



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

CARF

Processo nº	11234.720119/2020-27
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	1301-006.759 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	21 de fevereiro de 2024
Recorrente	F.B.A FUNDIÇÃO BRASILEIRA DE ALUMÍNIO LTDA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2015, 2016, 2017

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO ACESSO A PROVA.
NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

Incorre em preterição do direito de defesa a decisão recorrida quando proferida sem que o Recorrente tenha acesso às oitivas e escutas telefônicas que fundamentaram o lançamento e o ato decisório, sendo, portanto, nula, nos termos do art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em acolher a preliminar de nulidade, nos termos do voto do Redator *ad hoc*. Vencido o Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, que rejeitou a preliminar.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Iágalo Jung Martins – Relator *ad hoc*

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Iágalo Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Marcelo Jose Luz de Macedo, Eduardo Monteiro Cardoso, Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

Relatório

Com fundamento no § 12 do art. 110 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 2023 (RICARF), fui designado pelo Presidente da Turma como relator *ad hoc*, em face da nomeação da relatora original para integrar o colegiado da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

O presente julgamento teve início na sessão de julgamento de 18.10.2023, quando a então Conselheira Relatora fez a leitura do relatório e apresentou seu voto. Na sequência foi concedida vista a este Conselheiro, sem que os demais tenham votado.

Dessa forma, adoto o relatório e o voto elaborados, este último por concordar com as conclusões da i. Relatora.

Trata-se de recursos voluntários interpostos em face da decisão da 5^a Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 02 que julgou improcedente as impugnações apresentadas contra autos de infração lavrados para exigência de IRPJ, CSLL, Contribuição ao PIS e Cofins, acrescidos de juros, multa de ofício de 75% ou multa de ofício qualificada de 150% e multa por falta de recolhimento de estimativa mensal, referentes aos fatos geradores ocorridos entre janeiro de 2016 e dezembro de 2018.

Os autos de infração foram lavrados em face de F.B.A. FUNDICAO BRASILEIRA DE ALUMINIO LTDA (“FBA”) e foi atribuída responsabilidade tributária, com base no art. 135 do CTN, a MARCIO APARECIDO BANDEIRA, SERGIO JOSE BANDEIRA, MANOEL DO CANTO NETO, VITOR BANDEIRA, PEDRO MACHADO DE OLIVEIRA, GILDEVANDIO MENDONCA DIAS, MARIO MARTINEZ DO CANTO e JOSE ROBERTO MARTINEZ DO CANTO; e, com arrimo no art. 124, I, do CTN, a BANDEIRA INDUSTRIA DE ALUMINIO LTDA e LATASA GARIMPEIRO URBANO NORDESTE COMERCIO DE METAIS LTDA.

O relatório da decisão recorrida descreve detalhadamente as infrações cometidas, razão pela qual adoto-o parcialmente, complementando-o ao final:

“Conforme disposto no Termo de Verificação Fiscal – TVF (fls. 8.167 a 8.370), a Fundição Brasileira de Alumínio Ltda, tem como atividade operacional a fabricação de outras peças e acessórios para veículos automotores (CNAE: 2949-2-99). Sua natureza jurídica é sociedade empresária limitada (Código: 206-2). Seu capital social é de R\$ 103.815.000,00 e tem como único sócio administrador, com 100% de suas quotas, o Sr. Manoel do Canto Neto, sendo responsável por diversas empresas que compõe o GRUPO LATASA.

Apesar de ter obtido receita bruta de R\$181,7 milhões, 227,1 milhões e 310,1 milhões nos anos de 2016, 2017 e 2018, respectivamente, conforme dados extraídos das Escriturações Contábeis Fiscais, a Fiscalizada não declarou em DCTF qualquer valor a título de IRPJ e CSLL nos anos de 2017 e 2018. Já em relação a 2016, chegou a declarar débitos referentes as estimativas de IRPJ e CSLL, todavia, tais valores foram consignados na ECF com saldo negativo dos referidos tributos. Em relação ao PIS e a COFINS, não foram declarados débitos desses tributos nos anos de 2016, 2017 e 2018.

Segundo descrito no TVF, o Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal - Ministério Público do Estado do Ceará (GAESF-MPCE), no âmbito da operação batizada “*OPERAÇÃO ALUMINUM*”, apurou várias irregularidades no fornecedor da fiscalizada, a empresa BANDEIRA INDUSTRIA DE ALUMÍNIO LTDA – CNPJ 09.643.536/0001-08 (BANDEIRA INDUSTRIAL). Foram identificados elementos de que o fornecedor da F.B.A. não tinha capacidade produtiva para dar saídas ao volume de produção constante em seus documentos fiscais, caracterizando a emissão de notas fiscais fictícias.

As informações fiscais e bancárias, obtidas na batizada “*OPERAÇÃO ALUMINUM*”, bem como os documentos e o conteúdo dos equipamentos (computadores, celulares, tablets, mídias) apreendidos por ocasião do cumprimento dos Mandados de Busca e Apreensão, assim como vídeos das oitivas realizadas pelo MPCE e áudios de escutas telefônicas foram objeto de compartilhamento com a Receita Federal, com o devido amparo judicial.

As decisões judiciais que autorizaram a apreensão das documentações, foram expedidas nos autos dos processos abaixo relacionados e juntadas ao processo administrativo fiscal: - Processo nº 000407-07.2018.8.06.0107 - Vara única da Comarca de Jaguaribe-CE; - Processo nº 0118948-89.2019.8.06.0001 – Comarca de Fortaleza – Vara de Delitos de Organizações Criminosas.

Diversos investigados foram presos preventivamente ou temporariamente. Na ocasião foram realizadas as oitivas dos mesmos, assistidos por seus advogados, perante o Promotor de Justiça do MPCE. A todos foi esclarecido o direito constitucional de permanecer em silêncio. Os vídeos referentes as oitivas, por questões técnicas, foram compactados em diversos volumes e juntados ao processo administrativo fiscal (e-processo), podendo ser baixados e descompactados.

As interceptações telefônicas, também autorizadas e compartilhadas judicialmente, foram objeto de análise por parte do fisco federal. Documento com a transcrição/resumo das escutas, bem como o áudio integral das chamadas telefônicas que contém elementos de prova para a presente autuação e apuração de crimes previstos na legislação penal, da mesma foram juntados ao processo administrativo fiscal.

A Autoridade Fiscal, de posse de os elementos de prova citados, conseguiu descrever o *modus operandi* criminoso que visava reduzir o pagamento de tributos federais e estaduais ao longo da cadeia produtiva do alumínio secundário com a utilização de uma grande teia de empresas e laranjas.

O processo produtivo da BANDEIRA INDUSTRIAL foi objeto de auditoria in loco, por parte da Autoridade Fiscal, onde contactou-se que a empresa comprava sucata de diversos fornecedores e fundia essa sucata em seus fornos, transformando a sucata em tarugos e lingotes, produtos intermediários da cadeia produtiva do alumínio.

Essa atividade gera débitos de IPI, PIS e COFINS por suas saídas, porém na aquisição de insumos (sucata) não existe o direito a se creditar.

Com relação ao IPI, relativamente à fiscalizada FBA FUNDIÇÃO, CNPJ 03.889.440/0001- 30, há aplicação da suspensão prevista no Art. 136, V, do RIPI (Decreto 7.212/2010).

Logo, para reduzir os tributos devidos no âmbito federal, havia a necessidade de se gerar créditos de PIS, COFINS e IPI através de aquisições fictícias de produtos industrializados. Diante da citada necessidade, foi utilizada uma rede de empresas noteiras de modo a fazer frente às necessidades da BANDEIRA INDUSTRIAL. Essas necessidades de créditos iam além de satisfazer suas saídas de produção própria, mas deveriam suprir, também, a emissão de documentos fiscais de saída frios, em benefício de terceiros.

A empresa BANDEIRA INDUSTRIAL possui uma balança rodoviária com capacidade para 60ton, onde são pesados os caminhões que transportam as mercadorias, com o objetivo de se ter um controle da quantidade (em Kg) de sucata adquirida e da saída da mercadoria produzida. Esse equipamento é interligado a um computador e impressora, onde, através de um software denominado *Guardian*, são registradas as pesagens e emitidos tickets de pesagem a serem impressos para controle da empresa.

Em uma das oitivas, o Sr. Pedro Machado de Oliveira, gerente da BANDEIRA INDUSTRIAL, afirma que mandava os tickets de pesagem para São Paulo para que os pagamentos fossem providenciados aos fornecedores, além de afirmar que “tudo que sai, passa pela balança”. Concluiu-se também que os registros de pesagem estão mais compatíveis com a produção média da Bandeira Industrial indicada pelo Sr. Pedro em sua oitiva, 450 a 600 ton/mês. Ademais, conversas de SKYPE capturadas entre funcionários do GRUPO BANDEIRA, revelam a intenção de forjar tickets de pesagem e fichas de expedição. A conversa revela que Dalla (funcionária do Grupo Bandeira), fazia os (tickets) das notas que não saiam, reforçando a suspeita de que tickets de pesagem de operações fictícias foram fornecidos à fiscalização. Logo, contatou-se que a quantidade de entradas e saídas de mercadorias registradas pela balança é muitas vezes inferior ao montante de mercadorias constantes nas notas fiscais, apontando para a existência de Nfe frias. Da mesma forma, não há outra conclusão, senão a de que diversos tickets foram forjados para serem fornecidos à fiscalização, a partir de informações existentes em Nfe também fictícias com único intuito de ludibriar o fisco.

Deparando-se com a falta do livro de registro de produção da BANDEIRA INDUSTRIAL, a Fiscalização lançou-se a buscar outros elementos de prova da real produção da BANDEIRA. Essa análise visou demonstrar que a BANDEIRA INDUSTRIAL não tem capacidade para dar saída às mercadorias que constam em suas Nfe de venda, havendo, portanto, indícios de Nfe forjadas.

Verificou-se que a capacidade máxima teórica de produção da BANDEIRA INDUSTRIAL considerando os fornos instalados (com funcionamento 6 dias por semana x 24h) seria de 2.340 ton./mês (54 ton/dia de tarugos e 36 ton/dia lingotes), conforme termo de declaração do gerente de produção Sr. Pedro Machado de Oliveira obtido durante diligência fiscal.

Foi feita a consolidação das informações coletadas pela fiscalização, sendo possível se chegar à produção média da BANDEIRA INDUSTRIAL em Kg. No período analisado, desconsiderando os meses em que os dados se encontram incompletos, chegou-se a uma produção média real de 486,2 toneladas/mês dos produtos lingote e tarugo de alumínio.

Além disso, planilhas, com valores mensais de produção foram localizadas nos computadores apreendidos. As planilhas apontam valores mensais de 450ton/mês a 692ton/mês de mercadorias produzidas. Contudo, tais valores são incompatíveis com saídas de produtos acabados constantes nas Nfe. Os valores reais da produção mensal da indústria convergem para valores entre 450 e 600ton/mês, muito abaixo dos valores médios de 3.367,4 ton/mês presentes nas notas fiscais de venda.

Concluiu-se que a quantidade de mercadorias (em toneladas), indicadas nas notas fiscais de venda emitidas pela BANDEIRA INDUSTRIAL, não condizem com a realidade, havendo divergências entre essas notas e os demais registros obtidos. Logo, ficou evidente que foram forjados documentos fiscais de saída por parte da BANDEIRA INDUSTRIAL.

A necessidade de dar veracidade à prática delituosa envolveu também a criação e utilização de duas transportadoras em nomes de laranjas: ECOLOG TRANSPORTES E LOGISTICA (23.053.904/0001-01) e SMARTLOG TRANSPORTES E LOGISTICA (26.277.486.0001-01). Com as transportadoras criadas, foi possível gerar conhecimentos de transporte (Cte) fictícios se valendo de uma lista de placas de veículos e motoristas reais ou fictícios.

Com relação a essa “logística” de transporte, foram encontradas divergências nas notas emitidas pela BANDEIRA INDUSTRIAL, onde constam os CPFs e nomes dos motoristas consignados nas notas fiscais. Essas divergências apontam para CPFs que sequer constam na base da Receita Federal.

Outra grande quantidade se refere a nomes de motoristas informados em documento fiscal que não guardam relação com o nome constante na base da RFB. Há casos ainda em que foram informados CPFs de motoristas cuja idade seria incompatível com a habilitação para dirigir. Ficou demonstrado que essas empresas de transporte, abertas em nome de laranjas, serviam para propiciar a emissão de conhecimentos de transporte (Cte) fraudulentos, bem como movimentar os recursos financeiros do grupo.

Ressalta-se que em uma operação de compra e venda realizadas entre estabelecimentos localizados em diferentes estados, é de se supor que o transportador realize a parada obrigatória em postos fiscais de divisa a fim de que seja feita a verificação documental (DANFE, CTe, Manifesto de Carga) e/ou física da mercadoria. Nessa parada obrigatória, é realizada a selagem (selo de trânsito), seja físico ou virtual, conforme determina a legislação estadual.

Com a posse de Nfe e Cte fictícios, a Autoridade Fiscal solicitou à SEFAZ-CE o registro (selagem) das NFe, a posteriori, fora dos postos fiscais de divisa do Estado do Ceará, sem circulação de mercadoria alguma. Juntando esses elementos com os tickets de pesagem forjados fornecidos ao fisco (Vide tópico 8.3), foi possível produzir uma série de “provas” documentais de supostas operações de compra e venda de mercadorias que nunca se realizaram.

Para operar esse complexo esquema, mediante utilização de uma rede de empresas, surge a figura do Sr. GILDEVÂNDIO MENDONÇA DIAS (CPF 955.837.343-53), conhecido como Vando. Ele era ex-funcionário da empresa BANDEIRA INDUSTRIAL, tendo sido classificador de sucata e gerente de produção. Antes da participação de Gildevândio como “consultor” para o Grupo Bandeira, a partir de 2014, o esquema de geração de créditos fiscais fictícios já existia. O próprio Vando afirma em sua oitiva que, no início, recebia por email notas fiscais fictícias para incluir na apuração da Bandeira Industrial, de forma a reduzir os encargos de ICMS, PIS, COFINS e IPI.

A fiscalização também se deparou com divergências entre os valores constantes em Nfe e os pagamentos/recebimentos em contrapartida pelas supostas operações comerciais realizadas entre a fiscalizada FBA FUNDIÇÃO e o fornecedor BANDEIRA INDUSTRIAL. No ativo circulante da BANDEIRA INDUSTRIAL, no grupo 112 - Contas a Receber, 11201 - Duplicata a Receber, consta a subconta 112010005 – FBA FUNDIÇÃO BRASILEIRA DE ALUMÍNIO LTDA, que ao longo dos anos de 2016 e 2017, teve seus saldos finais acrescidos de forma exorbitante, o que denota a artificialidade das operações de compra e venda. Tanto que no final do ano de 2017 (última contabilidade apresentada pela BANDEIRA INDUSTRIAL), o saldo acumulado na conta apresentava o valor de R\$ 84.235.977,24 em valores a receber.

Destaca-se que o procedimento fiscal se limitou a auditar as operações envolvendo o suposto fornecimento, pela BANDEIRA INDUSTRIA DE ALUMÍNIO, de produtos de fabricação própria à fiscalizada F.B.A. FUNDIÇÃO BRASILEIRA DE ALUMÍNIO LTDA.

Conforme relatado no TVF, ocorreram diversas operações simuladas culminando com a troca de notas fiscais envolvendo empresas do grupo LATASA no Estado do Ceará. Essas operações de saída simuladas envolveram a empresa LATASA GARIMPEIRO (CNPJ 27.263.325/0002-02), empresa do grupo LATASA localizada em Eusébio-CE. Tal empresa atua no ramo de captação de sucata para o GRUPO LATASA, grupo que, da mesma forma que a BANDEIRA, processa sucata, transformando-a em outros produtos intermediários e acabados da cadeia produtiva do alumínio.

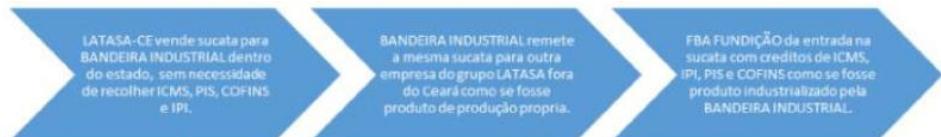
A operação visava simular uma venda de sucata da LATASA-CE para a BANDEIRA INDUSTRIAL no CE. Ato contínuo, a BANDEIRA INDUSTRIAL “vende” a mesma sucata ou produto de fabricação própria para outra empresa do grupo LATASA fora do estado do Ceará. A operação usava a BANDEIRA INDUSTRIAL como interpresa para

dar saída da mercadoria do estado em uma operação de troca de notas fiscais, pois a BANDEIRA INDUSTRIAL é beneficiária de incentivo fiscal de ICMS, além de ter todo um lastro garantido de créditos fictícios de IPI, PIS e COFINS, por suas aquisições, proveniente de uma rede de noteiras.

Consta no TVF trecho de interceptação telefônica, onde Pedro Machado de Oliveira, gerente da Bandeira Industrial conversa com o responsável pelo transporte da mercadoria da LATASA sobre a troca de notas fiscais:

ESCUITA TELEFÔNICA	<p>25/03/2019 13:40:01 PEDRO x YURI (Transportadora Expresso Alumínio) – Pedro fala do esquema de troca de notas da LATASA por notas da BANDEIRA.</p> <p>YURI pergunta a PEDRO se a carga foi conferida e se está tudo certo e pode seguir desta forma. PEDRO fala que esse material só troca a nota. QUE não tem como falar. QUE só passam para trocar a nota e ninguém confere nada. QUE o material é da LATASA. PEDRO fala que se precisar assinar algo, ele (PEDRO) assina. Mas não sabe, porque pode dar algum problema e sobrar pra ele. YURI pergunta se o material chegou a ser pesado. PEDRO responde que YURI sabe que esse material não é descarregado. QUE é feito apenas a troca de nota.</p>
--------------------	--

Graficamente, o fluxo da operação simulada se dava da seguinte forma, em uma espécie de triangulação:



Com respeito às operações, o TVF destacou a fala do Sr. Pedro Machado, gerente da BANDEIRA INDUSTRIAL, que em sua oitiva esclarece: "A Bandeira compra sucata da Latasa Eusébio e revende para Latasa SP (a mesma sucata). O caminhão saía do Eusébio passava pela empresa em Jaguaribe, era conferido lacre da mercadoria, recebia outra nota, e o caminhão seguia viagem com a NFe da Bandeira para SP. Não havia processamento".

Contatou-se que as saídas de mercadoria da BANDEIRA INDUSTRIAL poderiam ser sucata ou produto industrializado conforme o gosto, sendo as “aquisições” sempre de sucata. No caso de saída de produtos industrializados, a operação de industrialização simulada transformou a BANDEIRA INDUSTRIAL em uma verdadeira fábrica de créditos fiscais fictícios. A mercadoria (sucata) entrava sem créditos fiscais na planta da BANDEIRA INDUSTRIAL e com uma simples troca de notas fiscais, seguia viagem com créditos fiscais forjados. Corroborando com a afirmação, foi compartilhado pelo fisco estadual (e juntado ao processo administrativo fiscal) auto de infração de trânsito lavrado em desfavor da Bandeira Industria de Alumínio LTDA, no posto fiscal de Penaforte-CE, onde verificou-se a não compatibilidade das mercadorias transportadas com o DANFE apresentado; identificando que a mercadoria na verdade era sucata, com nota fiscal de produto industrializado.

A Autoridade Fiscal também relacionou as Nfe interestaduais com ausência de registros de passagem ou que tenham tido única e exclusivamente selagem realizada em Núcleos de Atendimento da SEFAZ-CE. Ficou evidenciado, por todo o contexto, que se tratavam de notas frias que não guardavam relação com uma real circulação de mercadorias. Essas operações fictícias podem ser facilmente identificadas quando da análise dos registros de passagem. A ausência destes, no caso de operações interestaduais atesta uma operação inexistente, ou seja, trata-se de uma Nfe graciosa, emitida apenas para que o destinatário se credite dos tributos não cumulativos.

Comprovou-se que a BANDEIRA INDUSTRIAL também fornecia Nfe para acobertar operações de terceiros, sem emissão de documento fiscal, onde a mercadoria sequer transitava pelo estado do Ceará. Citou a exemplo da Nfe 12.927 de emissão da BANDEIRA INDUSTRIAL tendo como adquirente a FBA FUNDIÇÃO. Neste caso foi

identificada a informação da suposta existência transbordo de carga. As informações complementares da Nfe informam que a mercadoria seria supostamente transportada pela SMARTLOG (transportadora do grupo Bandeira, em nome de laranjas) de Jaguaribe- CE até Itaquaquecetuba-SP. De lá, seria realizada a entrega no endereço da FBA FUNDIÇÃO em Tatuí- SP. Ocorre que na citada Nfe não há registro de passagem no primeiro trajeto de Jaguaribe-CE até Itaquaquecetuba-SP e em nenhum outro estado do Nordeste no percurso. Os registros existentes, neste caso, são do estado de MG, em praças de pedágio.

Foi elaborada a seguinte tabela (fls. 8.220 e 8.221) como o resumo da análise da Fiscalização, relativa às Nfe de emissão da BANDEIRA INDUSTRIAL e destinadas a F.B.A. FUNDIÇÃO BRASILEIRA DE ALUMÍNIO LTDA, e serviu de subsídio para o lançamento: (...)

O relatório contendo o rol de todas as notas fiscais de emissão da BANDEIRA INDUSTRIAL e destinadas à fiscalizada e a indicação individual dos critérios de análise ali apontados encontra-se juntada ao processo administrativo fiscal.

A Fiscalização concluiu que, de acordo com a legislação vigente, não restam dúvidas de que as despesas computadas na apuração do resultado da fiscalizada, amparadas por Notas Fiscais frias ou inidôneas, são passíveis de glosa, com impactos na apuração do IRPJ e da CSLL. Da mesma forma, deverão ser glosados os créditos utilizados na apuração não cumulativa do PIS, da COFINS, uma vez que as mesmas notas fiscais frias também foram utilizadas para a redução indevida desses tributos, conforme análise da EFD-Contribuições.

Identificadas as Nfe de emissão da BANDEIRA INDUSTRIAL que não correspondem à saída efetiva do produto nela descrito (notas frias ou inidôneas), também foi aplicada a sanção prevista no Art. 572, inciso II do RIPI em valor comercial ou igual ao que lhe foi atribuído na nota fiscal recebida e utilizada para registro e cômputo de custos pela fiscalizada. No Anexo VI consta a relação de notas fiscais inidôneas registradas nas ECD's do período 2016/2018; por sua vez, o demonstrativo de apuração da multa consta do Auto de Infração.

Em virtude da glosa de custo, procedeu-se a apuração dos valores devidos de IRPJ e CSLL sobre a base de cálculo estimada, sendo que nos meses em que os valores devidos de IRPJ e CSLL sobre a base de cálculo estimada for maior que os valores declarados, cabe a aplicação de multa prevista no art. 44 da Lei 9.430/1996.

As apurações do IRPJ e da CSLL sobre a base de cálculo estimada para o período 01/2016 a 12/2018, bem como o valor das multas nos meses em que o contribuinte deixou de recolher/declarar total ou parcialmente os valores devidos constam nos anexos VII e VIII.

A Autoridade Fiscal aplicou a multa qualificada de 150% por entender que se trata de hipótese capitulada no art. 71, 72 e 73 da Lei N° 4.502/64.

A fiscalização arrolou como responsáveis solidárias as empresas BANDEIRA INDUSTRIA DE ALUMÍNIO e LATASA GARIMPEIRO URBANO NORDESTE COMÉRCIO DE METAIS LTDA.

Segundo descrito no TVF, a BANDEIRA INDUSTRIA DE ALUMÍNIO cometeu, dolosamente, diversas práticas delituosas com o objetivo de manipular a ocorrência do fato gerador da obrigação principal. Assim, essa participação consciente e ativa da referida empresa está enquadrada no art. 124, inciso I do CTN. Portanto, ela deve ser incluída no polo passivo da relação tributária como responsável solidário.

Com relação a LATASA GARIMPEIRO URBANO NORDESTE COMÉRCIO DE METAIS LTDA, foram detectadas operações simuladas envolvendo a troca de notas

fiscais. Tais operações envolveram empresas do grupo LATASA no Ceará e a BANDEIRA INDUSTRIAL.

As operações ocorreram através da filial da empresa LATASA GARIMPEIRO no estado do Ceará (CNPJ 27.263.325/0002-02). Esta empresa atua no ramo de captação de sucata para o GRUPO LATASA, grupo que, da mesma forma que a BANDEIRA, processa sucata, transformando-a em outros produtos intermediários e acabados da cadeia produtiva do alumínio.

Em resumo, o objetivo era simular uma venda de sucata da LATASA-CE para a BANDEIRA INDUSTRIAL no CE. Em seguida, a BANDEIRA INDUSTRIAL “vende” a mesma sucata ou produto de fabricação própria para outra empresa do grupo LATASA fora do estado do Ceará. A operação usava a BANDEIRA INDUSTRIAL como interposta para dar saída da mercadoria do estado em uma operação de troca de notas fiscais.

Constatou-se que a empresa LATASA GARIMPEIRO agiu dolosamente no sentido de manipular a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, pelo que o interesse comum decorre da participação ativa e consciente no ato ilícito. Sendo, portanto, causa de inclusão da empresa no polo passivo da relação tributária como responsável solidário. (...)

Conforme descrito no TVF, Gildevândio Mendonça Dias era o operador do esquema para o grupo empresarial ou grupo Bandeira. Ele figurava como sócio, ou administrador, interposta pessoa, de diversas empresas noteiras utilizadas para injetar créditos na BANDEIRA INDUSTRIAL e outras empresas do GRUPO BANDEIRA.

Arregimentava parentes e amigos para figurar como laranjas no quadro societário de diversas empresas e respectivas contas bancárias. Montou e coordenou centro operacional (UNITY) de onde eram transmitidas as escritas contábeis e fiscais de acordo com as necessidades do grupo Bandeira. Coordenavaativamente a operação de fabricação de Nfe fictícias atendendo às necessidades do Grupo Bandeira, mantendo controle do saldo credor/devedor de tributos a pagar em favor das empresas do grupo. Gerenciava os recursos financeiros destinados a manter o esquema em operação, realizando pagamentos de laranjas, aluguéis, contadores e servidores públicos envolvidos. Atuava como intermediário entre o grupo operacional e o grupo empresarial, se reportando diretamente à Vitor Bandeira, prestando assessoria especializada com claro intuito de evasão fiscal e fraude à lei.

Por todo o exposto, a Fiscalização concluiu que Gildevândio Mendonça Dias atuou com excesso de poderes, em flagrante infração à lei e contrato social, devendo ser responsabilizado pelos tributos devidos, nos termos do Art. 135 da lei 5172/66.

Com relação aos terceiros Vitor Bandeira, Marcio Aparecido Bandeira e Sérgio José Bandeira, todos enquadrados como responsáveis tributários com base no art. 135 do CTN, a Fiscalização constatou que Vitor Bandeira é administrador de fato dos negócios da família Bandeira no Nordeste, filho de Marcio Aparecido Bandeira, administrador de direito da Bandeira Indústria de Alumínio e sobrinho de Sergio Bandeira, irmão de Marcio e sócio da empresa. Verificou-se que os operadores do esquema se reportavam a Vitor Bandeira o qual tinha a palavra final em relação aos negócios da BANDEIRA INDUSTRIA DE ALUMINIO.

Já Marcio Aparecido Bandeira era sócio administrador, de direito, da Bandeira Indústria de Alumínio, conforme contratos sociais. A investigação aponta que Vitor Bandeira, seu filho, de fato exercia a administração da empresa. Vitor Bandeira alega em sua oitiva que seu tio Sergio Bandeira era responsável pela logística e participava do conselho das empresas ao lado de seu pai Marcio Bandeira.

No caso de Sergio José Bandeira, verificou-se que era sócio da Bandeira Industria de Alumínio e responsável pela logística do Grupo Bandeira. A atividade de logística permitia a Sergio Bandeira ter ciência e gerência de coletas, entregas e Nfe envolvidas nas movimentações de mercadorias. Inúmeros e-mails obtidos através de perícia nos computadores da Unity Assessoria Contábil comprovam que a prática era comum. Nos e-mails, SERGIO JOSÉ BANDEIRA informa as notas fiscais utilizadas em cada operação de transporte.

Com relação a Pedro Machado de Oliveira, constatou-se que ele tomava ciência e participava, ativamente, pelo menos em parte, das operações simuladas de industrialização fictícia envolvendo troca de Notas Fiscais, realizadas pela Bandeira Industrial. Com respeito às operações, em sua oitiva, esclarece que: “A Bandeira compra sucata da Latasa Eusébio e revende para Latasa SP (a mesma sucata). O caminhão saía do Eusébio passava pela empresa em Jaguaribe, era conferido lacre da mercadoria, recebia outra nota, e o caminhão seguia viagem com a NFe da Bandeira para SP. Não havia processamento”. Desta forma, concluiu-se que Pedro Machado de Oliveira agiu dolosamente, de forma comissiva, atuando como interposta pessoa, com excesso de poderes, em flagrante infração à lei e contrato social, devendo ser responsabilizado pelos tributos devidos, nos termos do art. 135 da lei 5172/66 (Código Tributário Nacional-CTN).

Manoel do Canto Neto, é administrador da empresa F.B.A – Fundição Brasileira de Alumínio Ltda (CNPJ nº 03.889.440/0001-30) desde setembro de 2015, conforme consta nos Atos constitutivos e Alterações apresentados pelo contribuinte em resposta ao Termo de Início do Procedimento Fiscal, tendo amplos poderes gerenciais, mas também o dever de agir em conformidade com as leis e o contrato social da empresa. No entanto, a empresa dirigida por Manoel participou ativamente de esquemas delituosos. Apesar dos vários fatos delituosos apontados, o Sr. Manoel do Canto Neto, como administrador, que sabia ou deveria saber do esquema aqui descortinado de aquisição de mercadorias da empresa Bandeira Industrial mediante notas fiscais frias, não adotou ações para coibir tais práticas. Sendo assim, o referido administrador foi arrolado como responsável tributário com base no art. 135 do CTN.

Mario Martinez do Canto é administrador da empresa Latasa Garimpeiro Urbano Nordeste Comércio de Metais Ltda (CNPJ 27.263.325/0001-13), conforme consta no cadastro da empresa na RFB e na Junta Comercial do Estado do Espírito Santo, e como administrador, Mario Martinez deveria ter agido com observância das normas legais e também do contrato social da empresa. Contudo, a empresa dirigida por Mário Martinez participou de um esquema de simulação na venda de sucatas, pois, parte das notas fiscais emitidas pela Bandeira para a empresa FBA era apenas para acompanhar os produtos que vinham da empresa do Grupo Latasa sediada no Ceará, no caso, LATASA GARIMPEIRO NORDESTE, CNPJ Nº 27.263.325/0002-02, com destino à fiscalizada, notas fiscais estas, que em muitos casos se quer tinham passagem pelos postos fiscais estaduais de fronteira.

Logo, ficou claro que Mário Martinez do Canto agiu dolosamente, de forma comissiva, atuando com excesso de poderes na gestão da fiscalizada, em flagrante infração à lei e contrato social, devendo ser responsabilizado pelos tributos devidos, nos termos do art. 135 do CTN.

Com relação a José Roberto Martinez do Canto, ficou evidente que sua empresa participou de um esquema de simulação na venda de sucatas, pois, parte das notas fiscais emitidas pela Bandeira para a empresa FBA era apenas para acompanhar os produtos que vinham da empresa do Grupo Latasa sediada no Ceará, no caso, LATASA GARIMPEIRO NORDESTE, CNPJ Nº27.263.325/0002-02, com destino à fiscalizada, notas fiscais estas, que em muitos casos se quer tinham passagem pelos postos fiscais estaduais de fronteira. Que apesar dos vários fatos delituosos cometidos pela empresa na gestão do Sr. José Roberto Martinez do Canto, o qual sabia ou deveria saber do esquema aqui descortinado, não adotou ações para coibir tais práticas. Sendo assim, o

referido administrador foi arrolado como responsável tributário nos termos do Art. 135 da lei 5172/66 (Código Tributário Nacional-CTN).

Por fim, caracterizados os fatos que, em tese, constituem crime contra a ordem tributária, nos termos da lei nº 8.137/90, a não regularização do presente débito, ensejará o encaminhamento de Representação Fiscal para Fins Penais ao Ministério Público Federal depois do encerramento do prazo legal para cobrança amigável, ou seja, depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário relacionado ao ilícito penal” (grifei).

Cumpre ressalvar, apenas, que, com relação à Contribuição ao PIS e à Cofins, a infração imputada ao contribuinte não foi apenas de créditos descontados indevidamente, mas, também, de insuficiência de recolhimento relativa aos fatos geradores de 31.01.2016 e 30.04.2016, nos quais o contribuinte apurou contribuições a pagar nas EFD, mas não as declarou em DCTF, o que ensejou a exigência das referidas contribuições, acrescidas de multa de ofício de 75%.

Intimados, FBA, MÁRIO MATINEZ DO CANTO, JOSÉ ROBERTO MARTINEZ DO CANTO, MANOEL DO CANTO NETO e LATASA GARIMPEIRO URBANO NORDESTE COMÉRCIO DE METAIS LTDA apresentaram uma impugnação única, sustentando, em resumo: (i) que a segregação dos autos de infração em dois processos administrativos distintos, de números 11234.720119/2020-27 e 11234.720089/2020-59, afeta o direito à ampla defesa, caracteriza abuso de poder de fiscalização e viola o artigo 2º, I, item “e” da Portaria RFB nº 1.668/2016; (ii) erro na identificação da matéria tributável, tendo em vista que a glosa de custos teve por base o art. 82 da Lei nº 9.430/96, a BANDEIRA estava e está apta no Cadastro Geral de Contribuintes, o que viola o art. 142 do CTN e o artigo 10, inciso IV, do Decreto nº 70.235/72, tornando nulo o auto de infração e violando os princípios da legalidade e da ampla defesa; (iii) que a autuação foi realizada com base em premissa equivocada, tendo em vista que atribuiu caráter falsamente criminal às etapas do processo de reciclagem, quando, na realidade, houve racionalização das atividades empresariais entre FBA, LATASA e BANDEIRA; (iv) que as provas acostadas aos autos tratam das operações da BANDEIRA, mas não apontam que as operações tidas como fraudulentas envolvem a LATASA e a FBA; (v) que, nos termos do Tema 272 do STJ, o adquirente de boa-fé não pode sofrer as consequências das notas fiscais posteriormente consideradas inidôneas pelo Fisco; (vi) impossibilidade de cumulação de multa isolada por falta de recolhimento de estimativa com multa de ofício; (vii) a ausência de correlação entre a conduta do contribuinte e o fato imputável para fins de qualificação da multa de ofício, o que viola artigo 10, III e IV do Decreto nº 70.235/72; (viii) a ilegalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e da Contribuição ao PIS; (ix) a impossibilidade de cumulação da multa regulamentar do IPI, da multa de ofício qualificada e da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas; (x) ilegitimidade passiva da LATASA em razão da ausência de nexo causal para a imputação de responsabilidade com base no art. 124, I, do CTN; (xi) a Fiscalização atribuiu à Latasa Espírito Santo atos supostamente praticados pela LATASA Ceará, o que viola o artigo 10, I, III e IV do Decreto nº 70.235/72, por qualificar erroneamente o autuado, descrever fato que não foi por ele praticado e não descrever a disposição legal infringida capaz de responsabilizá-lo; (xii) inaplicabilidade da solidariedade às pessoas físicas por desrespeito do teor do artigo 135 do CTN; (xiii) ausência de caputulação legal específica dentre as hipóteses do art. 135 para atribuição de responsabilidade; (xiv) impossibilidade de atribuição de responsabilidade tributária apenas em razão de uma pessoa física figurar como sócio de uma empresa e ausência de prova individualizando a conduta de

cada sócio com os fatos indicados; (xv) a confiscatoriedade e a irrazoabilidade das multas aplicadas; e (xvi) a necessidade de redução das multas aplicadas com base na equidade.

VITOR BANDEIRA, igualmente, apresentou impugnação, alegando, em resumo, (i) nulidade das provas, tendo em vista que os arquivos de áudio juntados pela Fiscalização estão corrompidos, o que impossibilita a ampla defesa e o contraditório e enseja a anulação do auto de infração por violação ao artigo 9º do Decreto nº 70.235/72; (ii) que a segregação dos autos de infração em dois processos administrativos distintos, de números 11234.720119/2020-27 e 11234.720089/2020-59, afeta o direito à ampla defesa, caracteriza abuso de poder de fiscalização e viola o artigo 2º, I, item “e” da Portaria RFB nº 1.668/2016; (iii) inaplicabilidade da solidariedade à VITOR BANDEIRA por desrespeito ao teor do art. 135 do CTN; (iv) a tentativa de imputação de responsabilidade se baseia em conversas telefônicas realizadas por terceiros, que, desacompanhadas de outros elementos de provas, não são suficientes para formar convicção sobre o fato imputado; (v) que não foi demonstrada a prática pessoal de ato com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto na gestão da sociedade BANDEIRA; (vi) ausência de capitulação legal específica dentre as hipóteses do art. 135 para atribuição de responsabilidade; (vii) impossibilidade de atribuição de responsabilidade tributária apenas em razão de uma pessoa física figurar como sócio de uma empresa; (viii) erro na identificação da matéria tributável, tendo em vista que a glosa de custos teve por base o art. 82 da Lei nº 9.430/96, a BANDEIRA estava e está apta no Cadastro Geral de Contribuintes, o que viola o art. 142 do CTN e o artigo 10, inciso IV, do Decreto nº 70.235/72, tornando nulo o auto de infração e violando os princípios da legalidade e da ampla defesa; (ix) que a autuação foi realizada com base em premissa equivocada, tendo em vista que atribui caráter falsamente criminal às etapas do processo de reciclagem, quando, na realidade, houve racionalização das atividades empresariais entre FBA, LATASA e BANDEIRA; (x) a impossibilidade de cumulação da multa de ofício qualificada e da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas; (xi) a ilegalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e da Contribuição ao PIS; (xii) a impossibilidade de cumulação da multa regulamentar do IPI, da multa de ofício qualificada e da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas; (xiii) a confiscatoriedade e a irrazoabilidade das multas aplicadas; e (xiv) a necessidade de redução das multas aplicadas com base na equidade.

SÉRGIO JOSÉ BANDEIRA apresentou impugnação, sustentando, em síntese: (i) ausência de demonstração dos requisitos do art. 135 do CTN, tendo em vista que a autuada, responsável principal pelo crédito tributário ora constituído, é empresa F.B.A Fundição Brasileira de Alumínio Ltda, e não a Bandeira Indústria de Alumínio Ltda, de forma que, para a responsabilização do Sr. Sérgio, faz-se necessário demonstrar sua relação com a F.B.A., e não com a Bandeira; e (ii) é inviável que tenha agido com excesso de poderes, haja vista que este não tem poder algum sobre a autuada, da mesma forma que é inviável que tenha agido com infração de lei, contrato social ou estatutos, tendo em vista que sequer fazia parte do quadro societário da empresa autuada.

MÁRCIO APARECIDO BANDEIRA apresentou impugnação alegando (i) o fato de haver, nas conversas grampeadas, a menção do nome do deficiente algumas vezes não é suficiente para caracterizar seu envolvimento direto nas operações supostamente fraudulentas; (ii) ausência de demonstração dos requisitos do art. 135 do CTN, tendo em vista que a autuada, responsável principal pelo crédito tributário ora constituído, é empresa F.B.A Fundição Brasileira de Alumínio Ltda, e não a Bandeira Indústria de Alumínio Ltda, de forma que, para a

responsabilização do Sr. Sérgio, faz-se necessário demonstrar sua relação com a F.B.A., e não com a Bandeira; (iii) é inviável que tenha agido com excesso de poderes, haja vista que este não tem poder algum sobre a autuada, da mesma forma que é inviável que tenha agido com infração de lei, contrato social ou estatutos, tendo em vista que sequer fazia parte do quadro societário da empresa autuada.

Por fim, BANDEIRA INDÚSTRIA DE ALUMÍNIO LTDA apresentou sua impugnação, sustentando, em síntese, que (i) o relato infracional tem um foco praticamente exclusivo na análise de conversas grampeadas, quando, na verdade, isso é uma função do Poder Judiciário; (ii) a comprovação de falta de capacidade produtiva da empresa não ocorreu, sendo baseada apenas em presunções, não se pode inferir que tenha havido créditos indevidos de PIS/COFINS ou de IPI; (iii) a ausência de pesagem e selagem das mercadorias nos transportes é uma falha da fiscalização e não uma conduta fraudulenta da empresa; (iv) não é possível responsabilizar a defendant por ato de outra empresa, tendo em vista que a defendant sequer tinha participação no quadro societário da autuada, nem muito menos controle algum sobre suas operações; e (iv) Bandeira não era a única fornecedora da F.B.A., de forma que podem sim haver outros fornecedores inidôneos, não havendo provas cabais de que todos os créditos indevidos de IPI ou PIS/COFINS são provenientes de mercadorias fornecidas pela empresa.

Sobreveio a decisão da DRJ, que julgou improcedente as impugnações, nos termos da ementa abaixo:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Período de apuração: 01/01/2016 a 31/12/2018

NULIDADE DO LANÇAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA.

Presentes os requisitos legais da notificação e inexistindo ato lavrado por pessoa incompetente ou proferido com preterição ao direito de defesa, descabida a arguição de nulidade do feito.

PRELIMINAR. NULIDADE. PROVA EMPRESTADA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. OBSERVÂNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO.

É lícita a utilização, pelo Fisco, de documentos e/ou informações obtidos por outras autoridades fiscais, administrativas ou judiciais para efeito de lançamento, desde que os mesmos guardem pertinência com os fatos geradores e os sujeitos passivos que foram objeto da autuação e que tenha sido dada ciência aos contribuintes dos documentos carreados aos autos, no sentido de possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa.

AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DA MATÉRIA TRIBUTÁVEL DO LANÇAMENTO. VÍCIO MATERIAL.

Só deve ser anulado, por víncio material, o lançamento realizado sem a determinação da matéria tributável. A ausência da motivação que explique os fundamentos do lançamento impossibilita a verificação da ocorrência do próprio fato gerador.

CONCOMITÂNCIA DE APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO COM MULTA ISOLADA. POSSIBILIDADE.

É cabível a aplicação de multa isolada, decorrente de falta de pagamento de estimativas mensais, concomitantemente com multa de ofício, referente ao tributo devido e não

pago ao final do período de apuração anual, uma vez tratarem-se de hipóteses punitivas distintas.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351/2007 no art. 44 da Lei n.º 9.430/96 deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável.

LEI. FUNDAMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO OU INOBSERVÂNCIA. VEDAÇÃO AOS ÓRGÃOS DE JULGAMENTO ADMINISTRATIVO.

Ressalvadas as hipóteses, não configuradas nos autos, previstas no §6º, do art. 26-A, do Decreto nº 70.235/72, é vedado aos órgãos de julgamento administrativo de primeira instância, sob fundamento de inconstitucionalidade, afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto.

MULTA. ARGUIÇÃO DE CONFISCO.

A alegação de que a multa aplicada, em face de seu percentual elevado, é confiscatória, ferindo, assim, o princípio da capacidade econômica, da proporcionalidade e da razoabilidade não pode ser discutida nesta esfera de julgamento, pois se trata de exigência fundada em legislação tributária vigente, à qual o julgador administrativo é vinculado.

MULTA QUALIFICADA. CARACTERIZAÇÃO DO DOLO PARA FINS TRIBUTÁRIOS. NÃO OCORRÊNCIA.

Para que possa ser aplicada a multa qualificada, a autoridade lançadora deve coligir nos autos elementos comprobatórios de que a conduta do sujeito passivo está inserida nos conceitos de sonegação, fraude ou conluio, tal qual descrito nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - INTERESSE COMUM - ART. 124, I, DO CTN.

É cabível a responsabilidade solidária por interesse comum quando demonstrado o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, a evasão, simulação e demais atos desses decorrentes ou o planejamento tributário abusivo.

DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO - ART. 135, III, DO CTN.

A responsabilidade tributária prevista no art. 135, inciso III, do CTN, possui natureza jurídica de responsabilidade solidária, exigindo tão somente o elemento subjetivo dolo gênero, e não dolo espécie, portanto passível de responsabilização quando identificado dolo ou culpa na conduta do agente.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. CSLL, PIS, COFINS. Subsistindo o lançamento principal, igual sorte colhem os lançamentos que tenham sido formalizados por mera decorrência dos fatos que motivaram aquela autuação, na medida que inexistem outros fatos ou argumentos novos a ensejarem conclusões diversas.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”.

Intimados, FBA, MÁRIO MATINEZ DO CANTO, JOSÉ ROBERTO MARTINEZ DO CANTO, MANOEL DO CANTO NETO e LATASA GARIMPEIRO URBANO NORDESTE COMÉRCIO DE METAIS LTDA interpuseram um único recurso voluntário, repisando os argumentos de sua impugnação e acrescentando (i) preliminarmente, a nulidade da decisão da DRJ, tendo em vista a ausência de análise da impossibilidade de acesso aos áudios e vídeos das oitivas, ou, alternativamente, a nulidade do auto de infração, por se basear em documentos aos quais os Recorrente não tiveram acesso; e, (ii) no mérito, que o STF reconheceu a inconstitucionalidade da vedação à apuração de créditos de PIS/COFINS na aquisição de insumos recicláveis.

SÉRGIO JOSÉ BANDEIRA interpôs recurso voluntário repisando os argumentos de sua impugnação e VITOR BANDEIRA, por sua vez, interpôs recurso voluntário, repisando os argumentos trazidos em sede de impugnação e acrescentando, (i) preliminarmente, a nulidade do acórdão recorrido, nos termos do artigo 59, inciso II do Decreto nº 70.235/72, tendo em vista que não analisou a questão da possibilidade de acesso do Recorrente às oitivas que embasaram a autuação; e, (ii) no mérito, que o STF reconheceu a inconstitucionalidade da vedação à apuração de créditos de PIS/COFINS na aquisição de insumos recicláveis.

Cumpre ressaltar que MÁRCIO APARECIDO BANDEIRA e BANDEIRA INDÚSTRIA DE ALUMÍNIO LTDA não interpuseram recurso voluntário.

Em 22.01.2022, VITOR BANDEIRA juntou aos autos decisão proferida, em 16.05.2022, nos autos do Processo Criminal nº 0131734-68.2019.8.06.0001, que, supostamente, indica a inexistência da prática conjunta de atos para a realização dos fatos geradores apurados.

É relatório.

Voto

Conselheiro Iágalo Jung Martins, Relator *ad hoc*.

I – ADMISSIBILIDADE

A FBA recebeu mensagem em sua Caixa Postal com acesso à decisão da DRJ em 09.11.2021 e consultou o referido documento em 10.11.2021. A LATASA GARIMPEIRO URBANO NORDESTE COMÉRCIO DE METAIS LTDA recebeu mensagem em sua Caixa Postal com acesso à decisão da DRJ em 09.11.2021 e consultou o referido documento em 11.11.2021

A Caixa Postal é considerada o Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) do contribuinte perante a RFB, de forma que, nos termos do art. 23, §2º, inciso III, alínea 'b' do Decreto nº 70.235/72, se considera realizada a intimação na data em que o sujeito passivo consulta o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária – desde que antes do prazo de 15 dias contados da entrega dos documentos no referido endereço eletrônico.

MÁRIO MATINEZ DO CANTO foi intimado do acórdão recorrido por carta em 17.11.2021. JOSÉ ROBERTO MARTINEZ DO CANTO CANTO foi intimado do acórdão recorrido por carta em 18.11.2021. E MANOEL DO CANTO NETO foi intimado do acórdão recorrido por carta em 18.11.2021.

Portanto, tendo em vista o prazo de 30 dias previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235/1972, é tempestivo o recuso voluntário interposto por FBA, MÁRIO MATINEZ DO CANTO, JOSÉ ROBERTO MARTINEZ DO CANTO, MANOEL DO CANTO NETO e LATASA GARIMPEIRO URBANO NORDESTE COMÉRCIO DE METAIS LTDA.

SÉRGIO JOSÉ BANDEIRA foi intimado do acórdão recorrido por carta em 18.11.2021 e interpôs o correspondente recurso voluntário em 17.12.2021, sendo, portanto, tempestivo.

VITOR BANDEIRA foi intimado do acórdão recorrido por carta em 09.03.2022 e interpôs o correspondente recurso voluntário em 08.04.2022, sendo, portanto, tempestivo.

Ademais, os recursos voluntários cumprem com os demais pressupostos de admissibilidade, merecendo ser conhecidos.

II – PRELIMINARES

II.1 – Cerceamento do direito de defesa por falta acesso às mídias juntadas aos autos

Sustentam os Recorrentes, preliminarmente, a nulidade da decisão recorrida, bem como do lançamento subjacente, tendo em vista que os arquivos de áudio juntados pela Fiscalização, nos quais se basearam tanto o Termo de Verificação Fiscal, como a decisão recorrida, estão corrompidos, o que impossibilita o exercício da ampla defesa e do contraditório. A decisão recorrida, por não ter determinado o saneamento do processo para a juntada dos referidos documentos, como ocorreu nos autos do Processo Administrativo nº 11234.720103/2020-14, no qual é parte a empresa Target Representação e Comércio de Metais Ltda, perpetrou a nulidade contida no art. 59, II do Decreto nº 70.235/72.

NAQUELE PROCESSO, A Resolução da DRJ (fls. 9.079/9.081 do PAF 11234.720103/2020-14) foi determinado o seguinte:

PROVIDÊNCIAS

7. Destarte, solicita-se a realização de diligência, na forma dos arts. 18 e 29 do PAF, modificado pela Lei nº 8.748, de 1993, e do art. 23, II, da Portaria MF nº 340, de 2020, para as seguintes providências:

- a) Sejam juntados ao processo os arquivos acessíveis ou, não sendo possível, deverão ser os mesmos fornecidos em mídia física;
- b) Dar ciência ao contribuinte dos atos resultantes desta diligência, concedendo-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para manifestar-se nos autos sobre os fatos novos;
- c) Encaminhar os autos a esta DRJ para continuidade do julgamento administrativo.

À Superintendência da Receita Federal do Brasil da 3^a RF.

A autoridade responsável pela diligência, em informação fiscal (9.089/9.090 do PAF 11234.720103/2020-14), atendeu o determinado pela autoridade julgadora de primeira instância com a juntada de cópias dos vídeos em formato mais acessível. Destaca-se o seguinte trecho da referida informação:

Venho informar o que se segue:

1. As oitivas conduzidas pelo GAESF-MP-CE (Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal do Ministério Público do Estado do Ceará) e demais elementos de prova culminaram no oferecimento da denúncia conforme consta no processo judicial nº 0131734-68.2019.8.06.0001 da comarca de Fortaleza – Vara de Delitos de Organizações Criminosas;
2. Os vídeos referentes as oitivas conduzidas pelo parquet estadual e considerados importantes para o lançamento em desfavor do contribuinte em epígrafe foram juntados ao Processo Administrativo Fiscal em sua versão original, conforme fornecido à RFB.
3. Além da juntada dos vídeos originais, também foram inseridas citações/transcrições/referências de trechos das oitivas ao longo do Termo de Verificação Fiscal.
4. Ainda, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal, os vídeos originais, por questões técnicas, foram compactados em diversos volumes e juntados ao processo administrativo fiscal;
5. Para visualização dos vídeos deve ser realizado o download de todas as partes (formato “.zip”) de um mesmo vídeo e descompactadas uma a uma. Após esse procedimento, serão obtidos arquivos (volumes) com extensões “.zip.001”, “.zip.002”, “.zip.003”, etc. Com todos os volumes na mesma pasta, deve ser realizada uma segunda descompactação que resultará no arquivo de vídeo original;
6. Outrossim, para facilitar o download e visualização das oitivas pelos interessados foram geradas cópias em menor resolução, do íntero teor dos vídeos originais e compactadas em arquivo único (formato .zip);
7. As cópias dos vídeos em formato mais acessível foram juntadas ao processo administrativo fiscal em epígrafe conforme termos de anexação às pag. 9083 (Oitiva Vitor Bandeira), pag. 9084 (Oitiva Gildevândio Mendonça) e pág. 9085 (Oitiva Pedro Machado);
8. Assim, sendo, considerando que foram prestados os esclarecimentos pertinentes e atendidas as providências determinadas pelo órgão julgador, proceder-se-á à ciência dos interessados, com reabertura de prazo para impugnação e retorno do processo para conclusão do julgamento.

Voltando ao presente processo, assim entendeu a decisão recorrida:

“Com relação à alegação de que os arquivos de áudios foram corrompidos, prejudicando o direito de defesa do contribuinte, não retrata o que foi demonstrado nos autos do processo. Uma vez que todos os trechos das oitivas utilizados pela Autoridade Fiscal foram reproduzidos no TVF. Sendo de pleno conhecimento do contribuinte.

Acrescente-se que o impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, tendo em vista que apresentou peça de defesa em que demonstra entendimento amplo da acusação sofrida. Enfim, o contribuinte, demonstrou que compreendeu completa e adequadamente a acusação fiscal que lhe foi imputada, o que de resto é comprovado pelo teor de sua defesa”.

É incontrovertido, portanto, que o Termo de Verificação Fiscal se baseou em trechos de oitivas. O referido documento afirma expressamente que as oitivas serviram de prova para a autuação (fl. 8175) e explica que “[o]s vídeos referentes as oitivas, por questões técnicas, foram compactados em diversos volumes e juntados ao processo administrativo fiscal (e-processo), podendo ser baixados e descompactados”, bem como que o “[d]ocumento com a transcrição/resumo das escutas, bem como o áudio integral das chamadas telefônicas que contém elementos de prova para a presente autuação e apuração de crimes previstos na legislação penal, da mesma foram juntados ao processo administrativo fiscal” (fl. 8176).

As oitivas e escutas telefônicas foram necessárias para entender, principalmente, o processo produtivo da BANDEIRA INDUSTRIAL, a forma, supostamente fraudulenta, como a empresa operou, o suposto objetivo de redução de tributos por meio das operações praticadas, e as pessoas físicas e jurídicas envolvidas no suposto “esquema” (fl. 8178-8243). Confira-se alguns trechos dos quais é possível confirmar a importância das oitivas e escutas para o lançamento em discussão:

“O próprio gerente da empresa, Sr. Pedro Machado, em oitiva perante o MPCE (parte 1 3m:20s) resume o processo produtivo. (...) d

Inclusive o Sr. Pedro Machado de Oliveira, gerente da empresa, afirma em oitiva (parte 1: 22m:50s) que mandava os tickets de pesagem para São Paulo para que os pagamentos fossem providenciados aos fornecedores, além de afirmar que ‘tudo que sai, passa pela balança’ (parte 1: 22m:50s e parte 1 28m:45s). Conclui-se também que os registros de pesagem estão mais compatíveis com a produção média da Bandeira Industrial indicada pelo Sr. Pedro em sua oitiva (parte 1 7m:25s), 450 a 600 ton/mês. (...)

Para corroborar com a divergência, nas oitivas do Sr. Pedro Machado de Oliveira, gerente de produção (parte 1: 07m:25s), o mesmo afirma que:

- A produção média mensal gira em torno de 450 a 600ton;
- Não produz mais por falta de insumos. (...)

Vando, operador do esquema para o grupo empresarial, fazia a coordenação da operação de emissão de NFe entre os dois centros operacionais, conforme apontam as escutas telefônicas/Whastapp. (...)

No trecho da escuta abaixo transcrita, GILDEVÂNDIO então orienta ANTÔNIA a encerrar os manifestos no sexto dia após a emissão. Logo, após o encerramento do MDF-e, a placa estaria novamente disponível para ser utilizada em outro manifesto falso. (...)

Não obstante o papel da empresa ser movimentar recursos e emitir conhecimento de transporte fictício, os CTe da ECOLOG também foram utilizados para transportar

mercadorias quando o proprietário do caminhão, sendo pessoa física, não emitida tais documentos eletrônicos, conforme aponta PEDRO MACHADO em sua oitiva.

As transportadoras ECOLOG e SMARTLOG tem endereço cadastral em galpões vizinhos na rua Assis Dias Sobreira nos números 441 e 445 respectivamente, no Bairro Limoeiro em Juazeiro do Norte-CE. Vando, preocupado com a fiscalização da SEFAZ, que encontrou o galpão fechado, orienta seus funcionários a manter o portão da empresa aberto, como forma de enganar o fisco: [trecho da escuta telefônica]. (...)

No trecho da escuta telefônica a seguir, Vando e Taís (funcionária da contabilidade da UNITY, centro operacional montado por Vando), conversam acerca da preocupação

com as notas fiscais seladas em LIMOEIRO DO NORTE-CE, portanto fora de um posto fiscal de fronteira. Vando demonstra preocupação quanto ao excesso de carimbos de LIMOEIRO DO NORTE nos DANFEs, dado que poderia chamar à atenção da fiscalização. (...)

Importante enfatizar que antes da participação de Gildevândio como “consultor” para o Grupo Bandeira, a partir de 2014, o esquema de geração de créditos fiscais fictícios já existia. O próprio Vando afirma em sua oitiva (Segunda Oitiva) que, no início, recebia por email notas fiscais fictícias para incluir na apuração da Bandeira Industrial, de forma a reduzir os encargos de ICMS, PIS, COFINS e IPI.

Segundo suas palavras, após convite de VITOR BANDEIRA, Vando passou então a dar “assessoria” para profissionalizar o esquema. Passou a exigir que as empresas noteiras tivessem conta bancária de forma a fazer circular dinheiro em contrapartida às Nfe emitidas, evitando que o esquema fique “escandalizado”, segundo suas palavras, na contabilidade. (...)

Em sua oitiva (segunda oitiva), Gildevândio cita a necessidade de um orçamento semanal (refere-se a “semana de dinheiro”) para fazer frente a despesas de aluguel, água, energia e inclusive os gastos com pagamento de laranjas para manter a operação do esquema. Afirma também que recebia R\$8.000,00/ mês pelo trabalho. (...)

A necessidade de se aperfeiçoar as técnicas de ludibriar o fisco foi captada em escuta telefônica. Vando sugere criar um novo escritório de contabilidade em Jaguaribe-CE. Isso teria o objetivo de gerar dificuldades para o fisco na identificação de todas as empresas envolvidas, que até então possuíam um mesmo escritório contábil. A ideia já havia sido discutida com Vitor Bandeira. Vando então repassa a ideia para o pessoal do escritório contábil Unity. A preocupação envolvia até o uso de outro provedor de internet para não levantar suspeitas do fisco em relação ao IP (*internet protocol*), o que poderia identificar a origem das declarações transmitidas: [transcrição de trecho de escuta telefônica] (...)

A dificuldade de coordenar todas as operações de emissão de documentos fiscais entre Gildevândio e o Grupo Bandeira, só seria possível com um monitoramento constante do faturamento das empresas de forma a que fossem emitidas Nfe frias à medida da necessidade de créditos fiscais.

O monitoramento se intensificava no final do mês, de forma a não se deixar “virar o mês” com tributos a pagar. A seguir alguns trechos das conversas mostram como funcionava tal controle. Existia a troca de planilhas que apontavam o montante de ICMS, PIS, COFINS e IPI credor ou a pagar, de forma a que fossem confeccionadas as notas fiscais necessárias para fazer frente às necessidades de créditos fiscais. Em muitos casos, havia sobrecarga de trabalho nos últimos dias do mês, o que era objeto de constante reclamação entre os envolvidos: (...)

Na seguinte interceptação telefônica, Pedro Machado de Oliveira, gerente da Bandeira Industrial conversa com o responsável pelo transporte da mercadoria da LATASA sobre a troca de notas fiscais referente a operação em comento: (...)

Com respeito às operações, o Sr. Pedro Machado, gerente da BANDEIRA INDUSTRIAL, em sua oitiva (parte 1, 34m:48s e parte 2, 00m:20s) esclarece que: “A Bandeira compra sucata da Latasa Eusébio e revende para Latasa SP (a mesma sucata). O caminhão saía do Eusébio passava pela empresa em Jaguaribe, era conferido lacre da mercadoria, recebia outra nota, e o caminhão seguia viagem com a NFe da Bandeira para SP. Não havia processamento”.(...)

O trecho a seguir comprova que VITOR BANDEIRA autorizou a emissão de Nfe para a FBA FUNDIÇÃO. No caso em tela, seriam necessárias 300ton de mercadorias, consignadas em notas fiscais frias. A conversa mostra que havia necessidade de placas

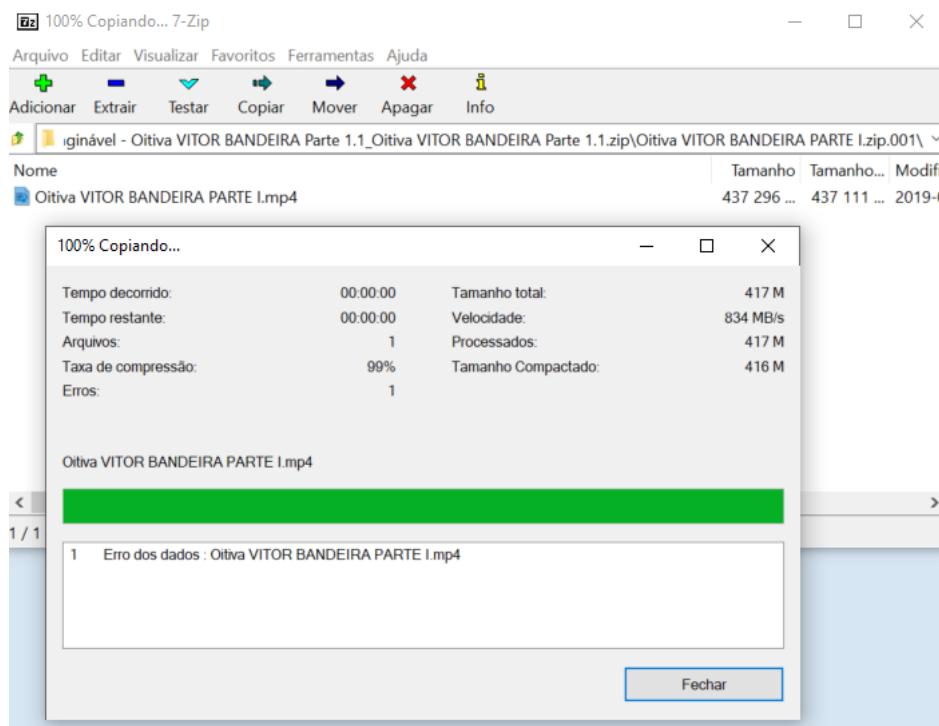
para atender o pedido. Interessante é que o montante solicitado por VITOR BANDEIRA causa espanto nos operadores do esquema – “Vitor enlouqueceu”. Ao fim Vando solicita que se coloque tais pedidos na planilha. Pelo modus operandi investigado, a partir daí Vando teria que gerar créditos para acobertar a Bandeira Industrial, a partir da rede de noteiras utilizadas no esquema”.

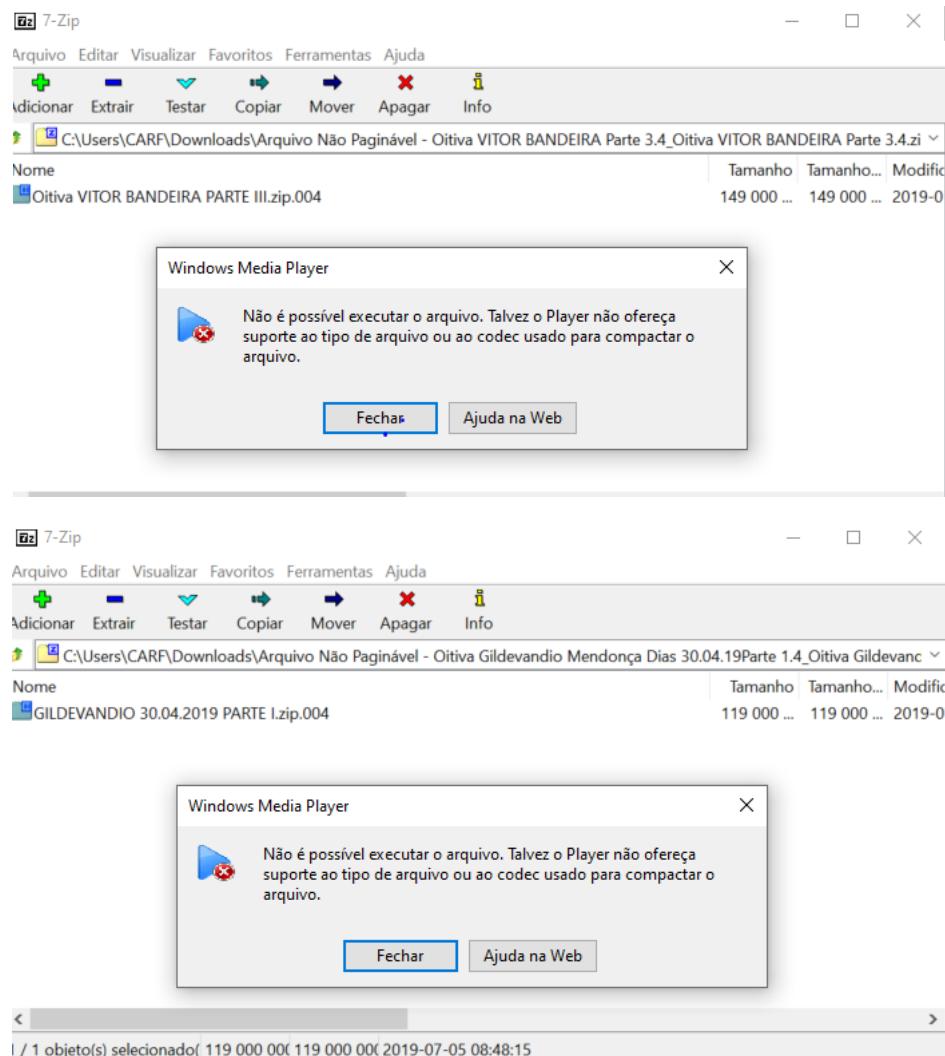
Portanto, dos trechos acima pode-se concluir que as oitivas e escutas telefônicas são essenciais para que os Recorrentes exerçam plenamente o seu direito de defesa, pois tais documentos desempenharam papel relevante no arcabouço probatório que ensejou a lavratura dos autos de infração subjacente.

Compulsando os autos, verifica-se que, embora o TVF faça referência aos vídeos das oitivas (inclusive, por vezes, mencionando os minutos), não localizei a transcrição dos referidos vídeos, mas, apenas, dois "Auto de Qualificação e Interrogatório", de Marcio e Sérgio Bandeira." Diante disso, ainda que o TVF possa se basear em trechos de tais mídias, como reconheceu a decisão recorrida, é indispensável que os Recorrentes tenham acesso ao seu inteiro teor, até para que possam contestar aqueles trechos eleitos pela Autoridade Fiscal para suportar o lançamento.

Nos termos do art. 9º do Decreto nº 70.235/72, os autos de infração devem ser instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito e, no presente caso, as oitivas e escutas telefônicas foram, de fato, indispensáveis à comprovação do ilícito.

No presente caso, a alegação dos Recorrentes de que não foi possível acessar o inteiro teor das oitivas e escutas telefônicas transcritas no TVF é verossímil, tendo em vista que esta Conselheira, igualmente, não conseguiu acessar tais mídias no e-Processo, como se extrai das capturas de tela abaixo:





De acordo com o Decreto nº 70.235/1972, são nulos (i) os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; e (ii) os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa (art. 59). A demais irregularidades, incorreções e omissões, entretanto, não importam em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo (art. 60).

Diante disso, a decisão recorrida, proferida sem que os Recorrentes tivessem acesso às oitivas e escutas telefônicas, incorreu preterição do direito de defesa, sendo, portanto, nula, nos termos do art. 59 do Decreto nº 70.235/1972. Com relação ao lançamento, embora a ausência do inteiro teor das mídias que o embasou tenha resultado em inegável prejuízo para os Recorrentes, entendo que a irregularidade pode ser sanada, com base no art. 60 do Decreto nº 70.235/1972, mediante a juntada de tais documentos pela Autoridade Fiscal, em formato acessível aos Recorrentes, seguida da devolução do prazo para apresentação de impugnação aos autos de infração.

Por fim, cumpre ressaltar que solução similar foi adotada pela DRJ no Processo Administrativo nº 11234.720103/2020-14, no qual é parte a empresa Target Representação e

Comércio de Metais Ltda, como apontado pelos Recorrentes. Naqueles autos, a própria DRJ solicitou a realização de diligência para que (i) fossem juntados ao processo os arquivos acessíveis (referentes aos áudios de oitiva de testemunhas) ou, não sendo possível, deverão ser os mesmos fornecidos em mídia física; (ii) fosse dada ciência ao contribuinte e aos responsáveis tributários, para que pudesse se manifestar sobre os fatos novos no prazo de 30 dias.

III - CONCLUSÕES

Diante do exposto, voto por CONHECER dos RECURSOS VOLUNTÁRIOS de FBA, MÁRIO MATINEZ DO CANTO, JOSÉ ROBERTO MARTINEZ DO CANTO, MANOEL DO CANTO NETO, LATASA GARIMPEIRO URBANO NORDESTE COMÉRCIO DE METAIS LTDA, SÉRGIO JOSÉ BANDEIRA e VITOR BANDEIRA e acolher a preliminar de nulidade da decisão recorrida, para que (i) Sejam juntados ao processo os arquivos acessíveis ou, não sendo possível, deverão ser os mesmos fornecidos em mídia física; (ii) sejam os contribuintes e responsáveis intimados do teor de tais provas, como devolução do prazo para apresentação de impugnação; e, em seguida (iii) sejam os autos encaminhados para a DRJ, para prolação de nova decisão.

(documento assinado digitalmente)

Iágaro Jung Martins, Relator *ad hoc*.