



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

**Processo n°** 13971.720490/2011-90  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1402-002.187 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 04 de maio de 2016  
**Matéria** IRPJ  
**Recorrente** HENNINGS VEDAÇÕES HIDRÁULICAS LTDA.  
**Recorrida** FAZENDA PÚBLICA.

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

**Ano-calendário: 2007**

**PRELIMINAR DE NULIDADE.**

Há de se rejeitar a preliminar de nulidade quando o lançamento obedeceu todos os requisitos legais necessários a essa atividade, inclusive tendo sido amplamente garantida a ampla defesa do sujeito passivo.

**RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO**

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado.

**GLOSAS DE DESPESAS INDEDUTÍVEIS OU NÃO COMPROVADAS.**

São dedutíveis na determinação tanto do lucro real como da base de cálculo da CSLL as despesas operacionais necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

Além de necessárias, para serem dedutíveis devem ser efetivas e comprovadas por meio de documentação fiscal hábil e idônea.

Ressalvadas situações especiais, a apropriação das despesas pagas ou incorridas deve ser feita, segundo o regime de competência, independentemente da época de seu efetivo pagamento.

**DILIGÊNCIAS REALIZADAS.**

Realizadas as diligências solicitadas, a Fiscalização afirmou a sua forte convicção que as despesas são necessárias, usuais e normais, retificou o seu entendimento anterior e deixou de glosar qualquer despesa por não atendimento ao requisito legal da necessidade, usualidade e normalidade.

O trabalho da ação fiscal foi revisto para acatar, parcialmente, os argumentos apresentados pelo sujeito passivo, mormente quando amparados em novos elementos probantes.

**PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. DESPESAS COM JUROS PAGOS ÀS EMPRESAS SÓCIAS. OPERAÇÕES DE MÚTUO.**

Reveste-se do caráter de planejamento tributário abusivo em prejuízo à Fazenda Pública, a dedução de juros decorrentes de empréstimos contraídos

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.206-2/2004, Art. 4º, III, do Decreto nº 7.093/2005 e Resolução nº 753/2010 do Conselho Superior do TCU, em 10/06/2016 por LEONARDO LUIS PAGANO GONCALVES, Assinado digitalmente em

10/06/2016 por LEONARDO LUIS PAGANO GONCALVES, Assinado digitalmente em 13/06/2016 por LEONARDO DE A

NDRADE COUTO

Impresso em 14/06/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

devidos pelo sujeito passivo (mutuário) que não comprova, nos autos, a forma de quitação do correspondente passivo.

**MULTA QUALIFICADA.**

Caracterizado o intuito de fraudar o fisco, correta a aplicação da multa no percentual de 150%.

**LANÇAMENTO REFLEXO. CSLL.**

Por decorrência, o mesmo procedimento adotado para o lançamento principal do IRPJ estende-se à CSLL e PIS/COFINS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Demetrius Nichele Macei que votou por dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%.

*(assinado digitalmente)*

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente.

*(assinado digitalmente)*

LEONARDO LUIS PAGANO GONÇALVES- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Frederico Augusto Gomes de Alencar, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Demetrius Nichele Macei, Gilberto Batista, Roberto Silva Junior e Leonardo de Andrade Couto.

## Relatório

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pela empresa autuada, face v. acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Ribeirão Preto que manteve integralmente as exigências perpetradas nos Autos de Infração relativos a IRPJ (fls. 3443/3447), CSLL (fls. 3468/3473), PIS (3448/3457) e COFINS (fls. 3458/3467).

### Histórico dos fatos:

Para detalhar os fatos, utilizo a parte do relatório do v. acórdão recorrido.

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pela empresa supra, segundo consta da descrição dos fatos, foi apurada, nos anos-calendário de 2006, 2007 e 2008, redução parcial do IRPJ decorrente de omissão de receitas da atividade, caracterizada pela distribuição de parte do faturamento entre duas pessoas jurídicas distintas que, na verdade, formam uma única empresa.

[...]

Consta no Termo de Verificação Fiscal (TVF) nº 02 que a contribuinte foi intimada a apresentar os livros Diário, Razão, Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Apuração do ICMS, Registro de Apuração do Lucro Real (Lalur), Registro de Apuração do IPI, Registro de Inventário, balanços e balancetes mensais e/ou trimestrais, balanço e demonstrativo do resultado final do exercício e contrato social e alterações.

Relataram os autuantes que a presente auditoria abrangeu também a pessoa jurídica Kiko Flex Mangueiras Hidráulicas Ltda., CNPJ 02.122.621/0001-73, que foi intimada a apresentar os livros Diário, Razão, Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Apuração do ICMS, Registro de Inventário, extratos bancários de contas correntes, aplicações financeiras, empréstimos/financiamentos e cobranças de duplicatas, notas fiscais de compras, vendas, devoluções, inclusive as anuladas, balanços e balancetes mensais e/ou trimestrais, balanço e demonstrativo do resultado final do exercício e contrato social e alterações.

Informaram que as duas empresas indicaram o Sr. Gian Fausto, gerente contábil (empregado) da Hennings, como pessoa autorizada a tomar ciência de termos, intimações e autos de infração, entregar e receber livros e documentos, bem como prestar qualquer esclarecimento no decorrer da ação fiscal.

Acrescentaram que as duas empresas foram intimadas a apresentar os arquivos magnéticos (digitais) da contabilidade e notas fiscais (fl.3477), entregaram somente os arquivos relativos aos itens 4.1.1 e 4.1.2 dos registros contábeis, solicitaram prazo para apresentação dos arquivos dos itens 4.3.1 a 4.3.7 relativos às notas fiscais e disponibilizaram os arquivos Sintegra de 2006 a 2008. Pelo fato de não terem apresentado os arquivos obrigatórios nos termos da Instrução Normativa (IN) 86, de 22 de outubro de 2001, e do Ato Declaratório Executivo Cofis (ADE) nº 15, de 23 de outubro de 2001, foram lavrados, contra as duas empresas, autos de infração para exigência da multa prevista no art. 980, combinado com arts. 265 e 266 do RIR, de 1999.

Narraram que a Hennings tem como objetivo “o comércio atacadista, a fabricação, a montagem e a instalação industrial de componentes hidráulicos e pneumáticos, a importação e exportação de produtos de vedações hidráulicas e pneumáticas, a representação comercial e a participação em outras empresas”, sua matriz tem sede em Blumenau, possui 10 filiais, tem como sócios a Hennings Administradora S/A (99,99%) e Adriana Hennings Scheidemantel (0,01%), tendo como administradores a sócia Adriana e Alberto Hennings (não-sócio).

Informaram que a empresa Kiko tem como objeto social o “comércio atacadista e varejista de equipamentos e peças hidráulicos, representação comercial, importação e exportação e a participação em outras empresas”, tem sua matriz em Blumenau e uma filial em São Paulo e tem como sócios a Hennings Administradora S/A (97%) e Alberto Hennings (3%), cabendo a este isoladamente a administração da sociedade.

Relataram que a Hennings Administradora S/A, tem sede em Blumenau, tem como objeto social “a exploração do ramo de administração de bens próprios, assessoria, planejamento e participação em outras empresas”, tem como sócios Alberto Hennings (administrador), Adriana Hennings Scheidemantel, Richard Hennings e Cristiano Hennings. E ainda:

- *Que a atividade da “Hennings” é Importação, industrialização e comércio atacadista e varejista de mangueiras hidráulicas, com atuação nas regiões Sul e Sudeste, com sede própria no endereço acima indicado.*

- *A “Hennings” é pessoa jurídica tributada pelo Lucro Real, pelo sistema Não- Cumulativo nas contribuições para o PIS e COFINS e com tributação pelo IPI, na condição de industrial ou equiparada a industrial, em razão das importações de mercadorias do exterior.*

- *A atividade exercida no CNPJ da “Kiko”, nos três anos fiscalizados é aquisição de mangueiras hidráulicas da “Hennings” (97% das compras) e revenda no mercado atacadista e varejista nacional (Sul e Sudeste).*

- *Que o endereço da Matriz da “Kiko”, é no imóvel de propriedade da “Hennings”, cedido por empréstimo de forma gratuita, por prazo indeterminado, através de contrato de comodato.*

- *Que a “Kiko”, no período fiscalizado, de 2006 a 2008, possui apenas uma filial, de CNPJ 02.122.621/0002-54, localizado na avenida Ruben Bento Alves, nº 3921, 2º andar, bairro São José, município de Caxias do Sul – RS.*

- *O endereço da única filial da “Kiko” é o mesmo da filial nº 4 da “Hennings”, CNPJ 83.748.772/0006-48, em imóvel alugado pela “Hennings” e cedido por empréstimo de forma gratuita, por prazo indeterminado, através de contrato de comodato apresentado em atendimento ao Termo de Intimação Fiscal nº m01 da “Kiko”.*

- *Por sua vez a “Kiko” é optante pelo Lucro Presumido (IRPJ e CSLL), pelo sistema Cumulativo nas contribuições para o PIS e COFINS e não é contribuinte do IPI.*

- *A “Kiko” não possui bens imóveis nem veículos no seu ativo permanente. Apenas registra R\$ 34.584,00, no final de 2008, composto por instalações industriais e equipamentos de escritório, com receita bruta declarada em DIPJ de R\$ 22.309.694,81 em 2006, R\$ 25.113.418,96 em 2007 e R\$ 29.062.064,59 em 2008.*

- *Ambas as empresas são administradas pelo Sr. Alberto Hennings, que tem influência direta, através da “Administradora”, que é controladora absoluta das duas empresas.*

- *A “Kiko” é o maior cliente e fornecedor (nacional) da “Hennings”, nos três períodos analisados, uma vez que adquire e revende ou devolve para “Hennings” parte das mercadorias que adquiriu, notadamente por preços muito superiores aos de aquisição (2,5 a 10 vezes maiores).*

- *Vejamos o ano de 2006: Vendas para “Kiko” de R\$ 16.835.112,78 menos Compras R\$ 6.669.488,75 menos devoluções de vendas R\$ 3.801.039,62 resulta num saldo de vendas de R\$ 6.364.584,41 de “Hennings” para “Kiko”.*

- *No ano de 2007 a situação se inverteu: A “Kiko” passou a condição de fornecedor (no papel) da “Hennings”: Compras da “Kiko” R\$ 4.210.132,62 e Vendas para “Kiko” de R\$ 2.731.319,81 e não houveram devoluções de vendas.*

- Em 2008 as vendas para “Kiko” somaram R\$ 14.944.782,59 e as compras da “Kiko” R\$ 1.107.056,10.

- Numa análise preliminar estes números podem parecer normais numa relação comercial entre empresas, até quando se trata de empresas do mesmo grupo econômico. Porém, neste caso, ao fazermos uma análise criteriosa percebemos a engenharia contábil engendrada pela “Hennings” em parceria com a “Kiko”, para redução parcial ou total dos tributos incidentes sobre o faturamento e o lucro na “Hennings”, conforme será relatado a seguir:

- Já foi relatado anteriormente que a “Hennings” é contribuinte do IPI, tributada pelo Lucro Real (com opção anual) e apura as contribuições do PIS e COFINS pelo sistema Não-Cumulativo.

- A “Kiko” exerceu opção pelo Lucro presumido, sistema simplificado e favorecido destinado a pequenas e médias empresas, com coeficiente de presunção do lucro de 8% para IRPJ e apuração das contribuições, PIS e COFINS, pelo sistema Cumulativo.

(...)

- Percebe-se facilmente que a “Kiko” tem na compra e venda de mercadorias da “Hennings” a sua razão de ser, uma vez que não possui outros fornecedores, o que caracteriza exclusividade na venda de produtos da “Hennings”.

- Quanto as vendas percebe-se que a “Kiko” revendeu ou devolveu para própria “Hennings” 59,40% das compras efetuadas em 2006, 146,74% em 2007 e 7,47% em 2008.

- É importante registrar que as vendas da “Hennings” para “Kiko”, nos três anos fiscalizados, ocorreram entre a Matriz “Hennings” de Blumenau – SC e a filial da “Kiko” de Caxias do Sul (distante há mais de 500km), nos percentuais de 97% em 2006, 75,14% em 2007 e 66,06% em 2008.

- A filial da “Kiko” em Caxias do Sul –RS, ato contínuo a compra, transfere toda a mercadoria adquirida para a matriz “Kiko” em Blumenau – SC, em nova operação interestadual.

- Registre-se também que a filial “Kiko” de Caxias do Sul –RS, não efetuou nenhuma operação de venda de mercadorias (“Hennings” ou terceiros), nos três anos fiscalizados.

- A “Hennings” efetua recompra, de parte das mesmas mercadorias vendidas para “Kiko” Caxias do Sul – RS, da matriz da “Kiko” Blumenau – SC, por preços notoriamente superiores aos praticados na venda e as revende no mercado nacional sem incidência IPI.

- Regularmente intimadas, a “Hennings” e “Kiko”, não comprovaram a efetividade dessas transações, uma vez que não há indicação do meio de transporte nem do transportador na nota fiscal, veículo utilizado, não há indicação de peso e volume, não há despesas de fretes, não há carimbos indicativos que comprovem a passagem pelos postos fiscais das Fazendas Estaduais entre os estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Não foi apresentado nenhum documento comprovando a efetiva remessa da mercadoria para “Kiko” em Caxias do Sul, muito menos o efetivo retorno da mercadoria, no dia seguinte, para a matriz da “Kiko” em Blumenau. Aliás, o que é tecnicamente impossível por questões de logística e pela distância de mais de 500km entre os estabelecimentos envolvidos, conforme cópias Notas Fiscais em anexo.

- Dessa forma, sem a devida comprovação, fica evidente que tais notas fiscais de vendas para “Kiko” foram realizadas “apenas no papel”, para repassar parte do faturamento da “Hennings” para “Kiko” e as devoluções de vendas e recompras pela “Hennings” serviram apenas para gerar créditos dos tributos Não- Cumulativos (IPI, PIS e COFINS) e majoração dos custos para fins de redução total ou parcial do IRPJ e CSLL, sem que as mercadorias tenham saído efetivamente do estabelecimento da “Hennings”.

Esclareceu que, analisando mais detalhadamente, percebe-se que a “Kiko” atua como interposta pessoa da “Hennings” na comercialização de seus produtos, pois, sendo intimada, a “Kiko” informou que não possui setores de contabilidade, recursos humanos, vigilância, limpeza, contas a receber e a pagar, jurídico, manutenção em geral, e que esses serviços foram prestados por funcionários da “Hennings”. Constatou-se que não há qualquer rateio desses custos/despesas entre as empresas favorecidas.

Além disso, a prestação de informações aos órgãos públicos foi feita por funcionários da “Hennings”, conforme pode ser verificado na DIPJ, DCTF e Dacon; o Sr. Alberto Hennings, diretor e sócio da “Kiko” e presidente da “Administradora”, tem seu local de trabalho no domicílio da “Hennings” onde trabalha regularmente como diretor contratado (remunerado); os livros e documentos da “Hennings” e da “Kiko” foram disponibilizados na mesma sala, ou seja, sala de reuniões da matriz da “Hennings”; vários vendedores externos da “Kiko” são funcionários/empregados da “Hennings”; e o telefone e o e-mail utilizado para responder às intimações fiscais da “Kiko” é o mesmo da “Hennings”, o que evidencia, de forma inequívoca, que a “Kiko” é uma “extensão ou braço” e funciona dentro dos estabelecimentos e às custas da “Hennings”.

Constatou-se que praticamente 100% da receita da “Kiko” é proveniente de transações feitas a prazo lançadas a débito da conta 106-Cobrança em carteira (ativo), receita esta registrada na conta de resultado 3406 – receita de vendas matriz. O dinheiro então passa pela conta do ativo chamada 106 – Cobrança em carteira e uma parte (relativa a vendas para “Hennings”) é compensada diretamente com a “Hennings” conta de ativo 4771 e o restante vai para cobrança bancária no Banco do Brasil conta 4191 e Bradesco conta 4720. Ao registrar o recebimento dos títulos nas contas do Banco do Brasil e Bradesco o dinheiro é creditado nesta conta 106 de cobrança e debitado no Banco do Brasil conta 4191 e Bradesco conta 4720. Uma vez ingressado nos bancos a totalidade do dinheiro é então transferida para a “Hennings” via “Empréstimo ou Adiantamento”, com remessas efetuadas de forma aleatória (conforme saldo disponível) ou por meio de pagamento de títulos da “Hennings” (débito nas contas bancárias da “Kiko”), com uma única finalidade: alimentar o fluxo financeiro (caixa) da “Hennings” por meio do retorno do dinheiro recebido em decorrência da parcela do faturamento realizado por meio do CNPJ da “Kiko”.

Acrescentaram os autuantes que, para fazer retornar para a “Hennings” estes valores, a “Kiko” efetuou lançamentos a crédito da conta Banco do Brasil 4191 e Bradesco conta 4720 no ativo, com contrapartida a débito na conta do passivo 5279 adiantamento a clientes “Hennings”, assim o Caixa contábil e o saldo dos bancos da “Kiko” é esvaziado mediante simulação do empréstimo à “Hennings”, conforme cópia parcial do livro Razão contábil das contas acima citadas. Estes valores foram utilizados para pagar títulos da “Hennings” por meio das contas bancárias da “Kiko”, fato esse reconhecido pela “Hennings” por meio dos lançamentos a débito no ativo conta 52 (caixa) e crédito no ativo conta 9739 (empréstimos a “Kiko”), como se fosse um suprimento de caixa e ato contínuo faz o lançamento de saída da conta 52 no ativo (a crédito) em contrapartida a débito da conta 1442 fornecedores matriz no passivo (débito).

Na “Hennings” os ingressos oriundos da “Kiko” fazem um caminho tortuoso, circulando pelas contas de empréstimos no ativo conta 9739, 11676 de compensação no ativo; caixa conta 52 (entra como empréstimo e sai como adiantamento); conta 15119 adiantamento cliente Kiko; conta 402 cobrança em carteira matriz e a conta 1442 fornecedores, realizando um “verdadeiro festival de lançamentos” entre essas contas na tentativa de ajustar os saldos dos valores a pagar e receber, sendo que no final de cada período os excessos de adiantamento recebidos da “Kiko” em relação aos débitos compensados, são reclassificados a débito na conta 15119 (adiantamento clientes Kiko) e creditados na conta 16113 “Administradora”, por meio de contrato de cessão de direitos celebrado entre a “Kiko” e “Administradora”, com a anuência da “Hennings”, nos três anos fiscalizados.

Essa prática de contabilizar supostos adiantamentos e reembolsos (devoluções) dos mesmos ao longo dos três anos fiscalizados, visando o suprimento de recursos e pagamento de fornecedores da “Hennings”, caracteriza de maneira inequívoca, a omissão de receitas da “Hennings” mediante a prática de divisão de parte de seu faturamento por meio do CNPJ da

“Kiko”. Esses lançamentos serviram para ocultar o que efetivamente ocorreu, uma vez que as operações de compras e vendas entre as empresas jamais ocorreram de fato e os recursos havidos no CNPJ da “Kiko” precisavam retornar para “Hennings” para alimentar seu fluxo financeiro. Expressiva parte desses supostos “empréstimos” é paga pela “Hennings” por intermédio de “contratos de cessão de direitos” realizados entre a “Kiko” e a “Administradora” com a anuência da “Hennings”. Portanto, a “Hennings” pagou empréstimos/adiantamentos feitos a ela pela “Kiko” por meio de aumentos do seu capital em nome de sua sócia controladora “Administradora”, nos três anos fiscalizados.

Dessa forma, o montante dos créditos que a “Kiko” possuía junto a “Hennings” que representam o excesso de remessas em relação às dívidas compensadas, foram repassados para a “Administradora” e reclassificados na contabilidade da “Hennings” a crédito na conta 2590 (de passivo) sob o título de “Reservas para Futuro Aumento de Capital” em nome da “Administradora”, nas datas dos contratos de cessão de créditos. Assim, os recursos retornaram para “Hennings” sob a forma de reserva para futuro aumento de capital sem serem tributados pelo lucro real, sem incidência de IPI, PIS e Cofins não-cumulativo, que a “Hennings” estava obrigada.

As provas confirmam que as operações comerciais são realizadas na verdade entre a “Hennings” e seus clientes utilizando as notas fiscais da “Kiko”, com a finalidade de reduzir tributos e contribuições incidentes sobre a parte das receitas da “Hennings”.

Concluiu a fiscalização que a “Kiko” existe somente para dar lucro à “Hennings” (via “Administradora”), uma vez que não tem finalidade própria, não tem objeto social próprio, não possui setores fundamentais para o funcionamento de qualquer empresa, não aumentou seu capital (R\$ 8.000,00), não possui bem imóveis ou veículos, não tem sede própria e funciona nos imóveis cedidos gratuitamente pela “Hennings”.

Assim sendo, todas as receitas auferidas pela “Kiko” devem ser tributadas juntamente com as receitas auferidas pela “Hennings” pelo lucro real para correta apuração dos tributos.”

Foi aplicado multa de 150 % aos Autos de Infração, formalização de Representação Fiscal Para Fins Penais por meio do processo 2011-89 e arrolamento de bens por meio do processo 2011-23, conforme página 25 do TVF de fls. 3475/3500 dos autos.

Notificada dos Autos de Infração, apenas a Recorrente Hennings Vedações Hidráulicas, representada pelo Sr. Júlio César Krepsky fls. 3586/3606, oferece impugnação de fls 3517/3579, alegando o seguinte:

· Nulidade do auto de infração, tendo em vista a ausência da Kiko como integrante do processo administrativo fiscal (PAF). Várias das condutas descritas e dos fatos narrados pelo fisco envolvem diretamente a Kiko. No entanto, ela sequer foi notificada e não poderá participar do processo, com prejuízo também para a impugnante, em clara violação do princípio do devido processo legal (Constituição Federal - CF, art. 5º, LIV e LV);

· Segundo o auto de infração teria havido omissão de receitas, na forma do art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995, mas consta no TVF que a infração apurada seria bem diferente e estaria caracterizada por atuação da Hennings por interposta pessoa, divisão de parte do faturamento da impugnante com a Kiko, as operações entre Hennings e Kiko não existiram de fato e que a Kiko seria uma sociedade fictícia, sem propósito negocial. A omissão de receitas em nenhum momento é indicada como infração cometida. Teria supostamente havido simulação ou abuso de forma, ou, ainda outra figura jurídica análoga. Mas os agentes fiscais não conseguiram apontar sequer uma operação realizada por alguma das duas empresas sem cobertura de documento fiscal;

· Ao indicar a conduta como omissão de receitas deixou o fisco de relacionar os dispositivos legais específicos que efetivamente justificariam, por hipótese, a atuação (art. 10, inciso IV,

do Decreto nº 70.235, de 1972). Além do mais, o art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995, trata do critério de apuração dos tributos devidos e não de alguma conduta específica que motive a sua apuração. Assim, por falta de tipicidade de conduta ou de fundamentação legal da infração o lançamento deve ser cancelado, por contrariar o contraditório e a ampla defesa;

· As áreas de atuação da Hennings e da Kiko são substancialmente diferentes. A Hennings atua em ramo específico e especializado, de notória complexidade técnica, tendo como clientes a indústria petrolífera, mineradoras, implementos agrícolas, montadoras de equipamentos rodoviários, empresas de extração florestal. A Kiko opera com produtos de baixo valor individual e alta rentabilidade, sua linha de produtos é reduzida e de simples operação. A Kiko ocupa uma área de mercado não abrangida pelo foco principal da Hennings;

· As provas agora anexadas demonstram que a Kiko detém toda uma estrutura operacional vinculada com sua atividade-fim, o comércio atacadista: estocagem, separação, expedição, vendas, compras, contas a pagar e a receber. Quando intimada, a Kiko entregou relação de funcionários (fls. 320 a 322), que desenvolvem atividades de vendedor externo, vendedor interno, faturista, expedidor de materiais, separador de pedidos, auxiliar de vendas, auxiliar de recebimento, líder de logística, supervisor de vendas (cópias da fichas de registro no anexo X);

· O fato de algumas atividades acessórias (contabilidade e informática, por exemplo) relacionadas com a Kiko terem sido parcialmente prestadas pela Hennings durante os anos de 2006 a 2008 não deveria ter merecido o destaque dado pelo fisco, pois tal prática é corriqueira entre as empresas que têm controle comum. Como é sabido, em alguns casos essas atividades são desenvolvidas pelas holdings, as quais posteriormente rateiam os custos e os cobram das controladas. No caso específico, o máximo que poderia ser discutido é se deveria ou não haver rateio de despesas entre as empresas, mas jamais considerar uma delas como não existente e considerar esse fato como fundamento para omissão de receita. Além do que esse fato somente se verificou em relação à matriz da Kiko, dada a vantagem econômica de se utilizar uma estrutura parcialmente ociosa e com proximidade física. A filial de São Paulo utiliza serviços de terceiros para essas atividades acessórias (anexo XVI);

· A filial de Caxias (RS) é exposta pelo fisco como um suposto ponto chave do “esquema” de redução de tributos federais. Referida filial, cuja contabilidade era realizada por escritório contratado (anexo XVII), teve suas atividades encerradas em 08/12/2009, conforme 11ª Alteração Contratual (anexo XVIII). Qual a importância estratégica para a redução de tributos de uma filial que foi fechada antes de qualquer fiscalização? Não houve “engenharia contábil” e o fato de as mercadorias transitarem ou não pela filial de Caxias (RS) em nada afeta a apuração dos tributos federais, já que o efeito é o mesmo se as vendas tivessem sido efetuadas diretamente de Hennings para Kiko Blumenau;

· A existência da filial de Caxias justificava-se por questões operacionais relacionadas ao regime especial de ICMS vigente à época e não à apuração de tributos federais;

· Quanto à filial de São Paulo, foi aberta em 18/09/2008, ocupa uma área corresponde a mais de 2.500 metros quadrados (anexo III), num imóvel locado junto a terceiros, possuindo 20 funcionários (anexos III, VII e X), com faturamento que já representa aproximadamente 50% do faturamento total da empresa;

· Com relação à efetividade das operações entre Hennings e Kiko, essa menção baseia-se na filial de Caxias, mas nada se questionou quanto às operações da Hennings com a Kiko Blumenau. As operações com a filial de Caxias apresentavam as particularidades relacionadas ao regime especial de ICMS, não podendo ser tomadas como parâmetro para “averiguar” a efetividade das transferências para Kiko Blumenau;

· O ponto principal não atacado pelo fisco está na presença física incontestável das mercadorias em estoque da Kiko (anexo III), na estrutura administrativa de controle de estoques, contando inclusive com vários funcionários (anexos III e X) e na saída efetiva de mercadorias do estabelecimento da Kiko (anexo XX);

- A distância reduzida entre a Hennings e a Kiko Blumenau permite que as mercadorias sejam entregues com regularidade e agilidade, inclusive sem “carimbos” de postos fiscais ou indicativos do gênero;
- Quanto às vendas efetuadas pela Kiko, também não há dúvidas de que as mercadorias partiram fisicamente de seu estabelecimento e não da Hennings. Os documentos de fretes de mercadorias vendidas, juntados por amostragem, indicam claramente como local de retirada a sede da Kiko em Blumenau (anexo XX). A existência de vários relatórios gerenciais de vendas (anexo IX) demonstra a efetividade e a regularidade das vendas efetuadas pela Kiko aos seus clientes. Está anexando, por amostragem, partes do relatório de produtividade por vendedor da Kiko, que demonstra a atuação real, efetiva e independente dessa empresa em relação aos seus clientes (anexo XXII);
- A afirmação de que a Kiko revende ou devolve para a Hennings parte das mercadorias que adquiriu notadamente por preços muito superiores aos de aquisição (2,5 a 10 vezes maiores – fl. 3483) não procede. Algumas operações de venda da Kiko para Hennings eram realizadas por valores superiores aos de compra por incorreção na operação do sistema, e essa não era a regra. Realizou um levantamento físico da totalidade das notas que contemplam essa situação no período fiscalizado e apurou que a diferença de preços das operações com essa característica foi de R\$ 337.432,78 (anexo XXIII). Por outro lado, ocorria exatamente o contrário: mercadorias adquiridas pela Kiko eram vendidas para a Hennings por preços abaixo dos de compra. Efetuou um levantamento físico da totalidade das notas que contemplam essa situação e apurou uma diferença de R\$ 382.084,66 (anexo XXIV). Verifica-se a ocorrência de um saldo líquido de R\$ 44.651,88 faturados a menor de Kiko para Hennings, demonstrando que não existe planejamento tributário, pois a empresa de lucro presumido estaria transferindo lucro para a de lucro real;
- Outra afirmação fiscal improcedente é a de que os recursos financeiros da Kiko precisavam retornar para a Hennings para alimentar seu fluxo financeiro (fl.3490) e que na prática a Kiko funciona como mais uma conta caixa e bancos da Hennings (fls. 3493).

Fez um levantamento dos saldos da conta adiantamentos da Kiko para a Hennings ao final de cada mês do período fiscalizado e dos saldos de recursos direcionados pela Hennings para aplicações financeiras no mesmo período (anexo XXV), que demonstram que a Hennings possuía recursos financeiros aplicados e disponíveis, na maioria das vezes em montante superior ao saldo da conta adiantamento da Kiko;

- Os adiantamentos realizados devem ser analisados em um contexto de simplificação de procedimentos. Como a Hennings vendia com constância da Kiko, era certo que aquela teria valores a receber da referida empresa e nesse contexto os adiantamentos eram realizados e depois compensados. O que os fiscais chamam de dependência financeira nada mais é do que uma gestão única de caixa, com vantagens na rentabilidade de aplicações financeiras realizadas com um volume unificado e maior, e uma opção legítima para evitar a incidência da CPMF;
- A afirmação de que a Kiko seria a maior fornecedora nacional da Hennings merece ressalva. A Kiko nunca foi a fonte primária de produtos já que seu principal fornecedor era a própria Hennings, além do que os valores não apresentam a relevância pretendida e as operações não tinham qualquer finalidade de serem efetuadas com valores superiores aos de compra. O que existiu na época foram falhas e imprevisões no dimensionamento dos mercados das empresas. Nesse contexto, em que a Hennings tinha necessidade de matérias primas e a Kiko excesso de estoques, obviamente pareceu mais simples para a Hennings adquirir as suas necessidades transitórias da própria Kiko.

- Não há nada no ordenamento jurídico que obrigue o contribuinte a adotar formas de pagar mais tributo ou de elevar ao máximo sua carga tributária. A Kiko não foi criada pela Hennings e essa sociedade já existia há quase 10 anos quando passou a ter o controle comum. Não há fundamento jurídico para se exigir a reunião de duas empresas existentes e sob controle comum para que a tributação sobre a soma das duas seja a maior possível. Deve a fiscalização respeitar a opção de não reunir as duas empresas sob o manto de uma só, ainda

que elas tenham passado a ter controle comum no final de 2005, e confirmar a opção legitimamente suportada no direito aplicável de manter as operações da Kiko tributadas pelo lucro presumido;

· No caso da impugnante, já se demonstrou que não ocorreu o desmembramento de atividades e o argumento de coexistência física não pode ser levantado, porque o estabelecimento da Kiko em Blumenau dista aproximadamente 8 Km do estabelecimento da Hennings (anexo XXI) e a filial de São Paulo aproximadamente 600 Km. Isso sem considerar os demais aspectos específicos que envolvem as operações da Kiko, os quais afastam qualquer dúvida quanto à efetiva existência e operação da referida empresa;

· Conforme dados extraídos das DIPJ entregues à Receita Federal do Brasil (RFB), apesar de a Kiko ter sido constituída em 1997, somente a partir de 2004 (com exceção de 2002) é que o somatório da receita bruta das duas empresas ultrapassou o limite para a opção pelo lucro presumido. Considerando tal realidade, como defender que a criação da Kiko, desde o início, tinha como objetivo apenas a economia tributária pela opção pelo lucro presumido? Se tudo estaria “orquestrado” desde o início, por que se passaram 9 anos de possibilidade de adoção do lucro presumido para todas as vendas? Além do que como sustentar que houve divisão de faturamento se as duas empresas têm histórico de crescimentos constantes de vendas?

Apresenta argumentos de defesa em relação ao IPI, os quais deixo de colacionar pois serão analisados em outro processo e aduz o seguinte em relação as demais matérias.

"· Deve ser excluída a multa de 150% por ausência de pressupostos legais para sua aplicação. A simples apuração de omissão de receitas não autoriza a qualificação da multa de ofício;

· Está anexando o documento (anexo XXIX) que demonstra que o trabalho fiscal incorreu em erros básicos na elaboração das planilhas de apuração dos valores notificados. Embora o resultado líquido do exercício antes dos tributos da Hennings, em 2006, tenha sido da ordem de R\$ 5.600.000,00 e o da Kiko de R\$ 9.600.000,00, no consolidado apurado pelo fisco o valor somado das duas empresas foi da ordem de R\$ 27.000.000,00. Isso ocorreu porque houve inversão dos sinais quando da exclusão das devoluções do CMV; o fisco não considerou os efeitos tributários sobre as operações entre as empresas na apuração do novo CMV;

· Outro aspecto não considerado pelo fisco quando da elaboração do resumo consolidado (fl.3420) foi a não dedução do resultado do exercício dos tributos exigidos pelo próprio lançamento efetuado, como foi feito pela auditoria;

· Houve irregularidade no cálculo do PIS e da Cofins não-cumulativos (fls. 3421 a 3426), na apuração dos débitos, item “base de cálculo declarada”, o fisco levou em consideração toda a base declarada da Hennings e da Kiko. Todavia, ao fazer os ajustes dessa nova base de cálculo, excluíram apenas o faturamento da Hennings para a Kiko, esquecendo de excluir o faturamento da Kiko para a Hennings, contrariando a informação constante no TVF.

Da mesma forma, ao apurar os créditos das empresas, consideraram os créditos da Kiko como sendo no valor de R\$0,00 embora a Kiko tenha várias aquisições que gerariam crédito no período se utilizado o sistema da não-cumulatividade;"

Solicita a realização de prova pericial e indica quesitos.

Requer o cancelamento do auto de infração, para que sejam refeitos os cálculos relativos ao IRPJ e CSLL constantes do “resumo consolidado de apuração do IRPJ e CSLL- Hennings e Kiko”, constantes da fl.3420, conforme quesitos indicados para fazer a perícia, excluindo do montante exigido do excesso apurado.

Solicitou que seja assegurado o direito de abater da base de cálculo do IRPJ e CSLL, os montantes de PIS, Cofins e IPI e respectivos acréscimos conforme exposto no item IV.

Requer sejam refeitos os cálculos relativos ao PIS, Cofins (fls. 3421-3426) e IPI (fls. 3434-3436), conforme quesitos indicados, considerando os reflexos na apuração do IRPJ e CSLL.

Pede a exclusão da multa de 150% ou a sua redução ao percentual legalmente aplicável.

Em seguida a DRJ de Ribeirão Preto proferiu v. acórdão de fls.8940/8961 mantendo integralmente as exigências fiscais perpetradas nos Autos de Infração.

Ato contínuo, a Recorrente interpõe Recurso Voluntário de fls. 8993/9055.

Está C. 2 Turma Ordinária ao analisar o Recurso Voluntário da Recorrente, decidiu por declarar nula a decisão proferida pela DRJ de Ribeirão Preto, por entender que deixou de fundamentar de forma clara os motivos da rejeição dos argumentos da defesa, bem como deixou de analisar os documentos apresentados pela impugnante, concluindo que houve cerceamento do direito de defesa e, por consequência, o Acórdão da DRJ deve ser anulado, nos termos do artigo 59, inciso II do Decreto 70.235/72. (fls. 9069/9091).

Em seguida foi proferida nova decisão pela DRJ de Ribeirão Preto mantendo integralmente os Autos de Infração. (fls. 9137/9162).

A Recorrente, por sua vez, interpõe novamente Recurso Voluntário nos mesmos termos do recurso anteriormente apresentado nos autos acrescentando que conforme o v. acórdão proferido anteriormente pela 2 Turma da 2 Câmara do CARF/MF os autos de infração deveriam ser cancelados, eis que as provas trazidas pela Recorrente na impugnação comprovariam a regularidade das operações e a existência/funcionamento independente da Kiko com a Hennings.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

**Voto**

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

**Preliminares:**

Quanto à preliminar de nulidade do lançamento de que teria ocorrido falta de tipicidade na omissão de receitas e falta de notificação das autuações da empresa Kiko, vejamos.

No que se refere a atipicidade dos lançamentos fiscais, cumpre dizer que o auto de infração contém o embasamento legal que enquadrou a infração de omissão de receitas, nos termos do artigo 24 da Lei 9.249/95, fls. 3447.

Desta forma, entendo que não existe falta de correspondência entre os fatos e a infração imputada de omissão de receitas.

A fiscalização descreveu no Termo de Verificação Fiscal - TVF, todos os fatos e motivos que caracterizaram a omissão de receitas, qual seja, que as operações efetuadas pela Kiko eram fictícias e, portanto, deveriam, essas operações, serem atribuídas à Recorrente, dentre elas as receitas auferidas.

Verifica-se também que os autos de infração contém todos os elementos exigidos pelo art. 10 do decreto nº 70.235 e do art. 142 do CTN.

Ademais, tanto na impugnação, como nos recursos voluntários, constata-se que a Recorrente demonstrou ter entendido perfeitamente os motivos das infrações apuradas, tendo a oportunidade de contestar a autuação com a apresentação dos seus argumentos e das provas que julgava necessárias, o que propiciou o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Quanto à falta de notificação do lançamento fiscal da empresa Kiko, cumpre informar que não existe obrigação de intimar terceiros pessoas que não aquelas que sejam sujeito passivo e responsável tributário pelas obrigações fiscais.

Mesmo assim, cumpre ressaltar que apesar de a empresa Kiko ter sido intimada a prestar esclarecimentos durante a fiscalização, o que não foi feito, a empresa não foi enquadrada em nenhuma das hipóteses de sujeição passiva e nenhum crédito tributário está sendo exigido da mesma, motivo pelo qual inexistente previsão legal para a notificação/intimação da autuação relativa a Recorrente Hennings.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento fiscal.

Passa-se ao exame da segunda preliminar, relativa à nulidade do acórdão recorrido, por incompetência do órgão julgador para exame de tributos relativo ao IRPJ e pelo indeferimento da perícia, com violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em relação ao primeiro motivo, cabe dizer que a Portaria RFB nº 1916, de 10 de outubro de 2010, disciplinou a competência, territorial e por matéria, das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) e relacionou as matérias de julgamento por Turma.

À DRJ/Florianópolis (SC) competia julgar tributos de Unidades da RFB situadas no Estado de Santa Catarina, e suas jurisdicionadas, relativo a, dentre outros:

*“Impostos e contribuições administrados pela RFB, exceto: IPI e lançamentos conexos; [...]”*

Já a DRJ/Ribeirão Preto (SP) competia julgar tributos da 8ª e 9ª Regiões Fiscais relativo a, dentre outros:

*“IPI (inclusive processos relativos à classificação fiscal de mercadorias e ao crédito presumido para ressarcimento de PIS/Pasep e Cofins) e lançamentos conexos.”*

No presente caso a infração omissão de receitas acarretou o lançamento também do IPI, que se encontra no processo 13971.720491/2011-34.

Nos termos da Portaria RFB nº 1916, de 2010, a DRJ/Florianópolis não tem competência para julgar processos do IPI, a não ser IPI vinculado à importação, que não é o caso que aqui se trata. A competência para julgamento do IPI da 8ª e 9ª Regiões Fiscais é da DRJ/Ribeirão Preto, incluindo-se os lançamentos conexos, no caso o IRPJ e seus reflexos.

Assim, correto o entendimento de que a DRJ/Ribeirão Preto era competente para julgar o presente processo do IRPJ e reflexos, que é lançamento conexo ao IPI acompanhado no processo 13971.720491/2011-34, devendo ser rejeitada a preliminar de nulidade aventada.

Quanto à nulidade do acórdão recorrido, pelo indeferimento da perícia requerida, cumpre esclarecer que o indeferimento de diligências e perícias é perfeitamente admitido quando a autoridade julgadora considerá-las prescindíveis para a formação do seu livre convencimento e para a solução do litígio, conforme art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972.

A autoridade julgadora de primeira instância entendeu pela desnecessidade da realização de prova pericial, satisfazendo-se com os fatos e documentos juntados para formar sua livre convicção, o que encontra amparo no art. 18 do PAF, acima transcrito, motivo pelo qual deve ser rejeitada a preliminar de nulidade do acórdão recorrido pela falta de deferimento da perícia requerida pela defesa.

A Recorrente também alega que o v. acórdão recorrido não analisou todos os documentos, pois faltaram os Anexos XXXII e XXXIII juntados aos autos em sede de impugnação, que não puderam ser digitalizados e por isso foi formalizado processo vinculado ao principal de número 13971.721036/2011-56, relativo ao dossiê em papel de fls. 8932.

Tal afirmativa não confere com a realidade, eis que o acórdão recorrido analisou sim os materiais do processo 13971.721036/2011-56, conforme parte do voto vencedor abaixo colacionada.

"Ademais, referidas fotos não comprovam a data em que foram feitas (provavelmente depois da fiscalização) ou que as instalações nelas retratadas são da Kiko-filial São Paulo (poderiam ser da Hennings ou de qualquer outra empresa) ou, ainda, que as pessoas nelas retratadas são seus funcionários e que as mercadorias retratam seus estoques. Portanto, não se prestam a comprovar que a Kiko tinha estrutura organizacional e administrativa nos anos de 2006 a 12/2008. **Quanto ao folder e brindes que formaram o processo 13971- 721.036/2011-56 não comprovam a efetividade das operações que se diz realizadas entre a contribuinte e a Kiko (Caxias do Sul e Blumenau) no período fiscalizado.**"

O que ocorreu, foi que a Recorrente apresentou na DRJ caixas contendo canetas, brindes, revistas, panfletos, dentre outros materiais que não puderam ser digitalizados e juntados aos autos, sendo então criado o processo o 13971.721036/2011-56, relativo ao dossiê em papel de fls. 8932.

No meu entender, a Recorrente poderia ter apresentado cópias ou fotos de tais materiais para que fossem juntado aos autos.

Desta forma, em relação a estas caixas dos Anexos XXXII e XXXIII, entendo que não assiste razão a Recorrente, pois os Julgadores da DRJ analisarão tais materiais, chegando a conclusão de que não serviram para afastar a acusação disposta o AI.

Caso fossem tão importantes tais materiais, a contribuinte deveria ter tomado a precaução de juntar cópias/fotos para serem digitalizadas e juntados aos autos. ou então, poderia apresentá-los novamente no momento do julgamento do Recurso Voluntário.

Ademais, mediante o cotejo dos outros documentos constantes nos autos e em boas condições para análise, os Julgadores entenderam ser suficientes para traçar sua motivação e julgar o processo no estado em que se encontrava.

Caso fosse necessário para o convencimento dos Julgadores eles poderiam solicitar por meio de despacho que a Recorrente juntasse novas cópias dos materiais dos Anexos XXXII e XXXIII, entretanto, não foi necessário, pois os documentos acostados aos autos foram suficientes para formarem as respectivas motivações e fundamentações do acórdão.

Nesta linha de raciocínio, caso tais documentos fossem realmente importantes para que o deslinde da lide restasse favorável para a Recorrente, ela não perderia a oportunidade de juntar/trazer novamente os Anexos aos autos, o que não fez.

Lembrado que o primeiro acórdão da DRJ foi anulado pela 2 Turma do 2 Câmara do CARF, tendo a Recorrente tempo e possibilidade de juntar novamente cópias de tais materiais aos autos, cooperando com o andamento e julgamento do processo em epígrafe.

Em relação aos demais documentos juntados aos autos, a DRJ fez o cotejo de todos e os apontou no corpo do v. acórdão.

Sendo assim, entendo que a alegação da Recorrente de que o v. acórdão não analisou todos os documentos juntados aos autos em sede de impugnação, não procede.

A Recorrente insiste na nulidade do v. acórdão recorrido pela falta de fundamentação, com violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Alega, em síntese, que não foram enfrentados argumentos expostos na impugnação, além do que provas trazidas ao processo sequer foram examinadas/mencionadas pelo órgão julgador.

Tal alegação também não merece provimento.

Conforme se pode verificar no histórico processual dos autos, o v. acórdão da 2 Turma da 2 Câmara deste E. CARF/MF, anulou a decisão de 1 instância para que outra fosse proferida em seu lugar, analisando detalhadamente os documentos trazidos junto com a impugnação.

A DRJ de Ribeirão Preto, em cumprimento ao determinado no v. acórdão, refez a decisão anterior analisando de forma precisa e detalhada todos os documentos que constam no processo e que foram carreados aos autos pela Recorrente em sede de impugnação.

Assim, entendo que após terem sido proferidas duas decisões em sede de impugnação analisando os fatos e os documentos constantes nos autos, a alegação de nulidade do acórdão recorrido por falta de fundamentação e exame das provas deve ser rejeitada.

### **Mérito:**

O TVF de fls.3475/3500, começou traçando o histórico societário das empresas do grupo cuja Recorrente pertence, apontou que os sócios eram os mesmo e o controle é do Sr. Alberto Hennings.

Em seguida analisou qual a função da empresa Kiko no grupo e o histórico das operações de compra e venda entre a Recorrente e a Kiko.

Após o cotejo dos documentos entregues e não entregues pela Recorrente a Fiscalização entendeu que existia simulação tanto do estabelecimento da Kiko, como das operações praticadas com a Recorrente.

Passou então, a analisar a escrituração contábil da Kiko, da Recorrente Hennings e a participação da empresa Administradora que controla o grupo, página 14/17 do TVF, encontrando uma estrutura contábil e financeira que segundo a Fiscalização objetivava se esquivar da tributação do lucro real, com a divisão do faturamento entre as empresas.

Ao continuar o procedimento fiscal, presumiu que a empresa Kiko era na verdade empresa interposta, criada para distribuir o faturamento entre as duas pessoas jurídicas distintas, que na verdade formam uma única empresa, cuja a finalidade é a diminuição da tributação do IPI, IRPJ, CSLL, PIS e COFINS não cumulativos, obtidas pela alocação de parte da receita de vendas de produtos e mercadorias da Hennings-Recorrente que é tributada pelo lucro real, na Kiko que é tributada pelo lucro presumido, sendo ambas controladas pela Administradora.

Por tais motivos, autuou a Recorrente por omissão de receita nos termos do artigo 24 da Lei 9.249/95.

Sendo assim, a Fiscalização entendeu que todas as receitas auferidas através do CNPJ 02.122.621/0001-73 da Kiko, nos anos de 2006, 2007 e 2008, devem ser submetidas a tributação juntamente com as receitas auferidas pela Recorrente Hennings (matriz e filial) pelo lucro real para a correta apuração dos impostos e contribuições federais devidos em todo o período fiscalizado.

Feitas estas considerações, destaco algumas constatações produzidas pela Fiscalização a respeito da interposição da Kiko em relação a Hennings na comercialização de mercadorias:

- *Que o endereço da Matriz da “Kiko”, é no imóvel de propriedade da “Hennings”, cedido por empréstimo de forma gratuita, por prazo indeterminado, através de contrato de comodato.*

- *Que a “Kiko”, no período fiscalizado, de 2006 a 2008, possui apenas uma filial, de CNPJ 02.122.621/0002-54, localizado na avenida Ruben Bento Alves, nº 3921, 2º andar, bairro São José, município de Caxias do Sul – RS.(negritei)*

- *O endereço da única filial da “Kiko” é o mesmo da filial nº 4 da “Hennings”, CNPJ 83.748.772/0006-48, em imóvel alugado pela “Hennings” e cedido por empréstimo de forma gratuita, por prazo indeterminado, através de contrato de comodato apresentado em atendimento ao Termo de Intimação Fiscal nº m01 da “Kiko”.*

- *A “Kiko” não possui bens imóveis nem veículos no seu ativo permanente. Apenas registra R\$ 34.584,00, no final de 2008, composto por instalações industriais e equipamentos de escritório, com receita bruta declarada em DIPJ de R\$ 22.309.694,81 em 2006, R\$ 25.113.418,96 em 2007 e R\$ 29.062.064,59 em 2008.*

- *Ambas as empresas são administradas pelo Sr. Alberto Hennings, que tem influência direta, através da “Administradora”, que é controladora absoluta das duas empresas.*

- *Percebe-se facilmente que a “Kiko” tem na compra e venda de mercadorias da “Hennings” a sua razão de ser, uma vez que não possui outros fornecedores, o que caracteriza exclusividade na venda de produtos da “Hennings”.*

- *Quanto as vendas percebe-se que a “Kiko” revendeu ou devolveu para própria “Hennings” 59,40% das compras efetuadas em 2006, 146,74% em 2007 e 7,47% em 2008.*

Considerando os itens acima, podemos extrair o entendimento de que no período fiscalizado de 2006 à 2008 (ainda que tenha solicitado registro no INPI), a Kiko tinha sido constituída (1997) com objetivo primordial de reduzir tributos.

A Fiscalização constatou que as vendas da “Hennings” para “Kiko”, nos três anos fiscalizados, ocorreram entre a Matriz “Hennings” de Blumenau e a filial da “Kiko” de Caxias do Sul (distante há mais de 500km), nos percentuais de 97% em 2006, 75,14% em 2007 e 66,06% em 2008.

A filial da “Kiko” em Caxias do Sul, ato contínuo à compra, transfere toda a mercadoria adquirida para a matriz “Kiko” em Blumenau, em nova operação interestadual e, sendo intimadas, a “Hennings” e “Kiko”, não comprovaram a efetividade dessas transações.

E mais, foi também constatado que, a Hennings efetua recompra, de parte das mesmas mercadorias vendidas para “Kiko” Caxias do Sul da matriz da “Kiko” Blumenau, por preços notoriamente superiores aos praticados na venda e as revende no mercado nacional sem incidência IPI.

Há de se destacar também que a filial “Kiko” de Caxias do Sul –RS, não efetuou nenhuma operação de venda de mercadorias (“Hennings” ou terceiros), nos três anos fiscalizados.

Assim, a análise em conjunto desses elementos indicativos levam à conclusão de que se trata na verdade de planejamento tributário visando reduzir o pagamento de tributos.

Em relação ao restante dos argumentos e fundamentações do meu voto, peço vênia para colacionar parte do v. acórdão recorrido que analisou detalhadamente os fatos e documentos dos autos.

Na impugnação (item III.2.2), a contribuinte apresenta argumentos na tentativa de comprovar que a Kiko possui estrutura organizacional e administrativa. Para tanto apresenta, relativamente à filial da Kiko - **São Paulo** (ver fls. 3540/3541), fotos (anexo III) e alega que ela “ocupa uma área correspondente a mais de 2.500 metros quadrados (Anexo III)” e “possui mais de 20 funcionários (conforme anexos III, VII e X)”.

Entretanto, como afirmado pela própria impugnante, as citadas fotos (anexo III) são relativas à filial da Kiko em São Paulo, que começou a funcionar somente no final de 2008 e, portanto, não interferiu nas constatações feitas pela fiscalização.

Ademais, referidas fotos não comprovam a data em que foram feitas (provavelmente depois da fiscalização) ou que as instalações nelas retratadas são da Kiko-filial São Paulo (poderiam ser da Hennings ou de qualquer outra empresa) ou, ainda, que as pessoas nelas retratadas são seus funcionários e que as mercadorias retratam seus estoques. Portanto, não se prestam a comprovar que a Kiko tinha estrutura organizacional e administrativa nos anos de 2006 a 12/2008. Quanto ao folder e brindes que formaram o processo 13971- 721.036/2011-56 não comprovam a efetividade das operações que se diz realizadas entre a contribuinte e a Kiko (Caxias do Sul e Blumenau) no período fiscalizado.

Deve-se registrar que, ainda que as fotos fossem hábeis para comprovar a existência de estoques na Kiko filial **São Paulo**, elas não alterariam o resultado da análise feita pelo fisco (relativa aos anos de 2006 a 12/2008). Dessa forma, não se prestam como prova da alegação feita.

Com relação ao anexo VII, contém informação de empregados da Kiko - Blumenau, sendo um vendedor, um auxiliar de faturamento e um almoxarife contratados no ano de 2006, um almoxarife contratado em 2007 e vendedor e um almoxarife em 2008. Os outros registros são da filial de São Paulo e não se referem ao período fiscalizado.

Quanto ao Anexo X, observa-se que a maioria se refere a funcionários contratados pela Kiko - São Paulo em 2009, 2010 e 2011 (portanto, depois do período fiscalizado), como se vê às fls. 3897 a 3934, 3948, 3955 a 3967. Outros foram contratados depois do período fiscalizado pela Kiko - Blumenau (fls.3951 a 3954, 3968/3969). Portanto, não interferem nas constatações feitas pelo fisco.

Poucos são contratados da Kiko - Blumenau no período fiscalizado (fls. 3869, 3871-vendedor, 3879-expedidor de pedidos, 3882-vendedor, 3890, 3907-separador de pedidos, 3941, 3970 a 3994-um faturista, um expedidor de pedidos).

Dessa forma, não ficou provado que a Kiko possui uma “estrutura administrativa, com equipe completa de profissionais contratados”. Ao contrário, possui poucos funcionários, sendo que a filial de Caxias do Sul que movimentou grande quantidade de mercadorias não possuía nenhum funcionário. Ademais, conforme a Kiko afirmou durante a fiscalização, em atendimento a intimação nº 002 e intimação via e-mail de 09/12/2010, não possui setores de contabilidade, recursos humanos, vigilância, limpeza, contas a receber e a pagar, jurídico, manutenção em geral e que esses serviços foram prestados por funcionários da "Hennings". A própria contribuinte, na impugnação, admite que atividades como contabilidade e informática foram parcialmente prestadas pela Hennings no período fiscalizado.

Quanto à efetividade das operações, a contribuinte alega que “o ponto principal não atacado pelo fisco está na presença física incontestável das mercadorias em estoque da Kiko (anexo III), na estrutura administrativa de controle de estoques, contando inclusive com vários funcionários (anexos III e X) e na saída efetiva de mercadorias do estabelecimento da Kiko (anexo XX)”.

Entretanto, como visto anteriormente, o anexo III se refere à filial da Kiko em São Paulo, que não se refere ao período fiscalizado e não faz prova da existência de estoques na referida filial. Por outro lado, a existência de poucos funcionários na filial de Blumenau (anexo X) não faz prova da efetividade das operações de venda e compra de mercadorias. Tampouco, a apresentação de documentos fiscais de serviços e fornecimentos diversos à Kiko (anexo XII – fls. 5763 a 6068) e de faturas de energia elétrica e de telefone da Kiko comprovam a citada efetividade das operações de compra e venda da referida empresa.

Diante das constatações feitas pelo fisco, verifica-se que a apresentação dos conhecimentos de carga (anexo XX), relativos à saída de mercadorias da Kiko Blumenau para outras empresas no ano de 2008, não é suficiente como prova da efetividade das operações daquela empresa, sendo necessário, por exemplo, a comprovação da efetiva entrada das mercadorias naquela filial e do pagamento das operações a que se referem tais conhecimentos de carga. E, ainda, cabe indagar a respeito da comprovação relativa aos anos de 2006 e 2007.

A contribuinte apresenta, também, relatórios gerenciais de vendas (anexo IX) e de produtividade por vendedor da Kiko-Blumenau (anexo XXII – fl. 3542) relativos ao mês de 04/2007 e ao mês de 12/2008, os quais não são documentos fiscais. O mesmo se aplica ao anexo XV que se constitui de simples relação de clientes da Hennings.

Os relatórios de produtividade da Kiko Blumenau, relativos ao mês de 04/2007 e ao mês de 12/2008 (Anexo XXII) e as correspondências com clientes e representantes (anexo XI), não são documentos fiscais e, desacompanhados da documentação fiscal e contábil, não servem para comprovar a efetividade das operações que se diz realizadas entre a Hennings e a Kiko (filial de Blumenau e de Caxias do Sul) no período fiscalizado.

Quanto aos documentos constantes do Anexo XVI, verifica-se que se tratam de NF de prestação de serviços para a Kiko - São Paulo, as quais não se referem ao período fiscalizado, conforme se vê às fls. 7511 a 7522. Somente as fls. 7523 e 7524 são datadas de 09/10/2008 e 15/07/2008 e são relativas à abertura da filial em São Paulo.

Com relação à filial da Kiko em Caxias do Sul, não foi apresentada qualquer prova efetiva da comercialização de mercadorias. A contribuinte apenas afirmou que a sua existência se justificava por questões relacionadas ao regime especial de ICMS vigente à época e apresenta apenas notas fiscais de prestação de serviços contábeis (anexo XVII), supostamente realizados em 2006, sem, no entanto, juntar quaisquer outras provas, tais como do efetivo pagamento de tais valores.

Se, conforme afirma a contribuinte, a “concepção de simulação de operações comerciais é inadmissível”, porque razão não trouxe ao processo qualquer prova da efetiva saída das mercadorias da Hennings para a filial da Kiko em Caxias do Sul, do efetivo recebimento dessas mercadorias pela citada filial e da sua efetiva saída (seja por revenda ou por devolução) dessa filial para a filial-Blumenau?

Relativamente à afirmação do fisco de que a Kiko revende ou devolve para a Hennings parte das mercadorias que adquiriu notadamente por preços muito superiores aos de aquisição (2,5 a 10 vezes maiores – fl. 3483), a contribuinte admite que tais operações de venda da Kiko para Hennings ocorreram, mas alega que isso ocorreu por incorreção na operação do sistema e que não era a regra. Acrescentou que realizou um levantamento físico da totalidade das notas que contemplam essa situação no período fiscalizado e apurou que a diferença de preços das operações com essa característica foi de R\$ 337.432,78 (anexo XXIII).

Por outro lado, constatou que mercadorias adquiridas pela Kiko eram vendidas para a Hennings por preços abaixo dos de compra, apurando uma diferença de R\$ 382.084,66 (anexo XXIV).

Verificou, assim, a ocorrência de um saldo líquido de R\$ 44.651,88 faturados a menor de Kiko para Hennings.

Entretanto, a contribuinte não apresentou qualquer comprovação dessa “incorreção no sistema”, ressaltando-se que, se houve “incorreção”, ela deveria ter sido sanada, à época da sua ocorrência, na contabilidade e na apuração dos tributos. Cabe registrar que não é crível que uma empresa que visa lucro (no caso, a Kiko) e é independente da Hennings (como quer fazer crer) efetuar venda de mercadorias por preços inferiores àqueles pagos na aquisição. A única razão para a contribuinte adquirir as mesmas mercadorias anteriormente vendidas para a Kiko por preços muito superiores e para a Kiko vender mercadorias para a Hennings por preços inferiores é (sendo a Kiko interposta pessoa) a obtenção de vantagens fiscais e para reduzir tributos.

Não se trata de apurar saldo relativo à diferença entre preços pagos nas aquisições e preços cobrados nas vendas, mas de se verificar a efetividade dessas operações o que não ficou comprovado até o presente momento (a efetiva saída da mercadoria da Hennings em Blumenau, a entrada na filial da Kiko em Caxias do Sul, o seu retorno para a filial da Kiko em Blumenau e, ainda, a saída delas dessa filial para a Hennings).

A impugnante nada comprovou a respeito das seguintes constatações fiscais relativas à escrituração contábil:

- Praticamente 100% da receita da "Kiko" é proveniente de transações feitas a prazo (supostamente oriunda da venda de mercadorias), lançadas a débito na conta 106 - Cobrança em Carteira (Ativo) receita esta registrada na conta de resultado 3406 - Receita de Vendas Matriz.

O dinheiro então passa pela conta do ativo chamada 106 Cobrança em Carteira e uma parte (relativa a vendas para "Hennings") é compensada diretamente com a "Hennings" conta de ativo 4771 e o restante vai para cobrança bancária no Banco do Brasil cta 4191 e Bradesco cta 4720-

- Ao registrar o recebimento dos títulos nas contas Banco do Brasil e Bradesco, o dinheiro é creditado nesta conta 106 de Cobrança e debitado no Banco do Brasil conta 4191 e Bradesco conta 4720 .

- Uma vez ingressado nos bancos, a totalidade do dinheiro é então transferida para a "Hennings" via "Empréstimo ou Adiantamento", com remessas efetuadas de forma aleatória (conforme saldo disponível) ou através pagamento de títulos da "Hennings" (débito nas contas bancárias da "Kiko"), com uma única finalidade: alimentar o fluxo financeiro (caixa) da "Hennings" através do retorno do dinheiro recebido em decorrência da parcela do faturamento realizado através do CNPJ da "Kiko". (sublinhei)

- Para fazer retornar para "Hennings" estes valores, a "Kiko" efetuou lançamentos a crédito da conta Banco do Brasil cta 4191 e Bradesco cta 4720 no ativo, com contrapartida a débito na conta do passivo 5279 adiantamento a clientes "Hennings", assim o Caixa Contábil e o saldo dos bancos da "Kiko" é "esvaziado" mediante simulação do empréstimo á uHennings", conforme cópia parcial do Livro Razão Contábil das contas acima citadas.

- Estes valores foram utilizados para pagar títulos da "Hennings" através das contas bancárias da "Kiko", fato este reconhecido pela "Hennings" através dos lançamentos a débito no ativo cta 52 - Caixa e crédito no ativo cta 9739 Empréstimos a "Kiko", como se fosse um suprimento de caixa e ato contínuo faz o lançamento de saída da Cta 52 Caixa no ativo (a crédito) em contrapartida a débito da cta 1442 Fornecedores Matriz no passivo (débito).

- Na "Hennings" os ingressos oriundos da "Kiko" fazem um caminho tortuoso, circulando pelas contas de empréstimos no ativo cta 9739; cta 11676 de Compensação no ativo; Caixa cta 52 (entra como empréstimo e sai como adiantamento); cta 15119 Adiantamento Cliente Kiko; cta 402 Cobrança em Carteira Matriz e a cta 1442 Fornecedores, realizando um "verdadeiro festival de lançamentos" entre estas contas (especialmente no último dia de cada ano) na tentativa de ajustar os saldo dos valores a pagar e receber, sendo que no final de cada período os excessos de adiantamento recebidos da "Kiko" em relação aos débitos compensados, são reclassificados a débito na cta nº 15119 Adiantamento Clientes Kiko e creditados na ct 16113 "Administradora", através de contrato de cessão de direitos celebrado entre a "Kiko" e "Administradora", com a anuência da "Hennings", nos três anos fiscalizados.

(...)

- Essa prática, adotada pela "Kiko" e "Hennings", sob o comando do Sr. Alberto Hennings (Sócio proprietário da "Kiko"; diretor contratado da "Hennings" e Presidente do Conselho da "Administradora"), que detém o comando das três pessoas jurídicas (CNPJ) em suas mãos, conforme anteriormente descrito, de contabilizar supostos adiantamentos e reembolsos (devoluções) dos mesmos ao longo dos três anos fiscalizados, visando o suprimento de recursos e pagamento de fornecedores da "Hennings", caracteriza de maneira inequívoca, a omissão de receitas da "Hennings" através da prática de divisão de parte do seu faturamento através do CNPJ da "Kiko".

(...)

- Portanto, a "Hennings" pagou empréstimos/adiantamentos feitos a ela pela "Kiko", através aumentos do seu capital em nome de sua sócia controladora "Administradora", nos montantes acima indicados, nos três anos fiscalizados.

(...)

- Assim, os recursos retornaram para "Hennings", sob a forma de reserva para futuro aumento de capital, sem serem tributados pelo Lucro Real, sem incidência de IPI, PIS e COFINS Não-Cumulativo, que a "Hennings" estava obrigada, nos três períodos fiscalizados.

(...)

Também, se houvesse propósito negocial específico necessário à existência da "Kiko", os recursos financeiros não passariam diretamente do caixa e bancos da "Kiko" para a "Hennings" na forma de "adiantamentos e empréstimos" a pagar. Na prática, a "Kiko" funciona como mais uma "conta caixa e bancos" da "Hennings", é mera intermediária nas transações com as empresas adquirentes dos produtos "Hennings".

As constatações fiscais e contábeis demonstram a preocupação constante de documentar operações comercialmente desnecessárias (a distribuição atacadista), mas, tributariamente úteis, sob o ponto de vista do sonegador de receitas tributáveis. Cabe repisar a constatação fiscal de que "a prática contábil adotada serviu, neste contexto, para tentar ocultar o que efetivamente ocorreu, uma vez que **as operações comerciais de compras e vendas entre as empresas (CNPJ) jamais ocorreram de fato**". (negritei)

Ficou claro no processo que, nas operações realizadas entre a Hennings e a Kiko, não existiu qualquer razão negocial ou de mercado, o único intento foi reduzir, artificialmente, a incidência tributária a que tais operações encontram-se sujeitas.

Com relação aos adiantamentos feitos pela Kiko para a Hennings a impugnante somente alegou que não se trata de dependência financeira, mas admitiu a existência de uma “gestão única de caixa com vantagens na rentabilidade de aplicações financeiras realizadas com um volume unificado e maior, e uma opção legítima para evitar a incidência da CPMF”. O fato de a Hennings ter disponibilidade para efetuar aplicações financeiras não derruba a constatação de que não houve propósito negocial específico necessário à existência da "Kiko", uma vez que os recursos financeiros passaram diretamente do caixa e bancos da "Kiko" para a "Hennings".

A contribuinte alegou, ainda, que ocorreram erros básicos na autuação, apontados **no anexo XXIX**. Vejamos:

-Quanto ao IRPJ e CSLL:

· Afirmou que o valor apresentado pela fiscalização, quanto às vendas da Hennings para a Kiko e às vendas da Kiko para a Hennings, diverge daquele apurado com base nas notas fiscais. Cabe esclarecer que os valores foram apurados através das notas fiscais escrituradas pela empresas e a contribuinte não comprova que a escrituração está incorreta.

Somente anexa ao processo demonstrativos desacompanhados das citadas notas fiscais, motivo pelo qual não se admite a alegação feita.

É ônus da contribuinte comprovar, com documentação hábil e idônea, as alegações feitas na impugnação. Cabe a ela a apresentação (ainda que por amostragem) e articulação das provas do que alega.

· Alegou divergências entre os valores dos “Débitos PIS, Cofins e IPI vendas Hennings para Kiko”, mas não apresenta as notas fiscais nas quais apurou tais diferenças;

· Inclusão do valor de venda de serviços na receita com revenda de mercadorias: não influencia a apuração do valor total;

· Afirmou que houve inversão dos sinais quando da exclusão das devoluções do CMV. A esse respeito, verifica-se, no demonstrativo de fl. 3420, que as devoluções da Kiko para a Hennings corretamente diminuíram o CMV, uma vez que tais devoluções aumentaram o estoque de mercadorias da Hennings diminuindo concomitantemente o custo da venda dessas mercadorias (as devoluções de vendas geram um débito na conta mercadorias e um crédito na conta de CMV, diminuindo o seu saldo);

· A respeito da alegação de que não se considerou os efeitos tributários sobre as operações entre as empresas na apuração do novo CMV, cabe esclarecer que os tributos (IPI, PIS e Cofins) não influenciam na apuração daquele custo. As operações entre as empresas já foram consideradas na apuração do novo CMV como se pode ver à fl. 3420;

· Quanto à dedutibilidade dos tributos lançados de ofício da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, não é admissível. Segundo o art. 41 da Lei nº 8.981, de 1995, os tributos e contribuições são dedutíveis, na determinação do lucro real, segundo o regime de competência, estando a sua dedutibilidade condicionada à regular contabilização, o que não se verifica em relação a tributos apurados em ação fiscal;

Por outro lado, toda despesa precisa estar revestida dos atributos de liquidez e certeza para ser admitida. Em se tratando de lançamento de ofício, não se pode concluir que estão presentes tais atributos;

**Portanto, não há como acolher a pretensão da contribuinte.**

- Quanto ao PIS e a Cofins:

· a contribuinte alega que os autuantes, na apuração dos débitos, excluíram apenas o faturamento da Hennings para a Kiko, esquecendo de excluir o faturamento da Kiko para a Hennings.

Não assiste razão à contribuinte, pois se fosse excluído da base de cálculo das contribuições o valor das vendas da Kiko para a Hennings, haveria a diminuição indevida do valor das contribuições a pagar, tendo em vista que a Hennings já usufruiu, no sistema não cumulativo, dos créditos de PIS e Cofins nas aquisições feitas da Kiko. Observe-se que excluindo o faturamento da Kiko para a Hennings obrigatoriamente deveriam ser estornados os créditos a ele relativo;

· Alega que os autuantes reduziram a maior, na apuração dos débitos, as vendas da Hennings para Kiko com IPI incluso, quando o correto seria líquido de IPI. Observa-se que a impugnante não aponta quais as notas fiscais cujos valores estão incluídos no demonstrativo apresentado na impugnação. Ademais, os valores da base de cálculo adotadas na autuação são aqueles constantes do Dacon os quais já são líquidos de IPI.

· Relativamente à alegação de que não se considerou, no sistema da não-cumulatividade, os créditos a que a Kiko teria direito provenientes de várias aquisições, cabe observar que a contribuinte apresenta para comprovar tais aquisições apenas os demonstrativos de fls. 8458, 8464, 8466 a 8468, 8473, 8475 a 8477, sem, contudo, anexar as correspondentes notas fiscais.

A respeito da apresentação de provas, deve-se esclarecer que é ônus da contribuinte comprovar o direito aos créditos relativos às aquisições efetuadas, fazendo a articulação entre as notas fiscais e os valores pleiteados.

Não tendo a contribuinte apresentado as provas capazes de derrubar as constatações fiscais, não se altera o lançamento.

Em relação as alegações e matéria relativas ao IPI, estas deverão ser analisados no processo respectivo processo que trata do lançamento do respectivo imposto.

### **Perícia:**

Entendo que para o julgamento da lide não é necessário a produção de perícia.

A matéria dos autos cinge-se a comprovação documental, que foi exaustivamente analisada nos autos.

Desta forma, rejeito o pedido de perícia, nos termos do artigo 18 do Decreto nº 70.235, de 1972.

### **Da multa qualificada:**

Em relação a qualificação da multa de 150%, adoto os mesmos fundamentos do v. acórdão recorrido que manteve a multa em seus termos.

Vejamos.

"A respeito da multa de 150% dispõe o art. 44 da Lei 9.430, de 1996, cuja redação foi alterada pela Lei 11.488, de 2007, *in verbis*:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*

*(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

*II - (...)*

*§ 1o O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

Como se percebe, essa multa é aplicada nos casos em se comprova o intuito de fraude, como definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, a seguir transcritos:

*Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:*

*I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;*

*II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.*

*Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.*

*Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.*

Verifica-se que a fraude se caracteriza em razão de uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe sempre a intenção de causar dano à Fazenda Pública, num propósito deliberado de se subtrair no todo ou em parte a uma obrigação tributária. Assim, ainda que o conceito de fraude seja amplo, deve sempre estar caracterizada a presença do dolo, um comportamento intencional, específico, de causar dano à Fazenda Pública, mediante a utilização de subterfúgios que escamoteiem a ocorrência do fato gerador ou retardem o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária.

O autuante justificou a qualificação da multa nos seguintes termos:

O intuito de fraude e sonegação está presente ao longo da descrição dos fatos, tendo em vista a execução de forma planejada e contínua de procedimentos tendentes a ocultar as transações comerciais que efetivamente ocorreram, visando suprimir ou reduzir os tributos incidentes sobre parte das receitas auferidas, através da distribuição do faturamento entre duas pessoas jurídicas (CNPJ) distintas que, na verdade, formam uma única empresa, cuja finalidade é a diminuição da tributação do IPI, IRPJ, CSLL, PIS e Cofins não cumulativos, obtida pela alocação de parte da receita de vendas produtos e mercadorias da "Hennings", obrigatoriamente tributada pelo lucro real, em sua coligada "Kiko", tributada pelo lucro presumido (regime mais benéfico)".

Processo nº 13971.720490/2011-90  
Acórdão n.º 1402-002.187

S1-C4T2  
Fl. 9.296

---

Pelo exposto, entendo que ficou configurado o intuito de fraudar o fisco, devendo ser mantida a exigência da multa de ofício qualificada, no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento)."

Diante de todo o exposto, conheço do Recurso Voluntário, porém nego provimento.

*(assinado digitalmente)*

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.