



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16045.720045/2017-74
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-003.399 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de dezembro de 2019
Recorrente LATASA RECICLAGEM S. A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012

CIÊNCIA VIA POSTAL DE AUTO DE INFRAÇÃO.

Desnecessária a repetição de tentativa de ciência via postal, para fins de ciência por Edital, quando a correspondência foi corretamente remetida para o endereço informado pelo contribuinte à Receita Federal.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012

PRAZO DECADENCIAL. HIPÓTESE DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Ocorrendo a comprovação de dolo, fraude ou simulação, aplica-se o art. 173, I, do CTN na contagem do prazo decadencial.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2012, 2013

GLOSA DE CUSTO. COMPROVAÇÃO.

Comprovado que as mercadorias adquiridas são utilizadas como principal insumo, que as mercadorias entraram no estabelecimento do contribuinte e que houve o pagamento dessas aquisições, deve ser afastada a glosa efetuada pela fiscalização.

GLOSA DE CUSTO. ERRO NA METODOLOGIA.

Os valores e a data dos custos glosados não podem corresponder aos valores e às datas informados nas notas fiscais de aquisição das mercadorias, já que esses valores e essas datas dizem respeito à composição do estoque e não do custo. As compras glosadas não impactam o resultado no momento da sua aquisição, mas sim no momento da sua alienação. Incorreto o procedimento de glosa que expurga do resultado as compras, considerando as datas e os valores de aquisição.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2012, 2013

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Por se tratar de exigência realizada com base nos mesmos fatos, a decisão de mérito prolatada quanto ao lançamento do IRPJ aplica-se, no que couber, à exigência da CSLL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Ano-calendário: 2012, 2013

SUCATAS DE ALUMÍNIO. CRÉDITO. COFINS.

As sucatas de alumínio classificadas na posição 76.02 da TIPI não geram créditos das referidas contribuições em suas aquisições (art. 47 da Lei 11.196/2005).

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2012, 2013

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Por se tratar de exigência realizada com base nos mesmos fatos, a decisão de mérito prolatada quanto ao lançamento da COFINS aplica-se, no que couber, à exigência da Contribuição ao PIS.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO OU PAGAMENTO EFETUADO SEM COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO OU CAUSA.

Sujeita-se à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, assim como pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiro ou sócios, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, ainda que esse pagamento resultar em redução do lucro líquido da empresa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em conhecer do recurso voluntário e dar parcial provimento, nos seguintes termos: a) Por maioria, em afastar a tributação de IRPJ/CSLL. Vencidos os conselheiros Neudson Cavalcante Albuquerque, Efigênio de Freitas Júnior e Lizandro Rodrigues de Sousa, que mantinham a esta tributação. Votaram pelas conclusões os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Alexandre Evaristo Pinto e Allan Marcel Warwar Teixeira. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto. b) por maioria, em manter a tributação do IRRF; Vencida a conselheira Bárbara Melo Carneiro (Relatora), que afastava esta tributação. c) por qualidade, em manter a multa de 150% na tributação de IRRF. Vencidos os conselheiros Bárbara Melo Carneiro (Relatora), que afastava a cumulação da exigência do IRRF com a multa de ofício, Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa e Alexandre Evaristo Pinto, que diminuíam a multa

para 75%. d) por qualidade, em manter a tributação de PIS/Cofins com multa de 150%. Vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Allan Marcel Warwar Teixeira e Alexandre Evaristo Pinto. e) Por maioria, em confirmar o não conhecimento das impugnações dos solidários, vencidos os conselheiros Bárbara Melo Carneiro (Relatora) e Alexandre Evaristo Pinto. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Allan Marcel Warwar Teixeira.

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Melo Carneiro – Relatora

(documento assinado digitalmente)

Allan Marcel Warwar Teixeira - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa, Efigênio de Freitas Júnior, Alexandre Evaristo Pinto, Bárbara Melo Carneiro e Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente).

Relatório

Por bem transcrever a realidade dos fatos narrados no presente PTA, adoto e transcrevo o relatório da decisão recorrida, com a supressão de alguns trechos repetitivos:

A autoridade fiscal da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Taubaté (SP) lavrou, em 26/10/2017, os presentes autos de infração contra LATASA RECICLAGEM S/A., optante pelo lucro real anual, para exigir-lhe, os créditos tributários descritos a seguir, inclusos a multa de ofício de 150% e juros de mora à taxa SELIC:

I – COFINS de R\$ 46.843.030,25, ano-calendário de 2012, e PIS/PASEP de R\$ 10.169.628,19, anos-calendário de 2012 e 2013, em regime não-cumulativo;

II – IRRF de R\$ 384.931.420,74, IRPJ de R\$ 158.403.276,46 e CSLL de R\$ 57.045.420,75.

Segundo a autoridade fiscal, as referidas exigências decorreram das seguintes infrações à legislação tributária (Fls. 679 a 682):

- 1ª) créditos de Contribuição para o PIS e de COFINS indevidamente constituídos;
- 2ª) custos inexistentes na apuração de IRPJ e da CSLL; e
- 3ª) pagamentos sem causa quanto ao IRRF.

Houve, ainda, em decorrência das referidas glosas de custos, a exigência de multa isolada de 50% por falta de recolhimento de IRPJ e de CSLL sobre a base de cálculo estimada.

Foram também incluídos no pólo passivo da obrigação tributária, na condição de responsáveis solidários, nos termos do art. 135, III, do CTN – Código Tributário Nacional, os Senhores José Roberto Martinez do Canto – CPF nº 267.255.458-74 e Mário Martinez do Canto - CPF nº 131.986.698-04, administradores da impugnante.

I. DO PROCEDIMENTO FISCAL

Integra os referidos autos de infração o Relatório de Fiscal, às fls. 84 a 148, ao qual me reporto para elaborar a seguinte síntese do trabalho da autoridade fiscal.

A atividade principal da LATASA é a reciclagem de SUCATAS DE LATAS DE ALUMÍNIO. Assim, sua principal matéria prima é a sucata de latas de alumínio, também conhecida pela sigla em língua inglesa UBC - *used beverage can* - que se traduz lata de bebida usada, cujo código NCM da TIPI é 76.02.00.00 - Desperdícios e resíduos, e sucata, de alumínio. Tem como sócios membros da família CANTO.

As sucatas classificadas na posição 76.02 da TIPI não são tributadas pelo PIS e pela COFINS nas vendas efetuadas para pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real (art. 48 da lei nº 11.196/2005) e também não geram créditos das referidas contribuições em suas aquisições (art. 47 da Lei 11.196/2005).

A fiscalização iniciou-se em 07/04/2015 e foi motivada pelo fato de a análise dos dados constantes nos sistemas de controles da RFB, em conjunto com os dados do SPED (ECD - Escrituração Contábil Digital, EFD - Contribuições e NF-e) revelar indícios de que a pessoa jurídica poderia estar tomando crédito indevido de PIS e de COFINS, haja vista a arrecadação desses tributos ter diminuído consideravelmente nos anos de 2011 e 2012 a despeito de sua receita bruta, base de cálculo dos referidos tributos, ter aumentado significativamente no mesmo período.

Também foi verificado um aumento significativo nas bases de cálculo dos créditos das contribuições a partir de 2011. A relação percentual anual entre a base de cálculo dos créditos das contribuições e a receita bruta, que era em 2010 em torno de 10%, saltou para cerca de 47% em 2011 e 67% em 2012.

Por isso, o elevado volume de créditos das contribuições apurado pela impugnante em suas aquisições de insumos, no mínimo, não estaria compatível com sua atividade, cujo principal insumo, repita-se, é a SUCATA DE LATAS DE ALUMÍNIO.

Durante a fiscalização, foram demandadas diversas diligências em pessoas jurídicas e naturais, inclusive em outros órgãos públicos, efetuando-se consultas e pesquisas em ambientes internos e externos, inclusive na internet, além da análise das informações até então apresentadas pela impugnante em conjunto com as informações conhecidas pelo Fisco.

Em 15/06/2016, a autoridade fiscal lavrou Termo de Intimação Fiscal, em decorrência de grande parte das notas fiscais de aquisições de insumos, informada pela impugnante em sua planilha intitulada "*NF de Entrada*", ser do fornecedor **RBA RECICLAGEM E INDÚSTRIA DE ALUMÍNIO E METAIS LTDA**, CNPJ: 12.293.421/0001-37, e, também, pela suspeita de que tais documentos fiscais se tratavam de aquisições fictícias, pois a descrição dos produtos e sua classificação fiscal não indicavam serem sucatas (principal matéria prima da impugnante), mas sim alumínio em formas brutas - alumínio não ligado e ligas de alumínio - classificados na posição 76.01 da NCM.

[...]

A partir da análise de cem amostras de toda documentação apresentada pela impugnante (Fls. 628 a 1.328), a autoridade fiscal verificou que as aquisições de insumos da RBA RECICLAGEM não estavam condizentes com sua atividade industrial – RECICLAGEM DE SUCATA DE ALUMÍNIO, pois a identificação dos produtos nas notas fiscais, tanto no campo relativo à descrição de produtos como no referente ao

código NCM (76.01) não indicam tratar-se de SUCATAS DE ALUMÍNIO, mas sim alumínio em formas brutas.

Essas notas fiscais foram inseridas, de acordo com suas datas de emissão e quantidades aproximadas, na movimentação de entrada de insumos normais na impugnante – SUCATA DE ALUMÍNIO – que vem de filiais da impugnante.

[...]

A autoridade fiscal constatou, ainda, o uso de interpostas pessoas como sócias da RBA RECICLAGEM (Fls. 1.645 a 1.661) e a entrega da DIPJ/2013 da RBA sem movimento (Fls. 1.668 a 1.741).

Em 09/05/2014 a RBA RECICLAGEM foi declarada INAPTA pelo Ato Declaratório Executivo DRF/NIU n.º 36, publicado no DOU de 06/08/2014, seção 1, pág. 24

A autoridade fiscal, com base no Convênio de Cooperação Técnica com a SEFAZ/SP de n.º 02337/2008, elaborou ofício à DRT-3 da SEFAZ em Taubaté com vistas à obtenção de subsídios que pudessem confirmar os indícios de fraude na impugnante.

Os indícios até então apurados já tinham sido alvos da "OPERAÇÃO TREZE LISTAS" desencadeada em meados de 2011 e 2012 pela SEFAZ/SP, em conjunto com a SEFAZ/RJ, envolvendo diversas empresas do ramo de RECICLAGEM DE ALUMÍNIO, inclusive, a RBA RECICLAGEM, que figura como principal fornecedora da impugnante, além de outras empresas do setor, incluindo a impugnante.

As diligências e investigações conduzidas pelo Fisco Estadual concluíram que, de fato, a pessoa jurídica RBA RECICLAGEM, além de uma antecessora sua, a RBM, foram constituídas e usadas para emissão de notas fiscais de *vendas fictícias* para gerarem crédito de ICMS para empresas sediadas em outros estados, em especial, São Paulo.

As pessoas jurídicas sediadas no Estado de São Paulo que "*compraram*" da RBA RECICLAGEM foram todas fiscalizadas e autuadas pelo fisco paulista por crédito indevido de ICMS decorrente de aquisições não comprovadas.

[...]

Em relação aos pagamentos efetuados pela impugnante à RBA RECICLAGEM, informa o agente fiscal que se trata de pagamento sem causa, pois as respectivas aquisições são fictícias, não se desincumbido a impugnante de provar com documentação hábil e idônea a ocorrência das referidas operações.

A Autoridade fiscal enquadrou a conduta da impugnante nas hipóteses previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 1964. Razão pela qual aplicou a multa de 150% sobre os tributos ora constituídos.

Em relação à responsabilidade solidária dos Srs. Mário Martinez do Canto e José Roberto Martinez do Canto, entendeu o agente fiscal que não se constatou nas investigações à impugnante a participação de outras pessoas na gestão de seus negócios, além dos integrantes da família CANTO.

Segundo o Fisco, o uso de documentos emitidos por pessoa jurídica constituída por interpostas pessoas, a simulação de aquisição de insumos, a fraude, a sonegação e o conluio não poderiam vincular-se apenas à impugnante.

Por fim, informou a autoridade fiscal que, em atendimento à manifestação expressa da impugnante, **não foram utilizados os saldos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL existentes em 31/12/2012** nos sistemas de controle da RFB (Identificação nos autos: "SAPLI SALDO EM 31DEZ2012"), o que implicou na ausência lançamento de ofício no período subsequente (2013).

II. DA IMPUGNAÇÃO

Cientificada dos autos de infração em 30/10/2017, e irrisignada, a contribuinte LATASA RECICLAGEM S.A. apresentou a impugnação de fls. 1.869 a 1.894, em 28/11/2017, por meio da qual oferece, em síntese, as seguintes razões de defesa.

II.1. Da decadência

Sustenta a impugnante que, em razão da sua opção pela apuração e recolhimento mensal de IRPJ e de CSLL, os respectivos créditos anteriores a 26/10/2012 (data da lavratura do auto de infração) decaíram em razão do disposto no art. 150, §4º, do CTN.

II.2. Do mérito

II.2.1. Da exigência de IRRF

Assevera a impugnante que a autoridade fiscal presumiu que houve o pagamento apenas pela análise dos documentos fiscais e contábeis que considerou inservíveis para comprovar a operação (apenas pela informação havida no Anexo VI- Pagamentos à RBA por Data – Fls. 258 a 330).

Não houve a juntada ou cotejo de qualquer documento bancário, ou de comprovante do recolhimento dos impostos da operação pela RBA, deixando de demonstrar que houve a efetiva transferência (pagamento) dos numerários descritos – ônus que lhe cabia.

Trouxe jurisprudência do CARF nesse sentido.

Requer ainda a impugnante o cancelamento da exigência de IRRF por entender que não se aplica ao caso a norma do art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995, mas sim o art. 44 da Lei nº 8.541, de 1992, aos pagamentos que impliquem em redução indevida do lucro líquido.

II.2.2 Da exigência de IRPJ, CSLL, COFINS e contribuição ao PIS/PASEP

Sustenta a impugnante que todo o material comprado da RBA era real, assim como a sua operação. Para demonstrar, pleiteia pela juntada posterior aos autos das notas fiscais emitidas pela RBA e as notas de saída da LATASA, bem como um laudo demonstrando a convergência de peso entre os materiais.

Ainda segundo a impugnante, não há qualquer laudo do Fisco individualizando a posição de cada veículo diligenciado que demonstre o seu uso para simular uma aquisição. Requer, por conseguinte, o cancelamento da atuação fiscal pela ausência de documento hábil de prova produzido pelo Fisco, sem a individualização de cada nota fiscal de entrada, sem correlação com os fatos.

Afirma que o Fisco não se atentou para as diferenças entre veículo automotor (cavalo) e reboque. Segundo a impugnante, as cargas eram transportadas via reboque (carreta), que possuem emplacamento próprio, razão pela qual somente as placas destes veículos constam nas notas fiscais de entrada.

Informa que os registros nos pedágios da “Sem Parar” ocorrem somente para um dos veículos, normalmente o cavalo.

Argumenta a impugnante, quanto ao rastreamento da “SASCAR”, que não há laudo conclusivo afirmando que não houve movimentação.

Informa que o cavalo apenas deixa a carreta no local, que é movimentada internamente com veículos reboque, deixando o cavalo livre para seguir viagem. Pugna por diligência à SASCAR, Sem Parar e DETRAN/CONTRAN para provar o alegado.

A impugnante junta aos autos documentos para provar que a RBA existiu e era uma efetiva fornecedora de insumos em 2012.

II.2.3. Da concomitância entre a multa isolada e a multa de ofício

Segundo a impugnante, a multa isolada tem o mesmo fato gerador da multa de ofício, qual seja, a declaração inexata. Requer, então, a retirada da multa de ofício ou da concomitância.

II.2.4. Da multa de ofício de 150%

Sustenta a impugnante que o Fisco tentou imputar-lhe conduta atribuível apenas à RBA.

Destaca que o fato de a RBA ter apresentado DIPJ/2013 sem movimento é um problema contábil que só poderia ser atribuído à RBA, e não à impugnante.

Afirma que o Fisco não demonstrou o evidente intuito de fraude, ilegalidade ou qualquer fato dos arts. 71 e seguintes da Lei n.º 4.502/64.

II.2.5. Da ilegalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da Contribuição ao PIS

A impugnante traz jurisprudência do STF no sentido de ser inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da Contribuição ao PIS.

Sustenta ainda a ilegalidade da referida inclusão, com fundamento no art. 110 do CTN, informando que a expressão *faturamento* usada na Constituição Federal não autoriza o Fisco a incluir o ICMS nas referidas bases de cálculo.

III. Da ausência de impugnação dos responsáveis tributários

Cientificados, por edital (Fls. 1.864 e 1.865), dos referidos autos de infração, os Srs. José Roberto Martinez do Canto – CPF n.º 267.255.458-74 e Mário Martinez do Canto - CPF n.º 131.986.698-04, administradores da impugnante, não apresentaram impugnação.

A DRJ entendeu por bem para rejeitar a questão preliminar suscitada e, no mérito, julgar improcedente a impugnação apresentada por LATASA RECICLAGEM S.A., mantendo-se o crédito tributário exigido. Ainda, declarou definitiva a responsabilidade pelo crédito tributário dos coobrigados (e-fls. 1950 a 1969). Confirma-se a ementa do Acórdão:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012

PRAZO DECADENCIAL. IRPJ. LUCRO ANUAL.

Na sistemática de apuração do IRPJ pelo lucro anual, não há que se falar em decadência, seja pelo disposto no art. 150, §4º, do CTN, seja pelo art. 173, I, do CTN, uma vez que a contagem do prazo decadencial inicia-se, no mínimo, em 31 de dezembro do ano do fato gerador mais antigo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2012, 2013

SUCATAS DE ALUMÍNIO. TIPI. COFINS. CRÉDITO.

As sucatas de alumínio classificadas na posição 76.02 da TIPI não são tributadas pelo PIS e pela COFINS nas vendas efetuadas para pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real (art. 48 da lei n.º 11.196/2005) e também não geram créditos das referidas contribuições em suas aquisições (art. 47 da Lei 11.196/2005).

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2012, 2013

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Por se tratar de exigência realizada com base nos mesmos fatos, a decisão de mérito prolatada quanto ao lançamento da COFINS aplica-se, no que couber, à exigência da Contribuição ao PIS.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO OU PAGAMENTO EFETUADO SEM COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO OU CAUSA.

Sujeita-se à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não

identificado, assim como pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiro ou sócios, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, ainda que esse pagamento resultar em redução do lucro líquido da empresa.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012

IRPJ. CUSTOS GLOSADOS. DOCUMENTAÇÃO

Cabível a glosa de custos quando o contribuinte não os demonstra com documentação hábil e idônea.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CABIMENTO.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, parágrafo 1º, da Lei nº 9.430/96, quando restar demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se, em tese, nas hipóteses tipificadas no art. 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/64.

MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA

A lei autoriza a imposição de multa isolada sobre a falta ou insuficiência de recolhimento das estimativas mensais após encerrado o ano-calendário, não se confundindo esta penalidade com a multa de ofício sobre o imposto devido apurado no encerramento do período.

A multa exigida isoladamente sobre a falta de recolhimento das estimativas mensais é de natureza diversa da multa proporcional incidente sobre a insuficiência de recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, no regime do lucro real anual.

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Por se tratar de exigência reflexa realizadas com base nos mesmos fatos, a decisão de mérito prolatada quanto ao lançamento do imposto de renda pessoa jurídica constitui prejulgado na decisão do lançamento decorrente relativo à CSLL.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada da decisão recorrida, a contribuinte e demais coobrigados interpuseram Recurso Voluntário (e-fls. 1992 a 2040), aduzindo, em síntese, o seguinte:

- a) decadência do lançamento com relação à exigência do IRPJ e da CSLL;
- b) o afastamento da IRRF, pela ausência de comprovação do efetivo pagamento por parte da Fiscalização, hipótese que afasta a incidência do §1º do artigo 61 da Lei nº 8.981/95.
- c) o afastamento do IRRF, em razão da não aplicação do §1º do artigo 61 da Lei nº 8.981/95 para os casos de glosa da CSLL e prejuízo fiscal (IRPJ);
- d) o cancelamento da autuação fiscal, tendo em vista a ausência de documento da Fiscalização individualizando cada suposta infração havida;
- e) o afastamento da multa isolada, em razão da sua ilegal cumulação com a multa de ofício;
- f) o afastamento do agravamento da multa de ofício, em razão da ausência de hipótese legal para a sua incidência;

- g) a retirada do valor do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, em razão de não compô-la;
- h) a anulação da citação por edital, com a conseqüente anulação da imputação definitiva da responsabilidade solidária às pessoas físicas;
- i) a exclusão da responsabilidade solidária das pessoas físicas, por ausência da hipótese de incidência do artigo 135, III, do CTN.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Bárbara Melo Carneiro, Relatora.

O recurso voluntário é tempestivo e atende os demais pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

1. Da Decadência.

A Recorrente alega a decadência do lançamento com relação aos créditos tributários de IRPJ e de CSLL anteriores a 30/10/2012 (data da ciência do auto de infração), por força do disposto no art. 150, §4º, do CTN, tendo em vista a data dos pagamentos das parcelas antecipadas dos referidos tributos.

Todavia, o fato gerador do Imposto sobre a Renda (bem como da CSLL) ocorre somente no dia 31 de dezembro de cada exercício, de modo que não é possível o início da contagem do prazo decadencial anteriormente a essa data, independentemente do pagamento das parcelas a título de antecipação, nos termos do Acórdão proferido pela DRJ, que deverá ser mantido nessa parte, pelos próprios fundamentos constantes daquela decisão, os quais passo a transcrever:

1. Da alegada decadência

Conforme relatado, a impugnante alega que decaíram os respectivos créditos de IRPJ e de CSLL anteriores a 26/10/2012 (data da lavratura do auto de infração), em razão do disposto no art. 150, §4º, do CTN.

Não assiste razão à suplicante, se não vejamos.

Inicialmente, o sujeito passivo optou pelo regime anual de apuração dos resultados no ano de 2012 (Fls. 582).

Nesse contexto, considerando que o fato gerador do IRPJ e da CSLL ocorreu em 31/12/2012, qualquer que seja a regra de decadência (art. 150, § 4º ou art. 173, I, do CTN) que se aplique ao presente caso, outra não poderá ser a conclusão, se não a de que não ocorreu a decadência.

Veja-se a dicção dos citados dispositivos legais:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador (negritei); expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

.....
“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (negritei)

(...)”

No caso dos autos, como o fato gerador do IRPJ e da CSLL ocorreu em 31/12/2012, o Fisco poderia promover o lançamento de ofício até 31/12 /2017, prazo este que foi observado, pois, a contribuinte foi cientificada dos autos de infração em 30/10/2017, dentro, portanto do quinquênio legal.

Rejeito, pois, a prejudicial de decadência em relação ao IRPJ e à CSLL.

Passo, a seguir, ao exame das questões de mérito.

Dito isso, uma vez que a Autoridade Fiscal constituiu o crédito tributário em 30/10/2017, com a devida ciência da contribuinte nessa data, não há que se falar em decadência, tendo em vista que o fato gerador dos referidos tributos, na apuração pelo Lucro Real mensal, ocorreu de forma definitiva apenas em 31 de dezembro de 2012.

Em relação ao PIS e à Cofins, como os fatos geradores são mensais, poder-se-ia cogitar a ocorrência de homologação tácita. Entretanto, a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, pressupõe a não ocorrência das hipóteses de dolo, fraude e simulação. Sendo assim, em relação à alegação de decadência para os fatos geradores relativos ao PIS e à Cofins, a análise da decadência ocorrerá após verificada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

2. Intimação por Edital. Ausência de nulidade quando comprovada que a tentativa de intimação via postal restou infrutífera.

Aduziram os Recorrentes a nulidade das intimações dos coobrigados, feitas por Edital, para cientificá-los dos Autos de Infração. Destaca-se que os coobrigados não apresentaram Impugnação aos Autos de Infração, razão pela qual a DRJ os manteve no polo passivo da obrigação tributária:

Como não houve impugnação dos responsáveis solidários Srs. José Roberto Martinez do Canto – CPF nº 267.255.458-74 e Mário Martinez do Canto - CPF nº 131.986.698-04, mantêm-se estes no pólo passivo da relação tributária.

Verifica-se que as intimações postais foram enviadas aos coobrigados. Todavia, consta dos Avisos de Recebimento e do *print* da tela com o rastreamento dos objetos no *site* dos correios, anexada às razões do Recurso Voluntário, que o motivo de não terem sido entregues é que os destinatários não foram encontrados nos seus respectivos endereços (“cliente mudou-se”).

A fim de dirimir a controvérsia, cabe transcrever o que dispõe o art. 23, do Decreto nº 70.235/72:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Quando resultar improfícuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - no endereço da administração tributária na internet; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Da leitura do dispositivo transcrito acima, infere-se que a intimação regular do sujeito passivo pode se dar tanto pessoalmente quanto pela via postal, pois a norma não elencou ordem de preferência com relação às formas de intimação elencadas no *caput*, de modo que a Autoridade Administrativa poderá optar por uma ou outra.

Ainda, nos termos do § 1º, autoriza-se, **excepcionalmente**, a intimação por edital quando restar improfícuo um dos meios previstos no *caput*. Significa dizer que só é permitida a intimação pelas modalidades previstas no § 1º quando a Autoridade Administrativa comprovar que não tenha conseguido consumir a intimação dos contribuintes e demais coobrigados por pelo menos um dos meios indicados nos incisos I a III do *caput*. Nesse sentido, confira-se as lições de Leandro Paulsen:¹

Intimações fictas. Caráter subsidiário e excepcional. As intimações pelas modalidades previstas no § 1º só se justificam e se legitimam quando a autoridade não tenha conseguido consumir a intimação pelos meios estabelecidos, em caráter preferencial, no

¹ PAULSEN, Leandro. Leis de Processos Tributários comentadas: processo administrativo fiscal, protesto extrajudicial de títulos, execução fiscal. 9. ed. –São Paulo: Saraiva Educação, 2018 . Edição do Kindle. Posição 4768.

caput deste artigo, inclusive pelo meio eletrônico previsto na nova redação do inciso III do caput.

O § 1º traz, pois, **modalidades subsidiárias e excepcionais de intimação**. A prova dessa circunstância incumbe à autoridade e deve constar nos autos do processo administrativo, de forma a legitimar a publicação do edital. **A ausência do exaurimento previsto neste inciso resulta na nulidade absoluta de todos os atos subsequentes, inclusive da inscrição em dívida ativa e na propositura da execução fiscal.**

Merece destaque o fato de que o termo *improfícuo* é sinônimo de *baldado*², que por sua vez tem o mesmo significado de *frustrado*.³ Ora, o ato frustrado pressupõe o exaurimento das tentativas. Caso contrário, não restará configurado.

Em outras palavras, cabe à Autoridade Administrativa a prova **inequívoca** de que a intimação foi enviada ao domicílio tributário do sujeito passivo, conforme declarado em suas informações cadastrais, e que ela não pôde ser concluída porque no endereço informado o contribuinte não pode mais ser encontrado.

No caso dos autos, as informações inseridas nos Avisos de Recebimento não são condizentes com as informações cadastrais inseridas na base de dados da Receita Federal do Brasil, de modo que caberia à Autoridade Administrativa a prova de que os coobrigados não podiam mais ser encontrados nos referidos endereços (*vide* e-fls. 1985 e 1986).

Esse fato poderia ser verificado por meio de diligência no local informado, a fim de constatar o estado do imóvel (se estava ou não habitado), coletar informações dos atuais residentes do imóvel, se fosse o caso, bem como de vizinhos, porteiros ou demais funcionários do prédio. A diligência, todavia, não ocorreu, de modo que a única evidência adotada pela fiscalização foram os ARs devolvido pelos correios (sendo que houve o envio apenas uma vez de cada correspondência).

Poderia ter sido adotado, ainda, o procedimento menos refinado, de apenas determinar aos correios o reenvio das notificações. Assim, caso as outras intimações também retornassem sem resposta, restaria comprovada o esgotamento da tentativa de intimação dos sujeitos passivos.

Ademais, em que pese a justificativa posta nos ARs pelo funcionário dos correios, não consta assinatura ou o nome de terceiros que teriam fornecido a informação de que o coobrigado se mudou, ou então que ele era pessoa desconhecida. Como atestar a veracidade de tais informações se não é possível nem mesmo confirmar a sua origem? A toda evidência, ela não seria possível.

Desse modo, entendo que buscar intimar os coobrigados uma única vez, com a devolução dos ARs não cumpridos pelos correios, não é o mesmo que exaurir as tentativas com relação à alternativa escolhida pela Autoridade Administrativa, relacionado à intimação por via postal.

Não tendo sido informada a alteração de endereço pelos sujeitos passivos, caberia à Fiscalização confirmar que essa situação de fato ocorreu, ou seja, que o contribuinte não poderia ser encontrado no endereço por ele informado.

² Dicionário Aurélio da língua portuguesa – 5. Ed. – Curitiba: Positivo, 2010. p. 1135.

³ Dicionário Aurélio da língua portuguesa. Ob. cit. p. 271.

Pelo exposto, acolho a preliminar de nulidade com relação a esse ponto, tendo em vista que não foi comprovada a improficuidade das intimações via postal que autorizasse a intimação dos coobrigados por edital, nos termos do art. 23, *caput* e § 1º, do Decreto n.º 70.235/72.

Ao deixar de cientificar o sujeito passivo do lançamento, ocorre o cerceamento do direito de defesa dos interessados na condição de responsáveis pelo crédito ora discutido.

O efeito da nulidade dessa intimação é a nulidade do próprio lançamento com relação aos coobrigados. Sobre o tema, confira-se os acórdãos proferidos por esta Corte Administrativa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2004

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. NULIDADE DO LANÇAMENTO. OCORRÊNCIA.

É dever legal e constitucional da Administração Tributária proceder a notificação de todos os responsáveis solidários pelo crédito tributário constituído, de modo que, no presente caso, ao deixar de cientificá-los do lançamento, restou violada a garantia constitucional do devido processo legal, e por consequência, cerceado o direito de defesa dos interessados na condição de responsáveis solidários pelo crédito ora discutido. Portanto, tal vício não pode ser sanado, eis que a intimação dos responsáveis tributários quando solidários é requisito intrínseco à validade do lançamento, a qual deve ser perfectibilizada dentro do prazo decadencial, de modo que o presente não subsiste por vício que acarreta a nulidade do mesmo.

Recurso Voluntário Provido.

(Ac. n.º 2301-004.372 – Sessão em 08 de dezembro de 2015)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2001 a 30/06/2004

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE CRÉDITO TRIBUTÁRIO AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. NULIDADE DO LANÇAMENTO. OCORRÊNCIA.

É dever legal e constitucional da Administração Tributária proceder a notificação de todos os responsáveis solidários pelo crédito tributário constituído, de modo que, no presente caso, ao deixar de cientificá-los do lançamento, restou violada a garantia constitucional do devido processo legal, e por consequência, cerceado o direito de defesa dos interessados na condição de responsáveis solidários pelo crédito ora discutido. Portanto, tal vício não pode ser sanado, eis que a intimação dos responsáveis tributários quando solidários é requisito intrínseco à validade do lançamento, a qual deve ser perfectibilizada dentro do prazo decadencial, de modo que o presente não subsiste por vício que acarreta a nulidade do mesmo.

Recurso Voluntário Provido.

(Ac. n.º 2301-004.653 – Sessão em 11 de abril de 2016)

Destaca-se que a tese vencedora no caso dos julgados acima é no sentido de decretar a nulidade de todo o lançamento, por considerar que a falta de intimação de um dos coobrigados implica impossibilidade de constituição do crédito tributário, vício que só poderia ser sanado dentro do prazo decadencial de lançamento.

Assim, fixou-se a tese no sentido de que o direito da Fazenda Pública de constituir definitivamente o crédito tributário é contado do fato gerador até a ciência do último responsável solidário de forma que, havendo vício na intimação de um deles, que não for sanada dentro do prazo de 05 anos, restará fulminado pela decadência.

Com a devida vênia ao brilhante voto proferido pela Conselheira Alice Grecchi, Relatora designada na ocasião do julgamento que resultou no acórdão n.º 2301-004.653, tenho compreensão diferente sobre a matéria e filio-me à tese no sentido de que o vício, ou a ausência de intimação de um dos responsáveis pelo crédito tributário, tem como efeito a exclusão do polo passivo das pessoas não intimadas no momento oportuno.

Isso, porque o vício na ciência do lançamento impossibilita a constituição do crédito tributário com relação ao sujeito passivo que teve seu direito de defesa cerceado em razão de não ter sido devidamente notificado. É com relação a esse sujeito passivo que faltou requisito intrínseco necessário à constituição do crédito tributário.

Pelo exposto, acolho a preliminar de nulidade pelo vício na ciência dos coobrigados, tendo em vista que a Autoridade Fiscal não esgotou as tentativas de intimação das pessoas físicas, nos termos do art. 23, *caput* e § 1º, do Decreto n.º 70.235/72. Por conseguinte, determino a exclusão dos coobrigados JOSÉ ROBERTO MARTINEZ DO CANTO e MÁRIO MARTINEZ DO CANTO do polo passivo da obrigação tributária.

Em decorrência da exclusão, resta prejudicada a análise da aplicação do art. 135, inciso III, do CTN ao caso em comento.

3. Nulidade decisão da DRJ

Não há que se falar em nulidade, em razão de a DRJ ter indicado os fundamentos pelos quais entendeu manter o lançamento. A falta de cotejo entre o argumento trazido pelo contribuinte e o fundamento utilizado para manter a autuação não é causa de nulidade, já que todos os argumentos foram enfrentados pela decisão de piso.

4. Contexto das operações analisadas e a glosa dos créditos das contribuições para o PIS e da Cofins.

Conforme consta no Relatório Fiscal anexado aos Autos de Infração, bem como no relatório extraído do Acórdão da DRJ, as infrações imputadas à contribuinte e aos demais coobrigados (pessoas físicas) têm origem em procedimento de fiscalização instaurado para verificar indícios de aproveitamento indevido de créditos das contribuições para o PIS e da Cofins.

O procedimento fiscal tinha como objetivo analisar se a ora Recorrente estaria aproveitando créditos das referidas contribuições sobre a aquisição de sucata (NCM n.º 7602), o que é vedado pelo art. 47, da Lei n.º 11.196/05. Após as diligências fiscais, a Autoridade Fiscal considerou que as operações de aquisição de insumos ao longo do ano-calendário de 2012 da fornecedora RBA Reciclagem e Indústria de Alumínio e Metais Ltda. foram fictícias, apoiadas em Notas Fiscais inidôneas.

Desse modo, a controvérsia que permeia os presentes Autos de Infração está relacionada, principalmente, ao esclarecimento dos dois eventos que foram levantados acima, quais sejam (i) análise das operações de aquisição das mercadorias oriundas da RBA Reciclagem, a

fim de verificar a veracidade das operações, ou seja, se houve ou não a efetiva aquisição de mercadorias; e (ii) análise da classificação fiscal das mercadorias adquiridas, isto é, se são classificadas como Sucata de Alumínio (NCM nº 7602) ou Lingotes de Alumínio (NCM nº 7601).

Cabe destacar, primeiramente, o sofisticado trabalho realizado pela fiscalização em um curto período de tempo, evidenciando, ponto a ponto, a atividade praticada pela contribuinte, com o desenho de suas operações, e apontando os indícios de artificialidade que foram verificados.

Não obstante essa destreza, a análise detida dos documentos e informações acostados ao PTA não possibilita afirmar que as operações de aquisição de insumos não ocorreram, ou seja, que de fato foram fictícias. Isso, porque a Recorrente demonstrou, por meio dos diversos documentos acostados ao PTA, que as mercadorias adquiridas adentraram em seu estabelecimento, bem como que foi efetuado o pagamento à fornecedora. Confira-se (e-fl. 98 – p. 15 do Relatório Fiscal):

No decorrer dos trabalhos, após as constatações dos fortes indícios de que as aquisições efetuadas junto à RBA RECICLAGEM seriam FICTÍCIAS, a fiscalizada foi intimada a apresentar documentação comprobatória da efetiva entrada dos produtos em seu estabelecimento, bem como dos pagamentos das supostas aquisições.

Em resposta a fiscalizada apresentou, mediante anexação de arquivo PDF, via portal e-CAC, ao Dossiê nº 10010.013048/1215-89, **para cada nota fiscal emitida pela RBA RECICLAGEM**, os seguintes documentos: DANFE, TICKET DE PESAGEM NA PLANTA P2 (Fiscalizada), TICKET DE PESAGEM NA PLANTA P1 (Latasa Indústria e Comércio, localizada em frente a P2), BOLETO DE PAGAMENTO, DACTE, DANFE DE REMESSA DE PRODUTOS DA P2 PARA A P1, entre outros.

Cabe mencionar que os documentos acima referidos não foram apresentados para todas as notas fiscais objeto de análise deste fisco e, também, em diversos casos, quando apresentado, faltou um ou outro documento dos elencados.

A Autoridade Fiscal reconhece que para cada Nota Fiscal emitida pela RBA Reciclagem, a contribuinte apresentou os tickets de pesagem das mercadorias, os Documentos Auxiliares do Conhecimento de Transporte Eletrônico e os Documentos Auxiliares de Nota Fiscal Eletrônica, bem como os boletos relacionados à aquisição daquelas mercadorias, como prova do pagamento ao fornecedor de forma regular. Em seguida, ela afirma, de forma genérica, que os documentos não foram apresentados para todas as notas fiscais objeto de análise e que *“em diversos casos [...] faltou um ou outro documento dos elencados”*. Todavia, não identificou quais notas fiscais objeto de análise não foram apresentadas, tampouco quais documentos ficaram faltando, e se essa ausência seria suficiente para afirmar que aquelas operações de fato não ocorreram.

Registra-se que a documentação apresentada pela contribuinte soma mais de 7.000 (sete mil) páginas, além dos arquivos não pagináveis anexados ao presente PTA, com a lista de todas as notas fiscais de entrada que deram origem aos créditos fiscais das contribuições para o PIS e da Cofins escriturados no Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais (Dacon) do ano-calendário de 2012, objeto de análise pela fiscalização (aquisições da RBA Reciclagem). Tais documentos representam mais de duas mil operações de aquisições de mercadorias, de acordo com a planilha apresentada pela contribuinte na Resposta ao Termo de Intimação nº 02.

Não obstante a densidade probatória, a autoridade fiscal destacou em seu relatório a análise, por amostragem, de documentos relacionados à apenas cinco exemplos, relativos a

cinco operações de aquisição de mercadorias oriundas da RBA Reciclagem, que evidenciariam indícios de que as aquisições não aconteceram. Além dos cinco exemplos mencionados acima, a Autoridade Fiscal faz referência, também de forma genérica, a outros exemplos que também demonstrariam que a operação foi fictícia. Todavia, apesar da vasta gama de documentação acostada aos autos, essa análise individualizada não consta do Relatório Fiscal. Confira-se a e-fl. 126:

Esses cinco exemplos que foram colados no Relatório são parte de uma amostra de mais de 100 (cem) eventos, semelhantes a esses, distribuídos ao longo do período fiscalizado (01/2012 a 12/2012), que foram anexados aos autos como prova de que TODAS as notas fiscais emitidas pela RBA RECICLAGEM a favor da fiscalizada são documentos representativos de VENDAS FICTÍCIAS.

Além dessas mais de cem amostras, foi anexada aos autos TODA a documentação apresentada pela fiscalizada, num total de mais de 7 (sete) mil páginas em documentos.

Portanto, de uma população composta por mais de 2.000 (duas mil) operações, ocorridas durante o período de um ano fiscalizado (2012), a Autoridade Administrativa evidencia a ocorrência de simulação com base na análise de uma amostra de apenas 05 exemplos, que não representam nem mesmo 0,3% da totalidade das operações objeto de análise.

Ademais, a alegação de simulação baseia-se em coincidências de valores de pesagem e de datas de notas fiscais emitidas por filiais da Contribuinte e notas de aquisição da RBA Reciclagem e em anotações feitas à mão nos documentos que acompanham a nota fiscal, como o ticket de pesagem. É como se, com base nesses 05 exemplos que foram acostados ao Relatório Fiscal, ficasse demonstrado que todas as mercadorias adquiridas da RBA eram, na verdade, oriundas de filiais da própria fiscalizada:

“[...] as notas fiscais da RBA foram inseridas nos eventos corriqueiros de aquisição de sucatas de alumínio provenientes das diversas filiais da fiscalizada distribuídas pelo país, mediante a substituição da nota fiscal de remessa emitida pela filial (Operação real) pela nota fiscal FICTÍCIA de emissão da RBA [...]”

Todavia, esse fato não foi verificado nos livros de apuração de estoque dos estabelecimentos da fiscalizada. Tais registros fiscais seriam capazes de evidenciar, por exemplo, se havia volume duplicado de mercadorias nos estabelecimentos da fiscalizada, ou então a ausência de registro de saída e/ou entrada de mercadorias nos estabelecimentos, em desacordo com as notas fiscais emitidas. Ainda, se as filiais remetiam mercadorias à matriz é porque houve uma aquisição anterior de tais estoques. Todavia, esses pontos não foram analisados pela Fiscalização.

Além disso, foram destacados outros indícios pela Autoridade Fiscal visando demonstrar que se estaria diante de operação de aquisição fictícia de mercadorias, oriundos de outro procedimento de fiscalização instaurado pela Secretaria do Estado de São Paulo. É de ver:

Os indícios até então apurados já tinham sido alvos da "OPERAÇÃO TREZE LISTAS" desencadeada em meados de 2011 e 2012 pela SEFAZ/SP, em conjunto com a SEFAZ/RJ, envolvendo diversas empresas do ramo de RECICLAGEM DE ALUMÍNIO, inclusive, a RBA RECICLAGEM, que figura como principal fornecedora da impugnante, além de outras empresas do setor, incluindo a impugnante.

A referida operação foi instaurada pelo Fisco Paulista a fim de verificar operações triangulares praticadas entre as empresas do Grupo Inbra, com o intuito de gerar créditos fiscais de ICMS em operações interestaduais. A Sefaz/SP considerou que tais créditos de ICMS eram fictícios, uma vez que não havia remessa física de mercadorias entre as empresas RBM/SP e

RBM/RJ (sucetida pela RBA/RJ, fornecedora da contribuinte), que posteriormente encaminhava as mercadorias à INBRA em São Paulo para que fossem industrializadas.

Esse fato (ausência de circulação física das mercadorias) também foi destacado pelo Fisco Federal no procedimento de fiscalização ora analisado como indício de simulação das operações entre a RBA Reciclagem e a contribuinte.

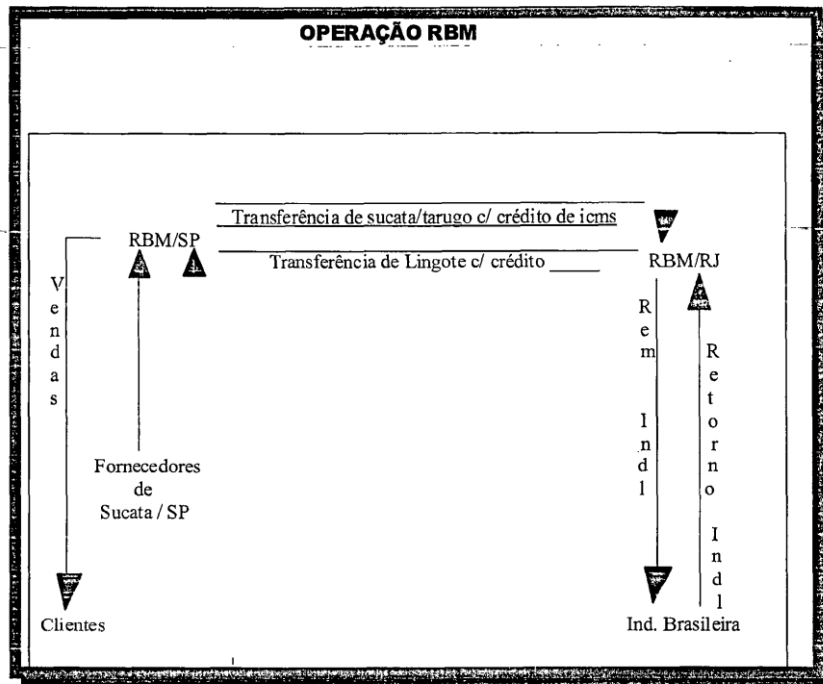
Assim, as informações produzidas por terceiros (SASCAR e SEM PARAR) indicam que o trânsito físico das mercadorias não corresponde ao trânsito evidenciado nas notas fiscais, de remessa das mercadorias do Estado do Rio de Janeiro para o Estado de São Paulo, mas sim o trânsito entre municípios do próprio Estado de São Paulo.

Entretanto, essa constatação também foi baseada na análise de informações por amostragem, de apenas alguns dos veículos utilizados no transporte das mercadorias e com relação a 03 dos 12 meses que compõem o período fiscalizado. Ademais, as conclusões apresentadas no item 3.3.3 do Relatório Fiscal, que conclui pela inexistência das operações de compra e venda de mercadorias entre a RBA Reciclagem e a contribuinte foram extraídas do relatório produzido pelo Fisco Paulista no decorrer do procedimento de fiscalização ali instaurado para verificar as saídas de mercadorias da RBA/RJ para contribuintes paulistas. Isso, porque havia o receio de prática de operações interestaduais simuladas, para geração de créditos fiscais de ICMS.

Dessa forma, a suspeita era de que nas operações com remessa e retorno do Estado do Rio de Janeiro para o Estado de São Paulo, não havia circulação física das mercadorias, de modo que elas circulavam dentro do Estado de São Paulo, e que as operações interestaduais eram registradas apenas para gerar crédito fiscal de ICMS entre as empresas. A realização dessa triangulação se justificaria porque, no caso do ICMS, a operação interna dessas mercadorias era beneficiada com diferimento e/ou suspensão, de modo que não geravam débitos para o alienante e nem créditos fiscais para o adquirente. Por outro lado, tais operações eram tributadas normalmente nas operações interestaduais.

Todavia, o que o Relatório Fiscal produzido pelo Estado de SP evidencia não é, necessariamente, a ficção das operações de compra e venda, mas sim a operação triangular de circulação de mercadorias entre as empresas RBM/SP, RBM/RJ (sucetida pela RBA) e Inbra/SP. Confira-se trecho do relatório produzido pelo Fisco Paulista (e-fl. 8759):

Anexo do e-mail 29



Analisando a sistemática das operações, é fácil constatar que a suposta transferência de matéria-prima de São Paulo para o Rio de Janeiro e o posterior retorno ao território paulista para industrialização seriam inúteis e economicamente desvantajosos, pois acrescentariam custos de frete, armazenagem e despesas administrativas, além do tempo que essas operações consumiriam.

Por outro lado, é sabido que os produtos oferecidos pelo Grupo **INBRA** através de suas unidades **RBM** e **RBA** eram reconhecidos pelos clientes do mercado de alumínio como sendo extremamente competitivos.

Dessa forma, além das provas da simulação contidas nas comunicações internas do próprio Grupo **INBRA**, essas operações carecem de sentido econômico e logístico. A provável razão dessa triangulação interestadual seria oferecer maiores dificuldades ao trabalho de fiscalização por envolver outra Unidade da Federação.

Destaca-se que a operação triangular, que envolve saídas interestaduais, possui consequências fiscais na apuração do ICMS e não alteraria a apuração dos tributos federais, inclusive para os créditos das contribuições para o PIS e da Cofins. Conforme foi esclarecido acima, as operações internas não geravam créditos fiscais de ICMS, ao contrário das operações interestaduais, que eram tributadas normalmente por este imposto. Assim, optar por adquirir mercadorias de outros Estados poderia representar vantagem econômica no que toca ao ICMS. O mesmo não aconteceria com relação aos créditos das contribuições para o PIS e da Cofins.

Desse modo, o indício de que o trânsito físico das mercadorias não corresponderia à circulação jurídica evidenciada nas notas fiscais de aquisição dos insumos não é relevante para fins de creditamento das referidas contribuições.

Ademais, cabe destacar que há trechos do Relatório Fiscal produzido pelo Fisco Paulista que evidenciam o contrário do que foi afirmado pelo Fisco Federal, com relação à ficção das operações de aquisição entre a RBA Reciclagem e a contribuinte. Conforme consta do trecho acima, a própria autoridade fiscal paulista reconheceu o fato de que “os produtos oferecidos pelo

grupo INBRA através de suas unidades RBM e RBA eram reconhecidos pelos clientes do mercado de alumínio como sendo extremamente competitivos”.

Assim, em que pese eventuais procedimentos considerados como dissimulados pelo fisco estadual paulista, o trecho destacado acima evidencia que não é razoável afirmar que todas as notas fiscais de vendas de mercadoria emitidas pela RBA Reciclagem (antiga RBM) à Recorrente são documentos representativos de vendas fictícias, tendo em vista a notoriedade das empresas do Grupo Inbra perante o mercado de alumínio. Tal reconhecimento só é concedido a empresas que de fato atuam e são competitivas no setor e não a empresas “inexistentes de fato”, ou “noteiras”, como fez crer a Autoridade Fiscal.

Portanto, o indício de que não houve circulação física de mercadorias entre os Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo não faz chegar à conclusão automática de que as aquisições foram fictícias, e nem de que as mercadorias eram remetidas ao estabelecimento matriz da Recorrente *por suas diversas unidades de coletas da fiscalizada distribuídas pelo país*. Tais alegações foram, mais uma vez, baseadas em suposições e não foram devidamente comprovadas nos presentes autos.

Ademais, um forte indício de que as operações de compra e venda efetivamente ocorreram são os pagamentos feitos pela contribuinte à RBA, que ao longo do ano de 2012 somam o montante de **R\$234.815.516,90** (duzentos e trinta e quatro milhões oitocentos e quinze mil quinhentos e dezesseis reais e noventa centavos) (e-fls. 143). A Autoridade Fiscal reconhece os pagamentos, mas desconsidera a sua causa, tendo em vista os indícios de operações fraudulentas cometidos pela RBA (credora dos pagamentos) (*vide* e-fl. 139).

Todavia, a alegação de que a contribuinte era parte integrante de “Grupo Econômico” da qual a RBA fazia parte, em razão da aparente confusão entre terceiros interpostos naquela empresa e os titulares da Eireli que compõem o seu quadro societário, também não faz com que as operações analisadas se tornem automaticamente simuladas. Ademais, o que o Relatório Fiscal indicou foi que a RBA efetuava o pagamento de despesas de outras duas empresas do Grupo, indicando pagamento em favor da Indústria Brasileira de Reciclagem de Alumínio Ltda. (INBRA II), conforme o relatório fiscal produzido pelo Fisco Paulista. Todavia, não constam pagamentos em favor da contribuinte.

Portanto, entendo que tais alegações não servem para afastar a natureza da operação de compra e venda de mercadorias. A prática de atos considerados ilícitos pela fornecedora da contribuinte (RBA) e pelos titulares das Eirelis que à época compunham o seu quadro societário com relação a operações praticadas no âmbito de outras pessoas jurídicas não macula automaticamente as operações praticadas no âmbito da contribuinte.

Registra-se, nesse ponto, que nas hipóteses de inidoneidade de documento fiscal, quando emitido por pessoa jurídica com inscrição no CNPJ considerada ou declarada inapta, autoriza-se a sua desconsideração, por força do art. 82, da Lei nº 9.430/82. Não é esse o caso aventado nos autos, tendo em vista que à época do período fiscalizado (ano de 2012) a empresa vendedora das mercadorias (RBA Reciclagem) tinha registro ativo, sendo que foi declarada inapta apenas em 2014 (e-fl 134).

Ainda que fosse o caso, a presunção de inidoneidade é afastada quando o contribuinte comprova (i) a efetivação do pagamento do preço respectivo e (ii) o recebimento dos bens, direitos e mercadorias ou utilização dos serviços, nos termos do parágrafo único do art. 82 acima:

Art. 82. Além das demais hipóteses de inidoneidade de documentos previstos na legislação, não produzirá efeitos tributários em favor de terceiros interessados, o documento emitido por pessoa jurídica cuja inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes tenha sido considerada ou declarada inapta.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos em que o adquirente de bens, direitos e mercadorias ou o tomador de serviços comprovarem a efetivação do pagamento do preço respectivo e o recebimento dos bens, direitos e mercadorias ou utilização dos serviços.

A importância da prova com relação ao recebimento das mercadorias e o pagamento nos casos de Notas Fiscais consideradas inidôneas, nos termos do art. 82, da Lei nº 9.430/96, já foi destacada em outro julgado proferido por esta corte administrativa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/10/2007 a 31/12/2007

CRÉDITOS. GLOSA. FORNECEDORES INIDÔNEOS. OPERAÇÕES SIMULADAS. ADQUIRENTE DE BOA FÉ. REQUISITOS. ARTIGO 82 DA LEI Nº 9.430/1996.

A declaração de inaptidão tem como efeito impedir que as notas fiscais das empresas inaptas produzam efeitos tributários, dentre eles, a geração de direito de crédito das contribuições para o PIS/COFINS. Todavia, esse efeito é ressalvado quando o adquirente comprova dois requisitos: (i) o pagamento do preço; e (ii) recebimento dos bens, direitos e mercadorias e/ou a fruição dos serviços, ou seja, que a operação de compra e venda ou de prestação de serviços, de fato, ocorreu.

[...]

(Acórdão nº 3302006.563 – Sessão de 26/02/2019)

Nesse diapasão, a documentação acostada aos autos, referente aos documentos que acompanham as notas fiscais de entrada, demonstram que as mercadorias adentraram no estabelecimento da Recorrente. Ademais, os boletos de pagamento da fornecedora com relação a cada uma das notas fiscais analisadas no período demonstraram a veracidade das operações de aquisição de mercadorias.

Padece, portanto, de razoabilidade a afirmação de que os pagamentos efetuados nessa monta seriam apenas para “*dar aparência de realidade e licitude às operações entre a fiscalizada e a RBA RECICLAGEM*”. Não vejo sentido no fato de a Recorrente desembolsar o valor de mais de duzentos milhões de reais apenas para obter vantagem fiscal relacionada a um percentual (9,25%) desse mesmo valor.

Feitos esses esclarecimentos, não obstante o extenso trabalho realizado pela fiscalização, entendo que não há evidências claras e precisas de que as mais de 2.000 (duas mil) operações de aquisição de mercadorias objeto de análise de fato não ocorreram.

Especialmente porque há pagamentos em montantes vultuosos efetuados por conta dessas aquisições, sendo que o contribuinte apresentou documentos relacionando cada uma das notas fiscais de entrada. Diante desse contexto, discordo das conclusões constantes do

Relatório Fiscal de que todas as aquisições de mercadorias oriundas da RBA Reciclagem representam operações fictícias.

Entretanto, a glosa dos créditos pautou-se em dois fundamentos (i) ausência de efetiva aquisição de mercadorias; e (ii) classificação fiscal incorreta das mercadorias adquiridas, isto é, seriam são classificadas como Sucata de Alumínio (NCM n.º 7602) ou Lingotes de Alumínio (NCM n.º 7601). Afastado o fundamento (i), eis que a Fiscalização não obteve êxito em comprovar a inexistência da aquisição de mercadorias, passa-se a analisar o fundamento (ii): a incorreta classificação fiscal das mercadorias adquiridas.

Com relação à classificação fiscal das mercadorias, a Autoridade Fiscal anexou aos autos provas que atestam que as mercadorias adquiridas pela Recorrente correspondiam à Sucatas de Alumínio (NCM n.º 7602), e não a Lingotes de Alumínio (NCM n.º 7601), conforme consta das Notas Fiscais.

As diligências incluíram visitas pelos Fiscais ao estabelecimento industrial no qual ocorria o processo de industrialização das mercadorias adquiridas pela contribuinte, sendo que o próprio gerente da fábrica (o senhor Jorge de Jesus Garcia, que durante o percurso do processo produtivo relatou os detalhes de cada etapa) informou que a matéria-prima básica é a sucata de latas de alumínio. Destacou, ainda, que o Alumínio primário (Lingote de Alumínio) é utilizado em pequena quantidade (cerca de 3%, 4% do total fundido), apenas para “melhorar a liga” do produto final produzido. Essa informação foi confirmada nas informações prestadas por outros empregados da contribuinte, que também afirmaram que a matéria prima básica aplicada no processo produtivo é a sucata de alumínio (vide as informações prestadas pela Sra. Michele Santos Monteiro e pelo Sr. Luis Gustavo Vasconcelos dos Santos, conforme e-fls. 97 e 98).

Com relação a essa matéria, o contribuinte não logrou êxito em afastar as conclusões acima, de que as mercadorias adquiridas da RBA Reciclagem corresponderiam a Lingotes de Alumínio, e não Sucatas de Alumínio. Assim, reputa-se incorreta a classificação das mercadorias que consta nas Notas Fiscais de aquisição.

Portanto, considero adequado o procedimento adotado pela Autoridade Administrativa de glosar os créditos das contribuições para o PIS e da Cofins no ano calendário de 2012, tendo em vista a vedação contida no art. 47, da Lei n.º 11.196/05. Não merece reparo o lançamento com relação a esse ponto.

Em relação ao argumento no sentido de ser ilegal a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, tal questionamento não merece acolhida. Como bem ressaltado pela decisão de piso, a discussão em curso perante o STF (RE n.º 574.706) é no sentido de que o montante de ICMS não compõe a base de cálculo das contribuições para o PIS e da Cofins, conforme ementa:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Destaca-se que ainda não transitou em julgado o Acórdão proferido pelo STF, pois ainda está pendente de julgamento os Embargos de Declaração opostos pela Fazenda Nacional, para pleitear a modulação dos efeitos do julgamento, para que surta efeitos a partir de janeiro de 2018.

Ressalta-se que a existência de precedente firmado sob o regime de repercussão geral pelo Plenário do STF autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma. Explica-se.

O art. 955, do CPC/15, dispõe que “os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.” Com relação aos efeitos dos Embargos de Declaração, especificadamente, o art. art. 1.026 determina que “os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso”.

Diante dos dispositivos legais citados acima, este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já proferiu decisão no sentido de aplicar imediatamente o entendimento do STF. Confira-se:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Período de apuração: 01/10/2002 a 31/10/2002

BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

O STF fixou a tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”, no RE nº 574.706 (DJ 02/10/2017), em repercussão geral. A existência de precedente firmado sob o regime de repercussão geral pelo Plenário do STF autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma.

STJ, RESP Nº 1144469/PR. RECURSO REPETITIVO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO.

Em 13/03/2017 transitou em julgado o REsp nº 1144469/PR, proferido pelo STJ sob a sistemática de recursos repetitivos, que firmou a seguinte tese: “O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações”. Com base no RE nº 574.706, o STJ realinhou o posicionamento para reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e

COFINS, afastando a aplicação do REsp 1.144.469/PR, julgado como recurso repetitivo. Precedentes: AgInt no REsp n.º 1.355.713, AgInt no AgRg no AgRg no Ag, em REsp 430.921 - SP e EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1063262/SC. Recurso Parcialmente Provido.

(Acórdão n.º 3301-006.729 – Sessão de 22 de agosto de 2019)

A fim de elucidar melhor essa controvérsia, cabe transcrever trecho do voto Vencedor proferido no julgamento cuja ementa segue transcrita acima:

A aplicação do RE n.º 574.706 – RG nos processos administrativos, enquanto não houver o trânsito em julgado, é questão muito debatida. Isso porque dispõe o § 2º, do art. 62 do RICARF, o seguinte:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei n.º 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei n.º 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF n.º 152, de 2016)

Nos termos do art. 62, caput do RICARF, é vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Tal vedação é também prescrita pela Súmula n.º 2 do CARF: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

O CARF vem negando a aplicação da decisão do RE n.º 574.706, socorrendo-se da aplicação do REsp n.º 1.144.469/PR, o qual já está transitado em julgado.

Todavia, não me parece o melhor fundamento, porquanto o STJ realinhou o posicionamento para reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e COFINS, afastando a aplicação do REsp 1.144.469/PR, julgado em recurso repetitivo.

Confira-se:

AgInt no RECURSO ESPECIAL N.º 1.355.713 – SC, DJ 24/08/2017:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO. ICMS. INTEGRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II – O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 674.706/PR, em que foi reconhecida a repercussão geral da matéria em exame, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. III – Esta Corte realinhou o posicionamento para reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e COFINS. IV – A Agravante não apresenta argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. V – Agravo Interno improvido.

Consta no voto da Ministra Regina Helena Costa:

Entretanto, possui razão a Agravada, acerca da não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, em que foi reconhecida a repercussão geral da matéria em exame, concluiu

que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. Na esteira de entendimento do Supremo Tribunal Federal, esta Corte realinhou o posicionamento para reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS.

O STJ, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, AgInt no AgRg no AgRg no Ag, em REsp 430.921 – SP, DJ 07/11/2017:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça reafirmou seu posicionamento anterior, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo 1.144.469/PR, em que este Relator ficou vencido quanto à matéria, ocasião em que a 1a. Seção entendeu pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (Rel. p/acórdão o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2016, julgado nos moldes do art. 543-C do CPC). 2. Contudo, na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social. 3. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido.

E ainda, o AgInt nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1063262/SC, DJ 24/08/2017:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. O ICMS INTEGRA A BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. MANUTENÇÃO DAS SÚMULAS 68 E 94 DO STJ. RESP 1.144.469/PR, REL. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, REL. P/ ACÓRDÃO O MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 2.12.2016, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR) EM SENTIDO CONTRÁRIO. AGRAVO INTERNO DA EMPRESA PROVIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO. 1. O Superior Tribunal de Justiça reafirmou seu posicionamento anterior, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo 1.144.469/PR, em que este Relator ficou vencido quanto à matéria, ocasião em que a 1a. Seção entendeu pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (Rel. p/acórdão o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2016, julgado nos moldes do art. 543-C do CPC). 2. Contudo, na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social. 3. O REsp. 1.144.469/PR tratou, ainda, da incidência do ICMS no PIS/COFINS repassados a terceiro, verifica-se que neste ponto não há divergência quanto à matéria (item 12 da ementa - REsp. 1.144.469/PR, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/acórdão Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 1a. Seção, DJe 2.12.2016). Assim, não assiste razão à parte agravante quanto a este ponto. 4. Agravo Interno da empresa provido para dar parcial provimento ao Agravo e reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS/COFINS. (AgInt nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1063262/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 19/04/2017).

Ademais, o art. 927, III c/c art. 928, II do CPC/15 prescrevem que os juízes e os tribunais obrigatoriamente observarão o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

Com isso, a não aplicação da decisão judicial “repetitiva” (com teor de precedente) no processo administrativo viola o monopólio da última palavra pelo STF, em matéria de interpretação constitucional.

Por conseguinte, estando o acórdão do RE n.º 574.706 RG desprovido de causa suspensiva, tal situação se coaduna com a prescrição do RICARF que exige a condição de “decisão definitiva de mérito” para ser aplicada obrigatoriamente pelos Conselheiros.

Inclusive, recentemente, o STJ se manifestou no sentido da obrigatoriedade da aplicação do decisum, independentemente do trânsito em julgado (AgInt no Agravo em Recurso Especial n.º 282.685 – CE, DJ 27/02/2018):

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social. 2. A existência de precedente firmado sob o regime de repercussão geral pelo Plenário do STF autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes: RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Dje 18.9/2017; ARE 909.527/RS AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Dje de 30.5.2016. 3. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido.

Em suma, entendo que a aplicação do RE n.º 574.706 é obrigatória.

Em outras palavras, seria aplicável o entendimento firmado perante o STF desde que se estivesse discutindo a parte “devedora” da não cumulatividade. Os débitos das contribuições para o PIS e da Cofins são apurados mediante aplicação da alíquota sobre as receitas auferidas. Nesse caso, seria necessária a aplicação do entendimento firmado perante a Corte Suprema. Entretanto, no presente caso, trata-se do aspecto “credor” da não cumulatividade, no qual são aplicadas as alíquotas das contribuições sobre os gastos que geram crédito, o que não é objeto da ação que corre perante o STF.

Sobre esse ponto, afirma a Recorrente que “a DRJ não se atentou que o PIS/COFINS cobrados na autuação tem como base os valores das notas fiscais encontradas no “Anexo I – NF de emissão de RBA Reciclagem”, que são valores no qual se incluem o ICMS”. Ocorre que a coincidência entre os valores cobrados e o valor dos créditos glosados decorre do fato de, ao proceder a glosa, o valor em aberto para pagamento perfaz o mesmo montante do valor glosado. Isso não significa que o montante corresponde à parte “devedora” da não cumulatividade.

É dizer: o crédito glosado equivale ao valor exigido, devido ao fato de que o não conhecimento de um crédito (glosa) sempre ensejará a cobrança do valor glosado (a não ser que a contribuinte tivesse saldo credor de PIS e de Cofins, em montante suficiente para absorver os créditos glosados). A identidade de valores do montante glosado e do valor cobrado não acarreta cobrança do aspecto “devedor” da não cumulatividade, que ensejaria essa discussão. Isso aconteceria caso estivesse sob discussão a cobrança decorrente de omissão de receitas. Aí sim estar-se-ia tratando do aspecto devedor da não cumulatividade e, por consequência, seria possível a aplicação do entendimento do STF.

Sendo assim, o valor glosado não perfaz o débito das contribuições (que estaria sujeito à discussão de incidência ou não do PIS e da Cofins), mas se torna valor a pagar em razão

de, quando confrontados débitos e créditos, em razão da glosa de crédito, resta saldo devedor a pagar.

Entretanto, não é o caso analisado. Ademais, cumpre ressaltar que eventual direito do contribuinte sobre a não incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins poderá ser pleiteado de forma autônoma a esses autos.

Pelo exposto, não merece acolhida a irresignação das Recorrentes com relação a essa parte.

5. Das glosas dos custos de aquisição das mercadorias para fins de apuração do IRPJ e da CSLL.

Conforme foi relatado acima, a operação simulada conforme consta no Relatório Fiscal, e que restou comprovada nos autos, é com relação à classificação das mercadorias adquiridas, tendo em vista que foram classificadas como se fossem Lingotes de Alumínio (NCM n.º 76.01), quando na verdade se tratavam de Sucatas de Alumínio (NCM n.º 7602). Tal procedimento acarretou glosa dos créditos das contribuições para o PIS e da Cofins, tendo em vista a vedação contida no art. 47, da Lei n.º 11.196/05.

Todavia, esse mesmo raciocínio não poderia ter sido aplicado no que toca à glosa de despesas que fluirão efeito na apuração do IRPJ e da CSLL. O fundamento que sustentaria a glosa de IRPJ e de CSLL seria a inexistência das aquisições, o que, como visto acima, não restou comprovado. Sendo assim, as glosas de despesas relativas ao IRPJ e à CSLL apenas subsistiriam caso a Autoridade Fiscal lograsse êxito em comprovar a inexistência das aquisições.

As despesas passíveis de reduzir o lucro tributável são aquelas necessárias à obtenção das receitas, de modo que a legislação tributária não autoriza a dedução de elementos negativos que não decorram do esforço para a obtenção de elementos positivos. Portanto, no que toca à dedutibilidade de despesas, compete ao contribuinte a prova de sua realização, assim como a sua pertinência ao objetivo de obtenção de suas receitas.

Da análise detida dos autos, entendo que os elementos de prova apresentados pelo contribuinte são suficientes para justificar a dedutibilidade dos custos glosados. Restou demonstrado que as mercadorias adentraram no estabelecimento da Recorrente, bem como que foram efetuados os pagamentos por conta dessas aquisições. Em outras palavras, em que pese a classificação incorreta das mercadorias adquiridas, não é possível afirmar que as aquisições de Sucatas de Alumínio não ocorreram. Ademais, a conclusão em que se chegou a Autoridade Fiscal foi no sentido de que a mercadoria adquirida foi a Sucata de Alumínio e não os Lingotes.

Além disso, também ficou comprovado que as mercadorias adquiridas (Sucatas de Alumínio) são utilizadas como principal insumo na produção das mercadorias a serem vendidas contribuinte. Esse fato foi afirmado pela própria Autoridade Administrativa em diversos pontos do Relatório Fiscal. Portanto, uma vez demonstrada a efetividade da operação de aquisição de mercadorias utilizadas como matéria-prima do processo produtivo da contribuinte, não é razoável a glosa de tais custos.

Mesmo que não fosse suficiente o argumento citado acima, é importante evidenciar um equívoco na metodologia de apuração das glosas das despesas e a consequente base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Assim, ainda que fosse superado esse ponto, e que se considerasse que a aquisição de mercadorias de fato não ocorreu, há que se destacar o erro na

metodologia de apuração do IRPJ e da CSLL ora exigidos, conforme descrita no Relatório Fiscal. Confira-se:

Conforme relatado, a fiscalizada contabilizou as notas fiscais emitidas pela RBA RECICLAGEM e levou ao seu custo os valores atribuídos aos estoques, ou seja, os valores das notas diminuídos dos impostos recuperáveis.

Assim, em vista o apurado nos autos, devem ser glosados os valores das notas fiscais emitidas pela RBA, levados ao custo da fiscalizada, haja vista tratarem-se de documentos INIDÔNEOS e, também, pelo fato das operações neles descritas não terem sido comprovadas.

Para se apurar o valor da glosa em cada mês, foi elaborada a planilha “ANEXO IV – DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DOS VALORES DAS GLOSAS DE CUSTOS” na qual foram discriminados os valores de cada nota fiscal sem os valores dos respectivos tributos recuperáveis.

Tais valores foram adicionados à apuração do lucro real relativo ao ano-calendário de 2012 da fiscalizada, o que resultou no lançamento de ofício dos valores de IRPJ e CSLL, conforme demonstrativos anexos aos autos.

Depreende-se que os valores dos custos glosados correspondem aos valores informados nas notas fiscais de aquisição das mercadorias, extraídos da planilha apresentada pelo próprio contribuinte na Resposta ao Termo de Intimação nº 02. A Autoridade Fiscal excluiu os valores relativos aos tributos recuperáveis e adicionou o saldo remanescente ao Lucro Real mensal apurado no Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur).

Considerou, portanto, como despesa a ser glosada o valor de custo de aquisição das mercadorias da RBA Reciclagem em cada mês de aquisição de tais mercadorias, durante o ano de 2012, excluídos os valores relativos aos impostos recuperáveis. Confira-se:

Anexo I - NF de emissão da RBA Reciclagem (e-fl. 149 a 199) - Valor s/ IPI												
	jan-12	fev/12	mar/12	abr-12	mai/12	jun/12	jul-12	ago/12	set/12	out-12	nov/12	dez-12
	12.135.077,08	17.347.317,13	15.938.080,00	19.290.761,76	20.971.766,10	23.640.664,48	16.988.751,84	20.410.531,20	18.798.194,88	20.432.390,40	20.978.654,40	18.851.961,60

Anexo IV - DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DOS VALORES DAS GLOSAS DE CUSTOS (e-fl. 203 a 255)												
	jan-12	fev/12	mar/12	abr-12	mai/12	jun/12	jul-12	ago/12	set/12	out-12	nov/12	dez-12
Vlr s/ IPI	12.135.077,08	17.347.317,13	15.938.080,00	19.290.761,76	20.971.766,10	23.640.664,48	16.988.751,84	20.410.531,20	18.798.194,88	20.432.390,40	20.978.654,40	18.851.961,60
ICMS, Cofins e PIS	(2.578.703,88)	(3.686.304,89)	(3.386.842,00)	(4.099.286,87)	(4.456.500,30)	(5.023.641,20)	(3.610.109,77)	(4.337.237,88)	(3.994.616,41)	(4.341.882,96)	(4.457.964,06)	(4.006.041,84)
Custo glosado	9.556.373,20	13.661.012,24	12.551.238,00	15.191.474,89	16.515.265,80	18.617.023,28	13.378.642,07	16.073.293,32	14.803.578,47	16.090.507,44	16.520.690,34	14.845.919,76

O problema de se utilizar esse critério é que os valores relacionados no Anexo I correspondem ao custo de aquisição das mercadorias e que são ativados no momento da compra. Sendo assim, o efeito na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL apenas ocorre quando da alienação do produto (depois, inclusive, do processo produtivo, no caso da Recorrente). Assim, o valor utilizado como “glosa de custo” consiste em “custo ativado”, que só seria levado ao resultado posteriormente, no momento de venda do produto industrializado ou a revenda da mercadoria adquirida.

Ao adotar essa metodologia presumiu-se que o custo da mercadoria adquirida é levado ao resultado no mesmo dia em que ocorre a sua aquisição sem, todavia, fazer prova de que tal efeito no resultado de fato ocorreu naquele período. Com isso, adiciona-se ao resultado

algo que sequer compôs o resultado do período, em grave violação à própria materialidade do Imposto sobre a Renda, cujo fato gerador é definido no art. 43 do CTN.

Humberto Ávila, em sua obra *Conceito de Renda e Compensação de Prejuízos Fiscais* (p. 34), conclui pelo seguinte conceito de renda:

Após essas considerações, pode-se conceituar a hipótese de incidência do imposto sobre a renda: **produto líquido (receita menos as despesas necessárias à manutenção da fonte produtora ou da existência digna do contribuinte) calculado durante o período de um ano.**

Corroboram com o conceito acima descrito as palavras de Roque Antônio Carrazza⁴:

[...] “renda” não é o mesmo que “rendimento”. De fato, este é qualquer ganho isoladamente considerado, ao passo que aquela é o excedente de riqueza obtido pelo contribuinte entre dois marcos temporais (geralmente um ano), **deduzidos os gastos e despesas necessários à sua obtenção e manutenção.**

Portanto, o conceito de renda pressupõe a existência de um acréscimo patrimonial oriundo do confronto de receitas e gastos necessários à fonte produtora. Lado outro, o que se está tributando, a toda evidência, é “estoques” e não “renda”.

Nesse ponto, cabe destacar que, apesar de essa matéria não ter sido enfrentada nas Razões do Recurso Voluntário, trata-se de elemento intrínseco ao lançamento do crédito tributário, nos termos do art. 142, do CTN, que o define como “[...] o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, **calcular o montante do tributo devido**, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

A ausência ou o erro verificado em algum desses elementos, no caso, o erro com relação à apuração da base de cálculo dos tributos, consiste em vício de legalidade do Auto de Infração. Sendo assim, torna-se necessário o seu reconhecimento por esta Corte Administrativa, ainda que não tenha sido suscitada pelo contribuinte no contencioso administrativo, fato que impõe à Administração o dever de analisá-la e a ela dar solução.

Feitos esses esclarecimentos, conclui-se pela impossibilidade de glosar os custos com aquisição das mercadorias oriundas da RBA Reciclagem ao longo do ano de 2012, seja pela ausência de prova inequívoca de que as operações não ocorreram, seja porque a Autoridade Administrativa optou por utilizar metodologia para apuração dos custos a serem adicionados ao Lucro Real incompatível com a própria materialidade do Imposto sobre a Renda.

Em decorrência dessa exoneração, afasta-se a multa isolada.

6. IRRF sobre pagamentos considerados sem causa.

⁴ CARRAZZA, Roque Antônio. **Imposto sobre a Renda**. 3ª ed Malheiros, 2009, p. 190.

No que se refere à exigência de IRRF incidente sobre os valores pagos à RBA Reciclagem, conforme discriminados no Anexo VI dos Autos de Infração (e-fls. 258 a 330), assiste razão à Recorrente em relação à inaplicabilidade do art. 61, §1º, da Lei nº 8.981/95.

Conforme já ressaltado acima, não há que se falar em não comprovação da causa dos pagamentos que ensejaram a exigência do IRRF. Foi suficientemente demonstrado ao longo dos presentes autos que o valor de R\$234.815.516,90 foi pago em decorrência da aquisição dos insumos adquiridos para aplicação no processo produtivo da contribuinte.

Padece de razoabilidade a afirmação de que os pagamentos efetuados nessa monta seriam apenas para “*dar aparência de realidade e licitude às operações entre a fiscalizada e a RBA RECICLAGEM*”. Não faz sentido a empresa desembolsar o valor de mais de duzentos milhões apenas para obter vantagem fiscal relacionada a um percentual desse mesmo valor.

Desta maneira, pelas mesmas razões pelas quais afastei a glosa dos custos para fins de IRPJ e de CSLL, relacionadas ao contexto fático das operações ora analisadas, entendo que não se trata de pagamento sem causa, tendo em vista que os documentos e informações acostados aos autos demonstram a existência da operação de aquisição de mercadorias, de modo que não é aplicável a exigência do IRRF no caso em questão.

7. Da imposição de multa qualificada.

Aduzem as Recorrentes que não há qualquer fato dos arts. 71 e seguintes da Lei nº 4.502/64, a ser-lhes imputado. Nesse ponto, não lhe assiste razão.

Pelos fundamentos que constam no item 3 deste voto, é possível concluir que a contribuinte simulou reiteradamente aquisições de Lingotes de Alumínio, quando na verdade a mercadoria adquirida era de Sucatas de Alumínio, com a finalidade de obter, indevidamente, créditos de PIS/COFINS, os quais, sabia serem indevidos, cabendo, por conseguinte, a qualificação da multa em 150%, tendo em vista que incorreu na hipótese aventada no art. 72, da Lei nº 4.502/64, *in verbis*:

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.

Presente, portanto, a conduta tipificada na Lei nº 4.502/64, cabível a qualificação da multa de ofício promovida pela autoridade fiscal, com fulcro no art. 44, inciso I e § 1º da Lei nº 9.430/96, transcrita a seguir:

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

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;

[...]

§ 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.

Desse modo, a decisão da DRJ deverá ser mantida com relação à conclusão pela aplicação do percentual de multa qualificada no caso em comento, haja vista a classificação

fiscal incorreta das mercadorias adquiridas pela contribuinte, originadas da RBA Reciclagem, com a finalidade exclusiva de se apurar créditos indevidos das contribuições para o PIS e da Cofins.

Conclusões:

Por todo o exposto, voto no sentido conhecer do Recurso Voluntário para (i) afastar a preliminar arguida com relação à decadência; e (ii) acolher a preliminar de nulidade suscitada em razão do vício na intimação dos coobrigados, haja vista que a Autoridade Fiscal não comprovou a ocorrência de hipótese que autorizasse a intimação por edital. No mérito, voto no sentido de dar-lhe provimento parcial, para (i) afastar a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os valores glosados a título de aquisições fictícias; (ii) afastar a multa isolada; e (iii) afastar a exigência do IRRF incidente sobre os pagamentos feitos à fornecedora em razão de tais operações. Mantidas, portanto, as glosas relativas ao PIS e à Cofins.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Melo Carneiro

Fl. 31 do Acórdão n.º 1201-003.399 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16045.720045/2017-74

Voto Vencedor

Allan Marcel Warwar Teixeira, Redator Designado.

Em que pesem as razões da i. relatora, peço vênia para dela divergir no tocante à autuação do IRRF na modalidade pagamento sem causa e de sua respectiva multa qualificada, bem como ainda da preliminar de nulidade suscitada quanto a suposto vício na notificação dos responsáveis solidários.

Preliminar de nulidade de ciência dos coobrigados

No tocante a preliminar de nulidade por suposto vício na ciência dos corresponsáveis, não está a autoridade fiscal obrigada a repetir a tentativa de ciência via postal, para fins de ciência por Edital, quando o Aviso de Recebimento (AR) retorna como não recebido, se a correspondência foi corretamente remetida para o endereço constante dos cadastros da Receita Federal.

Tal obrigação, de repetir as tentativas de ciência via postal, pode eventualmente existir no processo civil, mas inexistente no processo administrativo fiscal, posto ser dever dos contribuintes – os quais não desejem abrir mão do direito de interpor recursos administrativos – manter atualizados os seus endereços nos cadastros da Receita Federal.

Logo, não há falar em nulidade da ciência por Edital se restar improfícua a tentativa de ciência via postal quando a correspondência foi remetida para os endereços corretos, isto é, os constantes do cadastro da Receita Federal do Brasil.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade de ciência dos coobrigados.

Autuação de IRRF e respectiva multa qualificada

Em primeiro lugar, devo esclarecer que acompanhei a Sr^a relatora pelas conclusões na votação relativa ao IRPJ e CSLL porque entendo que estes deveriam ter sido apurados de ofício na modalidade do Lucro Arbitrado, a qual teria, inclusive, repercussões nas apurações de PIS e de COFINS. Assim, no tocante a estas contribuições em específico, embora tendo sido designado para redigir o voto vencedor do acórdão, devo esclarecer que restei vencido quanto a estas e, portanto, prevaleceram as razões da Sr^a. Relatora pela manutenção da autuação como *ratio decidendi* do colegiado para o PIS e para a COFINS.

Em tendo sido mantida a tributação pelo Lucro Real pela fiscalização, acabou-se por tributar, em minha opinião, o faturamento em vez do lucro, por ter sido glosada a totalidade dos custos. Assim, acompanhei a i. relatora pelas conclusões por entender que a autuação deveria ter sido cancelada, e não simplesmente revistas as glosas, sem entrar no mérito de se a simulação de fato ocorreu ou não.

Na análise do IRRF, contudo, adentrei o mérito e concluí, pelo teor dos autos, haver elementos suficientes apontando para a simulação e para o uso de notas fiscais inidôneas pela Recorrente, constatações estas que importam na tributação de IRRF na modalidade pagamento sem causa, bem como ainda na aplicação da multa qualificada. A questão é fática e envolve convencimento, dispensando, a meu ver, refutação de cada indício em sentido contrário porventura alegado pela Recorrente.

A seguir, adoto as razões de decidir da DRJ, as quais bem ilustram as minhas conclusões no tocante a este item:

2.2. Da exigência de IRRF

No que tange à exigência de IRRF sobre pagamentos decorrentes de operações não comprovadas ou sem causa, sustentou a impugnante ser indevida a cobrança do IRRF, uma vez que a autoridade fiscal não provou o efetivo pagamento da LATASA à RBA.

Nesse ponto, não assiste razão à impugnante. Senão, vejamos .

No decorrer do procedimento fiscal, a impugnante foi intimada para apresentar documentação comprobatória da efetiva entrada de produtos em seu estabelecimento, bem como dos pagamentos das supostas aquisições, sendo apresentado pela impugnante, dentre outros documentos, boletos bancários, os quais comprovam que houve pagamento à RBA.

Conforme demonstrado nestes autos, a autoridade fiscal baseou-se em todo o conjunto probatório obtido da impugnante e das entidades diligenciadas para demonstrar que a pessoa jurídica RBA RECICLAGEM emitia notas fiscais por serviços inexistentes.

O Fisco mostrou, ainda, por meio da GFIP da RBA em 2012 (Fls. 1.820 a 1.831) e por meio de pagamentos de despesas do Grupo INBRA (Fls. 1.816 a 1.819), que esses pagamentos quitaram a previdência social de, no máximo, três beneficiários, incluindo as interpostas pessoas, as quais figuraram como sócias da RBA, bem como despesas de empresas do mesmo grupo da impugnante, uma vez que a RBA não tinha despesas próprias para fornecer LIGAS DE ALUMÍNIO.

Portanto, os pagamentos registrados na escrituração contábil da impugnante são, como concluiu a autoridade fiscal, provas de pagamento sem causa, eis que se referem a obrigações inexistentes (Fls. 576).

(...)

No mais, a Recorrente questiona a aplicação do art. 61 da Lei 8.981/95 para fins de redução de prejuízo fiscal e de bases negativas de CSLL. Entende que a fiscalização não poderia alegar que determinado custo ou despesa era inexistente, glosá-los da apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL e, ao mesmo tempo, lançar IRRF por pagamento sem causa com base neste mesmo artigo.

Isto porque ainda entende que havia regra mais específica para autorizar a autuação por IRRF nestes casos (art. 44 da Lei 8.541/92), a qual foi revogada. O art. 61 da Lei 8.981/95, complementa a Recorrente, teria sido editado justamente para suplementar hipóteses não abarcadas pelo art. 44 da Lei 8.541/92. Quando este último foi revogado, não poderiam os casos em tese por ele regulados passarem a ser regidos por outra lei coexistente (art. 61 da Lei

8.981/95), a qual tinha cunho mais genérico. Assim, alega desrespeito ao princípio da especialidade.

Não assiste razão à Recorrente.

O art. 44 da Lei 8.541/92 presumia pagos aos sócios as receitas omitidas ou diferenças verificadas na determinação dos resultados das pessoas jurídicas por qualquer procedimento que implicasse redução indevida do lucro líquido, tributando-os de IRRF à alíquota de 25%. Confira-se:

Art. 44. A receita omitida ou a diferença verificada na determinação dos resultados das pessoas jurídicas por qualquer procedimento que implique redução indevida do lucro líquido será considerada automaticamente recebida pelos sócios, acionistas ou titular da empresa individual e tributada exclusivamente na fonte à alíquota de 25%, sem prejuízo da incidência do imposto sobre a renda da pessoa jurídica. (Revogado pela Lei nº 9.249, de 1995)

Ocorre que a expressão “diferenças verificadas na determinação dos resultados das pessoas jurídicas por qualquer procedimento que implique redução indevida do lucro líquido” é mais genérica do que a descrição do art. 61 da Lei 8.981/95 referente a pagamento sem causa.

Logo, o art. 61 da Lei 8.981/95, mais recente e mais específico, revogou tacitamente o art. 44 da Lei 8.541/92 no tocante a pagamentos sem causa antes mesmo de todo este segundo ser revogado de forma expressa pela Lei 9.249/95.

Assim, julgo improcedente a alegação da Recorrente quanto a este item.

Pelo exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário, afastando as preliminares de decadência e de nulidade de ciência dos coobrigados, para, no mérito, dar-lhe parcial provimento, mantendo a autuação de IRRF e sua multa qualificada.

É como voto.

Allan Marcel Warwar Teixeira – Redator Designado