procedimento fiscal, a intimação do lançamento de ofício se deu por **edital**, o que acarreta a nulidade do ato e, via de consequência, a decadência do direito creditório;

-Ainda preliminarmente, a Impugnante constatou a falta de documentos apresentados à fiscalização, a menção no TVF de documentos inexistentes, a ausência de relatos de testemunhas que foram intimadas pela Fiscalização, bem como a juntada de documentos aos autos de forma concomitante ao prazo de impugnação. Toda esta balbúrdia processual prejudicou gravemente o direito de defesa da Impugnante;

-É absolutamente indevida a atribuição de responsabilidade solidária, na forma do art. 124, I, do CTN, pelos créditos constituídos contra a Rio Recibrás, quando não demonstrado qualquer ato ilícito cometido diretamente pela Impugnante;

-No mérito, a Impugnante é empresa idônea e operacional, e a conclusão a que chegou o TVF sobre a suposta confusão patrimonial decorre de pura incompreensão sobre a informalidade e demais especificidades que regem o mercado de sucata;

-Assim, a conclusão de que há confusão patrimonial entre a Impugnante e outras empresas é equivocada (além de não ter sido provada pela autoridade fiscal), de modo que a autuação é nula;

-Em relação aos débitos de IRRF lançados, a Fiscalização não se desincumbiu do ônus de demonstrar a imprestabilidade das provas apresentadas pela Impugnante, que demonstram se tratar de pagamentos pela aquisição de mercadorias;

-O lançamento da multa regulamentar é indevido, pois a descrição dos fatos e infrações pelo relato fiscal aponta para a necessidade de arbitramento do lucro (exigência de IRPJ/CSLL) e não para a exigência de multa por erro na descrição da nota fiscal;

-No mérito, o lançamento da multa regulamentar de 100% também é indevido, seja porque inaplicável a produtos não tributados (NT), seja porque há adequada descrição da mercadoria vendida, seja porque as mercadorias foram vendidas pela Impugnante (ainda que entregues por conta e ordem a outro estabelecimento);

- Sucessivamente, deve ser revista a base de cálculo da multa regulamentar, ao menos para excluir a parcela relativa ao ICMS, na esteira do julgamento do STF no RE 574.706-RE; e -Por fim, é indevida a qualificação da multa de ofício quando o Fisco não logra êxito em demonstrar a ocorrência de qualquer dos tipos previstos nos arts. 71 a 73 da Lei 4.502/1964.

E passa a demonstrar:

02 - Da balbúrdia processual e do cerceamento do direito de defesa.

Inicialmente é importante destacar a enorme confusão cometida pelo Ilmo. Fiscal Autuante tanto durante a fiscalização quanto na formalização do presente processo administrativo, que certamente prejudicam o exercício do direito de defesa da Impugnante.

(.....)

- verifica-se que a Rio Recibrás recebeu inúmeras intimações com prazos sobrepostos, e, inclusive, solicitação de documentos repetidos.. Em resposta, a Impugnante requereu, inúmeras vezes, que fosse indicada o número do Termo de Intimação Fiscal (TIF), para permitir a melhor organização dos trabalhos e evitar a falta de qualquer documento solicitado (fl. 642 e 793 dos autos, dentre outras);

- Alegou que diversos documentos foram juntados aos autos do processo administrativo durante o trintídio legal que a contribuinte dispõe para apresentar impugnação, prejudicando a adequada compreensão das provas e acusações que constam nos autos (fls. 10.690 e 10.770 dos autos);

E, como se isto já não fosse bastante, há um intervalo de quase 100 páginas (entre as fls. 10690 e 10.770 dos autos), ao qual os sujeitos passivos sequer tiveram acesso, e não estão disponíveis.

- Que a Fiscalização foi tendenciosa ao “selecionar” as testemunhas para depor;

03 - Da nulidade da intimação por edital quando o contribuinte tem endereço conhecido.

- Alega que a Impugnante **sempre foi intimada pela via postal**, no mesmo endereço da rua Professor Costa Ribeiro n.º 25, Lote 01, bairro Jardim América, Rio de Janeiro/RJ, CEP 21240-290:

Veja-se, exemplificativamente, o termo de intimação fiscal de fl. 7.798 e o comprovante de entrega do AR (fl. 7814) pelos Correios no mesmo endereço:

(...)

A despeito disso, o Ilmo. Fiscal Autuante optou (sabe-se lá por qual motivo!), por realizar a intimação mais relevante destes autos – a intimação para impugnar o auto de infração – de forma ficta, por edital (doc. 03, **cit**).

- que a intimação por edital é absolutamente ilegal no presente caso, pois nos termos do art. 23 do Decreto 70.235/72, a intimação por edital é medida de exceção, que **só pode ser utilizada quando frustradas todas as outras tentativas de localização do contribuinte**:

(...)

04 - Da nulidade da intimação por edital que não indica o prazo de impugnação.

Ainda sobre a nulidade da intimação, cabe destacar que o Edital não trouxe todas as informações necessárias para substituir a intimação postal. Com efeito, o edital eletrônico **sequer indica que está aberto o prazo para impugnação, e muito menos qual seria este prazo.**

Em assim sendo, o edital não cumpre a determinação do art. 10 do Decreto 70.235/1972, que exige expressamente a indicação do prazo para impugnação na notificação do contribuinte.

(.....)

05 - Da decadência do crédito tributário em razão da nulidade da intimação por edital.

- que, neste momento, nova intimação seria ineficaz uma vez que já está consumada a decadência do crédito tributário;

- no presente caso a intimação por edital se deu em afronta ao art. 23, §1º, do Decreto 70.235/1972, razão pela qual deve ser anulada;

Neste contexto, o Fisco poderia ter realizado o lançamento dos tributos imediatamente após cada pagamento (supostamente) sem causa, ou após a emissão de cada nota fiscal. Sendo assim, o termo **a quo** do prazo decadencial corresponde ao primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (2014), ou seja, em **01.01.2015**.

Via de consequência, o prazo decadencial encerrou-se definitivamente em **01.01.2020**.

Contudo, como visto acima, a Impugnante ainda não foi validamente notificada acerca do lançamento dos fatos geradores relativos ao ano-calendário 2014, e **já se encerrou o quinquênio legal**.

E nem se alegue que inexistiria decadência pelo fato de o auto de infração ter sido lavrado ainda em dezembro/2019 (dentro do quinquênio legal). A jurisprudência entende, de forma mansa e pacífica, **que apenas com a intimação válida do contribuinte consuma-se o lançamento tributário**.

06- Ausência dos requisitos para atribuição de responsabilidade solidária. Inaplicabilidade do art. 124, inciso I, do CTN.

.....o fiscal autuante arrolou a Impugnante como responsável pelo crédito tributário lançado sob alegação de que existiria interesse comum de ambas na situação da qual decorreu o fato gerador praticado pela Rio Recibrás, com fulcro no art 124, inciso I, do CTN ...

“Art. 124. São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;”

(.....)

Como se nota, o “interesse comum” de que trata o art. 124, inciso I, do CTN refere-se exclusivamente à prática conjunta do próprio fato gerador (ainda que de forma oculta, por negócios jurídicos simulados), como é o caso da propriedade em relação aos impostos sobre o patrimônio, ou das operações mercantis no caso de ICMS, ISS ou PIS/COFINS.

Esta, decididamente, não é a situação dos autos!

Como se verifica do Termo de Verificação Fiscal, não foi narrada uma única conduta ilícita cometida pela Impugnante, mas tão somente pela Rio Recibrás. E tampouco foi estabelecido qualquer liame entre uma conduta da Impugnante e os créditos tributários constituídos contra a Rio Recibrás.

(.....)

Ora, qual foi a participação da Impugnante nas vendas (supostamente irregulares) da Rio Recibrás para a Reciclyn? E com a Soho Brighthon? O Termo de Verificação Fiscal simplesmente não se manifesta sobre isso!

Dada a ausência de descrição de qualquer conduta dolosa da Impugnante, o que se constata é que a mesma foi responsabilizada solidariamente apenas e tão somente por fazer parte do mesmo grupo econômico que a Rio Recibrás.

(....)

A ausência de elementos aptos a comprovar, ainda que minimamente, qualquer conduta dolosa cometida pela Impugnante, e muito menos o seu nexos de causalidade com a infração apurada, são mais do que suficientes para demonstrar a insubsistência

da atribuição de responsabilidade à Impugnante com base no art. 124, inciso I, do CTN.

DO MÉRITO 01

Idoneidade da Impugnante, existência de fato e ausência de confusão patrimonial.

- O Termo de Verificação Fiscal partiu de uma premissa equivocada que contaminou todo o trabalho de fiscalização: a suposta confusão patrimonial entre a Impugnante e as demais empresas do “Grupo Melo” (fl. 13 do TVF):

*“No caso em tela, compreendo pela caracterização do grupo econômico de fato, **intitulado Grupo Melo**, pois se visualiza íntima ligação e interdependência entre os CNPJ’s das diversas sociedades empresariais que o integram, sendo o grupo constituído de empresas interligadas em decorrência da participação que uma ou várias destas sociedades possuem no capital social das outras. Estas se mantêm altamente conectadas, com intuito de formação de um confuso conglomerado empresarial, com objetivo social semelhante ou complementar, inclusive, algumas com sedes fixadas em mesmo endereço ou possuindo, muitas vezes, administração e quadro societário idênticos.”*

Em primeiro lugar cabe registrar que, ao contrário do que presumiu o TVF, a Impugnante **não faz parte do Grupo Melo**, o que se pode constatar pelos documentos societários que demonstram a inexistência de controle comum e também pelo próprio sítio da Impugnante na *internet*.

Na verdade, a Impugnante faz parte, junto com as empresas Sanjoenense e Praia de Espinho do **Grupo Recibrás**.

(...)

Em segundo lugar, a Impugnante é empresa que realiza operações de compra e venda de metais, mas tem existência independente e autônoma das demais empresas do Grupo Recibrás. Para concluir pela “inexistência de fato” da Impugnante a Fiscalização se valeu de ilações extremamente frágeis (quando não francamente irrelevantes).

É o que se verifica no ponto em que o relato fiscal questiona o fato de funcionários das empresas Sanjoenense e Praia de Espinho terem participado como “testemunhas” de contratos de locação celebrados pela Impugnante (fl. 36 do TVF):

“funcionários de sociedades do grupo Melo — registrados formalmente pelas empresas ‘Sanjoenense’ e ‘Praia do Espinho’— são utilizados para atuarem como testemunhas em diversos tipos de contratos formalizados por empresas do grupo com as quais não mantêm vínculo empregatício formal.”

Ora, o fato de um funcionário constar como testemunha em instrumentos contratuais celebrados por outras empresas do mesmo grupo econômico além de perfeitamente plausível **não constitui prova de qualquer irregularidade**.

Questionou-se ainda o fato de as declarações fiscais da Impugnante terem sido enviadas ao Fisco pelo mesmo terminal de computador (MAC ADDRESS 1C-7E-E5-23-D2-19) que enviou as obrigações acessórias de outras empresas do suposto “Grupo Melo” (fl. 53/54 do TVF), ou ainda a aquisição de materiais de uso e consumo (uniformes) com endereço de entrega distinto da sede da empresa (fl. 48 do TVF).

(....)

Relembre-se que os fatos geradores autuados se referem exclusivamente ao ano calendário 2014. Ora, ainda que a diligência fiscal realizada em 2016 tivesse

comprovado a inexistência de fato da Impugnante, isto **jamais poderia conduzir à conclusão de inexistência de fato da pessoa jurídica no ano-calendário 2014 (três anos antes!)**, época dos fatos geradores autuados.

(.....)

A situação é ainda pior se levarmos em consideração que na diligência realizada em 18.12.2017 **havia funcionários no local que confirmaram a existência de fato da Impugnante!**

Outrossim, o único relato de diligência realizada no período autuado (17.12.2013) a fiscalização reconhece que havia indícios de atividade econômica no local: *“fomos até o local indicado o qual de fato parecia ser utilizado pelo bom estado de conservação do estabelecimento”* (fl. 08 do TVF).

Em suma, os relatos da diligência não trazem qualquer prova de que a Impugnante seria empresa inexistente. Muito pelo contrário: por se tratar de imóvel em bom estado de conservação, presume-se a utilização do mesmo. Ademais, a existência de funcionários no local que atenderam a fiscalização também deveria afastar quaisquer dúvidas quanto a idoneidade da Impugnante.

(.....)

Como será demonstrado no tópico abaixo, a Impugnante adquire e vende mercadorias simultaneamente, em operações diárias. Contudo, não há necessidade de que as mercadorias ingressem diretamente no estabelecimento da Impugnante (muito menos no escritório de sua sede!); é comum neste ramo econômico que as mercadorias adquiridas sejam imediatamente remetidas a outros estabelecimentos para que as partes e peças de metal sejam separadas, beneficiadas, etc., e novamente revendidas.

Em síntese, a remessa da sucata adquirida a outros estabelecimentos é absolutamente corriqueira, e até mesmo necessária para dar racionalidade ao comércio de enormes quantidades de sucata a que se dedica a Impugnante.

O que se conclui é que o auto de infração foi lavrado prematuramente, tendo faltado ao Ilmo. Fiscal aprofundar as investigações antes de simplesmente concluir pela suposta confusão patrimonial entre a Impugnante e as demais empresas do suposto “Grupo Melo” (.....)

02 - Da informalidade que rege o mercado de sucata e a previsão legal para emissão notas fiscais englobando várias aquisições.

..... a Impugnante atua no comércio de sucatas de metais não ferrosos, produzindo insumos para serem vendidos a industriais, além de produtos semiacabados (tarugos e lingotes de peças metálicas). Os produtos são adquiridos pela Impugnante tanto de pessoas físicas (catadores de rua) quanto de pequenas empresas (ferro-velho) que formam “lotes” de produtos para serem vendidos.

A Rio Recibras, por sua vez, adquire as mercadorias e as vende imediatamente a outras empresas que irão realizar a separação dos diversos tipos de metal (alumínio, chumbo, aço, bateria, cobre, latas prensadas, etc.) em novos lotes. Subsequentemente, os lotes são remetidos a grandes industriais (como a CSN por exemplo) que irão utilizar tais metais como insumos de novos produtos.

É bastante comum ainda, que as empresas do setor realizem “trocas” de mercadorias como parte do pagamento. Isso se deve tanto em razão de dificuldades de caixa, como da necessidade de comprar determinados tipos de metais inexistentes no estoque para suprir demanda imediata. Assim, por exemplo, se a Recibrás está devendo uma determinada quantia à outra empresa (como a Recyclin) que, por sua

vez, precisa vender uma quantidade de chumbo de que não dispõe a um grande industrial, a Recibrás realiza uma dação em pagamento para amortizar parte do débito.

(.....)

Logo, ao contrário do que afirma a Fiscalização a contabilidade da Impugnante dista de ser “imprestável para qualquer fim”. A verdade é que o volume de operações dificulta um tratamento individualizado de todas as operações (o que é reconhecido pela própria legislação tributária estadual), e torna trabalhosa (mas não impossível) a auditoria fiscal.

Como já se pode inferir, diante de uma realidade pouco usual, seja pela informalidade, seja pelo grande volume de operações diários, a Fiscalização optou por, comodamente, simplesmente concluir que todas as operações da Impugnante são fictícias.

Contudo, um exame aprofundado e livre de pré-conceitos revela que houve, no mínimo, açonamento na lavratura do auto de infração, pois apesar da informalidade todas operações realizadas pela Impugnante foram registradas na forma permitida pela legislação.

03 - Das operações de troca de mercadorias.

A fiscalização considerou que existiriam discrepâncias entre o volume de notas fiscais emitidas pela Impugnante e sua movimentação bancária. Apontou ainda que a convergência entre os valores registrados a crédito e a débito na conta corrente da empresa demonstraria que “a Rio Recibrás é uma mera intermediária de recursos:

“Em 2014, o valor movimentado em conta bancária pelo sujeito passivo a crédito, no total de R\$ 21.194.641,12, muito se aproxima do valor movimentado a débito, de R\$ 21.551.035,74, conforme informações extraídas do sistema DIMOF (Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira) e do extrato simplificado apresentado pela Rio Recibrás (Doc. 51). A proximidade em questão revela que os valores depositados em conta bancária de titularidade da Rio Recibrás são imediatamente repassados a terceiros, sendo a Rio Recibrás uma mera intermediadora de recursos — ou interposta pessoa — na cadeia que interliga as diversas pessoas jurídicas e físicas que se integram ou se relacionam com o GRUPO MELO.” (fl. 93 do TVF)

A fiscalização novamente se equivoca e faz alegações que chegam a ser levianas. Em primeiro lugar, a convergência entre os valores que ingressam e saem da conta bancária da Impugnante apenas comprova a baixíssima margem de lucro do comércio de sucatas, e **justifica os prejuízos apurados pela Impugnante.**

Em segundo lugar, os repasses realizados pela Impugnante à Reciclyn/PPX para saldar dívidas contraídas após o recebimento dos valores de seus clientes **decorre da própria atividade comercial:** assim como faz com os sucateiros, a Impugnante adquire mercadorias com pagamento a prazo, e as dívidas são saldadas à medida em que os recursos ingressam no caixa da empresa.

Em terceiro lugar, a Fiscalização simplesmente desconsiderou que muitas operações com sucata são realizadas mediante operações de escambo (a Impugnante cede sucata de cobre e recebe em troca sucata de chumbo) e também de cessão de crédito ou pagamento por conta e ordem de terceiros (a Impugnante indica seu fornecedor para receber determinados valores de um cliente como forma de saldar a dívida).

(.....)

Ora, se o contrato verbal é amplamente admitido, não faz qualquer sentido em rejeitar a idoneidade da carta de crédito apresentada acima, que traz todos os elementos necessários à compreensão do negócio jurídico entabulado.

04 - Conclusão - Da nulidade do auto de infração.

Por tudo o que foi exposto acima, a Impugnante entende que o lançamento de ofício impugnado não se desincumbiu do ônus de provar a grave acusação de que existiria “confusão patrimonial formada entre as sociedades identificadas nesta ação fiscal como integrantes do grupo Melo” (fl. 38 do TVF), ou ainda de que “a Rio Recibrás atua, notoriamente, como repassadora de recursos do grupo Melo” (fl. 100 do TVF)

Como o devido respeito, o Termo de Verificação Fiscal foi incapaz de comprovar, acima de qualquer dúvida razoável, a procedência destas acusações. Quando muito, o TVF levantou hipóteses, ilações, suposições, que decorrem do mero desconhecimento da realidade econômica e comercial do mercado em que atua a Impugnante.

(.....)

No presente caso, com o devido respeito à Fiscalização, não há qualquer prova de que a Impugnante seja uma empresa “de fachada” como pretendeu o lançamento impugnado.

Antes pelo contrário: a diligência fiscal confirmou a existência do estabelecimento comercial, há escrituração contábil regular, farta comprovação de operações de compra e venda, além de inúmeros depoimentos de pequenos comerciantes confirmando que realizam vendas de produtos à Impugnante.

Tampouco foi demonstrada a imprestabilidade de sua escrituração contábil e fiscal. Na verdade, para concluir que “o contribuinte realizou lançamentos resumidos com históricos sintéticos e imprecisos” (fl. 161 do TVF), a Fiscalização simplesmente ignora as especificidades do setor econômico da Recibrás bem como o volume de operações diárias realizadas. Ignorou ainda a legislação tributária que dispensa a emissão de notas fiscais de aquisição de mercadorias individualizadas.

Diante disso, conclui-se que o Fisco não se desincumbiu do ônus de provar a alegada confusão patrimonial entre a Recibrás, a Impugnante e “as demais empresas do grupo Melo” (até porque, como visto, a Impugnante não faz parte de tal grupo econômico), **o que já seria mais do que suficiente para declarar-se a nulidade da autuação.**

(.....)

já demonstrada deficiência probatória tem o condão de macular todo o lançamento de ofício, uma vez que a Fiscalização concluiu que “*não há como tratar a Rio Recibrás de forma isolada, como sociedade independente e autônoma do grupo econômico que integra*” (fl. 38 do TVF).

Diante disso, o auto de infração foi edificado sobre a (equivocada) premissa de que a Impugnante é empresa inexistente, e todas as operações por ela declaradas são simplesmente falsas. Ocorre que tal premissa ruiu. A existência das operações de compra e venda de mercadorias foi comprovada pelos próprios catadores que prestaram depoimentos à Fiscalização. Assim, comprovado o erro de premissa da acusação fiscal, a conclusão inexorável é pela improcedência da autuação.

No Direito Tributário a partir dos arts. 142 e 146, ambos do CTN, explicitam a necessidade de fundamentação do lançamento e também a impossibilidade de modificação do critério jurídico. Demonstrada a improcedência da premissa central

adotada pela acusação fiscal (seja por não ter sido provada, seja por ter sido infirmada pelas provas carreadas aos autos), não há como deixar de se declarar a nulidade da autuação na forma do art. 59, inciso II, do Decreto 70.235/1972.

(.....)

Contraditoriamente, não foi isso o que fez o lançamento impugnado.

Ao contrário, optou-se por, comodamente, considerar que **todos os pagamentos realizados pela Impugnante seriam despidos de causa, exigindo o IRRF isoladamente à alíquota de 35%.**

Outrossim, considerou que a Impugnante simplesmente não teria estoque de mercadorias, razão pela qual todas as notas fiscais de compra e venda de sucatas seriam inidôneas, o que motivou o lançamento de multa regulamentar de 100% do valor da nota (art. 572 do RIPI/2010).

Esta grave incongruência entre as supostas infrações verificadas no relato fiscal (fato típico) e o crédito tributário constituído pelo lançamento fiscal (penalidade aplicada) acarretam a nulidade do ato por cerceamento do direito de defesa.

(.....)

Portanto, não há apenas um, mas três fundamentos para se declarar a nulidade do lançamento impugnado: (i) a indevida inversão do ônus da prova; (ii) a equivocada premissa de inexistência de fato da Impugnante; e (iii) incongruência entre a premissa narrada e a penalidade aplicada.

05.- Ilegitimidade do lançamento de IRRF à alíquota de 35%: inexistência de pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado.

Como visto, a fiscalização exigiu da Impugnante IRRF à alíquota de 35% sobre a totalidade dos lançamentos a débito realizados pela pessoa jurídica registrados na conta bancária do sujeito passivo:

“A partir de todo o exposto, entendo ocorrido, no caso, o fato definido em lei como necessária e suficiente para gerar a obrigação tributária, na medida em que o contribuinte não comprovou o nexos causal entre as transferências bancárias realizadas e as operações comerciais de vendas de mercadorias, os empréstimos concedidos, as comissões pagas etc. Verifica-se a ocorrência do fato gerador, previsto no artigo 61, parágrafo 1º, da Lei nº 8.981, de 1995: a) com relação a valores transferidos da conta bancária do sujeito passivo às sociedades empresárias Depósito de Metais Praia do Espinho, e, precipuamente, às sociedades ‘Reciclyn’ e ‘PPX’, que, conforme registros contábeis, consignados na conta bancos, teriam sido realizados para pagamento a fornecedores; e b) nas transferências bancárias realizadas às pessoas físicas Harley Rezende (CPF 073.842.937-66); Rogério Cosme Sena Mota (CPF 038.281.567-03); Carlos Alberto Rangel Serra (CPF 400.296.207-59); Mayra Musse (083.931.657-76) e Hugo Roberto Monteiro de Barros Carl (CPF 004.083.448-49), dentre outros, sob título diversos (comissões de vendas, serviços administrativos e empréstimos), e sem qualquer respaldo, em documentação hábil e idônea, que demonstre a real causa ou motivação das transferências bancárias efetuadas pela fiscalizada RIO RECIBRÁS;” (fl. 165 do TVF)

Como se sabe, o art. 61 da Lei 8.981/1995 (repetido no art. 730 do RIR/201820) autoriza o lançamento de IRRF à alíquota de 35% quando a fiscalização comprovar, a existência de: (i) um pagamento realizado a beneficiário não identificado; e (ii) um pagamento realizado sem comprovação da operação que lhe deu causa.

Pois bem. De pagamento a beneficiário não identificado não se trata, pois o próprio lançamento esclarece que se tratam de “valores transferidos da conta bancária do sujeito passivo às sociedades empresárias Depósito de Metais Praia do Espinho, e, precipuamente, às sociedades ‘Reciclyn’ e ‘PPX’.”

Há, portanto, clara e precisa identificação dos pagamentos realizados.

Por outro lado, também não há que se falar em pagamento sem comprovação da operação que lhe deu causa. Como afirmado pelo próprio TVF, tais dispêndios “conforme registros contábeis, consignados na conta bancos, teriam sido realizados para pagamento a fornecedores.” Outrossim, há comprovação da emissão de notas fiscais para justificar cada um dos pagamentos realizados aos fornecedores da Impugnante (fls. 165 do TVF).

E nem se alegue que a aglutinação de diversas notas fiscais para realizar um único pagamento justificaria a exigência de IRRF por pagamento sem causa. Ora, se uma empresa adquire diversas mercadorias de um mesmo fornecedor (com a emissão de diversas notas fiscais), não há nenhuma ilegalidade no fato de as múltiplas obrigações serem adimplidas com uma única ordem de pagamento.

A despeito das provas carreadas nos autos (notas fiscais de aquisição de mercadorias descrevendo o produto adquirido e contabilização dos pagamentos efetuados) a RFB, autuou a Impugnante por pagamento sem causa com base no já mencionado art. 730 do RIR/99.

Com a devida vênia, a remessa de valores com base em notas fiscais regularmente emitidas, e assentamentos contábeis são elementos totalmente incompatíveis com a alegada falta de comprovação da causa dos pagamentos.

Na hipótese vertente, tal como assentado no aresto acima, há comprovação da operação que motivou o pagamento (compra de mercadorias) e o beneficiário das remessas está exaustivamente identificado nas notas fiscais e na contabilidade da Impugnante. Dessa forma, também no mérito é improcedente a alegação do Fisco.

(...)

Cabe lembrar que se está analisando fatos geradores ocorridos no ano de 2014, isto é, mais de 05 anos atrás. Lembre-se ainda que a atividade da Impugnante consiste em comprar diariamente grandes quantidades de sucata, **para o que a própria legislação fluminense dispensa a emissão de notas fiscais individualizadas para aquisições de pessoas físicas inferiores a 200 kg.**

Neste cenário, pergunta-se: como a Impugnante poderia provar a “efetividade” das operações de compra de sucata realizadas mais de 05 anos atrás, exceto pelas notas fiscais emitidas, livros de ICMS que demonstram as operações e demais registros contábeis?

Deveria a Impugnante ter tirado fotografias de cada um dos lotes de sucata adquiridos?

Evidentemente que não! **Os documentos contábeis e fiscais são a única prova possível de operações comerciais de compra de bens fungíveis destinados à revenda realizadas mais de 05 anos atrás.**

Há ainda uma grave inconsistência na fundamentação da autuação fiscal. Como visto, todas as (equivocadas) conclusões do Termo de Verificação Fiscal decorrem da (também equivocada) premissa de que a Impugnante jamais exerceu comércio. Contudo, a Fiscalização extraiu dos depoimentos dos sucateiros que **as mercadorias adquiridas seriam entregues diretamente no complexo de galpões situado na Estrada do Quitungo.**

(.....)

Por outro lado, não faz qualquer sentido a alegação de que as operações de compras de mercadoria que justificaram vultosas remessas de numerário à Reciclyn seriam fraudulentas. Como já exposto, **o complexo de galpões situado na Estrada do Quitungo é justamente onde, segundo a Fiscalização “foi o único local onde, em diligência, presenciamos atividades comerciais em execução.” Logo, não há como presumir que as operações de compra de sucata da Reciclyn/PPX são fictícias, a menos que se cogitasse da inexistência de fato da própria Reciclyn/PPX!**

E nem se alegue que tais operações seriam fraudulentas porque a Impugnante não teria onde armazenar as mercadorias adquiridas da Reciclyn/PPX. Como já exposto, a possibilidade de remessas por conta e ordem de terceiros já desautoriza tal assertiva.

Assim, a situação dos autos é a seguinte: a Impugnante foi autuada por pagamento sem causa e/ou a beneficiário não identificado. Contudo, o próprio Fisco indica os beneficiários dos pagamentos realizados (“*Depósito de Metais Praia do Espinho, Mextra Engenharia e, precipuamente, às sociedades Reciclyn e PPX*”) bem como a causa dos pagamentos (aquisição de mercadorias).

O Fisco também reconhece que as operações estão contabilizadas como pagamentos a fornecedores por aquisição de sucata e que foram emitidas notas fiscais condizentes com a operação. Por fim, é incontroverso que a empresa que concentrou a maior parte dos pagamentos (Reciclyn/PPX) **realiza diariamente inúmeras operações de compra e venda de mercadorias.**

Logo, o que se constata é que não há qualquer fundamento para a alegação de que a Impugnante não teria adquirido mercadorias da Reciclyn (empresa existente de fato e que realiza tais operações diariamente), o que demonstra a absoluta insubsistência da autuação.

O mesmo se diga em relação as aquisições realizadas com o fornecedor PPX Indústria e Comércio de Alumínio, que não fez e nunca fez parte do grupo econômico da Impugnante (e sequer há relações familiares entre os sócios), e não foi objeto de diligência por parte da fiscalização que comprovasse sua inexistência de fato.

06 - Ilegalidade da exasperação da multa de ofício sobre o IRRF lançado. Inexistência de fraude.

Para a aplicação da multa agravada prevista no art. 44, § 1º, da Lei 9.430/96, e o deslocamento do prazo decadencial para o art. 173, inciso I, do CTN, é imprescindível que o Fisco demonstre, de forma clara e a partir de indícios seguros, a ocorrência de um dos tipos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. (.....)

Por sua vez, além de tipificar as condutas como sonegação, fraude ou conluio, o Termo de Verificação Fiscal deve **descrever como tais condutas acarretaram a supressão ou ocultamento dos fatos geradores constituídos.**

É dizer: não poderá o Fisco autuar o contribuinte, por exemplo, pela emissão de notas fiscais inidôneas alegando a existência de **fraude** tendente a suprimir o fato gerador do IRPJ e da CSLL se o lançamento não promove a constituição de créditos tributários relativamente a estes tributos.

E a razão é muito simples: a ausência de lançamento dos tributos alegadamente suprimidos mediante fraude acarreta a extinção do crédito tributário pela decadência. Da extinção definitiva do crédito tributário decorre a impossibilidade de realizar o lançamento de qualquer penalidade, pois o acessório (multa) segue a sorte do principal. Sobre o tema, a jurisprudência do CARF novamente nos socorre:

(....)

Em relação ao primeiro ponto (“emissão de notas fiscais inidôneas sem vinculação com a saída da mercadoria”), é clara a ausência de relação da conduta com o fato gerador do IRRF. A operação de saída da mercadoria é incompatível com a realização de **pagamentos**; quem vende mercadorias é credor e, portanto, auferir rendimentos.

Em relação ao segundo ponto (“emitir notas fiscais inidôneas para gerar custos e créditos tributários indevidos a terceiros”) melhor sorte não socorre ao Fisco porque se trata, novamente, de suposta operação fictícia de venda de mercadoria **pela Rio Recibras**, o que jamais teria como consequência a exigência de IRRF, pois não houve qualquer pagamento realizado nem mesmo ‘em tese’.

Em relação ao terceiro ponto “quando a Rio Recibrás se utiliza e recebe notas fiscais inidôneas emitidas por terceiros CNPJ’s para assim se beneficiar de créditos tributários indevidos de IPI, PIS e COFINS, bem como para inflar seus custos e apurar prejuízo, há um ajuste doloso”) o equívoco é ainda mais evidente.

Ora, ainda que a Impugnante tivesse pretendido inflar custos para apurar prejuízo (o que não ocorreu), não houve qualquer lançamento de IRPJ e/ou CSLL em decorrência da fiscalização. Outrossim, não foi realizado qualquer lançamento de ofício tendente a constituir débitos de IPI e PIS/COFINS pelo suposto uso indevido de créditos, ou ainda, para glosar compensações declaradas com fraude (art. 18 da Lei 10.833/2003).

Portanto, tais condutas não são hábeis a justificar a qualificação de multa por fraude no caso dos autos, em que o crédito tributário constituído refere-se exclusivamente a IRRF por pagamento sem causa e não a IRPJ/CSLL ou PIS/COFINS, e muito menos a compensações tidas por não declaradas.

(.....)

Desta feita, deve ser, ao menos, cancelada a exasperação da multa de ofício, por não ter sido comprovada qualquer conduta tendente a ocultar do Fisco o fato gerador do IRRF.

07--Ilegalidade da imposição de multa por emissão de nota inidônea prevista no art. 572, inciso II, do RIPI/2010. Hipótese, quando muito, de arbitramento do lucro.

Novamente em decorrência de equivocada premissa de inexistência de fato da Impugnante, o auto de infração constituiu multa regulamentar no valor de 100% de cada uma das notas fiscais de saída emitidas pela Impugnante, ou das notas fiscais de entrada por ela registradas.

A base legal para esta sanção verdadeiramente desproporcional encontra-se descrita no art. 572, inciso II, do RIPI/2010 nos seguintes termos:

“Art. 572. Sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais cabíveis, incorrerão na multa igual ao valor comercial da mercadoria ou ao que lhe for atribuído na nota fiscal, respectivamente: (...)

II - os que emitirem, fora dos casos permitidos neste Regulamento, nota fiscal que não corresponda à saída efetiva, de produto nela descrito, do estabelecimento emitente, e os que, em proveito próprio ou alheio, utilizarem, receberem ou registrarem essa nota para qualquer efeito, haja ou não destaque do imposto e ainda que a nota se refira a produto isento.”

Do dispositivo legal acima, extrai-se que a sanção poderá ser exigida quando o contribuinte emitir nota fiscal de saída descrevendo produto distinto daquele efetivamente vendido.

Logo, a premissa para a imposição da penalidade é a **descrição incorreta do produto vendido, ou da operação de venda**. Contudo, a autoridade fiscal pretendeu alargar indevidamente o âmbito de incidência da multa para alcançar qualquer compra ou venda de produtos por estabelecimento diverso daquele registrado na nota fiscal.

“No presente Termo de Verificação, bem como nos Relatórios Fiscais de Diligência (Anexos 14 a 17) e nos depoimentos prestados pelas pessoas físicas diligenciadas (Anexo 13), apresentamos conjunto comprobatório que demonstra o recebimento e a emissão de notas fiscais que relatam operações fictícias formalizadas com o sujeito passivo. A legislação aplica penalidade gravíssima a estas duas condutas:

1. UTILIZAREM, RECEBEREM ou REGISTRAREM notas fiscais que não corresponde à saída efetiva de produto nela descrito, do estabelecimento emitente, em proveito próprio.

2. EMITIREM notas fiscais que não corresponda à saída efetiva de produto nela descrito, do estabelecimento emitente. (...) Desta forma, aplicamos a multa regulamentar, constante do inciso II, do art. 572 do Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010, nos casos relatados no Termo de Verificação Fiscal nos quais houve o recebimento pela RIO RECIBRÁS de notas fiscais que relatavam operações fictícias, bem como nos casos nos quais esta emitia notas fiscais relatando operações fictícias.” (fls. 179/180 do TVF)

Para justificar para tal interpretação, no mínimo questionável, do art. 572 do RIPI, a Fiscalização colacionou o acórdão CSRF/02-02-0755 (Rel. Antônio Bezerra Neto, julgado em 02/07/2007), que, todavia, trata de situação absolutamente distinta. Naquele caso o contribuinte foi autuado por ter registrado notas fiscais de importação inidôneas.

De todo modo, a Impugnante rejeita, desde já, tal interpretação extensiva, uma vez que a remessa por conta e ordem de terceiros é expediente absolutamente regular, expressamente previsto na legislação tributária.

7.1 - Inaplicabilidade da multa a produtos não tributados pelo IPI.

A maior parte dos produtos comercializados pela Impugnante (especialmente as sucatas) não sofrem a incidência do IPI por serem classificados na TIPI como não tributados (NT). Veja-se, a título de exemplo:

(...)

Diante disso, fica claro que a emissão - ainda que equivocada - das notas fiscais relativas a entradas e/ou saída de tais produtos não poderia ser sancionada pela multa prevista no art. 572, II, do RIPI.

Isto porque, como o dispositivo que regulamenta a penalidade dispõe que a mesma será aplicada *“ainda que a nota se refira a produto isento”*, *contrariu sensu*, a emissão de nota fiscal referente a produtos classificados não-tributados fica ao largo do âmbito de aplicação da penalidade. O que é absolutamente correto já que, por se tratar de sanção prevista no Regulamento do IPI, a mesma jamais poderia alcançar os produtos fora do âmbito de incidência de tal imposto.

Neste sentido, o art. 2º, parágrafo único, do RIPI/2010 esclarece que o campo de incidência do IPI *“abrange todos os produtos com alíquota, ainda que zero, relacionados na TIPI, observadas as disposições contidas nas respectivas notas*

complementares, **excluídos aqueles a que corresponde a notação “NT” (não tributado).”**

E nem se alegue que ao determinar a incidência de multa nas notas de produtos isentos, o art. 572 do RIPI teriam pretendido alcançar também os produtos não tributados pelo imposto (NT).

Ainda que a figura da isenção tenha efeito prático similar à da não incidência, tratam-se de institutos jurídicos absolutamente distintos: enquanto a isenção pressupõe a incidência do imposto, com a subsequente dispensa do dever de pagamento do imposto, a não incidência é um nada. Um não ser. Representa a não-subsunção do fato à norma tributária de incidência.

7.2 - Da ilegalidade do lançamento de multa sobre a totalidade das notas fiscais da Impugnante sem discriminação dos fundamentos da suposta idoneidade.

Neste contexto, a autoridade fiscal realizou um lançamento indiscriminado sobre **todas** as notas fiscais de saída emitidas ou notas de entrada registradas pela Impugnante ao longo de 2014.

Contudo, este procedimento é absolutamente ilegal!

Caso o Fisco tenha dúvidas quanto à idoneidade das notas emitidas contra ou por um determinado cliente/fornecedor (caso se considere ser pessoas jurídica inexistente, por exemplo), poderá lançar a multa **exclusivamente em relação as notas emitidas por este fornecedor/cliente.**

Entretanto, nada autoriza o lançamento de multa sobre as notas emitidas/recebidas por pessoas jurídicas **contra as quais nenhuma diligência presencial foi realizada pela Fiscalização no intuito de comprovar sua inexistência de fato.**

(.....)

.....Por suspeitar da existência de confusão patrimonial entre a Impugnante e demais empresas do suposto “Grupo Melo” (do qual a Impugnante não faz parte), o Fisco pretendeu realizar o lançamento da multa prevista no art. 572, inc. II, do RIPI/2010.

Contudo, ao invés de se ater ao lançamento de notas decorrentes de operações de venda de mercadorias realizadas pela Impugnante com pessoas jurídicas alegadamente interdependentes, o TVF exigiu a multa contra simplesmente todas as notas emitidas e/ou registradas pela Impugnante, **inclusive com pessoas jurídicas que não relacionadas como integrantes do suposto “Grupo Melo”**. É o caso das vendas às empresas “Soho Brighton” e “ItaRio”

Contudo, este procedimento é totalmente arbitrário, e parte da absurda premissa de que a Impugnante simplesmente não realizou qualquer operação de compra e venda de sucata durante todo o ano de 2014!

(.....)

7.3 - Inaplicabilidade da multa quando é incontroverso que as notas correspondem à entrada/saída das mercadorias descritas.

Como exposto acima, no entender da Impugnante a premissa para a imposição da penalidade é a **descrição incorreta do produto vendido ou da operação de venda.**

No caso em apreço não há dúvidas de que a Impugnante (e demais empresas do Grupo Recibrás) dedicam-se exclusivamente ao comércio de sucatas

de metais não ferrosos, o que corresponde exatamente à descrição das notas fiscais.

(.....)

Assim, para realizar corretamente a imposição da multa deveria o Fisco esclarecer porque o produto ou a operação foram descritos incorretamente, e também qual seria a descrição correta. Contudo, nada disso foi feito, o que leva a Impugnante a resvalar no campo das suposições para entender o motivo da sanção lançada.

A situação é ainda mais esdrúxula, pois, contraditoriamente, a própria Fiscalização conclui ser *“conforme se demonstrará adiante parece ser factível que as mercadorias então adquiridas pela ITARIO tenham dado entrada em seu estabelecimento”* (fl. 41 do TVF).

Em outras palavras, a própria Fiscalização reconhece que as notas fiscais têm por base operações reais de compra e venda de mercadorias. A despeito disso, manteve o lançamento em relação a tais novas fiscais de venda, sob alegação de que tais mercadorias não teriam saído dos estoques da Rio Recibrás *“na medida em que não restou comprovada, por meio de documentos hábeis e idôneos, a compra de mercadorias por esta sociedade – mercadorias estas que alimentariam seus estoques”* (fl. 72 do TVF).

Em outras palavras, as vendas seriam fictícias **pois não fora comprovada qualquer operação de compra de mercadorias.**

Contudo, **o mesmo TVF exige a mesma multa regulamentar contra a Impugnante pela compra de mercadorias em vultosos valores!**

(.....)

A conclusão a que se chega é que todo o auto de infração está embasado em inúmeras ilações que não foram comprovadas. A bem da verdade, para que pudesse realizar o lançamento de ofício a Fiscalização deveria, ao menos, aprofundar as investigações.

7.4 - Sucessivamente: da necessidade de excluir o valor relativo ao ICMS do preço da mercadoria para fins de cálculo da multa.

Ainda que se entenda cabível a multa prevista no art. 572 do RIPI/2010 deve-se, ao menos, adequar sua base de cálculo ao valor da mercadoria, assim entendido como o preço líquido dos impostos incidentes sobre a venda.

Explica-se. Como é de conhecimento geral, em março/2017 o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o RE 574.706-RG/PR22, que, reafirmando o precedente firmado no RE 270.78523, fixou a seguinte tese no Tema 69 da repercussão geral: **“O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”**.

A **ratio decidendi** da aludida decisão é que o ICMS representa receita do Fisco, a qual é meramente arrecadada pelo vendedor da mercadoria para ser posteriormente repassada aos cofres estaduais. Desta forma, como aponta a Exma. Min. Relatora CARMEM LÚCIA o ICMS **não compõe o preço da mercadoria vendida pelo comerciante:**

(.....)

Este entendimento foi reafirmado no julgamento do RHC 163.334, ocasião em que o STF concluiu que a ausência de recolhimento do ICMS destacado nas notas fiscais representa crime de apropriação indébita por parte do vendedor da mercadoria ao fixar a seguinte tese: *“O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de*

apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990”.

Portanto, tem-se que, **segundo a interpretação do STF**, nosso Sistema Tributário refuta a pretensão de integrar tributos ao preço da mercadoria vendida para qualquer fim. Ocorre que a multa ora lançada tem como base de cálculo o “valor comercial da mercadoria”, conforme se extrai do **caput** do art. 572 do RIPI/2010:

“Art. 572. Sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais cabíveis, incorrerão na multa igual ao valor comercial da mercadoria ou ao que lhe for atribuído na nota fiscal, respectivamente (Lei nº 4.502, de 1964, art. 83, e Decreto-Lei n o 400, de 1968, art. 1 o , alteração 2 a):”

Assim, ao realizar o lançamento de ofício, o Ilmo. Fiscal Autuante deveria ter excluído o ICMS destacado nas notas fiscais do “valor comercial da mercadoria” para fins de cálculo da penalidade. Entretanto, tal providência não foi feita, o que demanda, ao menos, a adequação da penalidade lançada para excluir a parcela relativa ao ICMS de sua base imponível.

(...)

5.2.3 - O Responsável Tributário CONSTRUPLAY EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIAS LTDA. - CNPJ Nº 08.544.118/0001-92 tomou ciência dos autos em 13/12/2019, via AR (fl. 10.752); Apresentou a Impugnação em 24/01/2020 (fl. 11.377/11.427), e alega em síntese:

TEMPESTIVIDADE

É tempestiva a Impugnação;

DO ARGUMENTOS INICIAIS

- o fundamento legal utilizado pela Fiscalização para imputar a responsabilidade solidária à Impugnante foi exclusivamente o art. 124, I, do CTN,1 com base na premissa de que a sociedade empresária CONSTRUPLAY integraria, em conjunto com outras diversas empresas, o mesmo grupo econômico da atuada RECIBRÁS, o denominado "GRUPO MELO", e que haveria confusão patrimonial entre as empresas:

(.....)

Ocorre que, além de não pertencer ao mesmo grupo econômico da RECIBRÁS, a Impugnante também não possui qualquer relação com o fato gerador do IRRF que está sendo imputado à empresa atuada (movimentações financeiras). A CONSTRUPLAY é credora da RECIBRÁS, embora não tenha recebido, neste período, nenhum valor a título de pagamento/repasse.

(...)

A verdade é que a Impugnante não participa nem nunca participou de qualquer grupo econômico de que faça parte a RECIBRÁS. No período objeto da atuação (ano-calendário 2014), a Impugnante tão somente alugou o estabelecimento em que se encontra sediada a RECIBRÁS.

Ainda que a CONSTRUPLAY fizesse parte do mesmo grupo econômico da RECIBRÁS, o que se admite apenas pela eventualidade, não haveria que se falar em "interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal" por parte da Impugnante, seja este econômico ou jurídico, a ensejar a aplicação do art. 124, I, do CTN ao caso concreto.

PRELIMINARMENTE

A NULIDADE DA INTIMAÇÃO DA IMPUGNANTE POR EDITAL

Como se sabe, o art. 23 do Decreto nº 70.235/72 prevê **taxativamente** as modalidades de intimação do contribuinte acerca da lavratura de auto de infração, quais sejam, **(i)** pessoalmente, **(ii)** pela via postal, ou **(III)** por meio do domicílio eletrônico.

Já a possibilidade de intimação por **EDITAL** é exceção à regra, tendo em vista que esta tão somente é permitida nos casos em que restarem frustradas as tentativas de intimação do contribuinte nas modalidades supracitadas, como se infere do disposto no § 1º do art. 23, do Decreto nº 70.235/72:

No caso em tela, certo é que a autoridade fiscal **IGNOROU COMPLETAMENTE** a determinação legal prevista no Decreto nº 70.235/72, uma vez que a Impugnante foi intimada por meio do Edital Eletrônico **n- 006266563** (vide doc. **02**), sem que houvesse qualquer tentativa de intimação nas formas previstas nos incisos do dispositivo legal acima.

(....)

A DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

De início, cumpre destacar que a intimação da Impugnante, realizada exclusivamente por meio de edital eletrônico, não se trata de mero equívoco perpetrado pela Fiscal Autuante, mas, sim, de uma tentativa de "salvar" o presente lançamento de incontestável decadência.

Explica-se: o lançamento ora combatido decorre de ação fiscal que perdurou aproximadamente **4 (quatro) anos** e engloba fatos geradores ocorridos no **ano-calendário 2014**. Isso significa dizer, na prática, que a Fiscal Autuante, por claro lapso, deixou para lavrar o auto de infração apenas em dezembro de 2019 e, ainda no referido mês, intimar os contribuintes incluídos no polo passivo da demanda; alguns dias antes de os respectivos créditos estarem fulminados pela decadência.

Ora, não parece ser razoável supor que a Fiscal Autuante desconheça a regra para intimação dos contribuintes prevista no art. 23 do Decreto nº 70.235/72. Pelo contrário, a única explicação plausível para que a intimação da Impugnante tenha ocorrido exclusivamente por edital é no sentido de que a autoridade fiscal tenha imaginado a impossibilidade de realizar a intimação pelas vias ordinárias ainda em dezembro de 2019 e, em desesperada tentativa de evitar a decadência, resolveu proceder de forma indubitavelmente ilegal.

(.....)

O termo o **quo** do prazo decadencial da exação em tela, portanto, corresponde ao primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, em **1º de janeiro de 2015**, sendo o prazo derradeiro em **31 de dezembro de 2019**

CONSTRUPLAY NÃO É PARTE DO GRUPO ECONÔMICO APONTADO PELA FISCALIZAÇÃO

(.....)

A Fiscalização presumiu, de forma bastante fantasiosa, diga-se, que a CONSTRUPLAY seria parte de um amplo conluio em desfavor dos interesses da Fazenda Nacional, afirmando que a empresa possuiria absoluta ciência de todos os fatos narrados no TVF, podendo a ela, então, ser imputada a condição de responsável solidária pelo pagamento do IRRF devido sobre as movimentações financeiras da RECIBRÁS.

(.....)

....ainda que a Impugnante fizesse parte do mesmo grupo econômico da RECIBRAS, o que se admite apenas pela eventualidade, o ponto é que essa condição (fazer parte do mesmo grupo econômico) também não a tornaria uma devedora solidária dos créditos tributários devidos por outra empresa, dada ausência de previsão legal nesse sentido.

(....)

A Instrução Normativa ne 971/09, que dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária, é bastante abrangente sobre o conceito de grupo econômico, tendo em vista que a natureza dessa matéria (direito previdenciário) está diretamente relacionada ao direito do trabalho, que possui uma sensibilidade própria. Nesse caso, para fins previdenciários, haveria grupo econômico quando 2 (duas) ou mais empresas estivessem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica.

No direito societário, por sua vez, tem-se entendido como grupo econômico as sociedades que são controladoras/controladas entre si e/ou aquelas que, não se enquadrando nessa situação, são controladas por um mesmo sócio ou grupo de sócios

Não há na legislação fiscal a definição de grupo econômico. Mesmo assim, é importante ressaltar que o simples fato de empresas pertencerem a um grupo de sociedades não pode nunca, por si só, levar a uma tributação solidária dessas empresas. A atribuição de responsabilidade tributária solidária a uma sociedade por fatos geradores praticados por outras empresas do grupo é excepcional e regulada restritivamente na lei tributária.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) já teve diversas oportunidades de analisar favoravelmente ao Fisco o direito de atribuir a responsabilidade solidária dos contribuintes por interesse comum nos lançamentos fiscais, mas apenas quando a autoridade fiscal demonstra que os sujeitos passivos praticaram conjuntamente o fato gerador ou que desfrutaram de seus resultados em caso de fraude, o que não se verifica no caso concreto.

(.....)

Nesse cenário, nota-se que a Fiscalização pretende responsabilizar solidariamente a Impugnante com base no argumento de "grupo econômico irregular". Por outro lado, a Auditora Fiscal não apresenta qualquer comprovação de que a CONSTRUPLAY é realmente parte do "GRUPO MELO", e menos ainda da suposta "confusão patrimonial", apoiando-se tão somente em considerações extremamente rasas para imputar responsabilidade solidária pelo pagamento do tributo em discussão.

(.....)

A ESTRUTURA DO GRUPO MELO DEFINIDA PELA FISCALIZAÇÃO

(.....)

Exemplo nesse sentido é o gráfico ilustrativo dos relacionamentos da CONSTRUPLAY, às fls. 11.236, elaborado pela Fiscalização. Nesse gráfico, constam os sócios/ou administradores da RECIBRÁS (empresa autuada) desde a sua constituição, até a alteração do administrador da RECITRANS, em 21/03/2018.

A ideia do gráfico seria, na visão do Fisco, demonstrar que haveria uma relação societária comum entre essas empresas (RECIBRÁS e CONSTRUPLAY). Mas o que se verifica, na prática, é apenas uma clara e **indevida presunção de dolo** atribuída à Impugnante a partir de elementos alheios ao momento de ocorrência dos fatos geradores vinculados ao ano-calendário 2014

Em outras palavras, para demonstrar o que propõe, a Fiscalização se utiliza de informações anteriores e posteriores ao período objeto da ação fiscal, gerando insegurança jurídica na continuidade das atividades econômicas exercidas pelas empresas envolvidas no processo em epígrafe, atribuindo à Impugnante, e a outras empresas, condutas que jamais foram objeto de questionamento no curso da ação fiscal relacionada.

(....)

A única relação existente entre a CONSTRUPLAY e RECIBRÁS apontada pela Fiscalização consiste na locação do imóvel de propriedade da Impugnante, localizado na Rua Atílio Parim, nº 87, onde se encontrava sediada a RECIBRÁS - o que evidentemente ocorreu por meio de contrato de locação celebrado entre as partes.

A administração e locação de bens imóveis próprios é atividade lícita que não se mistura, nem de forma distante, com o que se quer chamar de "estrutura societária". Assim como a locação é uma atividade lícita, também é lícito que pais e filhos possam atuar em setores distintos da economia, sem que isso, por si só, configure o compartilhamento de responsabilidade tributária entre as empresas.

A presente atuação não pode prosperar simplesmente em virtude de existir uma relação familiar entre o administrador da Impugnante (LUIZ SILVA - CPF 098.816.06764) e o seu pai (LUIZ DIAS - CPF 193.056.137-72), que durante o ano-calendário 2013 era o sócio da RECIBRÁS, empresa autuada.

O fator familiar unicamente considerado não é capaz de gerar o efeito jurídico pretendido, de imputar responsabilidade solidária à Impugnante em relação ao IRRF supostamente devido pela RECIBRÁS. Também não pode prosperar a argumentação de que haveria, entre essas empresas, uma confusão patrimonial.

Noutras palavras, entende-se equivocadamente que pai e filho não podem integrar sociedades distintas, o que é facilmente constatado através das estruturas societárias destacadas no TVF pela Auditora Fiscal.

(.....)

..... a CONSTRUPLAY sequer poderia praticar as supostas operações simuladas apontadas pela Fiscalização, quais sejam, simulações de compra e venda de mercadorias, tendo em vista que **sua atividade precípua é a administração e locação de bens imóveis próprios.**

(.....)

O SUPOSTO MODUS OPERANDI DAS SOCIEDADES INTEGRANTES DO GRUPO MELO (ITEM 4.3 DO TVF)

(....)

.....já foi demonstrado nesta defesa que LUIZ DIAS DE MELO, inobstante ser o pai do LUIZ SILVA DE MELO, administrador da Impugnante à época dos fatos geradores em discussão, não tem e nunca teve qualquer vínculo societário com a Impugnante.

A Fiscal Autuante deveria ter comprovado qual seria o vínculo societário de LUIZ DIAS DE MELO com a Impugnante, o que não foi feito, e quais seriam os supostos "*comandos diretos e indiretos*" que tanto defende, mas não apresenta nenhum.

(.....)

Esse ponto em nada se relacionada à Impugnante, pois durante o ano-calendário 2014 a CONSTRUPLAY sequer possuía sócios pessoas físicas. A Impugnante já esclareceu que em 2014 o seu administrador era o LUIZ SILVA DE MELO, filho de LUIZ DIAS DE MELO, mas que não havia qualquer relação societária entre a empresa atuada {RECIBRÁS} e Impugnante nesse período.

(.....)

Em relação ao fato de a Impugnante ter como contadora a VERA FRANCISCA ROSA (CPF 549848.589-15) -, que supostamente exerce a mesma função para empresas tidas pela Fiscalização como 'GRUPO MELO' -, também não é suficiente para caracterizar que a CONSTRUPLAY integraria o referido grupo econômico.

A contratação da referida contadora pela Impugnante obviamente foi indicação de LUIZ DIAS DE MELO ao seu filho, LUIZ SILVA DE MELO, e não há nada de errado nisso. Esses são os fatos, e evidentemente não há como prosperar a frágil tentativa de fazer entender que a CONSTRUPLAY faz parte de grupo econômico denominado GRUPO MELO com base em tal premissa.

(.....)

Novamente se trata de premissa inaplicável à Impugnante, tendo em vista que as operações objeto da presente autuação, que envolve valores supostamente superiores a R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), se referem a compra e venda de mercadorias, o que obviamente não envolve a CONSTRUPLAY, que é remunerada pela locação do bem imóvel em que se encontra a sede da RECIBRÁS.

(.....)

O argumento de que nesse endereço também funcionavam outras empresas também não pode prosperar, pois havendo separação física entre as empresas (e respectivos estoques) dentro de um mesmo complexo de galpões, inexistente o argumento de "mesmo endereço" e de qualquer óbice legal para a Impugnante firmar contrato de locação de bem imóvel com tal característica.

Constata-se pelo TVF originário que não houve questionamento sobre eventual irregularidade nesse sentido pela Fiscalização - o que demonstra a idoneidade da locação realizada pela Impugnante.

(.....)

Como se infere através da análise societária apresentada pela própria Fiscal Autuante, o LUIZ SILVA DE MELO -administrador da Impugnante no ano-calendário 2013 - não detinha participação societária em qualquer uma das empresas que realizaram operações de compra e de venda de mercadorias objeto da presente autuação.

(.....)

Em relação ao envio da mencionada DIPJ com os campos zerados, trata-se de claro equívoco da contadora, e que este já deveria ter sido retificado. No entanto, **caberia à Fiscalização autuar a Impugnante em razão de tal erro, mas nunca a responsabilizar tributariamente em virtude de operações de compra e venda de mercadorias entre empresas com as quais não tem qualquer vínculo societário.**

(.....)

A INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL RELATIVA À IMPUGNANTE (ITEM 4.4 DO TVF)

No item 4.4, a Auditora Fiscal pretende fazer entender que há aspectos táticos, contábeis, fiscais e financeiros que demonstrariam suposta confusão patrimonial entre

as empresas identificadas como integrantes do GRUPO MELO, razão pela qual tonar-se-ia impossível tratar a RECIBRAS de forma isolada, como sociedade independente e autônoma do grupo econômico que integra.

(.....)

Em relação ao ano-calendário 2013, por exemplo, a Fiscalização aduz que a RECIBRÁS teria efetuado pagamentos referentes aos planos de saúde de LUIZ MARIANO (020.531.547- 05) e de funcionários da SANJOENENSE e PRAIA DE ESPINHO, nos termos do quadro abaixo:

(...)

Como se vê, **NENHUMA PESSOA FÍSICA** elencada pela Auditora Fiscal integrava (ou integra) os quadros de funcionários da Impugnante. A única menção a pessoa física ligada à Impugnante se refere a MARCOS BARTOLO (CPF 008.699.217-11), que no ano de 2018 foi contratado para exercer o cargo de administrador da sociedade. Noutras palavras, a Impugnante nada tem a ver com os pagamentos efetuados pela RECIBRAS a título de plano de saúde das referidas pessoas.

Na sequência, a Fiscalização menciona que a RECIBRAS realizou pagamentos referentes a despesas de viagem de LUIZ SILVA DE MELO, que era o administrador da Impugnante à época dos fatos geradores em discussão.

Ainda que tais pagamentos relativos a despesas de viagem de LUIZ SILVA DE MELO tenham sido suportados pela RECIBRAS, tal fato implicaria apenas, sob o ponto de vista jurídico, em um eventual questionamento acerca da dedutibilidade dessa despesa, mas nunca na afirmação de que haveria, por esse motivo, uma confusão patrimonial entre as empresas.

(.....)

.....nota-se que a Fiscalização pretende responsabilizar solidariamente a Impugnante com base no argumento de "grupo econômico irregular". Por outro lado, a Auditora Fiscal não apresenta qualquer comprovação de que a CONSTRUPLAY faz parte do GRUPO MELO, e menos ainda da suposta "confusão patrimonial", apoiando-se tão somente em considerações extremamente rasas para imputar responsabilidade solidária pelo pagamento do tributo em discussão.

(.....)

.....considerando as explicações trazidas pela RECIBRÁS no curso da ação fiscal, no sentido de que os fornecedores de materiais de uso e consumo, por equívoco, emitiram as notas fiscais com o endereço antigo da empresa, mas que apesar disso, as mercadorias adquiridas foram entregues no endereço correto da Rio Recibrás (Rua Atílio Parim 87), torna-se evidente que tais premissas - mais uma vez -são inaplicáveis à Impugnante.

(.....)

A Fiscal Autuante dedicou todo o subcapítulo 4.4.4 a defender que os imóveis de propriedade da Impugnante locados para empresas ditas como integrantes do Grupo Melo demonstram a existência de confusão patrimonial e sua consequente participação como membro do referido grupo econômico.

(...)

Em relação à ausência de pagamento dos aluguéis devidos à Impugnante pelas empresas acima mencionadas, relativos ao ano-calendário 2014, faz-se necessário

esclarecer que estes de fato permanecem em atraso e estão sendo negociados entre as partes.

No entanto, isso evidentemente não significa dizer que a Impugnante jamais recebeu qualquer valor relativo ao pagamento de aluguel pelas referidas empresas e menos ainda que faz parte do Grupo Melo, como defende a Fiscalização em sua fantasiosa narrativa.

(.....)

Já em relação à verificação de que funcionários de outras empresas teriam assinado os contratos de locação na qualidade de testemunhas, a Impugnante se reporta às razões já apresentadas, especialmente no subcapítulo IV. "a.44.1".

(.....)

No item 4.4.5, a Fiscalização reitera que as DIPJs, ano-calendário 2013, das empresas incluídas no polo passivo da presente demanda foram transmitidas com os campos zerados. A novidade fica por conta da menção à DANIELE MARIA CAVALCANTE DA SILVA (CPF 124.471.327-94), funcionária registrada da SANJOENENSE, e que consta como responsável pelo preenchimento das referidas declarações.

(.....)

A DANIELE MARIA, por sua vez, foi subcontratada pela UNDERTAKING para auxiliar VERA FRANCISCA na realização de suas atividades contábeis. Não é por qualquer outro motivo que DANIELE recebeu pagamentos mensais da referida Empresa de contabilidade durante o ano-calendário 2013 (doe. 04), decorrente dos serviços prestados. Isso justifica, então, o preenchimento da DIPJ da Impugnante pela referida pessoa e afasta por definitivo a fantasiosa narrativa da fiscalização.

DA IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIR RESPONSABILIDADE COM BASE NO ART 124,I, DO CTN

Em atenção ao princípio da eventualidade, ainda que se entenda que a Impugnante realmente faz parte do Grupo Melo, restará demonstrada a impossibilidade de sua responsabilização pelo débito em comento com base no disposto no art. 124, I, do CTN.

No que tange à cobrança do IRRF, a Fiscalização argumenta que a RECIBRÁS estaria enquadrada no disposto no art. 61 da Lei nº 8.981/95, que trata da incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte quando o contribuinte efetua pagamentos, mas não consegue comprovar perante o Fisco quem é o beneficiário (beneficiário não identificado) ou a causa que ensejou a transferência dos recursos (pagamentos sem causa).

(.....)

Ocorre que, além de não pertencer ao mesmo grupo econômico da RECIBRÁS, **a Impugnante também não possui qualquer relação com o fato gerador do IRRF que está sendo imputado à empresa autuada (movimentações financeiras).** A CONSTRUPLAY é credora da RECIBRÁS, embora, nesse período, não tenha recebido repasse de recursos dessa empresa. Mesmo assim, a Fiscalização pretende imputar à Impugnante, em afronta ao princípio da legalidade, a responsabilidade pelo pagamento do IRRF supostamente devido.

A imputação de responsabilidade tributária com fulcro no art. 124, I, do CTN depende da configuração do interesse comum jurídico na ocorrência do fato gerador.

Noutras palavras, não basta que sejam empresas do mesmo grupo econômico para que haja responsabilidade tributária.

"Interesse comum", na interpretação sistemática das normas tributárias, somente estará caracterizado entre pessoas jurídicas que realizarem, conjuntamente, a situação configuradora do fato gerador, sendo irrelevante a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela outra empresa coligada ou do mesmo grupo econômico.

(.....)

E diga-se mais: os negócios jurídicos que deram azo ao presente Auto de Infração decorrem da compra e venda de mercadorias para uso e consumo próprio e revenda realizadas entre a RECIBRAS e seus clientes e fornecedores. Dessa forma, considerando que suas atividades consistem na administração e locação de bens imóveis próprios, obviamente a Impugnante não possui qualquer relação sobre os negócios praticados pela devedora principal e seus fornecedores.

A simples existência de grupo econômico, na seara tributária, também não é suficiente para configuração de responsabilidade solidária.

(.....)

Dessa forma, resta cabalmente comprovada a inexistência de qualquer vínculo da Impugnante com os fatos geradores originários da presente autuação, razão pela qual deve-se afastar sua responsabilização solidária da com base em interesse comum, especialmente diante da ausência de indicação e comprovação da prática de qualquer ilícito por ela, em relação às operações realizadas pela devedora principal.

(...)

5.3 - DOS RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS - DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA POR EXCESSO DE PODERES, INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO.

5.3.1 - O Responsável Tributário LUIZ MARIANO, CPF Nº 020.531.574-05, tomou ciência em 17/12/2019, via AR (fl. 10.780) e apresentou a Impugnação (fl. 10.861/10.899), em 15/01/2019, e alega em síntese:

DA TEMPESTIVIDADE

- É tempestiva a Impugnação;

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

- A Auditoria fez uma “algazarra” processual;

Com todo o respeito à fiscalização, a dificuldade de se expor o racional pretendido é notória, o que, combinado com vários erros de premissa, menção à documentos que não constam dos autos dos processos administrativos, além da abrangência de fatos ocorridos em períodos distintos dos fatos geradores (como 2013, dentre outros), possui o condão de tornar absolutamente inviável a apresentação de uma defesa completa.

Diversas destas inconsistências, que inviabilizam o exercício pleno do direito de defesa do IMPUGNANTE, são notadas da simples consulta dos autos dos Processos Administrativos.

Confira-se:

(...)

(.....)

Desta forma, é de fácil percepção que as informações e documentos foram apresentados na mais completa desordem (inclusive cronológica), considerando nomes de pessoas (físicas e jurídicas) alheias às circunstâncias aqui trazidas para a análise dos julgadores, além de fatos ocorridos em anos distintos do de 2014 (exercício objeto da autuação).

Além disso, a fiscalização se fundamentou, basicamente, em suposições e arranjos táticos que não condizem com a realidade, se revelando, muitas das vezes, contraditórios.

Tanto é assim, que a fiscalização insiste na teoria de que o IMPUGNANTE seria uma empresa de fachada e que as operações comerciais seriam fictícias. Porém, admite que foram realizados pagamentos à autuada em função de negócios realizados entre as empresas, bem como reconhece a emissão de notas fiscais pela IMPUGNANTE.

Ou seja, em momento algum a autoridade fiscal se desincumbiu do ônus de comprovar o alegado conluio e a confusão 'patrimonial' entre a IMPUGNANTE e a autuada praticados com objetivo fraudulento.

Em síntese, a dificuldade da autoridade fiscal em expor o seu raciocínio, combinado com vários erros de premissa, e a referência de fatos não ocorridos no exercício de 2014, torna evidente a impossibilidade de se apresentar uma defesa coesa e que abranja todas as condutas imputadas ao IMPUGNANTE.

(.....)

Desta forma, é de fácil percepção que as informações e documentos foram apresentados na mais completa desordem (inclusive cronológica), considerando nomes de pessoas (físicas e jurídicas) alheias às circunstâncias aqui trazidas para a análise dos julgadores, além de fatos ocorridos em anos distintos do de 2014 (exercício objeto da autuação).

Além disso, a fiscalização se fundamentou, basicamente, em suposições e arranjos fáticos que não condizem com a realidade, se revelando, muitas das vezes, contraditórios.

Tanto é que, a Autoridade Autuante insiste na teoria de que o IMPUGNANTE era administrador apenas no campo formal e que as empresas que administra teriam realizado operações comerciais fictícias. Porém, admite que foram realizados pagamentos em função de negócios realizados entre as empresas, bem como reconhece a emissão de notas fiscais.

(.....)

É impossível que o IMPUGNANTE possa se defender de forma satisfatória, diante de tantos fatos contraditórios entre si, em uma afronta à ampla defesa, que deve ser garantida aos contribuintes em sede de processo administrativo fiscal. Por este motivo, não restam dúvidas quanto a extinção do auto de infração em razão de sua nulidade absoluta.

SOBRE O TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL

Como se vê, é grande o número de páginas necessárias para a autoridade lançadora conseguir explicar a confusa construção do seu pensamento.

. em virtude de uma suposta confusão patrimonial, incluindo principalmente o nome do grupo ao qual a IMPUGNANTE pertence, entendeu-se que também deveriam ser responsabilizadas as empresas com as quais a autuada manteve

relação nesse período, bem como as pessoas físicas que exerceram cargo de administração em relação as mesmas.

No caso da IMPUGNANTE, as questões táticas que ensejaram o entendimento sobre a solidariedade no pagamento do IRRF e da multa acima estão resumidas no seguinte trecho (itens 4.2. e 4.4.1. do TVF - fls. 32 e 40).

(....)

..... houve a atribuição de responsabilidade solidária ao Impugnante, com amparo nos arts. 124, inciso I e art. 135, inciso III do CTN

Isso porque, a fiscalização entendeu existir "interesse comum" nas condutas praticadas pelo Impugnante e as supostas infrações cometidas pela RECIBRÁS, bem como a prática de infração à lei, na forma de sonegação, fraude e conluio.

Ocorre que, embora a IMPUGNANTE exerça/tenha exercido cargo de administradora de empresas integrante de grupo econômico com o mesmo nome daquele atribuído neste caso concreto (GRUPO MELO), as conclusões da autoridade estão eivadas de vícios de fundamentação lógica, limitando o direito de exercício da ampla defesa, pois não houve qualquer comprovação da prática de conduta apta a imputar responsabilização solidárias em relação às supostas infrações praticadas pela RECIBRÁS.

A presente defesa, portanto, cinge-se basicamente a uma questão, qual seja: o fato de o Impugnante simplesmente figurar como administrador de empresas supostamente integrantes do mesmo grupo econômico da devedora principal, são suficientes para imputação de responsabilidade tributária, nos termos do art. 124, I e do art. 135, III do CTN?

Conforme será demonstrado a seguir, não há razão para a manutenção do IMPUGNANTE no polo passivo, devendo ser reconhecida a inexistência de responsabilidade tributária.

Diante desse contexto, como se verá, a exigência de responsabilidade solidária do IMPUGNANTE quanto ao IRRF e multa imputados com base no art. 124, inciso I, do CTN não pode prevalecer, devendo ser julgados improcedentes ambos os autos de infração.

A ILEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA PRESENTE DEMANDA - AUSÊNCIA DE "INTERESSE COMUM"

No Termo de Verificação Fiscal, a autoridade sequer enfreou a discussão sobre "interesse comum" ou mesmo tratou sobre a "solidariedade" entre a IMPUGNANTE e a RIO RECIBRAS.

A despeito disso, imputou condutas extremamente graves à IMPUGNANTE, considerando tão somente sua condição de administrador das pessoas jurídicas supostamente integrantes do mesmo grupo econômico da RECIBRÁS.

A jurisprudência é uníssona no sentido de que o "interesse comum" para fins de responsabilidade tributária fundamentada no art. 124, inciso I, do CTN, deve ser uma "convergência de interesses".

Sem essa premissa, contudo, e de forma leviana, como quem desconhecesse a logística inerente à coleta, aquisição e revenda de sucata, a autoridade lançadora presume que todas as operações realizadas pela RIO RECIBRÁS durante o ano-calendário 2013 seriam simuladas.

A atribuição de responsabilidade solidária à IMPUGNANTE encontra-se descrita de forma genérica no Termo de Verificação Fiscal, padronizada para ela e

diversas outras pessoas físicas, com os mesmos argumentos sendo utilizados para outras pessoas físicas quem também foram arroladas como responsáveis solidários. Contudo não foram analisadas os detalhes da suposta prática fraudulenta entre as empresas administradas pela Impugnante.

(.....)

É evidente a incoerência com que a autoridade imputa responsabilidade solidária à IMPUGNANTE, trazendo argumentos que não tem conexão lógica com a imputação da responsabilidade solidária, tal como o fato de o IMPUGNANTE estar no mercado de reciclagem desde 2004, quando ingressou como supervisor administrativo na RECIBRAS, além dos fatos que seus proventos não estariam compatíveis com o cargo que ocupava (de administrador de empresas que realizavam operações vultuosas).

Ao contrário, é justamente pela expertise que a Impugnante tem no mercado de reciclagem que a mesma exerce o cargo de administradora em diferentes empresas que atuam nesse mercado.

Tal fato, ao contrário do que pretende fazer crer a Auditora-Fiscal, não comprava qualquer estrutura administrativa compartilhada por sociedades empresárias com sócios e/ou administradores em comum, tampouco o "interesse comum" das empresas por ele administradas com a RECIBRAS e tampouco deste com as infrações supostamente cometidas pela empresa autuada.

(....)

A argumentação utilizada pela autoridade lançadora considera que a IMPUGNANTE não possui situação financeira compatível com as funções de gestor de operações milionárias. Sobre esse ponto, é importante lembrar que os valores constantes da nota fiscal de compra ou de venda de mercadorias não reflete a margem de lucro existente.

Ora, é clara a tentativa de descaracterizar as operações comerciais realizadas entre as empresas administradas pela IMPUGNANTE e a RIO RECIBRAS, como se tudo não passasse de um grande conluio. Com efeito, o que tem é uma descabida tentativa de atribuir responsabilidade solidária em desacordo com o que estabelece a legislação e a jurisprudência tributária sobre o tema.

Conforme defendido pela fiscalização, a condição do Impugnante de administrador de pessoas jurídicas supostamente coligadas ao contribuinte autuado equivaleria ao "interesse comum" de que trata o art. 124 do Código Tributário Nacional, e como consequência poderia ensejar a sua responsabilidade pessoal.

Ocorre que a mera (nesse caso, suposta) existência de grupo econômico não é causa suficiente para imputar ao terceiro que não participa da relação jurídico-tributária obrigação pelo não recolhimento do tributo. É necessário demonstrar e comprovar o interesse comum (econômico e jurídico) do responsável solidário na prática do ato que gerou a obrigação tributária do devedor principal, além do nexo causal em sua participação na configuração do ilícito com o resultado prejudicial ao Fisco dele advindo.

Nesse sentido foi o entendimento firmado recentemente pela Receita Federal do Brasil através do Parecer Normativo n.º 4, de 10 de dezembro de 2018, com o fim de uniformizar a jurisprudência do Órgão acerca da imputação da responsabilidade tributária solidária disciplinada pelo art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Portanto, é irrelevante a mera participação/atuação, na qualidade de administrador, no resultado dos eventuais lucros auferidos ou pela eventual redução

dos tributos pela empresa autuada, tendo sido esta a única premissa adotada pela fiscalização para imputar ao Impugnante a responsabilidade tributária prevista no art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Além da participação na administração das referidas empresas, que, repita-se, ocorreu somente em relação a parte do período fiscalizado, o único fato apontado no relatório fiscal foi o pagamento pela RECIBRÁS de despesas com viagens realizadas pelo Impugnante, sem a necessária comprovação do ilícito dele decorrente.

DA AUSÊNCIA DE ATOS PRATICADOS PELO IMPUGNANTE COM INFRAÇÃO À LEI E A NECESSÁRIA REDUÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

Como visto, a responsabilidade pessoal, nos termos do art. 135 do CTN, requer a prática de: **(I)** atos praticados com excesso de poder; **(II)** infração de lei; ou **(III)** em contrariedade ao contrato social ou estatuto.

Conforme descrito anteriormente, a fiscalização imputou expressamente ao Impugnante apenas a suposta infração à lei, não se manifestando quanto aos itens **(I)** e **(III)**.

Nota-se, portanto, que para o destinatário da obrigação tributária ser um terceiro, no caso o Impugnante, é necessária a ocorrência de um segundo fato, que não apenas o tributário, ou seja, é necessária a prática de um dos atos descritos no art. 135 do Código Tributário Nacional.

Faz-se necessário mencionar, ainda, que o STJ, por meio da Súmula 430, pacificou o seu entendimento sobre responsabilidade tributária em caso semelhante ao ora analisado, no sentido de que "*o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.*" Tal entendimento foi ratificado em sede de recurso repetitivo, vide ementa abaixo colacionada:

(.....)

Conclui-se, portanto, que a ligação entre o agente, o fato gerador e o rol de condutas enumeradas no art. 135 do Código Tributário Nacional, é elemento necessário e fundamental à subsunção do fato à norma de responsabilidade tributária.

DA AUSÊNCIA DE DOLO APTO A JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DE MULTA QUALIFICADA E DE RELAÇÃO ENTRE O IMPUGNANTE E O ILÍCITO PENAL

Além de atribuir responsabilidade pessoal ao Impugnante quanto ao pagamento dos créditos tributários que supostamente deixaram de ser adimplidos pela RECIBRÁS, a Fiscalização também majorou a multa de ofício sobre os tributos de 75% para 150%.

No entanto, como restou cabalmente comprovado ao longo da presente impugnação, o Impugnante não agiu com dolo.

O fato de o Sr. LUIZ MARIANO figurar como administrador das empresas supostamente integrantes do mesmo grupo econômico da pessoa jurídica autuada é insuficiente. Como se vê, não há, no Termo de Verificação Fiscal, qualquer outro argumento - além do fato deste ser administrador e ter a empresa autuada realizado pagamento de despesas com viagens a seu favor. Tal fato pode ser facilmente verificado, pois a fiscalização não apontou, em nenhuma das 233 folhas do Termo de Verificação Fiscal, qualquer ação ou omissão do Impugnante que caracterize dolo.

(.....)

Ocorre que a fraude/conluio apontados pela auditora fiscal não restaram devidamente comprovadas. Tratam-se de ilícitos que não se coadunam com a postura e a ação do Impugnante. Afinal, não houve qualquer prova ou sequer indício da suposta materialidade do crime de conluio, fraude e sonegação, muito pelo contrário.

(....)

Porém, no presente caso, como visto no tópico acima, o Fiscal não se desincumbiu do ônus de comprovar, nesse caso, sequer apontar, qualquer conduta do Impugnante que fosse ao menos indício da prática de atos dolosos. Ao contrário, como se vê de todo o Termo de Verificação Fiscal, a conclusão pela prática de conduta dolosa decorre do fato de figurar como administrador de empresas supostamente integrantes do grupo econômico da Recibrás.

Ou seja, o Autuante, de maneira totalmente discricionária, concluiu que a o Impugnante, agiu com dolo, sem, no entanto, trazer qualquer indício da suposta fraude/sonegação/conluio.

(.....)

Conclui-se, portanto, que o Impugnante **não pode ser responsabilizado pessoalmente em virtude dos lançamentos tributários em face da RECIBRÁS, de forma que igualmente não pode ser responsabilizado por suposto ilícito penal, ante a ausência de qualquer comprovação do dolo supostamente praticado.**

(...)

5.3.2 - O Responsável Tributário **LUIZ SILVA MELO - CPF Nº 084.439.077-11** apresentou a Impugnação (fl. 10.808/10.858), em 13/01/2020, e alega em síntese:

TEMPESTIVIDADE

É tempestiva a Impugnação;

DOS ARGUMENTOS INICIAIS

Os fundamentos para a inclusão do Impugnante como responsável solidário ao pagamento do IRRF supostamente devido pela RECIBRÁS se encontram nas páginas 182/185 do Termo de Verificação Fiscal -TVF.

(.....)

Nota-se, portanto, que o fundamento legal utilizado pela Fiscalização para imputar a responsabilidade solidária ao Impugnante foi com base no art. 124, I, c/c art. 135, ambos do CTN4, sob as seguintes premissas: (i) atuação como administrador de empresas que supostamente seriam integrantes do mesmo grupo econômico da autuada RECIBRÁS, denominado "GRUPO MELO"; e (ii) por ter praticado "*atos que colaboraram para perpetuação das fraudes executadas, no ano-calendário 2013.*"

Em outras palavras, no entendimento da Fiscalização, o Impugnante teria sido administrador de empresas integrantes do mesmo grupo econômico da RECIBRÁS (empresa autuada) e estaria interessado no repasses de recursos realizados por essa empresa, mediante formalização de inúmeras operações comerciais fictícias.

(.....)

Conforme será demonstrado, as razões da Fiscal Autuante não merecem prosperar, ante a ausência de fundamento legal, e também em virtude de não ter sido identificada qualquer conduta pessoalmente perpetrada pelo Impugnante que enseje a sua responsabilidade, devendo este, então, ser excluído do polo passivo dos tributos exigidos da RECIBRÁS.

DA IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIR RESPONSABILIDADE COM BASE NO ART 124,I, DO CTN

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, foi atribuída ao Impugnante a responsabilidade pessoal pelo pagamento de tributos supostamente devidos pela RECIBRÁS, considerando que, no ano-calendário 2014, ele teria figurado como administrador de empresas integrantes do mesmo grupo econômico da RECIBRÁS, e estaria interessado no repasses de recursos realizados por essa empresa, mediante formalização de inúmeras operações comerciais fictícias.

(.....)

A despeito de constar, nas descrições do TVF, que "*peças físicas que, na condição de administradores das diversas sociedades integrantes do Grupo Melo, realizaram atos que colaboraram para perpetuação das fraudes executadas, no ano-calendário 2014*", **a Fiscalização não descreveu a suposta participação ativa do Impugnante.**

Nesse sentido, vale destacar que no período autuado o Impugnante tão somente figurava como administrador das seguintes empresas constantes do polo passivo da presente demanda, que, por sua vez, não possuem qualquer vínculo societário com a RECIBRÁS: (i) Construplay Empreendimentos e Participações Imobiliárias Ltda. e (ii) Recitrans Locação de Bens Móveis Ltda., **Ocorre que tais empresas não possuem qualquer vínculo societário com a RECIBRAS.**

E diga-se mais: os negócios jurídicos que deram azo ao presente Auto de Infração decorrem da compra e da venda de mercadorias entre a RECIBRÁS e seus fornecedores/clientes, sendo certo que as empresas administradas pela Impugnante possuem atividade econômica completamente distinta.

É verdade que a CONSTRUPLAY é credora da RECIBRÁS, embora, nesse período, não tenha recebido repasse de recursos dessa empresa, assim como suas atividades consistem na administração e locação de bens imóveis próprios. Já a RECITRANS tem como atividade a locação de bens móveis próprios. Logo, torna-se óbvio que tais empresas não possuem qualquer relação sobre os negócios praticados pela devedora principal e seus fornecedores/clientes.

(.....)

.....o Impugnante não possui participação societária e nem atuou como administrador, seja de qualquer empresa vinculada societariamente à RECIBRÁS, seja de qualquer um de seus fornecedores/clientes, como atestado pela própria Fiscal no tópico 4.1 do TVF.

Dessa forma, torna-se evidente a impossibilidade de atribuição de responsabilidade ao Impugnante pelo crédito em tela com base no "interesse comum" previsto no art. 124 do CTN.

O "Interesse comum", na interpretação sistemática das normas tributárias, somente estará caracterizado entre pessoas que realizarem, conjuntamente, a situação configuradora do fato gerador, sendo irrelevante a mera participação/atuação, na qualidade de administrador de empresas que sequer possuem vínculo societário com a empresa autuada e não realizaram nenhuma das operações que ensejaram a lavratura do presente auto de infração.

(.....)

Dessa forma, resta cabalmente comprovada a inexistência de qualquer vínculo da Impugnante com os fatos geradores originários da presente autuação, razão pela qual deve-se afastar sua responsabilização solidária da com base em interesse comum,

especialmente diante da ausência de indicação e comprovação da prática de qualquer ilícito por ela, em relação às operações realizadas pela devedora principal, ou quanto aos pagamentos realizados pela RECIBRÁS a terceiros.

A AUSÊNCIA DE ATOS PRATICADOS PELO IMPUGNANTE COM INFRAÇÃO À LEI

Para fins de responsabilidade tributária com base no art. 135, III, do CTN, é necessário que haja a ocorrência de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, **o que, evidentemente, deve ser demonstrado, de forma detalhada, pela Fiscalização.**

No presente caso, a Fiscal Autuante não demonstrou quais teriam sido esses supostos atos, valendo-se exclusivamente da presunção de que as pessoas físicas incluídas no polo passivo da presente demanda se "*beneficiaram dos atos praticados com infração à legislação tributária*", **sem mencionar o nexo causal entre eventual conduta específica do Impugnante e o respectivo resultado, uma vez que não há qualquer pagamento efetuado pela RECIBRAS ao Impugnante ou às empresas que à época administrava.**

(.....)

.....resta demonstrado que a inclusão do Impugnante no polo passivo de obrigação tributária atribuída à RECIBRÁS deve ser afastada, considerando que (i) o Impugnante nunca exerceu qualquer cargo de gerência ou integrou os quadros societários da referida sociedade ou de qualquer outra empresa a ela vinculada no período autuado; (ii) a Fiscalização Tributária não comprovou quais teriam sido os atos praticados pelo Impugnante em relação às condutas imputadas ao devedor principal.

DA AUSÊNCIA DE DOLO E DE RELAÇÃO ENTRE O IMPUGNANTE E O ILÍCITO PENAL IMPUTADO À RECIBRAS

Como visto, a multa de ofício incidente sobre os tributos aplicada pela Fiscalização foi majorada de 75% para 150%.....

(.....)

No entanto, conforme se infere das próprias menções ao Impugnante constantes do TVF originário, certo é que este não praticou qualquer ato vinculado aos fatos geradores do tributo em discussão.

Se o ônus de provar a efetiva prestação de serviços é da RECIBRÁS, por sua vez, **a prova da conduta dolosa a justificar a qualificação da multa é ônus da autoridade lançadora, sendo certo que o dolo não se presume, devendo estar devidamente demonstrado, ainda que seja, minimamente, por um conjunto harmônico, concatenado e convergente de indícios.**

(...)

5.3.3 - O Responsável Tributário KLEBER RENATO KOPKE BASTOS, CPF N° 038.694.267-64 apresentou a Impugnação (fl. 10.901/10.930), em 15/01/2020, e alega em síntese:

DA TEMPESTIVIDADE

- É tempestiva a Impugnação;

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

- A Auditoria fez uma “algazarra” processual;

Com todo o respeito à fiscalização, a dificuldade de se expor o racional pretendido é notória, o que, combinado com vários erros de premissa, menção à documentos que não constam dos autos dos processos administrativos, além da abrangência de fatos ocorridos em períodos distintos dos fatos geradores (como 2013, dentre outros), possui o condão de tornar absolutamente inviável a apresentação de uma defesa completa.

Diversas destas inconsistências, que inviabilizam o exercício pleno do direito de defesa do IMPUGNANTE, são notadas da simples consulta dos autos dos Processos Administrativos.

Confira-se:

(...)

Desta forma, é de fácil percepção que as informações e documentos foram apresentados na mais completa desordem (inclusive cronológica), considerando nomes de pessoas (físicas e jurídicas) alheias às circunstâncias aqui trazidas para a análise dos julgadores, além de fatos ocorridos em anos distintos do de 2014 (exercício objeto da autuação).

Além disso, a fiscalização se fundamentou, basicamente, em suposições e arranjos táticos que não condizem com a realidade, se revelando, muitas das vezes, contraditórios.

Tanto é assim, que a fiscalização insiste na teoria de que o IMPUGNANTE seria uma empresa de fachada e que as operações comerciais seriam fictícias. Porém, admite que foram realizados pagamentos à autuada em função de negócios realizados entre as empresas, bem como reconhece a emissão de notas fiscais pela IMPUGNANTE.

Ou seja, em momento algum a autoridade fiscal se desincumbiu do ônus de comprovar o alegado conluio e a confusão 'patrimonial' entre a IMPUGNANTE e a autuada praticados com objetivo fraudulento.

Em síntese, a dificuldade da autoridade fiscal em expor o seu raciocínio, combinado com vários erros de premissa, e a referência de fatos não ocorridos no exercício de 2014, torna evidente a impossibilidade de se apresentar uma defesa coesa e que abranja todas as condutas imputadas ao IMPUGNANTE.

(.....)

Desta forma, é de fácil percepção que as informações e documentos foram apresentados na mais completa desordem (inclusive cronológica), considerando nomes de pessoas (físicas e jurídicas) alheias às circunstâncias aqui trazidas para a análise dos julgadores, além de fatos ocorridos em anos distintos do de 2014 (exercício objeto da autuação).

Além disso, a fiscalização se fundamentou, basicamente, em suposições e arranjos fáticos que não condizem com a realidade, se revelando, muitas das vezes, contraditórios.

Tanto é que, a Autoridade Autuante insiste na teoria de que o IMPUGNANTE era administrador apenas no campo formal e que as empresas que administra teriam realizado operações comerciais fictícias. Porém, admite que foram realizados pagamentos em função de negócios realizados entre as empresas, bem como reconhece a emissão de notas fiscais.

(.....)

É impossível que o IMPUGNANTE possa se defender de forma satisfatória, diante de tantos fatos contraditórios entre si, em uma afronta à ampla defesa, que deve ser garantida aos contribuintes em sede de processo administrativo fiscal. Por este motivo, não restam dúvidas quanto a extinção do auto de infração em razão de sua nulidade absoluta.

SOBRE O TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL

Como se vê, é grande o número de páginas necessárias para a autoridade lançadora conseguir explicar a confusa construção do seu raciocínio.

Nos processos administrativos em referência, constam anexas as notas fiscais de compra e venda de mercadorias (principalmente sucata) pela empresa RIO RECIBRAS durante o ano-calendário 2014, bem como os livros de controle de estoque, contratos, pagamentos realizados, todos esse; obtidos no curso da ação fiscal iniciada em maio/2016.

Com base nas respostas apresentadas pela RIO RECIBRAS, em relação às operações comerciais realizadas em 2014, bem como a partir da documentação por ela entregue, também começaram a ser questionados os seus fornecedores e clientes a respeito dessas operações.

A autoridade lançadora sentiu a necessidade inclusive de intimar pessoas físicas escolhidas aleatoriamente a partir da ampla relação de fornecedores de sucatas - pessoas físicas - apresentada pela RIO RECIBRAS.

Após longo período, entre diversas intimações, a autoridade responsável concluiu que a RIO RECIBRAS não teria logrado êxito em comprovar a efetividade das compras e das vendas de mercadorias realizadas em 2014.

.em virtude de uma suposta confusão patrimonial, incluindo principalmente o nome do grupo ao qual a IMPUGNANTE pertence, entendeu-se que também deveriam ser responsabilizadas as empresas com as quais a autuada manteve relação nesse período, bem como as pessoas físicas que exerceram cargo de administração em relação as mesmas.

No caso da IMPUGNANTE, as questões táticas que ensejaram o entendimento sobre a solidariedade no pagamento do IRRF e da multa acima estão resumidas nas fls. 32, 40 e 222/224 do Termo de Verificação Fiscal.....

(....)

..... houve a atribuição de responsabilidade solidária ao Impugnante, com amparo nos arts. 124, inciso I e art. 135, inciso III do CTN:

(.....)

Isso porque, a fiscalização entendeu existir "interesse comum" nas condutas praticadas pelo Impugnante e as supostas infrações cometidas pela RECIBRÁS, bem como a prática de infração à lei, na forma de sonegação, fraude e conluio.

Ocorre que, embora a IMPUGNANTE exerça/tenha exercido cargo de administradora de empresas integrante de grupo econômico com o mesmo nome daquele atribuído neste caso concreto (GRUPO MELO), as conclusões da autoridade estão eivadas de vícios de fundamentação lógica, limitando o direito de exercício da ampla defesa, pois não houve qualquer comprovação da prática de conduta apta a imputar responsabilização solidárias em relação às supostas infrações praticadas pela RECIBRÁS.

A presente defesa, portanto, cinge-se basicamente a uma questão, qual seja: o fato de o Impugnante simplesmente figurar como administrador de empresas

supostamente integrantes do mesmo grupo econômico da devedora principal, são suficientes para imputação de responsabilidade tributária, nos termos do art. 124, I e do art. 135, III do CTN?

Conforme será demonstrado a seguir, não há razão para a manutenção do IMPUGNANTE no polo passivo, devendo ser reconhecida a inexistência de responsabilidade tributária.

Diante desse contexto, como se verá, a exigência de responsabilidade solidária do IMPUGNANTE quanto ao IRRF e multa imputados com base no art. 124, inciso I, do CTN não pode prevalecer, devendo ser julgados improcedentes ambos os autos de infração.

A ILEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA PRESENTE DEMANDA - AUSÊNCIA DE "INTERESSE COMUM"

Conforme se verifica em uma simples busca no Termo de Verificação, a autoridade responsabilizou o Impugnante tão somente por sua condição de administrador de pessoas jurídicas supostamente integrantes do "Grupo Melo" que possuem relação comercial com a empresa RIO RECIBRAS.

Embora afirme que não possua poder de mando, por entender que era subordinado diretamente ao Sr. Luiz Dias de Melo, alega que o Impugnante teria "colaborado ativamente com o Grupo Melo ao assinar contratos sociais e alterações contratuais de sociedades noteiras; contratos fictícios de prestação de serviço de transporte; e escriturações que registram operações fictícias de compra e venda de mercadoria".

Ora, tais atividades descritas (excetuando a alegação infundada de serem fictícias) nada mais espelham do que a própria função regular de um administrador de empresa. A título de exemplo, no contrato social da empresa Centro de Distribuição de Produtos Metálicos ES, que é administrada pelo Impugnante, está expressamente disposto que ao administrador compete praticar **todos** os atos de gestão e gerir os negócios sociais.

Além disso, a argumentação utilizada pela autoridade lançadora considera que o IMPUGNANTE não possui situação financeira compatível com as funções de gestor de operações milionárias. Sobre esse ponto, é importante lembrar que os valores constantes da nota fiscal de compra ou de venda de mercadorias não reflete a margem de lucro existente.

Ao afirmar que todos os administradores de empresas do ramo de reciclagem de metais deveriam ser milionários, a autoridade lançadora esquece de se ater ao que de fato importa: se a atividade gera lucro ou prejuízo, bem como qual seria este eventual lucro a ser distribuído.

Ocorre que em nenhum momento foi este o objeto de preocupação da autoridade lançadora, ao longo dos anos em que a ação fiscal em questão esteve em curso.

Note-se que tal argumento se contradiz com a afirmação de que "CLEBER RENATO se beneficiava financeiramente ao receber de cada uma das sociedades empresárias, que formalmente administrava remunerações a título de pro labore (fl. 223 do Termo de Verificação). Até por que, se os seus proventos são, em teoria, inferiores ao pro labore percebido por administradores de empresas, como, então, este se beneficiou financeiramente das operações tidas por fictícias?

Não bastasse isso, tentando descaracterizar a função que o IMPUGNANTE desempenhou como administrador, a Autoridade Autuante se baseia em depoimentos

prestados por pessoas que nunca foram funcionários das empresas administradas, dentre as quais vendedoras de sucata, que nem sequer abordam o período fiscalizado (2014).

(.....)

A atribuição de responsabilidade solidária ao IMPUGNANTE encontra-se descrita de forma genérica no Termo de Verificação Fiscal, padronizada para ela e diversas outras pessoas físicas, sem a mesma atenção dada à suposta prática comercial fraudulenta entre as empresas administradas pela mesma.

Conforme defendido pela fiscalização, a condição do Impugnante de administrador de pessoas jurídicas supostamente coligadas ao contribuinte autuado equivaleria ao "interesse comum" de que trata o art. 124 do Código Tributário Nacional, e como consequência poderia ensejar a sua responsabilidade pessoal.

A pretensão do Fisco foi inovadora. Regra geral, nos casos já analisados pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais que, frise-se, o resultado é favorável aos contribuintes, a fiscalização procura atribuir responsabilidade tributária de terceiros com base no art. 124 do Código Tributário Nacional, sob o argumento de que existe entre os envolvidos um grupo econômico.

A mera (nesse caso, suposta) existência de grupo econômico não é causa suficiente para imputar ao terceiro que não participa da relação jurídico-tributária obrigação pelo não recolhimento do tributo. É necessário demonstrar e comprovar o interesse comum (econômico e jurídico) do responsável solidário na prática do ato que gerou a obrigação tributária do devedor principal, além do nexo causal em sua participação na configuração do ilícito com o resultado prejudicial ao Fisco dele advindo.

Nesse sentido foi o entendimento firmado recentemente pela Receita Federal do Brasil através do Parecer Normativo n.º 4, de 10 de dezembro de 2018, com o fim de uniformizar a jurisprudência do Órgão acerca da imputação da responsabilidade tributária solidária disciplinada pelo art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional.

(....)

Portanto, é irrelevante a mera participação/atuação, na qualidade de administrador, no resultado dos eventuais lucros auferidos ou pela eventual redução dos tributos pela empresa autuada, tendo sido esta a única premissa adotada pela fiscalização para imputar ao Impugnante a responsabilidade tributária prevista no art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional.

(....)

DA AUSÊNCIA DE ATOS PRATICADOS PELO IMPUGNANTE COM INFRAÇÃO À LEI E A NECESSÁRIA REDUÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

Como visto, a responsabilidade pessoal, nos termos do art. 135 do CTN, requer a prática de: **(I)** atos praticados com excesso de poder; **(II)** infração de lei; ou **(III)** em contrariedade ao contrato social ou estatuto.

Conforme descrito anteriormente, a fiscalização imputou expressamente ao Impugnante apenas a suposta infração à lei, não se manifestando quanto aos itens **(I)** e **(III)**.

Nota-se, portanto, que para o destinatário da obrigação tributária ser um terceiro, no caso o Impugnante, é necessária a ocorrência de um segundo fato, que não

apenas o tributário, ou seja, é necessária a prática de um dos atos descritos no art. 135 do Código Tributário Nacional.

Faz-se necessário mencionar, ainda, que o STJ, por meio da Súmula 430, pacificou o seu entendimento sobre responsabilidade tributária em caso semelhante ao ora analisado, no sentido de que "*o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.*" Tal entendimento foi ratificado em sede de recurso repetitivo, vide ementa abaixo colacionada:

(.....)

Conclui-se, portanto, que a ligação entre o agente, o fato gerador e o rol de condutas enumeradas no art. 135 do Código Tributário Nacional, é elemento necessário e fundamental à subsunção do fato à norma de responsabilidade tributária.

DA AUSÊNCIA DE DOLO APTO A JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DE MULTA QUALIFICADA E DE RELAÇÃO ENTRE O IMPUGNANTE E O ILÍCITO PENAL

Além de atribuir responsabilidade pessoal ao Impugnante quanto ao pagamento dos créditos tributários que supostamente deixaram de ser adimplidos pela RECIBRÁS, a Fiscalização também majorou a multa de ofício sobre os tributos de 75% para 150%.

No entanto, como restou cabalmente comprovado ao longo da presente impugnação, o Impugnante não agiu com dolo.

O fato de o Impugnante figurar como administrador das empresas supostamente integrantes do mesmo grupo econômico da pessoa jurídica autuada é insuficiente. Como se vê, não há, no Termo de Verificação Fiscal, qualquer outro argumento - além do fato deste ser administrador e ter a empresa autuada realizado pagamento de despesas com viagens a seu favor. Tal fato pode ser facilmente verificado, pois a fiscalização não apontou, em nenhuma das 149 folhas do Termo de Verificação Fiscal, qualquer ação ou omissão do Impugnante que caracterize dolo.

(...)

Ocorre que a fraude/conluio apontados pela auditora fiscal não restaram devidamente comprovadas. Tratam-se de ilícitos que não se coadunam com a postura e a ação do IMPUGNANTE. Afinal, não houve qualquer prova ou sequer indício da suposta materialidade do crime de conluio, fraude e sonegação, muito pelo contrário.

(....)

Porém, no presente caso, como visto no tópico acima, o Fiscal não se desincumbiu do ônus de comprovar, nesse caso, sequer apontar, qualquer conduta do Impugnante que fosse ao menos indício da prática de atos dolosos. Ao contrário, como se vê de todo o Termo de Verificação Fiscal, a conclusão pela prática de conduta dolosa decorre do fato de figurar como administrador de empresas supostamente integrantes do grupo econômico da Recibrás.

Ou seja, o Autuante, de maneira totalmente discricionária, concluiu que a o Impugnante, agiu com dolo, sem, no entanto, trazer qualquer indício da suposta fraude/sonegação/conluio.

(.....)

Conclui-se, portanto, que o Impugnante **não pode ser responsabilizado pessoalmente em virtude dos** lançamentos **tributários em face da RECIBRÁS, de**

forma que igualmente não pode ser responsabilizado por suposto ilícito penal, ante a ausência de qualquer comprovação do dolo supostamente praticado. (g.o)

(...)

5.3.4 - O Responsável Tributário **LUIZ DIAS DE MELO, CPF N.º 193.056.137-72** apresentou a Impugnação (fl. 11.276/11.321), em 28/01/2020, e alega em síntese:

1 - É tempestiva a Impugnação:

Uma vez que a Impugnante foi intimada pelo Edital n.º 006266514, de 12.12.2019 (**doc.n.º 03**), a ciência do lançamento de ofício deu-se no 15º dia após a fixação do edital, ou seja, 27.12.2019, sexta-feira. Assim, o prazo de 30 dias para a interposição da presente impugnação iniciou-se no primeiro dia útil subsequente à ciência, ou seja, segunda-feira, 30.12.2019, tendo como termo final o dia 28.01.2020, terça-feira. Como será demonstrado a seguir, o lançamento não merece prosperar pelos seguintes fundamentos:

Inicialmente, em síntese a Impugnante traz os seguintes argumentos:

Como será demonstrado a seguir, o lançamento não merece prosperar pelos seguintes fundamentos:

- Preliminarmente, porque, embora a Impugnante tenha sido intimada pela via postal durante todo o procedimento fiscal, a intimação do lançamento de ofício se deu por **edital**, o que acarreta a nulidade do ato e, via de consequência, a decadência do direito creditório;
- Ainda preliminarmente, a Impugnante constatou a falta de documentos apresentados à fiscalização, a menção no TVF de documentos inexistentes, a ausência de relatos de testemunhas que foram intimadas pela Fiscalização, bem como a juntada de documentos aos autos de forma concomitante ao prazo de impugnação. Toda esta balbúrdia processual prejudicou gravemente o direito de defesa da Impugnante;
- É absolutamente indevida a atribuição de responsabilidade solidária, na forma do art. 124, I, do CTN, pelos créditos constituídos contra a Rio Recibrás, quando não demonstrado qualquer ato ilícito cometido diretamente pela Impugnante;
- No mérito, a Impugnante é empresa idônea e operacional, e a conclusão a que chegou o TVF sobre a suposta confusão patrimonial decorre de pura incompreensão sobre a informalidade e demais especificidades que regem o mercado de sucata;
- Assim, a conclusão de que há confusão patrimonial entre a Impugnante e outras empresas é equivocada (além de não ter sido provada pela autoridade fiscal), de modo que a autuação é nula;
- Em relação aos débitos de IRRF lançados, a Fiscalização não se desincumbiu do ônus de demonstrar a imprestabilidade das provas apresentadas pela Impugnante, que demonstram se tratar de pagamentos pela aquisição de mercadorias;
- O lançamento da multa regulamentar é indevido, pois a descrição dos fatos e infrações pelo relato fiscal aponta para a necessidade de arbitramento do lucro (exigência de IRPJ/CSLL) e não para a exigência de multa por erro na descrição da nota fiscal;

- No mérito, o lançamento da multa regulamentar de 100% também é indevido, seja porque inaplicável a produtos não tributados (NT), seja porque há adequada descrição da mercadoria vendida, seja porque as mercadorias foram vendidas pela Impugnante (ainda que entregues por conta e ordem a outro estabelecimento);

- Sucessivamente, deve ser revista a base de cálculo da multa regulamentar, ao menos para excluir a parcela relativa ao ICMS, na esteira do julgamento do STF no RE 574.706-RE; e - Por fim, é indevida a qualificação da multa de ofício quando o Fisco não logra êxito em demonstrar a ocorrência de qualquer dos tipos previstos nos arts. 71 a 73 da Lei 4.502/1964.

E passa a demonstrar:

02 - Da balbúrdia processual e do cerceamento do direito de defesa.

Inicialmente é importante destacar a enorme confusão cometida pelo Ilmo. Fiscal Autuante tanto durante a fiscalização quanto na formalização do presente processo administrativo, que certamente prejudicam o exercício do direito de defesa da Impugnante.

(.....)

- verifica-se que a Rio Recibrás recebeu inúmeras intimações com prazos sobrepostos, e, inclusive, solicitação de documentos repetidos.. Em resposta, a Impugnante requereu, inúmeras vezes, que fosse indicada o número do Termo de Intimação Fiscal (TIF), para permitir a melhor organização dos trabalhos e evitar a falta de qualquer documento solicitado (fl. 642 e 793 dos autos, dentre outras);

- Alegou que diversos documentos foram juntados aos autos do processo administrativo durante o trintídio legal que a contribuinte dispõe para apresentar impugnação, prejudicando a adequada compreensão das provas e acusações que constam nos autos (fls. 10.690 e 10.770 dos autos);

E, como se isto já não fosse bastante, há um intervalo de quase 100 páginas (entre as fls. 10690 e 10.770 dos autos), ao qual os sujeitos passivos sequer tiveram acesso, e não estão disponíveis.

- Que a Fiscalização foi tendenciosa ao “selecionar” as testemunhas para depor;

03 - Da nulidade da intimação por edital que não indica o prazo de impugnação.

Sobre a nulidade da intimação, cabe destacar que o Edital não trouxe todas as informações necessárias para substituir a intimação postal. Com efeito, o edital eletrônico sequer indica que está aberto o prazo para impugnação, e muito menos qual seria este prazo.

Veja-se:

(...)

- Que o edital não cumpre a determinação do art. 10 do Decreto 70.235/1972, **que exige expressamente a indicação do prazo para impugnação na notificação do contribuinte;**

- Que a intimação por edital é absolutamente ilegal no presente caso, pois nos termos do art. 23 do Decreto 70.235/72, a intimação por edital é medida de exceção, **que só pode ser utilizada quando frustradas todas as outras tentativas de localização do contribuinte;**

- Logo, **todos os atos realizados no presente processo após a intimação por edital devem ser anulados**, posto que inválidos, e refeitos nos termos da legislação.

04- Ilegalidade da responsabilização solidária do Sr. Luiz Dias de Melo quando não individualizada a conduta dolosa.

O Impugnante, Sr. Luiz Dias de Melo, é o único sócio das empresas Rio Recibrás Comércio de Metais Recicláveis EIRELI, Depósito de Metais Sanjoenense Eireli e Depósito de Metais Praia do Espinho Eireli, e, nesta condição, foi arrolado como responsável solidário pelos créditos tributários lançados na forma do art. 124, inciso I, e do art. 135, inciso III, ambos do CTN.

(...)

Como se nota, a fundamentação para a responsabilidade solidária do Impugnante pelos créditos tributários constituídos é absolutamente genérica, e consiste no fato de o Sr. Luiz Dias de Melo ser sócio administrador das empresas do Grupo Recibrás e, supostamente, ter “**se beneficiado dos atos praticados com infração à legislação tributária.**”

Contudo, o Auto de Infração **foi incapaz de narrar qualquer conduta dolosa cometida pelo Impugnante** no sentido de contribuir para as supostas infrações à lei tributária. Na verdade, nenhuma conduta cometida pelo Impugnante (e muito menos dolosa) foi narrada, exceto o fato de ser sócio das empresas do Grupo Recibrás.

Registre-se, em primeiro lugar, que a regra de solidariedade prevista no art. 124, inciso I, do CTN é absolutamente inadequada para promover a responsabilização do sócio-gerente pelos créditos tributários lavrados contra a pessoa jurídica. Para tanto, há que se observar exclusivamente os requisitos trazidos pelo art. 135 do CTN.

(.....)

A despeito da relativa indeterminação do termo “interesse comum” a que alude o art. 124, I, do CTN², a doutrina³ reconhece que este dispositivo exige a **convergência de interesses** na situação que constitua a própria prática do fato gerador. Como exemplos, pode-se citar a propriedade comum de um imóvel em relação ao IPTU, ou o ganho de capital decorrente da alienação de bens por pessoas casadas pelo regime de comunhão total.

Decididamente, o art. 124, inciso I, do CTN não se aplica em relação à responsabilidade ao sócio-gerente, sob pena de confusão com a hipótese do art. 135, III, do Código e possibilidade de responsabilizar, virtualmente, todo e qualquer sócio pelos débitos da pessoa jurídica.

De todo modo, a simples leitura do TVF deixa claro que o Fisco não se desincumbiu do ônus de provar o interesse comum do Impugnante na prática do fato gerador praticado pela Rio Recibrás (art. 124, I), **ou ainda que o mesmo praticou atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (art. 135, III, do CTN).**

Diante do caráter genérico da acusação fiscal contra os sócios, a conclusão inarredável é pela insubsistência do lançamento no ponto em que atribuiu responsabilidade tributária do Impugnante, **por deficiência de fundamentação.**

(.....)

DO MERITO

01 - Idoneidade da Impugnante, existência de fato e ausência de confusão patrimonial.

- O Termo de Verificação Fiscal partiu de uma premissa equivocada que contaminou todo o trabalho de fiscalização: a suposta confusão patrimonial entre a Impugnante e as demais empresas do “Grupo Melo” (fl. 13 do TVF):

“No caso em tela, compreendo pela caracterização do grupo econômico de fato, intitulado Grupo Melo, pois se visualiza íntima ligação e interdependência entre os CNPJ’s das diversas sociedades empresariais que o integram, sendo o grupo constituído de empresas interligadas em decorrência da participação que uma ou várias destas sociedades possuem no capital social das outras. Estas se mantêm altamente conectadas, com intuito de formação de um confuso conglomerado empresarial, com objetivo social semelhante ou complementar, inclusive, algumas com sedes fixadas em mesmo endereço ou possuindo, muitas vezes, administração e quadro societário idênticos.”

Em primeiro lugar cabe registrar que, ao contrário do que presumiu o TVF, a Impugnante **não faz parte do Grupo Melo**, o que se pode constatar pelos documentos societários que demonstram a inexistência de controle comum e também pelo próprio sítio da Impugnante na *internet*.

Na verdade, a Impugnante faz parte, junto com as empresas Sanjoenense e Praia de Espinho do Grupo Recibrás.

(.....)

Em segundo lugar, a Impugnante é empresa que realiza operações de compra e venda de metais, mas tem existência independente e autônoma das demais empresas do Grupo Recibrás. Para concluir pela “inexistência de fato” da Impugnante a Fiscalização se valeu de ilações extremamente frágeis (quando não francamente irrelevantes).

É o que se verifica no ponto em que o relato fiscal questiona o fato de funcionários das empresas Sanjoenense e Praia de Espinho terem participado como “testemunhas” de contratos de locação celebrados pela Impugnante (fl. 36 do TVF):

“funcionários de sociedades do grupo Melo — registrados formalmente pelas empresas ‘Sanjoenense’ e ‘Praia do Espinho’— são utilizados para atuarem como testemunhas em diversos tipos de contratos formalizados por empresas do grupo com as quais não mantêm vínculo empregatício formal.”

Ora, o fato de um funcionário constar como testemunha em instrumentos contratuais celebrados por outras empresas do mesmo grupo econômico além de perfeitamente plausível **não constitui prova de qualquer irregularidade**.

Questionou-se ainda o fato de as declarações fiscais da Impugnante terem sido enviadas ao Fisco pelo mesmo terminal de computador (MAC ADDRESS 1C-7E-E5-23-D2-19) que enviou as obrigações acessórias de outras empresas do suposto “Grupo Melo” (fl. 53/54 do TVF), ou ainda a aquisição de materiais de uso e consumo (uniformes) com endereço de entrega distinto da sede da empresa (fl. 48 do TVF).

(....)

Relembre-se que os fatos geradores autuados se referem exclusivamente ao ano-calendário 2014. Ora, ainda que a diligência fiscal realizada em 2016 tivesse comprovado a inexistência de fato da Impugnante, isto **jamais poderia conduzir à conclusão de inexistência de fato da pessoa jurídica no ano-calendário 2014 (três anos antes!)**, época dos fatos geradores autuados.

(.....)

A situação é ainda pior se levarmos em consideração que na diligência realizada em 18.12.2017 **havia funcionários no local que confirmaram a existência de fato da Impugnante!**

Outrossim, o único relato de diligência realizada no período autuado (17.12.2013) a fiscalização reconhece que havia indícios de atividade econômica no local: “*fomos até o local indicado o qual de fato parecia ser utilizado pelo bom estado de conservação do estabelecimento*” (fl. 08 do TVF).

Em suma, os relatos da diligência não trazem qualquer prova de que a Impugnante seria empresa inexistente. Muito pelo contrário: por se tratar de imóvel em bom estado de conservação, presume-se a utilização do mesmo. Ademais, a existência de funcionários no local que atenderam a fiscalização também deveria afastar quaisquer dúvidas quanto a idoneidade da Impugnante.

(.....)

Como será demonstrado no tópico abaixo, a Impugnante adquire e vende mercadorias simultaneamente, em operações diárias. Contudo, não há necessidade de que as mercadorias ingressem diretamente no estabelecimento da Impugnante (muito menos no escritório de sua sede!); é comum neste ramo econômico que as mercadorias adquiridas sejam imediatamente remetidas a outros estabelecimentos para que as partes e peças de metal sejam separadas, beneficiadas, etc., e novamente revendidas.

Em síntese, a remessa da sucata adquirida a outros estabelecimentos é absolutamente corriqueira, e até mesmo necessária para dar racionalidade ao comércio de enormes quantidades de sucata a que se dedica a Impugnante.

O que se conclui é que o auto de infração foi lavrado prematuramente, tendo faltado ao Ilmo. Fiscal aprofundar as investigações antes de simplesmente concluir pela suposta confusão patrimonial entre a Impugnante e as demais empresas do suposto “Grupo Melo”

(.....)

02 - Da informalidade que rege o mercado de sucata e a previsão legal para emissão notas fiscais englobando várias aquisições.

..... a Impugnante atua no comércio de sucatas de metais não ferrosos, produzindo insumos para serem vendidos a industriais, além de produtos semiacabados (tarugos e lingotes de peças metálicas). Os produtos são adquiridos pela Impugnante tanto de pessoas físicas (catadores de rua) quanto de pequenas empresas (ferro-velho) que formam “lotes” de produtos para serem vendidos.

A Rio Recibras, por sua vez, adquire as mercadorias e as vende imediatamente a outras empresas que irão realizar a separação dos diversos tipos de metal (alumínio, chumbo, aço, bateria, cobre, latas prensadas, etc.) em novos lotes. Subsequentemente, os lotes são remetidos a grandes industriais (como a CSN por exemplo) que irão utilizar tais metais como insumos de novos produtos.

É bastante comum ainda, que as empresas do setor realizem “trocas” de mercadorias como parte do pagamento. Isso se deve tanto em razão de dificuldades de caixa, como da necessidade de comprar determinados tipos de metais inexistentes no estoque para suprir demanda imediata. Assim, por exemplo, se a Recibrás está devendo uma determinada quantia à outra empresa (como a Recyclin) que, por sua vez, precisa vender uma quantidade de chumbo de que não dispõe a um grande industrial, a Recibrás realiza uma dação em pagamento para amortizar parte do débito.

(.....)

Logo, ao contrário do que afirma a Fiscalização a contabilidade da Impugnante dista de ser “imprestável para qualquer fim”. A verdade é que o volume de operações dificulta um tratamento individualizado de todas as operações (o que é reconhecido pela própria legislação tributária estadual), e torna trabalhosa (mas não impossível) a auditoria fiscal.

Como já se pode inferir, diante de uma realidade pouco usual, seja pela informalidade, seja pelo grande volume de operações diários, a Fiscalização optou por, comodamente, simplesmente concluir que todas as operações da Impugnante são fictícias.

Contudo, um exame aprofundado e livre de pré-conceitos revela que houve, no mínimo, aqodamento na lavratura do auto de infração, pois apesar da informalidade todas operações realizadas pela Impugnante foram registradas na forma permitida pela legislação.

03 - Das operações de troca de mercadorias.

A fiscalização considerou que existiriam discrepâncias entre o volume de notas fiscais emitidas pela Impugnante e sua movimentação bancária. Apontou ainda que a convergência entre os valores registrados a crédito e a débito na conta corrente da empresa demonstraria que “a Rio Recibráz é uma mera intermediária de recursos:

“Em 2014, o valor movimentado em conta bancária pelo sujeito passivo a crédito, no total de R\$ 21.194.641,12, muito se aproxima do valor movimentado a débito, de R\$ 21.551.035,74, conforme informações extraídas do sistema DIMOF (Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira) e do extrato simplificado apresentado pela Rio Recibrás (Doc. 51). A proximidade em questão revela que os valores depositados em conta bancária de titularidade da Rio Recibrás são imediatamente repassados a terceiros, sendo a Rio Recibrás uma mera intermediadora de recursos — ou interposta pessoa — na cadeia que interliga as diversas pessoas jurídicas e físicas que se integram ou se relacionam com o GRUPO MELO.” (fl. 93 do TVF)

A fiscalização novamente se equivoca e faz alegações que chegam a ser levinas. Em primeiro lugar, a convergência entre os valores que ingressam e saem da conta bancária da Impugnante apenas comprova a baixíssima margem de lucro do comércio de sucatas, e **justifica os prejuízos apurados pela Impugnante.**

Em segundo lugar, os repasses realizados pela Impugnante à Reciclyn/PPX para saldar dívidas contraídas após o recebimento dos valores de seus clientes **decorre da própria atividade comercial:** assim como faz com os sucateiros, a Impugnante adquire mercadorias com pagamento a prazo, e as dívidas são saldadas à medida em que os recursos ingressam no caixa da empresa.

Em terceiro lugar, a Fiscalização simplesmente desconsiderou que muitas operações com sucata são realizadas mediante operações de escambo (a Impugnante cede sucata de cobre e recebe em troca sucata de chumbo) e também de cessão de crédito ou pagamento por conta e ordem de terceiros (a Impugnante indica seu fornecedor para receber determinados valores de um cliente como forma de saldar a dívida).

(.....)

Ora, se o contrato verbal é amplamente admitido, não faz qualquer sentido em rejeitar a idoneidade da carta de crédito apresentada acima, que traz todos os elementos necessários à compreensão do negócio jurídico entabulado.

04 - Conclusão - Da nulidade do auto de infração.

Por tudo o que foi exposto acima, a Impugnante entende que o lançamento de ofício impugnado não se desincumbiu do ônus de provar a grave acusação de que existiria “confusão patrimonial formada entre as sociedades identificadas nesta ação fiscal como integrantes do grupo Melo” (fl. 38 do TVF), ou ainda de que “a Rio Recibrás atua, notoriamente, como repassadora de recursos do grupo Melo” (fl. 100 do TVF)

Como o devido respeito, o Termo de Verificação Fiscal foi incapaz de comprovar, acima de qualquer dúvida razoável, a procedência destas acusações. Quando muito, o TVF levantou hipóteses, ilações, suposições, que decorrem do mero desconhecimento da realidade econômica e comercial do mercado em que atua a Impugnante.

(.....)

No presente caso, com o devido respeito à Fiscalização, não há qualquer prova de que a Impugnante seja uma empresa “de fachada” como pretendeu o lançamento impugnado.

Antes pelo contrário: a diligência fiscal confirmou a existência do estabelecimento comercial, há escrituração contábil regular, farta comprovação de operações de compra e venda, além de inúmeros depoimentos de pequenos comerciantes confirmando que realizam vendas de produtos à Impugnante.

Tampouco foi demonstrada a imprestabilidade de sua escrituração contábil e fiscal. Na verdade, para concluir que “o contribuinte realizou lançamentos resumidos com históricos sintéticos e imprecisos” (fl. 161 do TVF), a Fiscalização simplesmente ignora as especificidades do setor econômico da Recibrás bem como o volume de operações diárias realizadas. Ignorou ainda a legislação tributária que dispensa a emissão de notas fiscais de aquisição de mercadorias individualizadas.

Diante disso, conclui-se que o Fisco não se desincumbiu do ônus de provar a alegada confusão patrimonial entre a Recibrás, a Impugnante e “as demais empresas do grupo Melo” (até porque, como visto, a Impugnante não faz parte de tal grupo econômico), **o que já seria mais do que suficiente para declarar-se a nulidade da autuação.**

(.....)

já demonstrada deficiência probatória tem o condão de macular todo o lançamento de ofício, uma vez que a Fiscalização concluiu que “*não há como tratar a Rio Recibrás de forma isolada, como sociedade independente e autônoma do grupo econômico que integra*” (fl. 38 do TVF).

Diante disso, o auto de infração foi edificado sobre a (equivocada) premissa de que a Impugnante é empresa inexistente, e todas as operações por ela declaradas são simplesmente falsas. Ocorre que tal premissa ruiu. A existência das operações de compra e venda de mercadorias foi comprovada pelos próprios catadores que prestaram depoimentos à Fiscalização. Assim, comprovado o erro de premissa da acusação fiscal, a conclusão inexorável é pela improcedência da autuação.

No Direito Tributário a partir dos arts. 142 e 146, ambos do CTN, explicitam a necessidade de fundamentação do lançamento e também a impossibilidade de modificação do critério jurídico. Demonstrada a improcedência da premissa central adotada pela acusação fiscal (seja por não ter sido provada, seja por ter sido infirmada pelas provas carreadas aos autos), não há como deixar de se declarar a nulidade da autuação na forma do art. 59, inciso II, do Decreto 70.235/1972.

(.....)

Contraditoriamente, não foi isso o que fez o lançamento impugnado.

Ao contrário, optou-se por, comodamente, considerar que **todos os pagamentos realizados pela Impugnante seriam despidos de causa, exigindo o IRRF isoladamente à alíquota de 35%.**

Outrossim, considerou que a Impugnante simplesmente não teria estoque de mercadorias, razão pela qual todas as notas fiscais de compra e venda de sucatas seriam inidôneas, o que motivou o lançamento de multa regulamentar de 100% do valor da nota (art. 572 do RIPI/2010).

Esta grave incongruência entre as supostas infrações verificadas no relato fiscal (fato típico) e o crédito tributário constituído pelo lançamento fiscal (penalidade aplicada) acarretam a nulidade do ato por cerceamento do direito de defesa.

(.....)

Portanto, não há apenas um, **mas três fundamentos** para se declarar a nulidade do lançamento impugnado: **(i)** a indevida inversão do ônus da prova; **(ii)** a equivocada premissa de inexistência de fato da Impugnante; e **(iii)** incongruência entre a premissa narrada e a penalidade aplicada.

05.- Ilegitimidade do lançamento de IRRF à alíquota de 35%: inexistência de pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado.

Como visto, a fiscalização exigiu da Impugnante IRRF à alíquota de 35% sobre a totalidade dos lançamentos a débito realizados pela pessoa jurídica registrados na conta bancária do sujeito passivo:

“A partir de todo o exposto, entendo ocorrido, no caso, o fato definido em lei como necessária e suficiente para gerar a obrigação tributária, na medida em que o contribuinte não comprovou o nexo causal entre as transferências bancárias realizadas e as operações comerciais de vendas de mercadorias, os empréstimos concedidos, as comissões pagas etc. Verifica-se a ocorrência do fato gerador, previsto no artigo 61, parágrafo 1º, da Lei nº 8.981, de 1995: a) com relação a valores transferidos da conta bancária do sujeito passivo às sociedades empresárias Depósito de Metais Praia do Espinho, e, precipuamente, às sociedades ‘Reciclyn’ e ‘PPX’, que, conforme registros contábeis, consignados na conta bancos, teriam sido realizados para pagamento a fornecedores; e b) nas transferências bancárias realizadas às pessoas físicas Harley Rezende (CPF 073.842.937-66); Rogério Cosme Sena Mota (CPF 038.281.567-03); Carlos Alberto Rangel Serra (CPF 400.296.207-59); Mayra Musse (083.931.657-76) e Hugo Roberto Monteiro de Barros Carl (CPF 004.083.448-49), dentre outros, sob título diversos (comissões de vendas, serviços administrativos e empréstimos), e sem qualquer respaldo, em documentação hábil e idônea, que demonstre a real causa ou motivação das transferências bancárias efetuadas pela fiscalizada RIO RECIBRÁS;” (fl. 165 do TVF)

Como se sabe, o art. 61 da Lei 8.981/1995 (repetido no art. 730 do RIR/201820) autoriza o lançamento de IRRF à alíquota de 35% quando a fiscalização comprovar, a existência de: **(i)** um pagamento realizado a beneficiário não identificado; e **(ii)** um pagamento realizado sem comprovação da operação que lhe deu causa.

Pois bem. De pagamento a beneficiário não identificado não se trata, pois o próprio lançamento esclarece que se tratam de *“valores transferidos da conta bancária do sujeito passivo às sociedades empresárias Depósito de Metais Praia do Espinho, e, precipuamente, às sociedades ‘Reciclyn’ e ‘PPX’.*”

Há, portanto, clara e precisa identificação dos pagamentos realizados.

Por outro lado, também não há que se falar em pagamento sem comprovação da operação que lhe deu causa. Como afirmado pelo próprio TVF, tais dispêndios “conforme registros contábeis, consignados na conta bancos, teriam sido realizados para pagamento a fornecedores.” Outrossim, há comprovação da emissão de notas fiscais para justificar cada um dos pagamentos realizados aos fornecedores da Impugnante (fls. 165 do TVF).

E nem se alegue que a aglutinação de diversas notas fiscais para realizar um único pagamento justificaria a exigência de IRRF por pagamento sem causa. Ora, se uma empresa adquire diversas mercadorias de um mesmo fornecedor (com a emissão de diversas notas fiscais), não há nenhuma ilegalidade no fato de as múltiplas obrigações serem adimplidas com uma única ordem de pagamento.

A despeito das provas carreadas nos autos (notas fiscais de aquisição de mercadorias descrevendo o produto adquirido e contabilização dos pagamentos efetuados) a RFB, autuou a Impugnante por pagamento sem causa com base no já mencionado art. 730 do RIR/99.

Com a devida vênia, a remessa de valores com base em notas fiscais regularmente emitidas, e assentamentos contábeis são elementos totalmente incompatíveis com a alegada falta de comprovação da causa dos pagamentos.

Na hipótese vertente, tal como assentado no aresto acima, há comprovação da operação que motivou o pagamento (compra de mercadorias) e o beneficiário das remessas está exaustivamente identificado nas notas fiscais e na contabilidade da Impugnante. Dessa forma, também no mérito é improcedente a alegação do Fisco.

(...)

Cabe lembrar que se está analisando fatos geradores ocorridos no ano de 2014, isto é, mais de 05 anos atrás. Lembre-se ainda que a atividade da Impugnante consiste em comprar diariamente grandes quantidades de sucata, **para o que a própria legislação fluminense dispensa a emissão de notas fiscais individualizadas para aquisições de pessoas físicas inferiores a 200 kg.**

Neste cenário, pergunta-se: como a Impugnante poderia provar a “efetividade” das operações de compra de sucata realizadas mais de 05 anos atrás, exceto pelas notas fiscais emitidas, livros de ICMS que demonstram as operações e demais registros contábeis?

Deveria a Impugnante ter tirado fotografias de cada um dos lotes de sucata adquiridos?

Evidentemente que não! **Os documentos contábeis e fiscais são a única prova possível de operações comerciais de compra de bens fungíveis destinados à revenda realizadas mais de 05 anos atrás.**

Há ainda uma grave inconsistência na fundamentação da autuação fiscal. Como visto, todas as (equivocadas) conclusões do Termo de Verificação Fiscal decorrem da (também equivocada) premissa de que a Impugnante jamais exerceu comércio. Contudo, a Fiscalização extraiu dos depoimentos dos sucateiros que **as mercadorias adquiridas seriam entregues diretamente no complexo de galpões situado na Estrada do Quitungo.**

(.....)

Por outro lado, não faz qualquer sentido a alegação de que as operações de compras de mercadoria que justificaram vultosas remessas de numerário à Reciclyn seriam fraudulentas.

Como já exposto, o **complexo de galpões situado na Estrada do Quitungo** é justamente onde, segundo a Fiscalização **“foi o único local onde, em diligência, presenciamos atividades comerciais em execução.” Logo, não há como presumir que as operações de compra de sucata da Reciclyn/PPX são fictícias, a menos que se cogitasse da inexistência de fato da própria Reciclyn/PPX!**

E nem se alegue que tais operações seriam fraudulentas porque a Impugnante não teria onde armazenar as mercadorias adquiridas da Reciclyn/PPX. Como já exposto, a possibilidade de remessas por conta e ordem de terceiros já desautoriza tal assertiva.

Assim, a situação dos autos é a seguinte: a Impugnante foi autuada por pagamento sem causa e/ou a beneficiário não identificado. Contudo, o próprio Fisco indica os beneficiários dos pagamentos realizados (*“Depósito de Metais Praia do Espinho, Mextra Engenharia e, precipuamente, às sociedades Reciclyn e PPX”*) bem como a causa dos pagamentos (aquisição de mercadorias).

O Fisco também reconhece que as operações estão contabilizadas como pagamentos a fornecedores por aquisição de sucata e que foram emitidas notas fiscais condizentes com a operação. Por fim, é incontroverso que a empresa que concentrou a maior parte dos pagamentos (Reciclyn/PPX) **realiza diariamente inúmeras operações de compra e venda de mercadorias.**

Logo, o que se constata é que não há qualquer fundamento para a alegação de que a Impugnante não teria adquirido mercadorias da Reciclyn (empresa existente de fato e que realiza tais operações diariamente), o que demonstra a absoluta insubsistência da autuação.

O mesmo se diga em relação as aquisições realizadas com o fornecedor PPX Indústria e Comércio de Alumínio, que não fez e nunca fez parte do grupo econômico da Impugnante (e sequer há relações familiares entre os sócios), e não foi objeto de diligência por parte da fiscalização que comprovasse sua inexistência de fato.

06 - Ilegalidade da exasperação da multa de ofício sobre o IRRF lançado. Inexistência de fraude.

Para a aplicação da multa agravada prevista no art. 44, § 1º, da Lei 9.430/96, e o deslocamento do prazo decadencial para o art. 173, inciso I, do CTN, é imprescindível que o Fisco demonstre, de forma clara e a partir de indícios seguros, a ocorrência de um dos tipos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. (.....)

Por sua vez, além de tipificar as condutas como sonegação, fraude ou conluio, o Termo de Verificação Fiscal deve **descrever como tais condutas acarretaram a supressão ou ocultamento dos fatos geradores constituídos.**

É dizer: não poderá o Fisco autuar o contribuinte, por exemplo, pela emissão de notas fiscais inidôneas alegando a existência de **fraude** tendente a suprimir o fato gerador do IRPJ e da CSLL se o lançamento não promove a constituição de créditos tributários relativamente a estes tributos.

E a razão é muito simples: a ausência de lançamento dos tributos alegadamente suprimidos mediante fraude acarreta a extinção do crédito tributário pela decadência. Da extinção definitiva do crédito tributário decorre a impossibilidade de realizar o lançamento de qualquer penalidade, pois o acessório (multa) segue a sorte do principal. Sobre o tema, a jurisprudência do CARF novamente nos socorre:

(....)

Em relação ao primeiro ponto (“emissão de notas fiscais inidôneas sem vinculação com a saída da mercadoria”), é clara a ausência de relação da conduta com

o fato gerador do IRRF. A operação de saída da mercadoria é incompatível com a realização de **pagamentos**; quem vende mercadorias é credor e, portanto, auferir rendimentos.

Em relação ao segundo ponto (“emitir notas fiscais inidôneas para gerar custos e créditos tributários indevidos a terceiros”) melhor sorte não socorre ao Fisco porque se trata, novamente, de suposta operação fictícia de venda de mercadoria **pela Rio Recibras**, o que jamais teria como consequência a exigência de IRRF, pois não houve qualquer pagamento realizado nem mesmo ‘em tese’.

Em relação ao terceiro ponto “quando a Rio Recibras se utiliza e recebe notas fiscais inidôneas emitidas por terceiros CNPJ’s para assim se beneficiar de créditos tributários indevidos de IPI, PIS e COFINS, bem como para inflar seus custos e apurar prejuízo, há um ajuste doloso”) o equívoco é ainda mais evidente.

Ora, ainda que a Impugnante tivesse pretendido inflar custos para apurar prejuízo (o que não ocorreu), não houve qualquer lançamento de IRPJ e/ou CSLL em decorrência da fiscalização. Outrossim, não foi realizado qualquer lançamento de ofício tendente a constituir débitos de IPI e PIS/COFINS pelo suposto uso indevido de créditos, ou ainda, para glosar compensações declaradas com fraude (art. 18 da Lei 10.833/2003).

Portanto, tais condutas não são hábeis a justificar a qualificação de multa por fraude no caso dos autos, em que o crédito tributário constituído refere-se exclusivamente a IRRF por pagamento sem causa e não a IRPJ/CSLL ou PIS/COFINS, e muito menos a compensações tidas por não declaradas.

(.....)

Desta feita, deve ser, ao menos, cancelada a exasperação da multa de ofício, por não ter sido comprovada qualquer conduta tendente a ocultar do Fisco o fato gerador do IRRF.

07--Ilegalidade da imposição de multa por emissão de nota inidônea prevista no art. 572, inciso II, do RIPI/2010. Hipótese, quando muito, de arbitramento do lucro.

Novamente em decorrência de equivocada premissa de inexistência de fato da Impugnante, o auto de infração constituiu multa regulamentar no valor de 100% de cada uma das notas fiscais de saída emitidas pela Impugnante, ou das notas fiscais de entrada por ela registradas.

A base legal para esta sanção verdadeiramente desproporcional encontra-se descrita no art. 572, inciso II, do RIPI/2010 nos seguintes termos:

“Art. 572. Sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais cabíveis, incorrerão na multa igual ao valor comercial da mercadoria ou ao que lhe for atribuído na nota fiscal, respectivamente: (...)

II - os que emitirem, fora dos casos permitidos neste Regulamento, nota fiscal que não corresponda à saída efetiva, de produto nela descrito, do estabelecimento emitente, e os que, em proveito próprio ou alheio, utilizarem, receberem ou registrarem essa nota para qualquer efeito, haja ou não destaque do imposto e ainda que a nota se refira a produto isento.”

Do dispositivo legal acima, extrai-se que a sanção poderá ser exigida quando o contribuinte emitir nota fiscal de saída descrevendo produto distinto daquele efetivamente vendido.

Logo, a premissa para a imposição da penalidade é a **descrição incorreta do produto vendido, ou da operação de venda**. Contudo, a autoridade fiscal pretendeu alargar indevidamente o âmbito de incidência da multa para alcançar qualquer compra ou venda de produtos por estabelecimento diverso daquele registrado na nota fiscal.

“No presente Termo de Verificação, bem como nos Relatórios Fiscais de Diligência (Anexos 14 a 17) e nos depoimentos prestados pelas pessoas físicas diligenciadas (Anexo 13), apresentamos conjunto comprobatório que demonstra o recebimento e a emissão de notas fiscais que relatam operações fictícias formalizadas com o sujeito passivo. A legislação aplica penalidade gravíssima a estas duas condutas:

1. UTILIZAREM, RECEBEREM ou REGISTRAREM notas fiscais que não corresponde à saída efetiva de produto nela descrito, do estabelecimento emitente, em proveito próprio.
2. EMITIREM notas fiscais que não corresponda à saída efetiva de produto nela descrito, do estabelecimento emitente. (...) Desta forma, aplicamos a multa regulamentar, constante do inciso II, do art. 572 do Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010, nos casos relatados no Termo de Verificação Fiscal nos quais houve o recebimento pela RIO RECIBRÁS de notas fiscais que relatavam operações fictícias, bem como nos casos nos quais esta emitia notas fiscais relatando operações fictícias.” (fls. 179/180 do TVF)

Para justificar para tal interpretação, no mínimo questionável, do art. 572 do RIPI, a Fiscalização colacionou o acórdão CSRF/02-02-0755 (Rel. Antônio Bezerra Neto, julgado em 02/07/2007), que, todavia, trata de situação absolutamente distinta. Naquele caso o contribuinte foi autuado por ter registrado notas fiscais de importação inidôneas.

De todo modo, a Impugnante rejeita, desde já, tal interpretação extensiva, uma vez que a remessa por conta e ordem de terceiros é expediente absolutamente regular, expressamente previsto na legislação tributária.

7.1 - Inaplicabilidade da multa a produtos não tributados pelo IPI.

A maior parte dos produtos comercializados pela Impugnante (especialmente as sucatas) não sofrem a incidência do IPI por serem classificados na TIPI como não tributados (NT). Veja-se, a título de exemplo:

(...)

Diante disso, fica claro que a emissão - ainda que equivocada - das notas fiscais relativas a entradas e/ou saída de tais produtos não poderia ser sancionada pela multa prevista no art. 572, II, do RIPI.

Isto porque, como o dispositivo que regulamenta a penalidade dispõe que a mesma será aplicada *“ainda que a nota se refira a produto isento”*, *contrariu sensu*, a emissão de nota fiscal referente a produtos classificados não-tributados fica ao largo do âmbito de aplicação da penalidade. O que é absolutamente correto já que, por se tratar de sanção prevista no Regulamento do IPI, a mesma jamais poderia alcançar os produtos fora do âmbito de incidência de tal imposto.

Neste sentido, o art. 2º, parágrafo único, do RIPI/2010 esclarece que o campo de incidência do IPI *“abrange todos os produtos com alíquota, ainda que zero, relacionados na TIPI, observadas as disposições contidas nas respectivas notas complementares, excluídos aqueles a que corresponde a notação “NT” (não tributado).”*

E nem se alegue que ao determinar a incidência de multa nas notas de produtos isentos, o art. 572 do RIPI teriam pretendido alcançar também os produtos não tributados pelo imposto (NT).

Ainda que a figura da isenção tenha efeito prático similar à da não incidência, tratam-se de institutos jurídicos absolutamente distintos: enquanto a isenção pressupõe a incidência do imposto, com a subsequente dispensa do dever de pagamento do imposto, a não incidência é um nada. Um não ser. Representa a não-subsunção do fato à norma tributária de incidência.

7.2 - Da ilegalidade do lançamento de multa sobre a totalidade das notas fiscais da Impugnante sem discriminação dos fundamentos da suposta idoneidade.

Neste contexto, a autoridade fiscal realizou um lançamento indiscriminado sobre **todas** as notas fiscais de saída emitidas ou notas de entrada registradas pela Impugnante ao longo de 2014.

Contudo, este procedimento é absolutamente ilegal!

Caso o Fisco tenha dúvidas quanto à idoneidade das notas emitidas contra ou por um determinado cliente/fornecedor (caso se considere ser pessoas jurídicas inexistente, por exemplo), poderá lançar a multa **exclusivamente em relação as notas emitidas por este fornecedor/cliente.**

Entretanto, nada autoriza o lançamento de multa sobre as notas emitidas/recebidas por pessoas jurídicas **contra as quais nenhuma diligência presencial foi realizada pela Fiscalização no intuito de comprovar sua inexistência de fato.**

(.....)

.....Por suspeitar da existência de confusão patrimonial entre a Impugnante e demais empresas do suposto “Grupo Melo” (do qual a Impugnante não faz parte), o Fisco pretendeu realizar o lançamento da multa prevista no art. 572, inc. II, do RIPI/2010.

Contudo, ao invés de se ater ao lançamento de notas decorrentes de operações de venda de mercadorias realizadas pela Impugnante com pessoas jurídicas alegadamente interdependentes, o TVF exigiu a multa contra simplesmente todas as notas emitidas e/ou registradas pela Impugnante, **inclusive com pessoas jurídicas que não relacionadas como integrantes do suposto “Grupo Melo”**. É o caso das vendas às empresas “Soho Brighton” e “ItaRio”

Contudo, este procedimento é totalmente arbitrário, e parte da absurda premissa de que a Impugnante simplesmente não realizou qualquer operação de compra e venda de sucata durante todo o ano de 2014!

(.....)

7.3 - Inaplicabilidade da multa quando é incontroverso que as notas correspondem à entrada/saída das mercadorias descritas.

Como exposto acima, no entender da Impugnante a premissa para a imposição da penalidade é a **descrição incorreta do produto vendido ou da operação de venda.**

No caso em apreço não há dúvidas de que a Impugnante (e demais empresas do Grupo Recibrás) dedicam-se exclusivamente ao comércio de sucatas de metais não ferrosos, o que corresponde exatamente à descrição das notas fiscais.

(.....)

Assim, para realizar corretamente a imposição da multa deveria o Fisco esclarecer porque o produto ou a operação foram descritos incorretamente, **e também qual seria a descrição correta**. Contudo, nada disso foi feito, o que leva a Impugnante a resvalar no campo das suposições para entender o motivo da sanção lançada.

A situação é ainda mais esdrúxula, pois, contraditoriamente, a própria Fiscalização conclui ser *“conforme se demonstrará adiante parece ser factível que as mercadorias então adquiridas pela ITARIO tenham dado entrada em seu estabelecimento”* (fl. 41 do TVF).

Em outras palavras, a própria Fiscalização reconhece que as notas fiscais têm por base operações reais de compra e venda de mercadorias. A despeito disso, manteve o lançamento em relação a tais novas fiscais de venda, sob alegação de que tais mercadorias não teriam saído dos estoques da Rio Recibrás *“na medida em que não restou comprovada, por meio de documentos hábeis e idôneos, a compra de mercadorias por esta sociedade – mercadorias estas que alimentariam seus estoques”* (fl. 72 do TVF).

Em outras palavras, as vendas seriam fictícias **pois não fora comprovada qualquer operação de compra de mercadorias**.

Contudo, **o mesmo TVF exige a mesma multa regulamentar contra a Impugnante pela compra de mercadorias em vultosos valores!**

(.....)

A conclusão a que se chega é que todo o auto de infração está embasado em inúmeras ilações que não foram comprovadas. A bem da verdade, para que pudesse realizar o lançamento de ofício a Fiscalização deveria, ao menos, aprofundar as investigações.

7.4 - Sucessivamente: da necessidade de excluir o valor relativo ao ICMS do preço da mercadoria para fins de cálculo da multa.

Ainda que se entenda cabível a multa prevista no art. 572 do RIPI/2010 deve-se, ao menos, adequar sua base de cálculo ao valor da mercadoria, assim entendido como o preço líquido dos impostos incidentes sobre a venda.

Explica-se. Como é de conhecimento geral, em março/2017 o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o RE 574.706-RG/PR22, que, reafirmando o precedente firmado no RE 270.78523, fixou a seguinte tese no Tema 69 da repercussão geral: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.

A ratio decidendi da aludida decisão é que o ICMS representa receita do Fisco, a qual é meramente arrecadada pelo vendedor da mercadoria para ser posteriormente repassada aos cofres estaduais. Desta forma, como aponta a Exma. Min. Relatora CARMEM LÚCIA o ICMS não compõe o preço da mercadoria vendida pelo comerciante:

(.....)

Este entendimento foi reafirmado no julgamento do RHC 163.334, ocasião em que o STF concluiu que a ausência de recolhimento do ICMS destacado nas notas fiscais representa crime de apropriação indébita por parte do vendedor da mercadoria ao fixar a seguinte tese: *“O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de*

apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990”.

Portanto, tem-se que, **segundo a interpretação do STF**, nosso Sistema Tributário refuta a pretensão de integrar tributos ao preço da mercadoria vendida para qualquer fim. Ocorre que a multa ora lançada tem como base de cálculo o “valor comercial da mercadoria”, conforme se extrai do caput do art. 572 do RIPI/2010:

“Art. 572. Sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais cabíveis, incorrerão na multa igual ao valor comercial da mercadoria ou ao que lhe for atribuído na nota fiscal, respectivamente (Lei nº 4.502, de 1964, art. 83, e Decreto-Lei nº 400, de 1968, art. 1º, alteração 2ª):”

Assim, ao realizar o lançamento de ofício, o Ilmo. Fiscal Autuante deveria ter excluído o ICMS destacado nas notas fiscais do “valor comercial da mercadoria” para fins de cálculo da penalidade. Entretanto, tal providência não foi feita, o que demanda, ao menos, a adequação da penalidade lançada para excluir a parcela relativa ao ICMS de sua base imponível.

(...)

Analisadas as impugnações, a DRJ julgou-as procedente em parte, nos termos do Acórdão nº 01-38.109, às fls. 11416/11600, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI

Ano-calendário: 2014

MULTA REGULAMENTAR

Sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais cabíveis, incorrerão na multa igual ao valor comercial da mercadoria ou ao que lhe for atribuído na nota fiscal os que emitirem, fora dos casos permitidos em lei, nota fiscal que não corresponda à saída efetiva de produto nela descrito, e os que, em proveito próprio ou alheio, utilizarem, receberem ou registrarem essa nota para qualquer efeito, haja ou não destaque do imposto e ainda que a nota se refira a produto isento.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2014

NULIDADE - CIÊNCIA VIA EDITAL - NÃO OCORRÊNCIA

A intimação por edital é considerada válida, quando improficuo um dos meios previstos na legislação, quais sejam: pessoal, via postal ou por meio eletrônico. Os meios de intimação previstos no art. 23 do Decreto nº 70.235/72 não estão sujeitos a ordem de preferência.

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE.

Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade processual, nem em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo.

AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS. AUTUANTE.

Consoante art. 10 do Decreto n. 70.235, de 1972, o auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà, obrigatoriamente, entre outros, a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. AMPLA DEFESA. IMPUGNAÇÃO.

Os procedimentos da autoridade fiscalizadora têm natureza inquisitória não se sujeitando ao contraditório os atos lavrados nesta fase. Somente depois de lavrado o

auto de infração e instalado o litígio administrativo é que se pode falar em obediência aos ditames do princípio do contraditório e da ampla defesa. Ademais, após a ciência do auto de infração, com o litígio instaurado entre o fisco e o contribuinte, a legislação concede na fase impugnatória, ampla oportunidade para apresentação de documentos e razões de fato e de direito.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PASSIVA. REVELIA.

Torna-se revel, em relação à própria responsabilidade solidária, o contribuinte que, intimado, deixa de apresentar impugnação de lançamento no prazo legal.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2014

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA.

O lançamento em análise diz respeito à multa regulamentar, lançada isoladamente, por descumprimento da legislação tributária, portanto, é lançamento de ofício e não sujeito à homologação, sendo assim, não é caso de aplicação do artigo 150 e sim do artigo 173, I, do CTN.

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM. ATOS ILÍCITOS. GRUPO ECONÔMICO IRREGULAR. ATOS QUE CONFIGURAM CRIMES.

A responsabilidade tributária solidária a que se refere o inciso I do art. 124 do CTN decorre de interesse comum da pessoa responsabilizada na situação vinculada ao fato jurídico tributário, que pode ser tanto o ato lícito que gerou a obrigação tributária como o ilícito que a desfigurou.

São atos ilícitos que ensejam a responsabilidade solidária, entre outros, (i)

o abuso da personalidade jurídica em que se desrespeita a autonomia patrimonial e operacional das pessoas jurídicas mediante direção única (grupo econômico irregular), e (ii) aqueles que acarretam uma sanção, não só na esfera administrativa (como multas), mas também na penal, a exemplo das condutas de sonegação, fraude e conluio.

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS.

Consoante o disposto no art. 135, inciso III, do CTN, os diretores, gerentes, administradores ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelos créditos tributários correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração de lei.

DECISÕES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.

Não possuem eficácia normativa as decisões judiciais e administrativas relativas a terceiros, vez que não integrantes da legislação tributária a que se referem os arts. 96 e 100 do CTN.

Intimadas dessa decisão, inconformadas, a recorrente e os solidários, com exceção da RB Metals Comércio de Metais Ltda., apresentaram recursos voluntários, requerendo o cancelamento do crédito tributário, alegando, em síntese:

1) A contribuinte Rio Recibras Comércio de Metais Recicláveis – Eireli, alegou: em preliminar:

I) a nulidade do acórdão recorrido, sob os argumentos de:

I.1) apreciação deficiente das alegações de fato e de direito aduzidas pelas recorrentes: alegaram que, em suas impugnações, desenvolveram diversas linhas de defesa com a finalidade de, em primeiro lugar, demonstrar a lisura dos procedimentos adotados e o modo como é realizadas as operações no mercado em que atuam; e, em segundo lugar, apontar as

diversas falhas cometidas pela Fiscalização, seja no tocante à apreciação dos fatos fiscalizados e do ônus da prova que lhe competia, seja em relação às consequências jurídicas imputadas;

I.2) balbúrdia processual e cerceamento do direito de defesa, pelo fato de ter recebido inúmeras intimações com prazos sobrepostos e solicitação de documentos repetidos; requereu inúmeras vezes que fosse indicado o número do Termo de Intimação Fiscal (TIF), contudo esta solicitação foi ignorada; e, ainda, que a Fiscalização foi tendenciosa na escolha das testemunhas cujos depoimentos foram levados a termos nos presentes autos;

I.3) intimação por edital não indicou o prazo para impugnação, o que a torna nula; assim, todos os atos realizados no processo depois da intimação por edital devem ser anulados; e,

I.4) a decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário em razão da nulidade da intimação por edital: a intimação por edital afrontou o art. 23, § 1º do Decreto nº 70.235/72 o que, consequentemente, implicou a decadência do direito de a Fazenda exigir o crédito tributário em discussão nos termos do art. 173, inciso I, do CTN; *“Assim, em se tratando o IRRF por pagamento sem causa e a multa regulamentar pela emissão e recebimento de nota fiscal inidônea, o fato gerador que permite o lançamento de ofício considera-se instantâneo, ocorrendo concomitantemente às operações autuadas. Neste contexto, o Fisco poderia ter realizado o lançamento dos tributos imediatamente após cada pagamento (supostamente) sem causa, ou após a emissão de cada nota fiscal. Sendo assim, o termo a quo do prazo decadencial corresponde ao primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (2014), ou seja, em 01.01.2015”*; e,

II) no MÉRITO: expendeu extenso arrazoado sobre os seguinte tópicos:

II.1) Idoneidade da Recorrente, existência de fato e ausência de confusão patrimonial: a recorrente não faz parte do Grupo Melo, o que se prova pelos documentos societários carreados aos autos; adquire e vende mercadorias, simultaneamente, em operações diárias, inexistindo a necessidade de as mercadorias ingressarem em seu estabelecimento; em suma, a remessa de sucata adquirida a outros estabelecimentos é rotina, inclusive, para beneficiamento;

II.2) Da informalidade que rege o mercado de sucata e a previsão legal para emissão notas fiscais englobando várias aquisições: descreveu o funcionamento do mercado de sucatas, desde a catação pelos catadores até a revenda, passando pelo beneficiamento, empresas parceiras, cessão para as parceiras, até a venda para as indústrias; concluindo que suas operações são legais, inclusive, a contabilidade;

II.3) Das operações de troca de mercadorias: a convergência entre os valores que ingressam e saem de sua conta bancária apenas comprova a baixíssima margem de lucro e justifica os seus prejuízos; a existência de repasses para as empresas, Reciclyn Com. e Ind. de Metais Ltda. e PPX Ind. e Com. de Alumínio Ltda., foi para saldar dívidas contraídas após o recebimento de valores decorrentes da comercialização;

II.4) Conclusão: Da nulidade do auto de infração: ao final, concluiu que não existe *“confusão patrimonial formada entre as sociedades identificadas nesta ação fiscal como integrantes do grupo Melo ou ainda que a Rio Recibrás atua, notoriamente, como repassadora de recursos do grupo Melo”*; a Fiscalização não comprovou a procedência das acusações; não há provas de que a recorrente seja empresa de fachada; também não foi demonstrada a imprestabilidade de sua escrituração contábil e fiscal; o Fisco não se desincumbiu do ônus de provar a alegada confusão patrimonial entre a recorrente e as demais empresas do grupo Melo; assim, comprovado o erro de premissa da acusação fiscal, a autuação é improcedente; por outro lado, diante da alegada imprestabilidade da escrituração contábil, a Fiscalização deveria ter realizado o arbitramento do lucro tributável na forma da legislação (arts. 603 e seg do RIR/201); por fim, *“ao constatar que a Recorrente teria*

emitido notas fiscais inidôneas para “formar estoques fictícios” e “gerar créditos tributários de IPI, PIS e COFINS, além de ICMS objeto de compensações ou restituições” (fl. 126 do TVF entre outras) caberia o indeferimento das compensações com lançamento da multa qualificada prevista no art. 18 da Lei 10.833/200317 (com a redação dada pela Lei 11.488/2007)”;

II.5) Ilegitimidade do lançamento de IRRF à alíquota de 35%: inexistência de pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado: por se tratar de lançamento estranho ao processo em discussão e, ainda, de tributo cuja competência é de outra Seção do CARF, deixamos de relatar as razões expendidas contra o referido lançamento, inclusive dos respectivos subitens (4.5.1. Da caracterização de *bis in idem* diante da tributação dos valores pagos pelos beneficiários (conhecidos pela Fiscalização). Subsidiariamente, a necessidade de se deduzir o IRPJ pago pelo destinatário na apuração do IRRF e 4.5.2. Ilegalidade da exasperação da multa de ofício sobre o IRRF lançado. Inexistência de fraude);

II.6) Ilegalidade da imposição de multa por emissão de nota inidônea prevista no art. 572, inciso II, do RIPI/2010, Hipótese, quando muito, de arbitramento do lucro: a base legal multa exigida foi o art. 572, inciso II, do RIPI/2010, contudo a Fiscalização alargou indevidamente o âmbito da sua aplicação para exigi-la sobre qualquer compra ou venda de produtos por estabelecimento diverso daquele registrado na nota fiscal;

II.6.1) Inaplicabilidade da multa a produtos não tributados pelo IPI: a maior parte dos produtos comercializados pela recorrente não sofrem a incidência do IPI pelo fato de estarem classificados na tabela TIPI como não tributados; assim, a emissão, ainda que equivocada, das Notas Fiscais de entradas e/ ou saídas dos produtos não podem ser sancionadas pela multa prevista no art. 572, inciso II, do RIPI;

II.6.2) Da ilegalidade do lançamento de multa sobre a totalidade das notas fiscais da Recorrente sem discriminação dos fundamentos da suposta idoneidade: a Fiscalização aplicou a multa sobre todas as notas fiscais emitidas, de saídas e de entradas, registradas pela recorrente, inclusive, nas operações com pessoas jurídicas que não são relacionadas como integrantes do suposto “Grupo Melo”, como nas vendas para as empresas, Soho Brighton e ItaRIO; contudo, esse procedimento é ilegal, tendo em vista que nenhuma diligência foi realizada pela Fiscalização no intuito de comprovar sua inexistência de fato;

II.6.3) Inaplicabilidade da multa quando é incontroverso que as notas correspondem à entrada/saída das mercadorias descritas: a premissa para imposição da penalidade foi a descrição incorreta do produto vendido ou da operação de venda; contudo, no presente caso, não dúvida que a recorrente e demais empresas do Grupo Recibras dedicam-se exclusivamente ao comércio de sucatas de metais não ferrosos o que corresponde à descrição dos produtos nas notas fiscais;

II.6.4) Sucessivamente: da necessidade de excluir o valor relativo ao ICMS do preço da mercadoria para fins de cálculo da multa: ainda que se entenda cabível a multa, prevista no art. 572 do RIPI/2010, o valor do ICMS deve ser excluído de sua base de cálculo, tendo em vista que o STF, no julgamento do RE 574.706-, que reafirmando o precedente firmado no RE 270.785, decidiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da Cofins;

II.7) Subsidiariamente, da aplicação do princípio da consunção: necessidade de cancelamento da multa regulamentar: a recorrente está sofrendo, no caso concreto, três penalidades: i) a multa regulamentar prevista no art. 572, inciso II, do RIPI/2010; ii) a multa de 35% sobre cálculo reajustada do IRRF, nos termos do art. 61 da Lei nº 8.981/95; e, iii) a multa de ofício no lançamento do IRRF, prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96; assim, em face desse princípio só poderia haver uma penalidade.

2) Os responsáveis solidários, Depósito de Metais Sanjoenense Eireli e Depósito de Metais Praia do Espinho Eireli, requereram o cancelamento do auto de infração, alegando: I) em preliminar, as mesmas razões expendidas pela autuada Rio Recibras, resumidas no item I, deste Relatório, e, ainda, a **Ausência dos requisitos para atribuição de responsabilidade solidária e Inaplicabilidade do art. 124, inciso I, do CTN**: alegou que, ao contrário do entendimento da Fiscalização, “... *‘o interesse comum’ de que trata o art. 124, inciso I, do CTN refere-se exclusivamente à prática conjunta do próprio fato gerador (ainda que de forma oculta, por negócios jurídicos simulados, como é o caso da propriedade em relação aos impostos sobre o patrimônio, ou das operações mercantis no caso de ICMS, ISS ou PIS/COFINS)*”; no presente caso, não foi indicada conduta ilícita praticada por eles e sim pelo contribuinte Rio Recibras, assim como não foi estabelecida relação entre a conduta deles e o crédito tributário lançado e exigido do contribuinte Rio Recibras; além disto, não foi demonstrada a existência de um “grupo econômico irregular” e que ambos participaram dele; no presente caso, não foi descrita a forma individualizada das condutas nem foi explicado como as personalidades jurídicas agiram para que um resultado ilícito tivesse sido alcançado pela partes; no auto de infração não foi indicado o resultado das supostas, fraude e conluio, nas operações do grupo Recibras; ademais, a Fiscalização responsabilizou os recorrentes por operações realizadas entre a Recibras e terceiros; e, II) no **MÉRITO**: suscitou as mesmas razões expendidas pela Rio Recibras, resumidas no item II, deste Relatório.

3) O responsável solidário Luiz Dias de Melo, suscitou, em preliminar: 1) nulidade do acórdão recorrido; 2) balbúrdia processual e cerceamento do direito de defesa; 3) nulidade da intimação por edital que não indica o prazo de impugnação; 4) ilegalidade da responsabilização solidária do Sr. Luiz Dias de Melo, quando não individualizada a conduta dolosa, alegando, em síntese, em relação aos itens 1 a 3, as mesmas razões expendidas pelo contribuinte Rio Recibras, resumidas no item I, deste relatório. Quanto ao item 4, alegou que o Sr. Luiz Dias de Melo é o único sócio das empresas Rio Recibras Comércio de Metais Recicláveis Eireli; Depósito de Metais Sanjoenense Eireli, e, Depósito de Metais Praia do Espinho Eireli; a alegação de que praticou atos fraudulentos ou agiu com dolo é genérica, inexistindo nos autos comprovação da sua conduta tida como fraudulenta ou criminosa; a solidariedade prevista no art. 124, inciso I, do CTN, é inadequada para responsabilizar sócio gerente pelos créditos tributários exigidos da pessoa jurídica; há que se observar, exclusivamente, os requisitos do art. 135, desse mesmo Código; e, II) no **MÉRITO**: suscitou as mesmas razões expendidas pela Rio Recibras, resumidas no item II, deste Relatório.

4) Os responsáveis solidários: Reciclyn Comércio e Indústria de Metais Ltda., IBM Indústria Brasileira de Meais Ltda.; Centro de Distribuição de Produtos Metálicos do Espírito Santo Ltda.; Centro de Distribuição de Produtos Metálicos Minas Gerais Ltda.; Atomex Indústria, Representação, Assessoria e Comércio de Ligas e Metais Ltda.; Recitrans Locação de Bens Móveis Ltda.; PPX Indústria e Comércio de Alumínio Ltda.; e, Prosperita Metal Indústria e Comércio de Metais Ltda., suscitaram a nulidade do lançamento (auto de infração), alegando, em síntese, que apresentaram tempestivamente as respectivas impugnações, conforme provam os documentos citados/reproduzidos nas respectivas petições; contudo, a Autoridade Julgadora de Primeira Instância considerou-os revéis, sob argumento de que não impugnaram o lançamento;

5) O responsável solidário Construplay Empreendimentos e Participações Imobiliárias Ltda. alegou, em síntese, que não é parte do grupo econômico apontado pela Fiscalização, mas apenas teve relação comercial com a Rio Recibras para a qual alugou um imóvel; também, ao contrário do afirmado pela Fiscalização, não integra o grupo Melo nem qualquer outro em que esteja inserida a Rio Recibras; citou a IN RFB nº 971/2009 que dispõe sobre tributação previdenciária, diretamente relacionada ao direito do trabalho e que, para fins

previdenciário há grupo econômico, quando duas ou mais empresas estão sob direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica; a recorrente não foi arrolada em nenhum dos processos trabalhistas listados pela Fiscalização; na legislação fiscal inexistente definição de grupo econômico; discorreu sobre a estrutura do Grupo Melo definida pela Fiscalização; não praticou as supostas operações simuladas de compra e venda de mercadorias apontadas pela Fiscalização, sua atividade econômica é a administração e locação de bens imóveis próprios; reproduziu no Recurso Voluntário quadros/demonstrativos da sua composição societária, visando provar que não faz parte do grupo Recibras; expendeu extenso arrazoado sobre: 1) o suposto modus operandi das sociedades integrantes do Grupo Melo; a inexistência de confusão patrimonial relativa à recorrente; 3) os aluguéis devidos à recorrente; discorreu sobre os imóveis e suas locações para Rio Recibras, concluindo que não faz parte do Grupo Melo; e, 4) esclarecimentos sobre os demais itens do TVF, concluindo que não realizou as operações atribuídas a ela pela Fiscalização. que não faz e/ ou fez parte do Grupo Melo e/ ou Recibras; e, por último alegou a impossibilidade de lhe atribuir responsabilidade com base no art. 124, I, do CTN, sob o argumento de que não participou dos grupos econômicos Recibras ou Melo, não teve qualquer interesse na situação que gerou o fato gerador da exação; assim, não pode ser responsabilizada pelo pagamento da multa a aplicada à Rio Recibras

6) Os responsáveis solidários Luiz Mariano e Cleber Renato Kopke Bastos suscitaram, em preliminar, a nulidade do auto de infração sob o argumento de cerceamento do seu direito de defesa, tendo em vista as inúmeras inconsistências constantes do Termo de Verificação Fiscal, conforme demonstrado no quadro reproduzido no Recurso Voluntário às fls. 12204/12205 e, ainda, pelo fato de a Fiscalização ter fundamentado a exação em suposições e arranjos fáticos que não condizem com a realidade; discorreu sobre o Termo de Verificação Fiscal, concluindo que, em face da suposta confusão patrimonial, incluindo o grupo a que ambos pertence, estes deveriam ser responsabilizados pela multa aplicada à Rio Recibras, nos termos do inciso I, do art. 124, e do art. 135, ambos do CTN; contudo, não ficou caracterizado o interesse comum apontado pela Fiscalização nem as suas responsabilidades tributárias; **No mérito**, discorreu sobre: 1) Da Ausência de Fatos Praticados pela Recorrente com Infração à Lei e a Necessária Redução da Multa de Ofício Qualificada: os recorrentes exercem o cargo de administrador em diferentes empresas que atuam no mercado de recicláveis; a responsabilidade pessoal, nos termos do art. 135 do CTN demanda (i) atos praticados com excesso de poder, (ii) infração à lei e (iii) agir em desacordo com o contrato ou estatuto social; no presente estas hipóteses não foram comprovadas pela Fiscalização; 2) Da Impossibilidade de Aplicar Cumulativamente Multa de Ofício e Multa Regulamentar (Isolada): alegou: *“Por fim, é importante destacar que, no caso concreto, a Autoridade Fazendária não só aplicou a malsinada penalidade em razão da suposta emissão/utilização ‘de nota fiscal inidônea, como a cumulou com a multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre o valor do tributo supostamente devido, de modo que lhe foi imposta penalidade inquestionavelmente desproporcional ao suposto prejuízo causado ao erário”*; a multa qualificada (multa de ofício) e a multa regulamentar (multa isolada) têm a mesma natureza, aplicadas com o objetivo de sancionar o contribuinte pela prática de conduta dolosa por impedir ou retardar o conhecimento pela autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal; assim, a exação em discussão deve ser cancelada, tendo em vista que esta não pode coexistir com a multa já aplicada sobre o IRRF, objeto do processo 10872.720118/2018-80.

7) O relatório do Recurso Voluntário interposto pelo responsável solidário Luiz Silva de Melo, às fls. 12186/12187, está incompleto, o que prejudicou o resumo de suas alegações.

Em síntese, é o relatório.

Voto

Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes, Relator.

Os recursos apresentados atendem aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

No entanto, questão preliminar prejudica os seus conhecimentos e julgamentos.

Do exame da decisão recorrida, verificamos que a Autoridade Julgadora de Primeira Instância considerou revéis os seguintes responsáveis solidários: 1) Atomex Indústria, Representação, Assessoria e Comercio de Ligas e Metais Ltda.; 2) BR Metals Comércio de Metais Ltda.; 3) Centro de Distribuição de Produtos Metálicos do Espirito Santo Ltda.; 4) Centro de Distribuição de Produtos Metálicos Minas Gerais Ltda.; 5) - IBM Indústria Brasileira de Metais Ltda.; 6) Prosperita Metal Indústria e Comercio de Metais Ltda.; 7) Receclyn Comércio e Indústria de Metais Ltda.; 8) Recitrans Locação de Bens Móveis Ltda.; e, 9) PPX Indústria e Comércio de Alumínio Ltda., sob o fundamento de que não apresentaram impugnações contra a exigência da multa regulamentar em discussão.

Com exceção da BR Metals Comércio de Metais Ltda., os outros oito responsáveis solidários apresentaram Recurso Voluntário, suscitando preliminarmente a nulidade da decisão recorrida, alegando cerceamento do direito de defesa, pelo fato de aquela Autoridade Julgadora não ter apreciado e julgado as impugnações interpostas tempestivamente por cada um deles.

Nos respectivos recursos voluntários interpostos nesta fase recursal, os referidos recorrentes reproduziram e/ ou juntaram cópias de documentos que, SMJ, provariam a apresentação das impugnações. A Atomex Indústria, Representação, Assessoria e Comercio de Ligas e Metais Ltda. reproduziu no recurso, às fls. 12053, comprovante de postagem da impugnação, bem como cópias às fls. 12064/12065; a Centro de Distribuição de Produtos Metálicos do Espirito Santo Ltda. reproduziu no recurso, às fls. 11994, comprovante de postagem da impugnação, bem como as cópias às fls. 12013/12014; a Centro de Distribuição de Produtos Metálicos Minas Gerais Ltda. reproduziu no recurso, às fls. 12022, comprovante de postagem da impugnação, bem como as cópias às fls. 12044/12045; a IBM Indústria Brasileira de Metais Ltda. alegou no recurso, às fls. 11970/11973, que foi intimada por Edital, agendou perante a RFB um atendimento objetivando a obtenção de cópia integral dos autos, contudo, no atendimento (24/01), as cópias não foram fornecidas sob a justificativa de que o sujeito passivo do processo, no sistema, seria de outra empresas; em face dessa recusa, apresentou petição, Doc. 02 à fls. 11983/11986, requerendo acesso aos autos e, conseqüentemente, a reabertura de prazo para impugnação; contudo, foi surpreendida com a intimação do acórdão recorrido que a considerou revel; reiterou o atendimento integral de sua petição; a Prosperita Metal Indústria e Comercio de Metais Ltda. reproduziu no recurso, às fls. 12292, comprovante de postagem da impugnação, bem como cópias às fls. 12303/12304, e, ainda, anexou às fls. 12305/12340 cópia da que teria sido enviada pelos Correios, bem como o comprovante às fls. 12350/12351; a Receclyn Comércio e Indústria de Metais Ltda. reproduziu no recurso, às fls. 11942, comprovante de postagem da impugnação, bem como cópias às fls. 11962/11963; a Recitrans Locação de Bens Móveis Ltda. reproduziu às fls. 12101 e às fls. 12102/20103 (Doc. 03) que

comprovariam a postagem da impugnação; e, por fim, a PPX Indústria e Comércio de Alumínio Ltda. reproduziu no recurso, às fls. 12274, comprovante de entrega da impugnação, bem como as cópias às fls. 12269/12270 (DOC. 02).

O Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, assim dispõe quanto à nulidade de decisões, literalmente:

Art. 59 - São nulos:

(...)

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou **com preterição do direito de defesa**. (grifo não-original)

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo

(...).

Já a Sumula CARF n.º 71, assim dispõe:

Súmula CARF n.º 71: Todos os arrolados como **responsáveis tributários** na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade. (Vinculante, conforme Portaria MF n.º 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

No presente caso, a falta de análise e julgamento das impugnações apresentadas pelos oito responsáveis solidários, discriminados anteriormente, inclusive, da petição apresentada pelo responsável solidário IBM Indústria Brasileira de Metais Ltda., cerceou os seus direitos de defesa, quanto à infração tributária que lhes foi atribuída, nos termos do inciso II do art. 70.235/72, citado e transcrito.

Em face do exposto, dou provimento parcial aos recursos voluntários para anular a decisão recorrida e determinar o retorno dos autos à Primeira Instância para que sejam analisadas todas as impugnações apresentadas pelos oito responsáveis solidários, considerados revéis naquela decisão, devendo aquela autoridade julgadora manifestar-se expressamente sobre as alegações de todas as impugnantes relacionados neste voto, quanto à real apresentação das impugnações e suas tempestividade, inclusive sobre o requerimento da IBM Indústria Brasileira de Metais Ltda.

(documento assinado digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes