



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

Processo nº 16095.720076/2014-97
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1301-002.179 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de janeiro de 2017
Matéria IRPJ e REFLEXOS - arbitramento
Recorrentes CANTO DOS METAIS COMÉRCIO E RECUPERAÇÃO LTDA E OUTROS
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2010, 2011, 2012

OMISSÃO DE RECEITA.

Constatada a obtenção de receitas de vendas e a apresentação da DIPJ, DCTF e Dacon com valores zerados e/ou inferiores àqueles efetivamente devidos no ano-calendário, configurada está a subtração de rendimentos à tributação.

LUCRO ARBITRADO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS DA ESCRITURAÇÃO COMERCIAL E FISCAL.

A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, apesar do prazo razoável concedido pelo Fisco para tanto, ensejam o arbitramento.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. RECEITA BRUTA CONHECIDA.

O arbitramento do lucro sobre receita bruta conhecida, no presente caso, não se confunde com presunção de omissão de receitas relativas a depósitos/créditos bancários recebidos, o que torna descabido o pleito para que se desconsiderem ingressos de recursos relativos a empréstimos.

ART. 148 DO CTN.

Descabe a reclamação de que o arbitramento gerou valores excessivos e sem levar em conta a realidade da operação e por isso viola o art. 148 do CTN, se este se refere a arbitramento do valor ou preço de bens ou serviços, o que não foi o presente caso, em que o arbitramento foi do lucro, tomado por base receita bruta conhecida, ou compras realizadas.

LUCRO ARBITRADO. APRESENTAÇÃO POSTERIOR DE DOCUMENTOS.

É inócua a posterior apresentação de notas fiscais de entrada e saída, não pertinentes à autuada, com o intuito de demonstrar que não houve sonegação, a fim de elidir exigências fiscais apuradas de ofício mediante arbitramento do

lucro se, apesar de reiteradamente intimada durante o procedimento fiscal, a empresa não apresentou a escrituração contábil de acordo com as leis comerciais e fiscais.

CONTABILIDADE. DILIGÊNCIA.

Indefere-se pedido de diligência em contabilidade, depois de o contribuinte ter sido cientificado da autuação por arbitramento de lucro devido à falta de apresentação dessa mesma contabilidade durante a fiscalização, apesar de o contribuinte ter sido reiteradamente intimado e lhe ter sido concedido tempo suficiente para tanto.

LANÇAMENTOS REFLEXOS: PIS, COFINS e CSLL

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

MULTA QUALIFICADA. DOLO.

Caracterizada a presença do dolo, elemento específico da sonegação, e da fraude, cabível a aplicação da multa qualificada nos termos de legislação em vigor. No caso concreto, a prova, nos autos, de declarações apresentadas ao Fisco com valores zerados, ao mesmo tempo em que a contribuinte operava com ou sem emissão de notas fiscais e movimentava expressivas quantias em suas contas-correntes bancárias, além da utilização de interpostas pessoas nos quadros societários foram circunstâncias relevantes para a decisão do Colegiado.

MULTA AGRAVADA. FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÕES.

A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros. Comprovado que as intimações sem atendimento buscavam a obtenção dos livros obrigatórios da escrita contábil e outros documentos da contabilidade, o lucro foi corretamente arbitrado, mas o agravamento da multa de ofício deve ser afastado. Aplicação da súmula CARF nº 96.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2010, 2011, 2012

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR E DE LEGITIMIDADE DE PARTE.

A pessoa jurídica, apontada no lançamento na qualidade de contribuinte, não possui interesse de agir nem legitimidade de parte para questionar a responsabilidade tributária solidária atribuída pelo Fisco a diversas pessoas físicas e jurídicas, as quais não interpuseram impugnação nem recurso voluntário válidos. A falta de interesse de agir se evidencia porque, qualquer que fosse a decisão a ser tomada acerca dessa matéria, inexistente dano ou risco de dano aos interesses da pessoa jurídica. E, por não ter direitos ou interesses passíveis de serem afetados pela decisão a ser adotada quanto a esse ponto, não se qualifica como parte legítima, não podendo pleitear direito alheio em nome próprio. Não se há, portanto, de conhecer desse pedido.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2010, 2011, 2012

RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS. AUSÊNCIA DE RECURSO VOLUNTÁRIO.

Ao se constatar: (i) que a peça recursal existente nos autos foi subscrita exclusivamente pelo responsável pela pessoa jurídica arrolada no polo passivo na qualidade de contribuinte; (ii) que inexistiu nos autos procuração dos responsáveis tributários para que a pessoa jurídica (contribuinte) atue em seus nomes no processo; e (iii) que, em sede de diligência, os responsáveis tributários deixaram de se manifestar nos autos e de promover qualquer medida saneadora, a conclusão inafastável é pela inexistência de recurso voluntário interposto por qualquer dos responsáveis tributários.

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não se há de acolher qualquer pretensão de nulidade do lançamento, ao se comprovar a inocorrência de quaisquer dos vícios alegados.

RECEITA BRUTA. INEXISTÊNCIA DE PROVA EMPRESTADA.

Desprovida de base reclamação de utilização de prova emprestada na apuração da receita bruta conhecida, que foi levantada a partir do Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais - Dacon entregue pelo contribuinte à RFB, ou, em outros casos, a partir de notas fiscais eletrônicas de sua própria emissão.

PAF. PROVA EMPRESTADA. VALIDADE.

O artigo 199 do CTN prevê a mútua assistência entre as entidades da Federação em matéria de fiscalização de tributos, autorizando a permuta de informações e, uma vez observada a forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio, não se pode negar valor probante à prova emprestada (Relatório SEFAZ), coligida mediante a garantia do contraditório.

IMPUGNAÇÃO ATRIBUÍDA ERRONEAMENTE A TODOS OS SUJEITOS PASSIVOS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO E RECURSO VÁLIDOS APRESENTADOS PELOS RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS. REVELIA. RESTABELECIMENTO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA AFASTADA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA.

Em sede de diligência restou comprovado que a impugnação ao lançamento foi subscrita tão somente pela pessoa jurídica arrolada no polo passivo na qualidade de contribuinte. Não obstante, o julgador de primeira instância, por equívoco, atribuiu essa impugnação a todos os sujeitos passivos (contribuinte e responsáveis). A correção desse equívoco impõe a decretação da revelia para todos os responsáveis tributários, que não apresentaram impugnação nem recurso voluntário válidos, e o consequente restabelecimento da responsabilidade tributária que havia sido afastada em primeira instância para alguns dos responsáveis.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos: (1) no que se refere ao recurso voluntário: não conhecer dos argumentos atinentes à sujeição passiva das pessoas físicas e jurídicas apontadas como responsáveis tributários, rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, tão somente para afastar o agravamento da multa de ofício, reduzindo o percentual aplicável de 225% para 150%. (2) no que se refere ao recurso de ofício: dar-lhe provimento integral, de forma a restabelecer a responsabilidade tributária imputada aos seguintes sujeitos passivos: MCN Empreendimentos Imobiliários Ltda; Cast Metal Indústria e Comércio de Metais Ltda; Industria Brasileira de Reciclagem de Alumínio Ltda – EPP; Latasa Industria e Comercio Ltda; Latasa Reciclagem Ltda; Reciclagem Bras. de Aluminio Ltda ME; RBA Recicl. e Ind. de Aluminio e Metais Ltda; RBM Recicl. e Ind. Bras. de Aluminio e Metais Ltda ME; Inbra Industria e Comércio de Metais Ltda; e Steelman Aluminio Ltda.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Flávio Franco Corrêa, José Eduardo Dornelas Souza, Roberto Silva Júnior, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo, Marcelo Malagoli da Silva, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Waldir Veiga Rocha.

Relatório

CANTO DOS METAIS COMÉRCIO E RECUPERAÇÃO LTDA E DEMAIS SUJEITOS PASSIVOS SOLIDÁRIOS, já qualificados nestes autos, foram autuados e intimados a recolher crédito tributário no valor total de R\$ 14.526.513,02, discriminado no Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo, às fls. 2/3.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me dos excertos a seguir transcritos, retirados do relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância.

Trata o processo dos autos de infração relativos aos anos-calendário 2009, 2010 e 2011, na sistemática do lucro arbitrado porque o contribuinte, intimado e reintimado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, não os apresentou; tampouco apresentou, apesar de especificamente intimado, a Escrituração Contábil Digital (ECD) mediante transmissão do arquivo digital para o SPED – Sistema Público de Escrituração Digital, a que estava obrigado, nos termos do art. 16 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, c/c Instrução Normativa RFB nº 787, de 19 de novembro de 2007; também devido à confusão patrimonial entre empresas do mesmo grupo; a base legal do arbitramento foram os arts. 530, III e 532 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR de 1999 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999), e efetuado sobre a Receita Bruta Conhecida, obtida a partir das receitas informadas no Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais - Dacon, e com base nas Notas Fiscais de Compras:

a) Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ, págs. 4.009/4.047, no valor de R\$1.596.764,94, devido à omissão de receitas:

- i. Arbitramento do lucro com base na receita bruta de vendas de produtos de fabricação própria ou, na falta desta, com base na receita bruta declarada no Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais – DACON, nos períodos de apuração 01 a 06/2009, 04 a 09/2010 e 01 a 12/2011, com base no art. 3º Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; art. 532 do RIR de 1999;
- ii. Arbitramento do lucro com base no valor das compras, pois a receita bruta não é conhecida, nos períodos de apuração 07 a 12/2009, 01 a 03 e 10 a 12/2010, com base no art. 3º Lei nº 9.249, de 1995; art. 535, V e § 5º do RIR de 1999;

b) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, págs. 4.048/4.076, no valor de R\$677.902,22 [...];

c) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, págs. 4.077/4.088, no valor de R\$1.446.769,42 [...];

d) contribuição ao Programa de Integração Social – PIS, págs. 4.089/4.100, no valor de R\$313.466,72 [...];

e) Outras multas administradas pela RFB, Multas Regulamentares, págs. 4.101/4.104, no valor de R\$17.000,00, por não atendimento à intimação para apresentar a Escrituração Contábil Digital – ECD, no prazo estipulado; fato gerador em 30/04/2014; base legal no art. 16 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, art. 57, § 1º da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, com a redação dada pela Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013;

f) Exige-se multa de ofício de 225% do art. 44, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007; e juros de mora segundo o art. 61, § 3º da Lei nº 9.430, de 1996.

2. Às págs. 3.984/4008, no Termo de Verificação e Constatação de Irregularidade Fiscal, estão descritos os procedimentos de fiscalização e a autuação.

3. Foram lavrados os seguintes Termos de Sujeição Passiva Solidária (docs. 1 a 44, págs. 4.148/4.942:

- a. MCN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA – CNPJ 61.281.218/0001-56, com base legal nos arts. 124, I, 128 do Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, págs. 4.157/4.155, cientificado em 27/05/2014, pág. 4.166/4.206;
- b. CDC ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A – CNPJ 06.278.656/0001-57, com base legal nos arts. 124, I, 128 do CTN, págs. 4.207/4.211, cientificado em 27/05/2001, págs. 4.217/4.257;
- c. CAST METAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS LTDA – EPP – CNPJ 02.266.881/0001-00, com base legal nos arts. 124, I, 128 do CTN, págs. 4.258/4.262, cientificado pelo Edital nº 29/2014, ciência em 09/06/2014, págs. 4.263/4.304;
- d. INDUSTRIA BRASILEIRA DE RECICLAGEM DE ALUMÍNIO LTDA - EPP – CNPJ 07.459.421/0001-24, com base legal nos arts. 124,

- I, 128 do CTN, págs. 4.346/4.350, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.107/4.147;
- e. LATASA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA – CNPJ 00.148.025/0001-37, com base legal nos arts. 124, I, 128 do CTN, págs. 4.351/4.355, cientificado em 29/05/2014, págs. 4.359/4.399;
- f. LATASA RECICLAGEM LTDA – CNPJ 04.266.100/0001-15, com base legal nos arts. 154, I, 128 do CTN, págs. 4.400/4.404, cientificado em 29/05/2014, págs. 4.409/4.449;
- g. RECICLAGEM BRAS. DE ALUMINIO LTDA ME – CNPJ 08.874.458/0001-81, com base legal nos arts. 124, I, 128 do CTN, págs. 4.450/4.454, cientificado pelo Edital nº 28/2014, ciência em 10/06/2014, págs. 4.455/4.496;
- h. RBA RECICL. E IND. DE ALUMINIO E METAIS LTDA – CNPJ 12.293.421/0001-37, com base legal nos arts. 124, I, 128 do CTN, págs. 4.497/4.501, cientificado pelo Edital nº 30/2014, ciência em 10/06/2014, págs. 4.502/4.546;
- i. RBM RECICL. E IND. BRAS. DE ALUMINIO E METAIS LTDA ME – CNPJ 10.216.871/0001-09, com base legal nos arts. 124, I, 128 do CTN, págs. 4.547/4.551, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.552/4.553 e 4.946;
- j. INBRA INDUSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS LTDA – CNPJ 47.914.221/0001-39, com base legal nos arts. 124, I, 128 do CTN, págs. 4.554/4.558, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.559/4.599;
- k. STEELMAN ALUMINIO LTDA – CNPJ 51.568.343/0001-98, com base legal nos arts. 124, I, 128 do CTN, págs. 4.600/4.604, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.605/4.645;
- l. MANOEL DO CANTO NETO, CPF 321.338.048-20, com base legal nos arts. 124, I, 128 e 135 III do CTN, págs. 4.646/4.650, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.656/4.696;
- m. MARIA DOLORES MARTINEZ DO CANTO, CPF 285.782.638-98, com base legal nos arts. 124, I, 128 e 135 III do CTN, págs. 4.697/4.701, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.706/4.746;
- n. MÁRIO MARTINEZ DO CANTO - CPF 131.986.698-04, com base legal nos arts. 124, I, 128 e 135 III do CTN, págs. 4.747/4.751, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.758/4.798;
- o. JOSÉ ROBERTO MARTINEZ DO CANTO - CPF - 267.255.458-74, com base legal nos arts. 124, I, 128 e 135 III do CTN, págs. 4.799/4.803, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.806/4.846;
- p. CLÁUDIO DO CANTO - CPF 010.780.328-31, com base legal nos arts. 124, I, 128 e 135 III do CTN, págs. 4.847/4.851, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.854/4.894;
- q. ELIANE REGINA ALVES DO CANTO -CPF - 075.948.008-77, com base legal nos arts. 124, I, 128 e 135 III do CTN, págs. 4.895/4.899, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.902/4.942.

4. Foi lavrada Representação Fiscal para Fins Penais, processo nº 16095.720.085/2014-88.

1 Impugnação da Canto Dos Metais Com. E Rec. Ltda – CNPJ: 68.308.501/0001-73 e demais devedores solidários.

5. A empresa foi cientificada do Relatório Fiscal e dos autos de infração em 27/05/2014, págs. 4.102/4.147, e os responsáveis Passivos Solidários nesta data ou em datas posteriores, conforme relatado.

6. A empresa autuada, todos Passivos Solidários pessoas físicas e os Responsáveis Passivos Solidários Pessoas Jurídicas, apresentaram em 25/06/2014, pág. 4.949, a impugnação tempestiva de págs. 4.950/5.067, por meio de seu representantes legais, pág. 20.844, acompanhada dos documentos de págs. 5.068/20.843.

7. Protesta pela tempestividade da impugnação.

8. Acerca da constatação fiscal de que a autuada faz parte de um grupo econômico, afirma que constatação de que existe uma holding que administra a empresa não é elemento a ser escondido e merece toda a divulgação, inclusive pela mídia e cita matéria do jornal Valor Econômico de 11 de junho de 2014 sobre a Latasa; que os auditores apontam como passível de ato odioso a constatação de que que vários integrantes da "família Canto" têm participações no quadro societário das empresas do "GRUPO", porém alguns membros da família administram todo o grupo; que os auditores vislumbram que o trânsito de recursos financeiros entre empresas do grupo visa utilizar-se de empresas "paralelas", empresas com quadros societários interpostos, e pratica diversos ilícitos tributários com o objetivo precípua de frustrar pagamento de créditos tributários e de contribuições previdenciárias (extrapolando os limites do termo de fiscalização) e, no entanto, constituem lançamento de Imposto sobre a Renda pelo lucro arbitrado – diz que a empresa não tem como se defender de sonegação previdenciária, se foi fiscalizada por sonegação de IR; que, em se tratando de grupo que atua em reciclagem, que é atividade que tem isenções fiscais, não podendo aplicar autuação de PIS, Cofins e outros, restou aos autuantes imputar como omissão de receita valores que eram transferidos entre empresas do grupo – os auditores deveriam ter perquirido o trânsito de capitais e não inferido, o que determina a nulidade dos autos de infração.

9. Contesta as conclusões fiscais, afirmando que: 1. A falta de SPED não significa sonegação; 2. Se houve emissão de notas fiscais não há indício de sonegação; 3. Se existe divergência entre as notas fiscais e as declarações, não há sonegação, mas incongruência de informações que podem ser justificadas exatamente pela até mesmo possível falta de rigor contábil em atividade isenta, mas sem que isso possa ser considerado crime e gere tributação por sonegação de imposto de renda.

10. Sobre a sonegação fiscal do ICMS via fraudes e documentação obtida da Secretaria Estadual da Fazenda mediante autorização judicial para compartilhamento de informações, diz ser absurdo e extrapolação trazer a debate questões de discussões jurídicas de ICMS na reciclagem e cita questões diversos debates e convênios do Confaz sobre o tema.

11. Sobre a conclusão fiscal de “confusão patrimonial” formando um verdadeiro “Grupo Econômico” para fins de burlar o fisco e possibilitar o gozo de vantagens às pessoas jurídicas e às pessoas físicas a elas relacionadas através de “blindagem patrimonial”, afirma que não se entende que operações financeiras

sejam tidas como blindagem patrimonial e que são coisas distintas de fraudulentas empresas com relações financeiras e societárias.

12. Sobre a conclusão fiscal de que interesse comum vincula as empresas e cidadãos reunidos por circunstâncias externas formadoras de solidariedade, provenientes da consciência de grupo e das necessidades que as interligam conforme prevê o Código Tributário Nacional (CTN), questiona, qual o interesse comum no fato gerador e diz que, de fato, existe uma violação ao art. 124 do CTN, pois sócios não têm relação com o fato gerador e empresas de um mesmo grupo não são contribuintes; afirma que os auditores estão confundindo RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA com a CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE, nos termos dos precedentes do CARF e a formatação de um grupo econômico com diversas empresas e em uma mesma área de negócios – reciclagem – está dentro da liberdade negocial; diz que o fundamento de que existem diversas empresas, e a entrega zeradas de documentos, não significa existência de grupo econômico; e que a fiscalização deveria ter intimado a empresa que apresente, porventura, qualquer irregularidade. Com isso, os auditores produziram um Auto de Infração nulo quando não colocaram os fundamentos da movimentação bancária e cercearam o direito de o contribuinte apresentar.

13. Por isso, é relevante e indispensável que o processo seja baixado em diligência, para que se possa comprovar a base das despesas relativas às transferências entre empresas do mesmo grupo.

14. Se a fiscalização parte do pressuposto que existe um grupo econômico e que existe trânsito de valores entre as empresas do mesmo grupo econômico ela deve aplicar o direito correspondente ao caso e não tributar diversas vezes o mesmo trânsito de valor. Com certeza o faturamento é oriundo de uma única atividade. O faturamento é obtido a partir de vendas. Se os valores transitam para outras empresas do grupo por questões negociais e de administração de uma atividade complexa não se pode tributar a mesma receita que tem única origem.

15. A fiscalização entra no debate da empresa com o fisco estadual e se contamina com o caso. Aqui estamos diante de tributos com isenção federal.

16. Diz que os demais argumentos são risíveis. Argumentar que atividades idênticas impõem grupo empresarial é algo sem sentido.

17. Que o maior absurdo é contradição de dizer que as empresas têm vários membros de uma mesma família e aponta “laranjas”. Ora, isso é sem fundamento fático. As empresas são familiares.

18. Que o fato de terem as empresas o mesmo contador, não significa prática de ilícito, mas economia.

19. Os auditores colocam como confusão patrimonial regras de rateio de despesas entre empresas de grupo econômico.

20. Acerca das informações sobre confusão patrimonial obtidas em relatório da Sefaz, como cheques da RBM para quitação de despesas da autuada, diz que as atividades das empresas e aquisição de outras justificam o pagamento de despesas; que a fiscalização poderia e deveria ter perquirido se havia contrato de mútuo. Ora, o esforço foi todo para provar o óbvio – grupo empresarial – e não para verificar a origem das rendas e as bases negociais. Se isso não for feito, o auto de infração será nulo. Dessa forma, deve haver diligência; que é claro empresas de um mesmo grupo econômico pagarem despesas comuns e fazerem empréstimos,

faltando fundamento quanto à ilicitude pela efetividade de prestação de garantia de uma empresa para outra, pela alienação fiduciária de bens imóveis em garantia a financiamentos contraídos por outras empresas do grupo; também não é pejorativo sócios familiares serem avalistas.

21. Sobre a movimentação financeira incompatível com a receita bruta, diz que, fundamentada em um relatório da Sefaz, ou seja, prova emprestada, não pode refutar agora.

22. Acerca da afirmativa fiscal de que as empresas RBA/SP e RBM/SP não possuem capacidade para a produção, tratando-se de pequenos depósitos com capacidade única para o manuseio de sucata, não dispondo de qualquer estrutura física e ativo imobilizado compatíveis com as operações declaradas em seus documentos fiscais, afirma que tal fato não impõe, por si só, nenhuma irregularidade e que na atividade de reciclagem há a necessidade de pequenos depósitos, e que a indicação genérica de que não há compatibilização entre as operações e a realidade é algo sem nexo probatório. Diz que quando se estuda o caso, se verifica que a gana, ódio, motivação intempestiva do Fisco Estadual está na alegação de concessão de créditos de ICMS e que vale lembrar que não incide ICMS quando se circula mercadoria entre estabelecimentos de uma mesma empresa, e que os fatos que transcreve às págs. 4.967/4.969 (que a RBM e RBA foram criadas com a finalidade de transferir indevidamente créditos de impostos a contribuintes paulistas, pois têm sede no Rio de Janeiro e filiais em São Paulo, e dificultar fiscalização) não têm relação com o debate de qualquer forma de discussão ou repercussão de tributos federais.

23. Sobre a fiscalização ter usado a base de apuração do ICMS, invoca as Súmulas 29 e 30 do CARF e afirma que os auditores não cumprem seu dever de perquirir os elementos e fundamentos da transação, usando argumento que lhes é contrário quando se esforçam para comprovar grupo econômico; que a movimentação financeira entre as empresas do mesmo grupo empresarial é totalmente justificável e que, nessa linha, não se pode negar que os elementos de prova são favoráveis à impugnante.

24. Beira próximo à calúnia a afirmação de que uma operação de aquisição é para encobrir ilícitos tributários; que o debate de crédito de ICMS na reciclagem, compra e venda de alumínio, sucata e outros não podem imantar e transformar toda uma atividade em criminosas.

25. Afirma não entender qual o interesse por trás disso. Tanto é assim que se busca uma ligação com dados feitos em operação fiscal da polícia civil e a SEFAZ, na operação TREZE LISTAS em que foram efetuados Termos de Declarações, conforme Inquérito Policial nº 004/10 (Processo DIPO 4 nº 050.11.003988-2), com pessoas ligadas ao GRUPO-CANTO (Volume 5 – a partir da pag.931).

26. Sobre o depoimento do Sr. Paulo Geraldo Baptista Correa, ex-Diretor Presidente da Aleris Reciclagem Ltda e Aleris Latasa Reciclagem Ltda, destaca não haver qualquer afirmativa que aponte o não pagamento de tributos federais.

27. Acerca da interposição fraudulenta no quadro social, apontada, mais uma vez se baseia em relatório da Sefaz, isto é, ICMS, que transborda para a análise dos rendimentos dos sócios, apontando que alguns sócios teriam renda insignificante. O fato de um sócio não apresentar rendimentos elevados não determina que ele seja interposta pessoa. Tanto é assim que mesmo as pessoas físicas da família CANTO têm rendimento que não é elevado, o que não tem

significado jurídico para comprovar o não recolhimento de tributos pela empresa. Se os auditores verificam que os sócios têm movimentação financeira não declarada como pessoa física, o tema deve ser tratado por meio de ação fiscal própria e não aqui.

28. Pleiteia a nulidade dos autos, invocando as Súmulas 29 e 30 do CARF, porque, a partir do momento que o fiscal verificou movimentação bancária de várias empresas e formou um grupo econômico criou para si um dever jurídico, qual seja, intimar a todos, contudo, não o fez. Com isso, é clara a nulidade do auto de infração por não ter havido intimação de todos os responsáveis pelas contas bancárias e por considerado movimentação de um mês por meio de presunção para os seguintes.

29. Contesta o arbitramento do lucro pela não apresentação da contabilidade (livros apresentados, porém sem preencher as formalidades legais) nem Escrituração Contábil Digital - ECD - através da transcrição do arquivo digital para o SPED. Diz que se a empresa apresentou todos os documentos, não houve negativa de informações aos auditores, configurando abuso do direito; e quanto ao argumento fiscal de que *“arbitramento seria inevitável mesmo que a empresa apresentasse a contabilidade visto que a confusão patrimonial, entre as empresas do grupo econômico, impede que esta represente a realidade dos fatos.”*, entende o contrário pois, se os auditores entendem que existe confusão, não podem simplesmente atuar de forma a não pontuar os valores e suas origens, não podendo tributar todos os valores sem análise detida; os auditores deveriam ter diligenciado qual justificativa da movimentação de mais de 14 milhões de reais. Em um momento de aquisição de outras empresas, é mais que necessário que haja diligência para perquirir o valor. O fato de haver inconsistência contábil não é por si só elemento para arbitramento.

30. Acerca da receita bruta conhecida, ter sido apurada pelos valores apurados em GIA/ICMS para o período de 01/2009 a 03/2009 e em Notas Fiscais Eletrônicas no período de 04/2009 a 12/2011, afirma que os auditores extrapolaram os elementos e foram além dos valores existentes e relativos efetivamente ao faturamento de cada um das empresas. As transações deveriam ter sido perquiridas auditadas e verificadas.

31. Afirma que as intimações foram para tributação de PIS e Cofins, dos quais é isenta; e não há sentido de se fiscalizar a isenção de PIS e Cofins e se zerar os prejuízos fiscal. Se existe prejuízo fiscal há contabilidade válida e regular.

32. A contabilidade foi ignorada por ter sido considerado Grupo Econômico e pela presunção de movimentações entre empresas, ensejando a existência de valores que não são receita e, muito menos, receita tributável. O contribuinte foi intimado a retificar (ZERAR) o prejuízo fiscal e a base negativa da CSLL, controlada no LALUR tendo em vista o arbitramento do lucro. A conclusão da auditoria não pode prosperar. Cita a Lei nº 11.196, de 2005, que trouxe a suspensão das contribuições para o PIS/Pasep e para a Cofins das pessoas jurídicas que apuram o Imposto de Renda (IR) com base no Lucro Real, no caso de venda de desperdícios, resíduos ou aparas, visando incentivar as empresas de reciclagem. Por isso, é válida a adesão ao lucro real e a existência contábil de prejuízo fiscal. Os auditores deveriam ter ingressado na contabilidade da empresa para verificar a higidez das suas escritas e não tê-la desconsiderado por conta de um grupo econômico. Cita sobre o assunto a Solução de Consulta nº 198 de 19 de Julho de 2012.

33. Diz juntar os elementos de contabilidade que foram ignorados e que poderiam ser auditados.

34. No presente caso, o arbitramento levou a empresa que nada devia a um elevado débito, contudo, segundo jurisprudência administrativa que transcreve, o erro na apuração da base de cálculo do tributo implica nulidade do lançamento realizado como ocorreu no presente caso.

35. No que tange à qualificação e agravamento da multa devido a omissões de entregas ou divergências de DCTF, Dacon e DIPJ, diz que apresentou os elementos contábeis, que os auditores fiscais impuseram elemento de dolo em atuação normal da empresa. As discussões quanto ao ICMS não podem impor que atividades empresariais lícitas sejam alijadas à condição de atividade vinculada à sonegação fiscal. E o CARF rechaça a qualificação e o agravamento da multa pela inexistência de dados objetivos que demonstrem a existência de dolo, fraude ou simulação.

36. Diz que não há base para aplicar a multa qualificada, sob entendimento de que teria ocorrido falsidade na declaração apresentada.

37. Pugna pela impossibilidade da presunção de sonegação e qualificação da multa; não se pode deixar que interpretações determinem multas que levam a percentuais abusivos, a condutas criminosas inexistentes. Transcreve entendimento de que a aplicação da multa qualificada com base no art. 957, II do RIR, de 1999 deve ter como fundamento a conduta dolosa do contribuinte, sendo comprovado no processo pelo Fisco, através de fatos e informações o evidente intuito de fraude. Nos casos de aplicação da multa pela simples omissão na prestação de esclarecimentos, tal omissão é suprida pelo arbitramento do lucro, sendo indevida a multa qualificada; transcreve acórdãos para apoiar seus argumentos.

38. Acusa de abusiva a Representação Fiscal para Fins Penais, haja vista não haver fundamento ou qualquer base para que seja indicada a existência de crime contra a ordem tributária na espécie. Não há que se falar em conduta delituosa no campo penal se todos os elementos para a fiscalização estavam presentes, inclusive os dados contábeis.

39. A linha mestra de condução típica é o ardil. Não há que se falar de tipificação em hipótese em que o auditor tinha à sua disposição todos os elementos para acompanhar e efetivar o lançamento. A medida de impor conduta criminosa quando, claramente, não existe, deve ser coibida pela própria Receita Federal e demais órgãos administrativos. Apesar de a Súmula 28 do CARF estipular não ser competente o órgão para se pronunciar acerca de processo de Representação Fiscal para Fins Penais, a presente contestação não é debater a representação, mas que o CARF se manifeste sobre a existência ou não de dolo no presente caso.

40. No que se refere às Responsabilizações Solidárias, assevera a inexistência de solidariedade. Interesse comum na situação que constitui fato gerador da obrigação tributária principal e violação pelo fisco ao art. 124 do CTN – imputação sem previsão legal.

41. No caso de uma empresa, todos os sócios têm interesse comum no lucro, mas não se pode imputar grupo econômico e solidariedade por vontade do auditor.

42. Em verdade, a desconsideração da personalidade jurídica somente é cabível se exaurido meios de cobrança do devedor. Por isso, não se pode incluir os sócios ou empresas do grupo como solidários. A própria PGFN não autoriza o ato do auditor, pois a Portaria PGFN nº 180, de 25 de fevereiro de 2010, DOU de 26.2.2010, e alterações determina:

Art., 1º Para fins de responsabilização com base no inciso III do art. 135 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, entende-se como responsável solidário o sócio, pessoa física ou jurídica, ou o terceiro não sócio, que possua poderes de gerência sobre a pessoa jurídica, independentemente da denominação conferida, à época da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária objeto de cobrança judicial.

Art. 2º A inclusão do responsável solidário na Certidão de Dívida Ativa da União somente ocorrerá após a declaração fundamentada da autoridade competente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) ou da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) acerca da ocorrência de ao, menos uma das quatro situações a seguir: (Redação dada pela Portaria PGFN nº 904, de 3 de agosto de 2010)

I - excesso de poderes;

II - infração à lei;

III - infração ao contrato social ou estatuto;

IV - dissolução irregular da pessoa jurídica.

43. O art. 124, I, do CTN determina que haverá solidariedade passiva tributária sempre que mais de uma pessoa possua interesse no fato gerador da obrigação principal tributária.

44. A imputação de responsabilidade solidária por crédito tributário só pode ocorrer nas hipóteses e nos limites fixados na legislação que a restringe e às pessoas expressamente designadas em lei e àquelas que tenham interesse comum na situação constitua o fato gerador da obrigação principal.

45. Cita acórdão no sentido de que o art. 121 do CTN só deixa margem a duas possibilidades de sujeição passiva tributária, isto é, à possibilidade de se imputar a uma pessoa a obrigação de pagar tributo ou penalidade: ter relação pessoal e direta com o fato gerador, nos termos acima referidos, ou ser expressamente apontadas pela lei.

46. Requer, cumulativamente e alternativamente:

- a. O conhecimento do recurso por ser tempestivo;
- b. Que seja anulado o auto de infração por vício quanto à fundamentação da existência de Grupo Econômico que foi fundada em motivação relativa ao creditamento de ICMS e em conclusões da Fazenda Estadual não aplicáveis ao caso;
- c. Que seja anulado o auto de infração por vício material, se mantida a relação de Grupo Econômico, uma vez que nesse caso deveria ter sido oportunizada aos envolvidos no caso a possibilidade de justificar cada uma das operações em questão, inclusive atraindo ao caso a incidência das súmulas 29 e 30 do CARF;

- d. Que seja anulado o auto de infração em face da existência de elementos para fiscalização pelo lucro real, ensejando que o arbitramento em valores excessivos e sem levar em conta a realidade da operação viole o art. 148 do CTN;
- e. Que seja anulado do auto de infração para se considerar as receitas previstas na contabilidade, desconsiderando-se aqueles relativas a empréstimos e rateio de despesas comuns, se mantido o grupo econômico, sob pena de violação ao art. 148 do CTN;
- f. Que seja anulado o auto de infração por vício formal, facultando a devida produção de provas ou, alternativamente, a baixa do processo em diligência;
- g. Que seja reduzida a multa qualificada e seu agravamento pela inexistência de dolo e por ter contribuinte colaborado com a fiscalização, nos termos de precedentes do CARF;
- h. Que, em que pese a Súmula 28 do CARF, seja reconhecida a inexistência de dolo e de qualquer violação de índole criminal;
- i. Que seja retirada a solidariedade pela violação ao art. 124 e 135 do CTN, uma vez que mesmo que se considere grupo econômico não há entre as empresas relação direta de fato gerador uma com as outras e, muito menos, dos sócios ou administradores.

A 2ª Turma da DRJ em Curitiba/PR analisou a impugnação apresentada e, por via do Acórdão nº 06-50.869, de 28/01/2015 (fls. 20933/20972), considerou procedente o lançamento, com a seguinte ementa:

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

RECEITA BRUTA. INEXISTÊNCIA DE PROVA EMPRESTADA.

Desprovida de base reclamação de utilização de prova emprestada na apuração da receita bruta conhecida, que foi levantada a partir do Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais - Dacon entregue pelo contribuinte à RFB.

PAF. PROVA EMPRESTADA. VALIDADE.

O artigo 199 do CTN prevê a mútua assistência entre as entidades da Federação em matéria de fiscalização de tributos, autorizando a permuta de informações e, uma vez observada a forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio, não se pode negar valor probante à prova emprestada, coligida mediante a garantia do contraditório.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS.

A DRJ não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

OMISSÃO DE RECEITA.

Constatada a obtenção de receitas de vendas e a apresentação da DIPJ, DCTF e Dacon com valores zerados e/ou inferiores àqueles efetivamente devidos no ano-calendário, configurada está a subtração de rendimentos à tributação.

LUCRO ARBITRADO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS DA ESCRITURAÇÃO COMERCIAL E FISCAL.

A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, apesar do prazo razoável concedido pelo Fisco para tanto, ensejam o arbitramento.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. RECEITA BRUTA CONHECIDA.

O arbitramento do lucro sobre receita bruta conhecida, no presente caso, não se confunde com presunção de omissão de receitas relativas a depósitos/créditos bancários recebidos, o que torna descabido o pleito para que se desconsiderem ingressos de recursos relativos a empréstimos.

ART. 148 DO CTN.

Descabe a reclamação de que o arbitramento gerou valores excessivos e sem levar em conta a realidade da operação e por isso viola o art. 148 do CTN, se este se refere a arbitramento do valor ou preço de bens ou serviços, o que não foi o presente caso, em que o arbitramento foi do lucro, tomado por base receita bruta conhecida, ou compras realizadas.

LUCRO ARBITRADO. APRESENTAÇÃO POSTERIOR DE DOCUMENTOS.

É inócua a posterior apresentação de notas fiscais de entrada e saída, não pertinentes à autuada, com o intuito de demonstrar que não houve sonegação, a fim de elidir exigências fiscais apuradas de ofício mediante arbitramento do lucro se, apesar de reiteradamente intimada durante o procedimento fiscal, a empresa não apresentou a escrituração contábil de acordo com as leis comerciais e fiscais.

CONTABILIDADE. DILIGÊNCIA.

Indefere-se pedido de diligência em contabilidade, depois de o contribuinte ter sido cientificado da autuação por arbitramento de lucro devido à falta de apresentação dessa mesma

contabilidade durante a fiscalização, apesar de o contribuinte ter sido reiteradamente intimado e lhe ter sido concedido tempo suficiente para tanto.

ALEGADA ISENÇÃO DE TRIBUTOS FEDERAIS. APURAÇÃO PELO LUCRO REAL.

O art. 48 da Lei nº 11.196, de 2005, trata de suspensão da incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins (e não de IRPJ nem CSLL), no caso de venda de desperdícios, resíduos ou aparas de que trata o art. 47, e condiciona a suspensão (e não isenção) à apuração pela empresa do lucro real, o que não é o caso da autuada, que adquire sucatas e vende lingotes de bronze e latão e apenas esporadicamente, quantidades ínfimas de sucata, e que tampouco apresentou escrituração contábil de acordo com as leis comerciais e fiscais, como exige a legislação tributária, a justificar autuação pelo lucro real reivindicada.

LANÇAMENTOS REFLEXOS: PIS, COFINS e CSLL

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

MULTA QUALIFICADA. DOLO.

Caracterizada a presença do dolo, elemento específico da sonegação, e da fraude, cabível a aplicação da multa qualificada nos termos de legislação em vigor.

MULTA AGRAVADA.

Os percentuais de multa de ofício serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos e/ou apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991.

PRÁTICA DE SONEGAÇÃO E FRAUDE. SUJEIÇÃO PASSIVA. SÓCIOS ADMINISTRADORES. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA.

São solidariamente responsáveis pelos créditos tributários correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

SUJEIÇÃO PASSIVA. SÓCIOS ADMINISTRADORES. INTERESSE COMUM.

Se comprovado que cabe aos sócios diretores de fato do grupo econômico a decisão pela realização de atos ou negócios jurídicos e pelo cumprimento das obrigações tributárias dele

decorrentes, nas empresas do grupo, é possível a eleição desses sócios que intervêm na direção unitária como responsáveis tributários, nos termos do art. 124, I do CTN.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM

Se comprovada a atuação conjunta na transferência de recursos entre empresas do mesmo grupo econômico informal, é possível a eleição de sociedade que intervém na direção unitária como responsável tributária solidária, nos termos do art. 124, I do CTN

Além de manter o crédito tributário, a decisão de primeira instância manteve também a responsabilidade tributária imputada aos seguintes sujeitos passivos: CDC Administração e Participações S/A; Manoel do Canto Neto; Maria Dolores Martinez do Canto; Mário Martinez do Canto; José Roberto Martinez do Canto; Cláudio do Canto; e Eliane Regina Alves do Canto.

Foi afastada a responsabilidade tributária imputada aos seguintes sujeitos passivos: MCN Empreendimentos Imobiliários Ltda; Cast Metal Indústria e Comércio de Metais Ltda; Industria Brasileira de Reciclagem de Alumínio Ltda – EPP; Latasa Industria e Comercio Ltda; Latasa Reciclagem Ltda; Reciclagem Bras. de Aluminio Ltda ME; RBA Recicl. e Ind. de Aluminio e Metais Ltda; RBM Recicl. e Ind. Bras. de Aluminio e Metais Ltda ME; Inbra Industria e Comércio de Metais Ltda; e Steelman Alumínio Ltda.

Como alguns dos sujeitos passivos solidários foram exonerados de crédito tributário em valor superior ao limite de alçada (R\$ 1.000.000,00), a Turma Julgadora também recorreu de ofício a este Colegiado. À época, esse procedimento era disciplinado pelo art. 34 do Decreto nº 70.235/1972, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.532/1997, e, ainda, pela Portaria MF nº 3/2008.

A ciência da decisão de primeira instância aos sujeitos passivos foi feita conforme quadro a seguir:

Nome	Forma de ciência	Data Ciência	Fls.	Obs.
Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda.	eletrônica	09/02/2015	21004	
MCN Empreendimentos Imobiliários Ltda	AR	10/02/2015	21016	
CDC Administração e Participações S/A	AR	10/02/2015	21017	
Cast Metal Indústria e Comércio de Metais Ltda	Editais 05/2015	13/03/2015	21162	
	Editais	27/02/2015	21026	
	AR devolvido		21005/21007	mudou-se
Industria Brasileira de Reciclagem de Alumínio Ltda – EPP	AR	06/02/2015	21014	
Latasa Industria e Comercio Ltda	AR	18/02/2015	21032	
Latasa Reciclagem Ltda	AR	18/02/2015	21029	
Reciclagem Bras. de Aluminio Ltda ME	AR	10/02/2015	21024	
RBA Recicl. e Ind. de Aluminio e Metais Ltda	AR	10/02/2015	21021	
RBM Recicl. e Ind. Bras. de Aluminio e Metais Ltda ME	AR	09/02/2015	21155	
Inbra Industria e Comércio de Metais Ltda	AR	06/02/2015	21161	
Steelman Alumínio Ltda	AR	06/02/2015	21015	
Manoel do Canto Neto	AR	06/02/2015	21011	
Maria Dolores Martinez do Canto	AR	06/02/2015	21013	
Mário Martinez do Canto	Editais 04/2015	03/03/2015	21163	
	Editais	27/02/2015	21027	
	AR devolvido		21008/21010	mudou-se

Nome	Forma de ciência	Data Ciência	Fls.	Obs.
José Roberto Martinez do Canto	AR	06/02/2015	21012	
Cláudio do Canto	AR	10/02/2015	21018	
Eliane Regina Alves do Canto	AR	10/02/2015	21019	

Às fls. 21035/21152 encontro peça intitulada Recurso Voluntário, supostamente interposto em conjunto por todos os sujeitos passivos do presente processo, independentemente de terem sido ou não favorecidos pela decisão de primeira instância. Ao final da peça recursal (fl. 21152) encontro os nomes de dois Advogados, a saber, Dr. Victor Ribeiro Ferreira e Dr. Elias Hermoso Assumpção. No entanto, nenhum dos dois Advogados identificados subscreve a peça recursal. Ademais, essa peça processual não se fez acompanhar de qualquer procuração, tendo sido acostada aos autos pelo sistema e-CAC. Em seu rodapé, constam as inscrições “**Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001**” e “**Assinado digitalmente em 02/03/2015 por CANTO DOS METAIS COMÉRCIO E RECUPERAÇÃO LTDA.**”.

Os argumentos e pedidos que constam dessa peça processual são rigorosamente idênticos àqueles anteriormente trazidos em sede de impugnação.

Na sessão de julgamento realizada em 07/04/2016 este Colegiado considerou que o processo não reunia condições de julgamento e, mediante a Resolução nº 1301-000.328 (fls. 21177/21191), resolveu converter o julgamento em diligência para que a Unidade Preparadora esclarecesse aspectos atinentes à assinatura digital do recurso voluntário e da impugnação, nos seguintes termos:

a) Identifique, com base nos sistemas informatizados da RFB, a pessoa física que assinou eletronicamente o recurso voluntário de fls. 21035/21152 em nome da pessoa jurídica Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda., autenticou eletronicamente o documento e solicitou sua juntada ao presente processo eletrônico.

b) Informe se essa pessoa física possuía, à época da prática do ato (02/03/2015), poderes para tanto (interpor recurso voluntário em processo administrativo), fazendo acostar aos autos os documentos comprobatórios (procuração, atos constitutivos, ou outros).

c) Identifique, com base nos sistemas informatizados da RFB, a pessoa física que assinou eletronicamente a impugnação de fls. 4950/5067 em nome da pessoa jurídica Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda., autenticou eletronicamente o documento e solicitou sua juntada ao presente processo eletrônico.

d) Informe se essa pessoa física possuía, à época da prática do ato (25/06/2014), poderes para tanto (interpor impugnação em processo administrativo), fazendo acostar aos autos os documentos comprobatórios (procuração, atos constitutivos, ou outros).

Em atendimento, foi lavrado o Relatório de diligência de fls. 21221/21223. Nesse documento, o Auditor-Fiscal encarregado do feito traz à colação o conteúdo da Nota Técnica CODAC e-processo nº 01, de 28/01/2015 e conclui:

7. A partir das informações constantes da Nota Técnica e-Processo nº 01/2015, podemos efetuar consultas no e-Processo e prestar os seguintes esclarecimentos em face dos questionamentos levantados na Resolução nº 1301-000.328:

7.1 A pessoa jurídica Canto dos Metais Comércio e Recuperação LTDA, CNPJ 68.308.501/0001-73, solicitou, através do Programa Gerador de Solicitação de Juntada (PGS), a juntada da impugnação anexada às folhas 4.950 a 5.067 e assinou-a digitalmente com a utilização do seu certificado digital e-CNPJ. Esta informação pode ser verificada através da consulta no e-Processo à palavra-chave “signatário” do Termo de Solicitação de juntada anexado à folha 4.949 e da impugnação anexada às folhas 4.950 a 5.067. As telas com as consultas estão anexadas às folhas 21.215 e 21.216.

7.2 A pessoa jurídica Canto dos Metais Comércio e Recuperação LTDA, CNPJ 68.308.501/0001-73, solicitou, através do Programa Gerador de Solicitação de Juntada (PGS), a juntada do recurso voluntário anexado às folhas 21.035 a 21.152 e assinou-o digitalmente com a utilização do seu certificado digital e-CNPJ. Esta informação pode ser verificada através da consulta no e-Processo à palavra-chave “signatário” do Termo de Solicitação de juntada anexado à folha 21.034 e do recurso voluntário anexado às folhas 21.035 a 21.152. As telas com as consultas estão anexadas às folhas 21.217 e 21.218.

8. Ademais, de acordo com informações constantes do cadastro CNPJ, o responsável pela pessoa jurídica Canto dos Metais Comércio e Recuperação LTDA, CNPJ 68.308.501/0001-73, é, desde 23/10/2000, o Senhor Ricardo Pereira Lima, inscrito no CPF sob nº 675.181.258-20. (folhas 21.219 e 21.220)

Foi dada ciência da Resolução e do Relatório a todos os sujeitos passivos do presente processo, facultando-lhes a possibilidade de se manifestar, caso assim desejassem, no prazo de 30 dias (despacho à fl. 21329). Não encontro nos autos qualquer manifestação de qualquer dos interessados.

O processo retorna agora para continuação do julgamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Relator

Recurso Voluntário

Inicialmente, considero indispensável verificar se a peça recursal de fls. 21035/21152, supostamente apresentada em nome de todos os sujeitos passivos do presente processo, foi subscrita por pessoa com poderes para tanto.

De plano, observo que, ao final da peça recursal (fl. 21152), encontro os nomes de dois Advogados, a saber, Dr. Victor Ribeiro Ferreira e Dr. Elias Hermoso Assumpção. No entanto, nenhum dos dois Advogados identificados subscreve a peça recursal (inexistem assinaturas, em sua modalidade tradicional, a caneta). Ademais, essa peça processual não se fez acompanhar de qualquer procuração.

Compulsando os autos, encontro à fl. 20844 um Instrumento Particular de Procuração, datado de 20/06/2014, mediante o qual a pessoa jurídica Canto dos Metais

Comércio e Recuperação Ltda. nomeia e constitui seu bastante procurador o Dr. Victor Ribeiro Ferreira, “*outorgando-lhe os poderes da Cláusula ‘AD JUDICIA’, podendo substabelecê-los, no processo de nº 16095-720.082/2014-44 e 16095-720.083/2014-99, defendendo os direitos e interesses do Outorgante, [...] podendo ainda [...] recorrer a quaisquer instâncias administrativas, [...]*”. Como se vê, essa procuração, a princípio, seria apenas destinada à representação em juízo, visto que somente contém a Cláusula “*ad judicium*”, desacompanhada da expressão “*et extra*”, indispensável para a representação fora dos juízos ou, no que nos interessa, perante a administração pública. Observa-se, no entanto, que aparentemente a outorgante desejou que a representação fosse feita em processos administrativos, visto que menciona recursos a instâncias administrativas no âmbito dos processos administrativos cujos números especifica. Desde que o presente processo (nº 16095.720762/2014-97) não se encontra entre aqueles especificados na procuração, forçoso é concluir que esse instrumento de mandato não possui qualquer valor para o presente processo.

Prosseguindo no exame dos autos, encontro à fl. 21170 outro Instrumento Particular de Procuração, datado de 20/01/2016, mediante o qual a pessoa jurídica Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda. nomeia e constitui seu bastante procurador o Dr. Victor Ribeiro Ferreira, “*outorgando-lhe os poderes da Cláusula ‘AD JUDICIA ET EXTRA’, podendo substabelecê-los, para atuar em sua defesa no processo nº 16095-720.076/2014-97, em trâmite no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, [...]*”. Ao contrário do instrumento referido no parágrafo anterior, esse mandato dá ao outorgado poderes para atuar no presente processo. No entanto, tendo em vista que a peça recursal de fls. 21035/21152 não foi subscrita pelo Dr. Victor Ribeiro Ferreira, até aqui nada se acrescentou, no que se refere ao(s) signatário(s) daquele documento.

No momento em que iniciado o julgamento, em 07/04/2016, foi observado que a peça recursal havia sido acostada aos autos pelo sistema e-CAC e que em seu rodapé constam as inscrições “**Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001**” e “**Assinado digitalmente em 02/03/2015 por CANTO DOS METAIS COMÉRCIO E RECUPERAÇÃO LTDA.**”. Diante disso, o Colegiado determinou a realização de diligência para esclarecer aspectos atinentes a essa assinatura digital, mais especificamente no que se refere a quem seria a pessoa física que praticou (eletronicamente) o ato de recorrer em nome da pessoa jurídica Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda., e se tinha poderes para tanto. Idênticas indagações foram formuladas no que se refere à peça impugnatória de fls. 4950/5067, assinada eletronicamente pela pessoa jurídica em 25/06/2014.

Do relatório de diligência, ficou evidenciado que tanto o recurso quanto a impugnação foram apresentados eletronicamente pela pessoa jurídica Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda., nos termos da legislação e demais atos regulamentares sobre a matéria. Além disso, registrou-se que a pessoa física responsável pela pessoa jurídica (e, portanto, por quaisquer atos praticados em nome dessa pessoa jurídica) perante a Receita Federal do Brasil é o Sr. Ricardo Pereira Lima, CPF nº 675.181.258-20.

O Sr. Ricardo Pereira Lima é sócio-administrador da pessoa jurídica Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda., com amplos poderes para representá-la, como se verifica da cláusula sétima da Alteração do Contrato Social datada de 15/08/2010 (fls. 21171/21175), que transcrevo:

DA ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE

Cláusula Sétima:

A administração da sociedade caberá ao sócio RICARDO PEREIRA LIMA, separada e isoladamente e no exclusivo interesse da sociedade, autorizando-os representá-la Ativa e Passivamente, tendo a incumbência administrativa com poderes "ad-negotia", inclusive assinar cheques, movimentos de contas bancárias, pedidos, enfim, boa prática dos assuntos administrativos, autorizado o uso do nome empresarial, vedado, no entanto, em atividades estranhas ao interesse social ou assumir obrigações seja em favor de qualquer dos quotistas ou de terceiros, bem como onerar ou alienar bens imóveis da sociedade, sem autorização do outro sócio.

Por todo o até aqui exposto, concluo que a peça recursal de fls. 21035/21152 foi subscrita pela pessoa jurídica Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda., regularmente representada (ao que se pode depreender) por seu sócio-administrador Sr. Ricardo Pereira Lima. A ciência da decisão de primeira instância ocorreu em 09/02/2015 (fl. 21004) e o recurso foi apresentado em 02/03/2015 (fl. 21034), do que se constata sua tempestividade. Atendidos os demais pressupostos processuais, conheço do recurso interposto por Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda.

Para todos os responsáveis solidários, no entanto, não encontro nos autos qualquer instrumento de mandato que outorgue à pessoa jurídica Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda. poderes para representá-los, seja de forma geral, seja especificamente nos autos deste processo administrativo. Ainda quanto a este ponto, de se observar que todos os responsáveis tiveram ciência da diligência e do relatório nos quais se buscou apurar a identidade do signatário do recurso, e houveram por bem silenciar, não aproveitando a oportunidade de se manifestar nos autos e, se fosse o caso, buscar esclarecer ou sanar alguma irregularidade de representação processual. A conclusão que se impõe é de que inexistente recurso voluntário passível de apreciação por este Colegiado, no que se refere a todos os responsáveis solidários nominados nos autos.

Passo, então, a examinar as razões do recurso voluntário interposto por Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda.

A primeira observação que se impõe diz respeito aos argumentos contrários à responsabilidade tributária que foi imputada a diversas pessoas físicas e jurídicas no ato do lançamento.

Do exame dos autos, conforme anteriormente relatado, constata-se o que segue:

- a) Os responsáveis tributários, diversas pessoas físicas e jurídicas identificadas nos autos, foram regularmente cientificados do lançamento e da responsabilidade tributária que lhes foi imputada.
- b) A peça impugnatória (fls. 4950/5067) foi apresentada por meio eletrônico exclusivamente pelo contribuinte Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda., subscrita pela própria pessoa jurídica, regularmente representada por seu sócio-administrador. Muito embora na peça impugnatória constem os nomes de todos os sujeitos passivos, tanto o contribuinte quanto os responsáveis, já se demonstrou a inexistência, nos autos, de procuração que pudesse validar a impugnação no que se refere aos responsáveis. Todas as considerações e conclusões anteriormente expostas para o recurso voluntário, inclusive o resultado da diligência, são igualmente aplicáveis à impugnação. As pessoas físicas e jurídicas apontadas como responsáveis,

portanto, não impugnaram o lançamento. Este ponto terá relevância fundamental mais adiante neste voto, ao se examinar o recurso de ofício.

- c) Não obstante o item (b) acima, o acórdão recorrido conheceu da impugnação como se houvesse sido regularmente apresentada por todos os sujeitos passivos. Mais uma vez, irregularidade que será oportunamente abordada quando do exame do recurso de ofício. Desse acórdão foi dada regular ciência à contribuinte e aos responsáveis.
- d) Finalmente, a peça recursal submetida à apreciação deste colegiado (fls. 21035/21152) foi apresentada exclusivamente pelo contribuinte Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda., subscrita eletronicamente pela própria pessoa jurídica, regularmente representada por seu sócio-administrador. As pessoas físicas e jurídicas apontadas como responsáveis, apesar de regularmente intimadas, não recorreram da decisão de primeira instância, conclusão a que se chega por todos os motivos já exaustivamente examinados.

Entendo que a contribuinte Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda. carece de interesse de agir e de legitimidade processual, no que toca à responsabilidade tributária atribuída às demais pessoas físicas e jurídicas.

O Decreto nº 70.235/1972 não se refere de forma específica às condições de interesse e legitimidade para propor impugnação e recurso, mas, do conteúdo de seus artigos 14 e seguintes depreende-se que é legitimado para tanto aquele indicado como sujeito passivo no lançamento.

A Lei nº 9.784/1999, em seu artigo 9º, inciso II, traz de forma expressa o vínculo entre legitimidade no processo administrativo e interesse de agir, nos seguintes termos:

Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:

[...]

II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

Releva, também, observar o que dispõe a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil – CPC) , aplicável de forma subsidiária ao processo administrativo fiscal, em seus artigos 15, 17 e 18, *verbis*:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

[...]

Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

[...]

No mesmo sentido já anteriormente dispunha a Lei nº 5.869, de 11/01/1973 (antigo Código de Processo Civil – CPC). Transcrevo, abaixo, os artigos 2º, 3º e 6º.

Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando da parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

[...]

Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

O interesse de agir e a legitimidade de parte são duas das três condições da ação¹, segundo a teoria do Direito Processual Civil. Ensina Humberto Theodoro Júnior² que:

[...] a existência da ação depende de alguns requisitos constitutivos que se chamam “condições da ação”, cuja ausência, de qualquer um deles, leva à “carência de ação”, e cujo exame deve ser feito, em cada caso concreto, preliminarmente à apreciação do mérito, em caráter prejudicial.

Nessa ordem de idéias, *condições* ou *requisitos* da ação, como os conceitua Arruda Alvim, “são as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes na lei (como é claramente o caso do direito vigente), mediante as quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença final”.

Por conseguinte, à falta de uma condição da ação, o processo será extinto, prematuramente, sem que o Estado dê resposta ao pedido de tutela jurisdicional do autor, isto é, sem julgamento de mérito (art. 267, nº VI). Haverá ausência do direito de ação, ou, na linguagem corrente dos processualistas, ocorrerá *carência de ação*.

Prossegue o Mestre³, especificamente acerca do interesse de agir:

A segunda condição da ação é o *interesse de agir*, que também não se confunde com o interesse *substancial*, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação. O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da *necessidade* de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual “se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais”.

Localiza-se o interesse processual não apenas na *utilidade*, mas especificamente na *necessidade* do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma *necessidade* [...]. Essa necessidade se encontra naquela situação “que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não o fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)”. [...] Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação.

¹ A terceira condição da ação é a possibilidade jurídica do pedido, de que aqui não se trata.

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 40ª Ed., vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 49.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 52.

Quanto à legitimidade de parte, o trecho a seguir transcrito⁴ é de clareza lapidar e, entendo, perfeitamente aplicável à situação sob exame:

Destarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão.

De par com a legitimação *ordinária*, ou seja, a que decorre da posição ocupada pela parte como sujeito da lide, prevê o direito processual, em casos excepcionais, a legitimidade *extraordinária*, que consiste em permitir-se, em determinadas circunstâncias, que a parte demande em nome próprio, mas na defesa de interesse alheio. Ressalte-se, porém, a excepcionalidade desses casos que, doutrinariamente, se denominam “substituição processual”, e que podem ocorrer, por exemplo, com o marido na defesa dos bens dotais da mulher, com o Ministério Público na ação de acidente do trabalho, ou na ação civil de indenização do dano *ex delicto*, quando a vítima é pobre etc.

A não ser, portanto, nas exceções expressamente autorizadas, em lei, a ninguém é dado pleitear, em nome próprio, direito alheio (art. 6º) [...].

Quanto à falta de interesse de agir, observo que o pedido, feito pela Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda., de exclusão da responsabilidade solidária atribuída às demais pessoas físicas e jurídicas em nada aproveita à recorrente. Examinemos, por hipótese, a situação em que o crédito tributário fosse mantido, e excluída a responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas indicadas: a Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda. ocuparia, sozinha, o pólo passivo da relação jurídico-tributária, e somente dela poderia ser exigido o crédito mantido. Vejamos, agora, outra situação igualmente hipotética, em que o crédito tributário fosse mantido, e também assim a responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas indicadas: desde que a responsabilidade, no caso, é solidária, o crédito tributário mantido poderia ser exigido, integralmente, de qualquer um dos sujeitos passivos solidários, inclusive a Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda., sem benefício de ordem. Uma terceira hipótese seria o afastamento integral do crédito tributário, caso em que não faria qualquer sentido se falar em responsabilidade tributária.

Como se vê, esse pedido é absolutamente desnecessário aos interesses da recorrente Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda. Não lhe adviria qualquer prejuízo, se negado, nem ganho algum, se provido. Não há dano nem perigo de dano jurídico, caracterizando-se, assim, a falta de interesse de agir.

Diretamente ligada ao exposto verifico a ilegitimidade da Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda. como parte, no que toca à responsabilidade tributária. Aqueles que teriam direitos ou interesses passíveis de serem afetados pela decisão a ser adotada nessa matéria seriam as demais pessoas físicas e jurídicas. E estes, conforme visto, não vieram ao processo nem em sede de impugnação nem sede de recurso, apesar de regularmente intimados tanto do lançamento quanto da decisão de primeira instância. Ao pleitear a exclusão da responsabilidade tributária atribuída às demais pessoas físicas e jurídicas, a Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda. pleiteia direito alheio em nome próprio, o que somente seria admissível em caráter excepcional, mediante expressa autorização legal.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 54.

Em situação idêntica, este CARF já decidiu da mesma forma, como se verifica nos acórdãos nº 1301-00.067 e 1301-00.068, ambos de 13/05/2009, e no acórdão nº 1302-001.421, de 04/06/2014.

Pelos fundamentos acima desenvolvidos, voto por não conhecer dos argumentos e do pedido trazidos pela recorrente Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda. acerca da responsabilidade tributária atribuída às demais pessoas físicas e jurídicas.

Quanto aos demais argumentos do recurso interposto por Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda., devem ser conhecidos e apreciados, o que passo a fazer.

Em apertadíssima síntese, vale relembrar que a autuação (anos-calendário 2009, 2010 e 2011) se deu por arbitramento do lucro, diante da falta de apresentação dos livros da escrituração comercial a que estava obrigada a então fiscalizada, cumulados com a falta de apresentação dos arquivos da Escrituração Contábil Digital (ECD), igualmente obrigatórios. Em alguns períodos, a base do arbitramento foi a receita bruta conhecida, obtida a partir das notas fiscais eletrônicas ou do quanto constava em DAICON. Em outros períodos, a base do arbitramento foi percentual aplicável sobre as compras (apuradas a partir das notas fiscais eletrônicas), ausente qualquer informação que conduzisse ao conhecimento da receita bruta. A multa aplicada foi qualificada e agravada. Também foi exigida multa regulamentar por falta de apresentação da ECD⁵.

Registre-se, a esta altura, que o recurso voluntário repete literalmente os argumentos trazidos em sede de impugnação. Não existem argumentos a combater a decisão recorrida. Diante disso, cabível tão somente uma revisão do quanto decidido em primeira instância, na parte que respeita aos argumentos contrários ao lançamento.

As preliminares são resumidas pelo próprio contribuinte, em seu pedido final:

[...]

b) Que seja anulado o auto de infração por vício quanto à fundamentação da existência de Grupo Econômico que foi fundada em motivação relativa ao creditamento de ICMS e em conclusões da Fazenda Estadual que não aplicáveis ao caso;

c) Que seja anulado o auto de infração por vício material, se mantida a relação de Grupo Econômico, uma vez que nesse caso deveria ter sido oportunizado aos envolvidos no caso com a devida possibilidade de justificar cada uma das operações em questão, inclusive atraindo ao caso a incidência das súmulas 29 e 30 do CARF;

d) Que seja anulado o auto de infração em face da existência de elementos para fiscalização das hipóteses de lucro real, ensejando que o arbitramento em valores excessivos e sem levar em conta a realidade da operação enseja violação ao art. 148 do CTN;

e) Que seja anulado do auto de infração para se considerar as receitas previstas na contabilidade, desconsiderando-se aqueles relativas a empréstimos e rateio de despesas comuns, se forma mantido o grupo econômico, sob pena de violação ao art. 148 do CTN;

⁵ Esa multa não foi impugnada nem recorrida.

f) Que seja anulado o auto de infração por vício formal, facultando a devida produção de provas ou, alternativamente a baixa do processo em diligência;

[...]

O alegado vício quanto à fundamentação da existência de grupo econômico não existe. Na verdade, a relevância desta afirmação do Fisco se mostra em duas vertentes: a uma, a sustentar a solidariedade tributária imputada aos demais sujeitos passivos; a duas, a reforçar a existência de dolo na conduta do contribuinte, com o intuito de manter a qualificação da multa.

A primeira das vertentes apontadas não há que ser considerada aqui, visto que os responsáveis tributários, devidamente cientificados, deixaram de impugnar o lançamento, tornando-se revéis no processo. Além disso, também deixaram de recorrer da decisão de primeira instância, confirmando seu total desinteresse pela solução administrativa da lide.

Quanto à segunda vertente, será abordada quando da análise do mérito da multa qualificada, adiante, neste voto.

O alegado vício material no item (c), acima, é igualmente inexistente. Os envolvidos, trazidos ao polo passivo do lançamento como responsáveis tributários, tiveram a oportunidade de trazer aos autos suas alegações e provas, e deixaram de fazê-lo.

Quanto ao vício alegado no item (d), acima, não se compreende quais seriam os elementos para a fiscalização com base no lucro real, visto que a falta de apresentação dos livros obrigatórios (Diário e Razão ou, quando cabível, livro Caixa) inviabiliza por completo a apuração daquela modalidade de apuração do lucro, além de se constituir em hipótese taxativa de arbitramento do lucro.

O pedido de consideração das receitas previstas na contabilidade (item (e), acima) e desconsideração das despesas de empréstimos e rateios de despesas comuns igualmente não se compreende. Não há receitas previstas na contabilidade, pelo singelo motivo de sua não apresentação ao tempo da fiscalização.

Finalmente, o pedido de nulidade (item (f), acima) para que sejam produzidas provas ou realizada diligência foge completamente ao que prevê o Decreto nº 70.235/1972, no sentido de que as provas devem ser apresentadas no momento da impugnação, e à regra geral que faz recair sobre quem alega o dever de provar suas alegações.

Da mesma forma que em primeira instância, as preliminares de nulidade devem ser rejeitadas.

No mérito, de se constatar que a decisão recorrida se mantém por seus próprios fundamentos, os quais transcrevo a seguir e adoto expressamente como razões de decidir, nos termos do § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784/1999. A única exceção se refere ao agravamento da multa, que será abordado após a transcrição.

3 Mérito.

3.1 Infração não contestada no mérito. Multa regulamentar devido à não entrega da ECD.

53. Os impugnantes não negam a falta de entrega da ECD e não contestaram, no mérito, a multa aplicada.

3.2 Base legal da autuação.

54. O litigante confunde o procedimento de arbitramento do lucro sobre receita bruta conhecida, e a partir das compras efetuadas, que foi efetuado no presente caso, com presunção de receitas omitidas, relativas a depósitos/créditos bancários recebidos, porque escreveu na impugnação:

“ (...) os auditores produziram um Auto de Infração nulo quando não colocaram os fundamentos da movimentação bancária e cercearam o direito de o contribuinte apresentar”

“a partir do momento que o fiscal verificou movimentação bancária de várias empresas e formou um grupo econômico criou para si um dever jurídico, qual seja, intimar a todos, contudo, não o fez”

“Com isso, é clara a nulidade do auto de infração por não ter havido intimação de todos os responsáveis pelas contas bancárias e por considerado movimentação de um mês por meio de presunção para os seguintes.”

“Se a fiscalização parte do pressuposto que existe um grupo econômico e que existe trânsito de valores entre as empresas do mesmo grupo econômico ela deve aplicar o direito correspondente ao caso e não tributar diversas vezes o mesmo trânsito de valor. Com certeza o faturamento é oriundo de uma única atividade. O faturamento é obtido a partir de vendas. Se os valores transitam para outras empresas do grupo por questões negociais e de administração de uma atividade complexa não se pode tributar a mesma receita que tem única origem.”

55. Acerca da receita bruta conhecida, afirma, erroneamente, que os valores teriam sido apurados a partir de GIA para o período de 01/2009 a 03/2009 e em Notas Fiscais Eletrônicas no período de 04/2009 a 12/2011 – essas fontes de dados foram utilizadas no lançamento fiscal relativo a outra empresa do grupo, a Indústria Brasileira de Reciclagem de Alumínio Ltda - EPP (depois Brasil Comercio e Reciclagem de Aluminio Ltda), CNPJ 07.459.421/0001-24, processo administrativo nº16095.720081/2014-08, e invoca as Súmulas 29 e 30 do CARF e afirma que os auditores não cumprem seu dever de perquirir os elementos e fundamentos da transação.

56. No presente caso, a receita bruta foi levantada a partir das Notas Fiscais de entrada de compras de mercadorias, no período de 07 a 12/2009, 01 a 03 e 10 a 12/2010, e a partir das receitas informadas no Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais - Dacon, nos meses 01 a 06/2009, 04 a 09/2010 e 01 a 12/2011⁶; nenhuma informação foi utilizada a partir de GIAs/ICMS!

⁶ Nota do Relator do Acórdão CARF:

Há aqui uma incorreção: as receitas brutas conhecidas foram obtidas em DICON (01/2009 a jun/2009); Notas Fiscais Eletrônicas - NFe (abr/2010 a set/2010 e jan/2011 a dez/2011).

As receitas brutas não conhecidas foram apuradas com base nas notas fiscais de entrada - compras (jul/2009 a dez/2009; jan/2010 a mar/2010 e out/2010 a dez/2010).

Apesar dessa imprecisão, é correta a afirmação de que nenhuma informação foi obtida a partir de GIA/ICMS.

57. Além de que, as citadas Súmulas, transcritas a seguir, se referem a autuação de omissão de receitas por presunção legal com base em créditos recebidos em contas bancárias:

Súmula CARF nº 29: Todos os co-titulares da conta bancária devem ser intimados para comprovar a origem dos depósitos nela efetuados, na fase que precede à lavratura do auto de infração com base na presunção legal de omissão de receitas ou rendimentos, sob pena de nulidade do lançamento.

Súmula CARF nº 30: Na tributação da omissão de rendimentos ou receitas caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, os depósitos de um mês não servem para comprovar a origem de depósitos havidos em meses subsequentes.

58. Mas não foi absolutamente o caso, o que torna também descabido o pleito para que se desconsiderem ingressos de recursos relativos a empréstimos, uma vez que a receita considerada para o arbitramento do lucro foi a relativa a valores que o contribuinte informou ao em notas fiscais eletrônicas que a atuada emitiu e em Dacon.

59. Não houve autuação com base em presunção de receitas, mas arbitramento do lucro sobre receita bruta conhecida e compras.

3.3 Escopo da Ação Fiscal.

60. Afirma o impugnante que as intimações foram para tributação de PIS e Cofins, dos quais é isento; e não há sentido de se fiscalizar a isenção de PIS e Cofins e se zerar os prejuízos fiscais.

61. Verifica-se do Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização (MPF-F), anexado às págs. 20.880/20.881, acesso ao qual está explicitado no Termo de Início de Procedimento Fiscal, págs. 4/5, em 21/04/2013: nº do MPF 08.1.11.00-2013.00006-9, Código de Acesso 55262320, que o procedimento de fiscalização se iniciou relativamente a IRPJ de 01 a 12/2010, tendo sido ampliado para incluir CSLL, PIS e Cofins neste período e depois ampliado para incluir os períodos de 01 a 12/2009 e 01 a 12/2011.

62. Portanto, a ação de fiscalização de IRPJ e CSLL estava prevista no MPF-F, para o período atuado.

3.4 Alegada isenção de tributos federais. Apuração pelo Lucro real.

63. A Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, invocada pelo impugnante, não trata de isenção:

Art. 48. A incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins fica suspensa no caso de venda de desperdícios, resíduos ou aparas de que trata o art. 47 desta Lei, para pessoa jurídica que apure o imposto de renda com base no lucro real.

64. E condiciona a suspensão à apuração pela empresa do lucro real.

65. Destaque-se que a lei determina a suspensão da incidência do PIS e Cofins, na venda e não na compra, que é o caso da interessada, que adquire (conforme relação de notas fiscais de compra constante do arquivo anexado à pág. 3.983) estanho, zinco, alumínio e outros metais em lingotes, bem como sucatas de latão, chicória, cobre, alumínio, bronze e outras, e produz e vende lingotes de bronze

e latão (conforme relação de notas fiscais de venda constante do arquivo anexado à pág. 3.982).

3.5 Arbitramento do Lucro.

66. O arbitramento do lucro teve como base legal o art. 530, III do RIR de 1999, quando o contribuinte deixa de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, a que estava obrigado; também a não entrega da ECD a que estava obrigada, confirmou a não-apresentação da escrituração contábil que atendesse a legislação, apesar de intimada.

3.5.1 Não entrega da ECD. Não entrega dos livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

67. O SPED – Sistema Público de Escrituração Digital, é assim definido pela RFB; Fonte: <http://www1.receita.fazenda.gov.br/sped-contabil/o-que-e.htm>:

É a substituição da escrituração em papel pela Escrituração Contábil Digital - ECD, também chamada de SPED-Contábil. Trata-se da obrigação de transmitir em versão digital os seguintes livros: I - livro Diário e seus auxiliares, se houver; II - livro Razão e seus auxiliares, se houver; III - livro Balancetes Diários, Balanços e fichas de lançamento comprobatórias dos assentamentos neles transcritos.

Segundo a Instrução Normativa RFB nº 787 de 19 de novembro de 2007, estão obrigadas a adotar a ECD em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2008, as sociedades empresárias sujeitas a acompanhamento econômico-tributário diferenciado, nos termos da Portaria RFB nº 11.211, de 7 de novembro de 2007 e sujeitas à tributação do Imposto de Renda com base no Lucro Real; (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 926, de 11 de março de 2009) em relação aos fatos contábeis desde 1º de janeiro de 2009, as demais sociedades empresárias sujeitas à tributação do Imposto de Renda com base no Lucro Real. (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 926, de 11 de março de 2009).

68. O contribuinte informou a receita de venda de produtos de R\$9.984.314,44 no ano-calendário 2008, na DIPJ original ativa de págs. 20.875/20879, tendo optado pelo lucro presumido; no ano-calendário 2009, está omisso pois não apresentou DIPJ, págs. 20.882/20.883; informou R\$0,00 de receitas no ano-calendário 2010 na DIPJ original ativa pelo lucro real anual, págs. 49/83, totalmente zerada; informou R\$1.927.636,50 de receitas no ano-calendário 2011 na DIPJ original ativa, págs. 84/97 apresentada pelo lucro presumido, forma de escrituração pelo Livro-Caixa; porém o levantamento fiscal apurou a partir dos valores que informou no Dacon, foram:

ano-calend	Receita Bruta
2009	5.529.950,35
2010	39.755.865,34
2011	2.056.830,96

(*) Os valores não incluem a receita correspondente ao lucro arbitrado com base nas Notas Fiscais de Entrada, devido à inexistência de dados sobre a Receita Bruta.

69. Determina o RIR de 1999:

Art. 246. Estão obrigadas à apuração do lucro real as pessoas jurídicas (Lei nº 9.718, de 1998, art. 14):

I - cuja receita total, no ano-calendário anterior, seja superior ao limite de vinte e quatro milhões de reais, ou proporcional ao número de meses do período, quando inferior a doze meses;

(...)

IV - que, autorizadas pela legislação tributária, usufruam de benefícios fiscais relativos à isenção ou redução do imposto;

V - que, no decorrer do ano-calendário, tenham efetuado pagamento mensal pelo regime de estimativa, na forma do art. 222;

(...)

70. No que tange ao montante de receita bruta do quadro supra, a autuada estava obrigada, conforme o art. 246, I, ao lucro real apenas no ano-calendário 2011, do período fiscalizado, sendo que apresentou, indevidamente, pelo lucro presumido; foi omissa no ano-calendário 2009 e apresentou pelo lucro real no ano 2010; portanto, a autuada passou a estar obrigada à ECD, desde o ano-calendário 2010:

Art. 3º Ficam obrigadas a adotar a ECD, nos termos do art. 2º do Decreto nº 6.022, de 2007:

I - em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2008, as sociedades empresárias sujeitas a acompanhamento econômico-tributário diferenciado, nos termos da Portaria RFB nº 11.211, de 7 de novembro de 2007, e sujeitas à tributação do Imposto de Renda com base no Lucro Real; (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 926, de 11 de março de 2009)

II - em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2009, as demais sociedades empresárias sujeitas à tributação do Imposto de Renda com base no Lucro Real. (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 926, de 11 de março de 2009).

71. E se, como alega, usufruía de benefício fiscal relativo a isenção ou redução de imposto, então, com base no art. 246, IV, a obrigatoriedade se estende a todo o período fiscalizado. Portanto, dado que, com base no art. 16 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, a Instrução Normativa RFB nº 787, de 19 de novembro de 2007, instituiu a ECD e a obrigatoriedade de sua adoção pelas empresas obrigadas ao lucro real, a não entrega da ECD equivale à não entrega da contabilidade, o que dá causa ao arbitramento do lucro, consoante o art. 530, III do RIR de 1999.

72. Por outro lado, o litigante contesta a afirmativa fiscal de que não apresentou da contabilidade, afirma que esta foi ignorada e que, se a empresa apresentou todos os documentos, não houve negativa de informações aos auditores, configurando o arbitramento abuso do direito; e que se existe prejuízo fiscal, há contabilidade válida e regular.

73. Analisando-se o processo constata-se que o contribuinte foi intimado no Termo de Início de Procedimento Fiscal, págs. 4/5, em 21/04/2013 a apresentar Livros Diário (registrado na Jucesp) e Razão, em relação ao ano-calendário 2010; reintimado em 17/02/2013, págs. 190/191; em 02/04/2013, intimado a apresentar extratos bancários relativos ao ano-calendário 2010, págs. 192/193; em 20/05/2013, foi intimado a apresentar Livros Diário (registrado na Jucesp) e Razão, em relação aos anos-calendário 2009, 2010 e 2011 e extratos bancários do mesmo período, págs. 194/195; em 18/07/2013, reintimado no mesmo teor, págs. 196/197; em 16/09/2013, reintimado a apresentar extratos bancários relativos ao ano-calendário 2010, págs. 198/199; em 12/11/2013, reintimado no mesmo teor, págs. 200/201; em 07/01/2014, reintimado no mesmo teor, págs. 202/203; em 28/02/2014, foi intimado a apresentar a Escrituração Contábil Digital – ECD, via Sistema Público de Escrituração Digital – SPED para o ano-calendário 2010, págs. 204/205; em 02/04/2014, foi intimado a informar instituições financeiras nas quais manteve contas, aplicações, etc, no ano-calendário 2010, págs. 206/207; em 22/04/2014, foi cientificado de alteração de Fiscal, págs. 208/210.

74. No Termo de Verificação e Constatação de Irregularidade Fiscal, os autuantes justificaram a aplicação da multa agravada, porque o contribuinte não atendeu às intimações fiscais, cite-se, pág. 4.000:

Apesar de reiteradas Intimações conforme descrito no item 1 deste relatório, até a presente data, a empresa não apresentou qualquer esclarecimento ou documento solicitado nas intimações e nem justificativas de sua não apresentação;

75. Enfim, como não satisfaz a intimação feita para que apresentasse livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, nem a ECD, justificado o arbitramento do lucro.

3.5.2 Receita Bruta. Prova emprestada. Não há.

76. Sobre a movimentação financeira incompatível com a receita bruta, diz que, fundamentada em um relatório da Sefaz, ou seja, prova emprestada, não pode refutar agora e, acerca da receita bruta conhecida ter sido apurada em GIA para o período de 01 a 03/2009 e em Notas Fiscais Eletrônicas no período de 04/2009 a 12/2011, afirma que os auditores extrapolaram os elementos e foram além dos valores existentes e relativos efetivamente ao faturamento de cada um das empresas. As transações deveriam ter sido perquiridas, auditadas e verificadas.

77. Acerca da receita bruta conhecida, já se explicou neste voto, a receita bruta foi levantada a partir compras de mercadorias, Notas Fiscais de entrada, no período de 07 a 12/2009, 01 a 03 e 10 a 12/2010, e a partir das receitas informadas no Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais - Dacon, nos meses 01 a 06/2009, 04 a 09/2010 e 01 a 12/2011, portanto, nenhuma informação foi utilizada a partir de GIAs/ICMS.

78. Portanto, não há qualquer base para reclamação de que tivesse sido utilizada prova emprestada na apuração da receita bruta do contribuinte.

3.5.3 Relatório Sefaz. Prova Emprestada.

79. Acerca do Relatório Sefaz, obtido pela RFB mediante convênio entre as Fazendas Estadual e Federal, cite-se a jurisprudência, validando a utilização da prova emprestada, quando obtida por meio de convênio entre as Fazendas Públicas:

PAF - PROVA EMPRESTADA - VALIDADE - O artigo 199 do CTN prevê a mútua assistência entre as entidades da Federação em matéria de fiscalização de tributos, autorizando a permuta de informações, desde que observada a forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio. Consoante entendimento do STF, não se pode negar valor probante à prova emprestada, coligida mediante a garantia do contraditório. (STJ - Resp. 81.094-MG, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 5/8/2004).

80. E a troca de informações entre as Fazendas Públicas pode se dar por meio de lei ou convênio, porque assim previsto no art. 199 do CTN, diploma legal o qual tem *status* de Lei Complementar e institui normas gerais e Direito Tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

81. E é justamente no referido art. 199 do CTN, combinado com o art. 7º do mesmo diploma legal, bem como com a Instrução Normativa SRF nº 20, de 17 de fevereiro de 1998, que se fundamenta o Convênio de Cooperação Técnica, firmado em 30 de maio de 2008, pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com a Fazenda do Estado de São Paulo (RFB/GAB 02337/2008 – publicado no DOU de 03/06/2008), com vigência de 60 meses a partir da publicação (até 03/06/2013), objetivando o intercâmbio de informações econômico-fiscais e a prestação de mútua assistência na fiscalização dos tributos que administram:

“A União, por intermédio da SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, doravante denominada RFB, CNPJ nº 00.394.460/0058-87, neste ato representada pelo Secretário da Receita Federal do Brasil, Jorge Antonio Deher Rachid, (...), e o ESTADO DE SÃO PAULO, por sua SECRETARIA DA FAZENDA, doravante denominada SEFAZ, (...)”

82. Portanto, perfeitamente legal a prova emprestada.

3.5.4 Arbitramento do lucro. Procedente.

83. O arbitramento do lucro é simplesmente um critério de apuração da base de cálculo do imposto, segundo coeficientes aplicáveis à atividade desenvolvida, face a ausência absoluta de elementos necessários e suficientes para confirmação da pertinência da utilização das regras do lucro real pleiteado pelo contribuinte. Assim já se manifestou a jurisprudência:

ESCRITURAÇÃO INCOMPLETA – A escrituração contábil é o meio material concreto de conferir-se o resultado operacional da pessoa jurídica. Se esta, quando se inicia a fiscalização, não a mantém na forma da legislação de regência, seja porque não escriturou as operações mercantis efetuadas no ano-base, seja porque a fez insuficientemente e, mesmo após haver-lhe sido concedido prazo para atualizá-la, não consegue pô-la em ordem, cabível se torna o arbitramento do lucro feito com base na receita bruta. [Ac. 1º CC 101-73.982/83 – Resenha Tributária, Seção 1.2, Ed. 35/83, pág. 1008]

84. Impende esclarecer também que não teria o condão de afastar a hipótese de arbitramento a documentação contábil apresentada *a posteriori*, de modo a demonstrar a existência de regular escrituração e documentos que a suportam, uma

vez que a falha apontada determinante para a adoção deste critério do arbitramento não é sujeita a reparação.

85. Cabendo deixar claro que o contribuinte não apresentou a contabilidade na impugnação.

86. Dessa forma, reitera-se ser procedente o arbitramento do lucro.

3.5.4.1 Sonegação fiscal do ICMS.

87. Sobre a sonegação fiscal do ICMS via fraudes e documentação obtida da Secretaria Estadual da Fazenda, diz o litigante ser absurdo e extrapolação autuar tributos federais com base nisso – realmente, não é porque um contribuinte sonegou um tributo estadual que, necessariamente, sonegaria tributos federais, objetos da presente autuação.

88. Cabe esclarecer que o ponto de partida da fiscalização desta empresa foi o fato de pertencer ao Grupo Canto, no qual se detectou a sonegação do ICMS, relativamente a operações com alumínio, relatada pela fiscalização da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, págs. 1.258/1.370 (no qual o Grupo Canto é identificado como Grupo INBRA), e envolvendo as empresas do Grupo Canto: as empresas simuladas RBM (filiais Rio de Janeiro e São Paulo) e RBA (filiais Rio de Janeiro e São Paulo), ambas estas empresas com sócios interpostos; a INBRA I (INBRA INDUSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS LTDA – CNPJ 47.914.221/0001-39), e a INBRA II (INDUSTRIA BRASILEIRA DE RECICLAGEM DE ALUMÍNIO LTDA - EPP – CNPJ 07.459.421/0001-24); a Transp Rápida Itaquaquecetuba, a MCN e o escritório centralizador da administração e decisões do grupo o Departamento de Administração Central – DAC, a Chancellor, a LM Metal.

89. Contudo, a presente autuação decorreu da constatação de omissão de DIPJ em 2009, a indevida opção pelo lucro presumido em 2011, a omissão de DCTF em 2010 e 2011, bem como do Dacon, e as demais irregularidades descritas e principalmente a falta de contabilidade mantida na forma exigida pela legislação tributária e a não apresentação da ECD.

3.5.4.2 Constatação de formação de Grupo Econômico.

90. O Anexo-Sefaz, especialmente o Volume 1, págs. 1.256/1.455, descreve com fatos dados a comprovação da “confusão patrimonial” entre as empresas do Grupo Canto, dos quais se transcreveu alguns neste voto. Conforme descrito no Relatório do Grupo Canto, págs. 213/376:

Durante os trabalhos de fiscalização realizados em diversas empresas foi identificado a existência de um Grupo Econômico de fato caracterizado, principalmente, pela unicidade de direção (poder de controle) e pela intercomunicação (confusão) patrimonial.

Trata-se de um Grupo Econômico formado por uma complexa rede de empresas que atuam principalmente no mercado de reciclagem de alumínio cujas atividades são assemelhadas/idênticas e ou complementares e cuja administração é realizada por membros de uma mesma família (família Canto).

*Obs: doravante passaremos a utilizar a denominação **GRUPO-CANTO** quando nos referirmos ao “Grupo Econômico” controlado pela família Canto .*

*O **GRUPO-CANTO** utiliza-se de empresas “paralelas” para ocultar os titulares de fato e blindar o seu patrimônio. Parte destas empresas (como será detalhado posteriormente) possuem quadros societários interpostos, não possuem contabilidade, entregam declarações zeradas e não recolhem tributos e contribuições sociais.*

*A identificação/caracterização do **GRUPO-CANTO** se deu através de informações obtidas nos sistemas internos da Receita Federal do Brasil, informações obtidas junto a SEFAZ (Secretaria da Fazenda Estadual) através de compartilhamento judicial de informações e através de informações obtidas, via circularizações, junto aos principais fornecedores e clientes das empresas envolvidas .*

91. A base das conclusões sobre a formação de um grupo econômico de fato, foi em síntese: endereços coincidentes (conforme descrito às págs. 3.987/3.988), atividades econômicas idênticas ou similares, comando centralizado pela família Canto, transferências de empregados entre as empresas, testemunhas nos contratos sociais das empresas de empresas do grupo, assistência jurídica unificada, domínios dos IP (identificação de computadores) coincidentes, envio de declarações de uma empresa do grupo por outra empresa do grupo, divulgação na mídia como Grupo Canto (ou Grupo INBRA), bens dados em garantia de empréstimos tomados por empresas do Grupo, avaliados por outras ou pela família Canto e “confusão patrimonial” entre as empresas, a partir de informações obtidas por meio de circularizações dos clientes e fornecedores das empresas do Grupo, descritas no item 6.1 do Relatório do Grupo Canto e cujos documentos estão no relatório – Resultados das Circularizações, no Anexo Circularizações, págs. 378/1.196, e discrepâncias entre movimentação financeira e receita bruta identificada, págs. 264/271: Castmetal – apresentou movimentação financeira enquanto receita R\$0,00; RBA - movimentação financeira várias vezes maior que a receita e sem guardar qualquer proporção; RBM - movimentação financeira à vezes várias vezes maior, às vezes várias vezes menor, sem guardar qualquer proporção; RBA – receita bruta de notas fiscais muito maior que a movimentação financeira, ou movimentação financeira R\$0,00; Steelman - movimentação financeira várias vezes maior que a receita, sem guardar proporção; Canto dos Metais - movimentação financeira várias vezes maior que a receita de notas fiscais, ou estas zeradas; INBRA I (CNPJ 47.914.221/0001-39) - movimentação financeira à vezes várias vezes maior, às vezes várias vezes menor, sem guardar qualquer proporção; INBRA II (que é a autuada) - receita bruta de notas fiscais muito maior que a movimentação financeira.

92. Outro elemento foi a identificação de que o Grupo tinha direção centralizada, operando no Departamento de Administração Central – DAC, e a cargo da família Canto, liderada por MANOEL DO CANTO NETO, CPF 321.338.048-20.

93. O impugnante credita a autuação e arbitramento do lucro ao fato de ter sido caracterizado a autuada pertencer a Grupo Econômico – mas se engana - apesar da ênfase nas descrições dos fatos que levaram à caracterização de que as empresas citadas no Relatório do Grupo Canto atuavam como grupo econômico, embora tal Grupo não tenha sido oficializado, tal fato por si só não é motivo para autuações fiscais, dado que se trata de uma estratégia de operação adotada por muitos grupos

empresariais idôneos e de reputação ilibada, sendo definido no art. 265 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, Lei das Sociedades Anônimas, a seguir transcrito:

Grupo de Sociedades

SEÇÃO I

Características e Natureza

Características

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

(...)

Natureza

Art. 266. As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos.

Designação

Art. 267. O grupo de sociedades terá designação de que constarão as palavras "grupo de sociedades" ou "grupo".

Parágrafo único. Somente os grupos organizados de acordo com este Capítulo poderão usar designação com as palavras "grupo" ou "grupo de sociedade". (Grifou-se.)

94. Porém, neste caso, a atuação na forma de grupo econômico ensejou o que os fiscais qualificaram como “confusão patrimonial” evidenciando que o objetivo foi estratégico, sim, porém, para fins de sonegação tributária; eis que, conforme o art. 266 transcrito, cada sociedade deve conservar seu patrimônio distinto do das demais, o que vem de encontro ao princípio contábil da Entidade, porém não foi observado, no presente caso.

3.6 Confusão patrimonial entre as empresas do grupo.

95. Além da não apresentação da contabilidade, foi constatado que, no Grupo Canto, ao qual pertende a autuada, ocorreram trânsitos de recursos entre as empresas, sem a devida formalização de contratos entre as mesmas, na forma de despesas de uma empresa pagas por outras e vice versa, conforme Relatório do Grupo Canto, item 6 - Da Confusão Patrimonial, pág. 212/375, cite-se:

*Constatamos que as empresas do **GRUPO-CANTO** constantemente utilizam-se de valores financeiros de uma para quitação de dívidas contraídas por outras, conforme discriminado no Item 6 e seus subitens deste relatório. Portanto, podemos firmar convicção de que os valores constantes da Movimentação Financeira das empresas, confundem-se entre si, dando a nítida impressão de que o **GRUPO – CANTO** utiliza-se de todas as contas como se de uma única titularidade fossem, sem distinção, tanto para recebimentos como para pagamentos.*

a. Após relatar as divergências entre receitas e movimentações financeiras das empresas do grupo, como emissão R\$0,00 de notas fiscais, enquanto há grande movimentação financeira; ou emissão de notas fiscais e movimentação financeira notoriamente inferior; está relatado que a Canto dos Metais, pág. 270, apresentou os

seguintes valores de movimentação financeira, várias vezes maiores que a receita de notas fiscais, ou estas zeradas:

Ano-calendário	Movim Financ	Receita Bruta (fonte: Dacon)
2009	58.708.779,76	5.529.950,35
2010	146.365.366,13	39.755.865,34
2011	55.571.990,30	2.056.830,96

Obs.: Págs. 267/271: a Castmetal – apresentou movimentação financeira enquanto receita R\$0,00; RBA - movimentação financeira várias vezes maior que a receita e sem guardar qualquer proporção; RBM - movimentação financeira à vezes várias vezes maior, às vezes várias vezes menor, sem guardar qualquer proporção; RBA – receita bruta de notas fiscais muito maior que a movimentação financeira, ou movimentação financeira R\$0,00; Steelman - movimentação financeira várias vezes maior que a receita, sem guardar proporção; INBRA I (CNPJ 47.914.221/0001-39) - movimentação financeira à vezes várias vezes maior, às vezes várias vezes menor, sem guardar qualquer proporção; INBRA II (CNPJ 07.459.421/0001-24) - receita bruta de notas fiscais muito maior que a movimentação financeira.

b. Outra interação com outra empresa do grupo foi, págs. 271/274: a empresa CDC, mesmo tendo a sua movimentação financeira zerada, adquiriu, em 09/06/2010, os seguintes imóveis, registrados no 17º Oficial Registro de Imóveis de São Paulo: a) Matrícula nº 5918 - uma casa Rua Guaranésia, 743 e 743 FDS – Vila Maria; b) Matrícula nº 18794 - uma casa Rua Guaranésia, 751 e 751 FDS – Vila Maria; o pagamento foi com 41(quarenta e um) cheques no valor de R\$ 4.900,00 e 1(um) no valor de R\$ 4.999,00, a partir de conta bancária de titularidade da Canto dos Metais; consta do relatório que a CDC recebeu imóveis transferidos do patrimônio pessoal de Cláudio do Canto (sócio da CDC desde 08/03/2004 até hoje), e a esposa Eliana Alves Regina do Canto (esta sócia da CDC desde 08/03/2004 até hoje), a título de integralização do capital social, visando proteger o patrimônio do casal, mediante esta transferência (págs. 342/343, 366); à pág. 275, consta comparativo entre os imóveis adquiridos pela CDC e sua movimentação financeira zerada;

c. O Relatório também aponta o seguinte fato: pág. 292, o sócio interposto na empresa Steelman, Celso Lopes Manco trabalhou como empregado, na função de auxiliar de escritório em geral – CBO 39.310, na Canto dos Metais, no período de 01/06/1994, 20/01/1995, o que está fora do período autuado e pouco significativo;

d. Pág. 359, consta do Relatório que, no trabalho desenvolvido pela Sefaz/SP e relatado no Volume 1, Fls 68, ANEXO – SEFAZ, que em cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão no 8º andar do Edifício Gran Ville, sede do DAC (escritório de contabilidade localizado na Vila Maria em São Paulo e pertencente ao GRUPO ECONÔMICO), foram apreendidas 46 notas fiscais emitidas entre 12/01/2010 e 22/11/2010 para os contribuintes paulistas CANTO DOS METAIS COM. E RECUPERAÇÃO LTDA – CNPJ 68.308.501/0001-73 e que o fato descrito vem fortalecer a afirmativa de que as empresas do GRUPO CANTO estão sob o controle do DAC, que é desta empresa que partem todas as ordens e decisões do GRUPO;

e. Págs. 239, 362, declarações da autuada, enviadas de computador de outra empresa do Grupo, a INBRA I.

3.7 Sócios interpostos.

96. Às págs. 295/301, do Relatório do Grupo Canto, item 8.3 - Da Interposição Fraudulenta, analisou-se o quadro de sócios da autuada, constatando-se

que é composto de: Cláudio do Canto – CPF 010.780.328-31, de 31/08/1992 a 22/04/2004, de 04/11/2005 até 09/12/2005 e de 28/07/2006 até 03/01/2008 e identificado como sócio de fato da autuada, sendo ele irmão de Manoel do Canto Neto – CPF 321.338.048-20, este identificado como dirigente que comanda o grupo e que constou como sócio da autuada, de 03/09/1992 até 23/10/2000; Ricardo Pereira de Lima – CPF 675.181.258-20, consta como sócio desde 23/10/2000 até hoje, sócio interposto assim identificado pela baixa capacidade financeira, incompatível com a posição de sócio, domicílio de extremamente baixo padrão, imóvel este que foi adquirido e alienado por Cláudio do Canto, ausência de quaisquer transações imobiliárias ou veículos em seu nome, envio das DIPF a partir de computador de outra empresa do grupo que é a INBRA I (pág. 348); Umberto Alves da Silva – CPF 532.825.318-34, consta como sócio desde 03/01/2008 até hoje, sócio interposto assim identificado pela baixa capacidade financeira, incompatível com a posição de sócio, domicílio tributário declarado em imóvel que foi adquirido e depois alienado para a empresa CDC (integrante do Grupo Canto) por Cláudio do Canto, ausência de quaisquer transações imobiliárias ou veículos em seu nome, envio das DIPF a partir de computador de outra empresa do grupo que é a INBRA I (pág. 348).

97. Acerca da interposição fraudulenta no quadro social, reclama o litigante que se baseia em relatório da Sefaz, isto é, ICMS, que transborda para a análise dos rendimentos dos sócios, apontando que alguns sócios teriam renda insignificante o que não determina que ele seja interposta pessoa, pois, afirma, mesmo as pessoas físicas da família CANTO têm rendimento que não é elevado, o que não tem significado jurídico para comprovar o não recolhimento de tributos pela empresa; e que, se os auditores verificam que os sócios têm movimentação financeira não declarada como pessoa física, o tema deve ser tratado por meio de ação fiscal própria e não aqui.

98. Primeiramente, acerca de aproveitamento de dados e informações levantados pelo Fisco Estadual (Sefaz) já foi avaliado que se trata de prova perfeitamente legal, descabendo retornar à questão.

99. Quanto aos elementos de prova de se tratarem Ricardo Pereira de Lima e Umberto Alves da Silva de pessoas que foram fraudulentamente inseridas como sócios da Canto dos Metais, para ocultar o verdadeiro sócio Cláudio do Canto, tem-se que, págs. 296/301:

a. no período fiscalizado, 2009 a 2011, eram Ricardo Pereira de Lima e Umberto Alves da Silva os sócios, segundo o Contrato Social, pág. 9, sendo o primeiro, Ricardo Pereira de Lima, indicado como administrador e assinando pela empresa; à pág. 11, constata-se que a empresa foi originalmente constituída por Cláudio do Canto e Manoel do Canto Neto, em 1992, e que se retiraram e ingressaram na sociedade várias vezes, como descrito, porém já não constavam no período fiscalizado;

b. foi identificado que o comando das empresa do Grupo Canto no qual se inclui a autuada, está centralizado no Departamento de Administração Central, pela família Canto, capitaneada por Manoel do Canto Neto, págs. 220/227;

c. às págs. 296/298, acerca de Ricardo Pereira de Lima, está descrita a divergência entre movimentação financeira, e rendimentos declarados e a movimentação financeira da empresa, da qual seria sócio, evidenciando discrepância; seu domicílio em nada coaduna com a posição de sócio de uma empresa do porte da autuada, sendo de propriedade de Cláudio do Canto; segundo registros oficiais, não possui veículo, nem imóveis; analisando-se as DIPF, observa-

se que o patrimônio permaneceu o mesmo nos três anos, págs. 20.897/20.911; às págs. 20.891/20.895, anexaram-se fotos Google Maps, do endereço anterior, de padrão médio, o qual alterna com o atual, e que não contradiz a conclusão fiscal;

d. às págs. 298/299 acerca de Umberto Alves da Silva, está descrita a divergência entre movimentação financeira e rendimentos declarados e a movimentação financeira da empresa, da qual seria sócio, evidenciando discrepância; seu domicílio tributário é imóvel pertencente a Cláudio do Canto e em seguida à empresa CDC, do grupo; segundo registros oficiais, não possui veículo, nem imóveis, sendo o único bem, declarado a partir de 2010, R\$1.000,00 de quotas de capital da autuada; à pág. 20.896, anexaram-se endereços anteriores, de padrão médio, que não contradizem a conclusão fiscal;

e. No mais, a litigante não apresentou outros elementos a provar que Ricardo Pereira de Lima e Umberto Alves da Silva efetivamente atuassem na empresa e que o primeiro a dirigisse, sendo de se perguntar, se tais pessoas realmente existem, ou se são ficção, assim como o são os domicílios fiscais informados por Cláudio do Canto, págs. 20.912/20.932, enquanto que consta como proprietário do ap. 61, na Rua Bahia, 1.087, bairro Higienópolis, São Paulo/SP, foto págs. 893/895, enquanto informava à RFB endereços que correspondiam aos da empresa ou de empresas do grupo.

3.7.1 Apresentação de documentação, após o arbitramento. Apuração do lucro real.

100. Pugna pela existência de elementos para fiscalização no lucro real e, consequentemente, que o arbitramento gerou valores excessivos e sem levar em conta a realidade da operação e por isso viola o art. 148 do CTN; pleiteia que se considerem as receitas previstas na contabilidade, desconsiderando-se os valores relativos a empréstimos e rateio de despesas comuns.

101. Eis que o art. 148 do CTN, se refere a arbitramento do valor ou preço de bens ou serviços, o que não foi o presente caso, em que o arbitramento foi do lucro, tomado por base receita bruta conhecida.

102. E junto com a impugnação, o litigante apresentou:

a. págs. 5.073/20.822:

i. págs. 5.068/5.191, intitulado “*Demonstração das operações do demonstrativo 1 e 2*”, exemplo:

1. intitulado “RBA – RJ Notas de Entrada Industrialização NF. 7990/15021, Segue retorno e cobrança mão de obra NF 15567/15568” :

a. Doc Aux de Nota Fiscal Eletrônica 15.021 de entrada na empresa INBRA (CNPJ 47.914.6221/0001-39, não é a autuada) de sucata de alumínio para industrialização, remetidas pela RBA Reciclagem e Ind de Alumínio e Metais Ltda CNPJ 12293.421/0001-37 (RBA – RJ), 02/08/2011, R\$69.960,00, quantidade 23,32 ton;

b. Documentos Aux de Nota Fiscal Eletrônica 15.567 e 15.568 de saída da mesma INBRA que não é a autuada, para a RBA – RJ, Ret. MP Rec., em 24/08/2011, R\$5.904,00, 11,808 ton; e R\$85.413,00, 28,471 ton.

-
2. Comentário: as notas fiscais apresentadas se referem a operações entre a INBRA Ind e Com de metais Ltda, CNPJ 47.914.221/0001-39 e a RBA Reciclagem e Industr de Alumínio e Metais Ltda CNPJ 12.293.421/0001-37, tratando-se de empresas identificadas como parte do Grupo Canto, mas esses documentos não são da autuada;
 - ii. págs. 5.192/20.822, continuação das Notas Fiscais da RBA – RJ, de entrada e de industrialização e NF da INBRA Ind e Com de Metais Ltda, CNPJ 47.914.221/0001-39, da RBA – SP, empresas do Grupo Canto, mas estes documentos que nada tem a ver com a presente autuação.
 - iii. Págs. 20.823/20.843:
 1. DIPF 2009/2008, DIPF 2010/2009 de Manoel do Canto Neto CPF 321.338.048-20, onde não consta participação societária na empresa autuada;
 2. matéria no Jornal Econômico sobre reciclagem de alumínio pela Latasa, comprada pelo Grupo Canto, que também comprou a INBRA.

103. O litigante apresentou os documentos descritos, “*Demonstração das operações do demonstrativo 1 e 2*”, visando provar que os Demonstrativos 1 e 2, da fiscalização estadual, na qual se apoiaram os fiscais da RFB, não correspondem às conclusões de que as empresas descritas no Relatório do Grupo Canto, págs. 213/376, formavam um “grupo econômico de fato”, embora não formalizado, e que havia “confusão patrimonial” entre elas.

104. Contudo as notas fiscais apresentadas, e alguns poucos Recibos desacompanhados da comprovação de pagamento, não atinentes à impugnante, embora referentes a empresas do Grupo Canto, não têm o condão de reverter as conclusões baseadas em provas, da omissão de receitas de que a impugnante foi autuada.

3.7.2 Diligência.

105. Primeiramente, é de se destacar que o contribuinte não apresentou documentação contábil da empresa, para fins da apuração do lucro real pleiteada na impugnação; e requer que o processo seja baixado em diligência, a ser realizada na contabilidade, para que se possa comprovar a base das despesas relativas às transferências entre empresas do mesmo grupo e apurar o lucro real.

106. Ora, tendo sido intimado e reintimado a apresentar os livros fiscais, Diário, Razão, Registros de Entrada e Saída, não os apresentou; tampouco apresentou a ECD, sujeitou-se portanto, ao arbitramento do lucro.

107. Na impugnação, juntou documentos que nada esclareceram neste sentido.

108. Em síntese, tendo sido objeto de arbitramento do lucro, descabe o pedido de diligência que visa a que a autoridade administrativa se incumba de buscar os documentos e dados necessários para apuração do lucro real, após ter sido constituído o crédito tributário, de ofício.

109. Por isso, a teor do art. 16, e 18, deve-se indeferir o pedido de diligência.

Art. 16. A impugnação mencionará:

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

3.8 Dolo.

110. O litigante acusa de abusiva a Representação Fiscal para Fins Penais; e pleiteia que, apesar de a Súmula 28 do CARF estipular não ser competente o órgão para se pronunciar acerca de processo de Representação Fiscal para Fins Penais, a presente contestação não é debater a representação, mas que o CARF se manifeste sobre da existência ou não de dolo no presente caso.

111. De fato, cabe analisar se houve dolo.

112. Como se caracteriza este dolo?

113. Quadro societário formado por interpostas pessoas, o que configura a fraude.

114. Pela ocultação de tributos devidos: às págs. 98/149, constam as DCTF (ou a omissão delas) dos anos 2009 (apenas relativas ao 1º semestre, em que confessou débitos inferiores aos apurados na ação fiscal); em 2010 esteve omissa e em 2011 esteve omissa, ou seja, não confessou débito algum; nos Demonstrativos de Apuração das Contribuições Sociais - DICON – págs. 151/188, declarou em relação apenas ao 1º semestre de 2009; e esteve omissa em relação a 2010 e 2011; no que tange às DIPJ, págs. 20.882 e 49/97, tem-se:

ano-calend	Movimentação financeira identificada, pág. 270	Receita Bruta apurada pela fiscalização a partir do Dacon	Receita - DIPJ
2009	58.708.779,76	5.529.950,35 (a partir do Dacon, e o restante do período, lucro abitrado com base nas notas fiscais de compra, por falta de informação sobre a receita bruta)	Omissa

2010	146.365.366,13	39.755.865,34	0,00
2011	55.571.990,30	2.056.830,96	1.927.636,50

115. Foi intimada pela fiscalização a apresentar livros contábeis e fiscais, e a contabilidade ali registrada, apoiada pelos respectivos documentos provaria que a empresa não apurou lucro real nem base de cálculo positiva da CSLL, não havendo efetivamente débitos, porém, tais documentos não satisfizeram as exigências legais para serem considerados válidos, portanto a DIPJ, DICON e as DCTF evidenciaram-se falsos, evidenciando a sonegação com a intenção dolosa de lesar o Fisco.

116. Caracterizaram-se a sonegação e fraude, que se caracterizam como ações dolosas contra a Administração Tributária.

3.8.1 Multa qualificada.

117. A Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, constante do dispositivo que qualifica a multa de ofício, na Lei nº 9.430, de 1996, caracterizou:

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

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

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

Art . 72. Fraude é tôda 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, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

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

Art . 74. Apurando-se, no mesmo processo, a prática de duas ou mais infrações pela mesma pessoa natural ou jurídica, aplicam-se cumulativamente, no grau correspondente, as penas a elas cominadas, se as infrações não forem idênticas ou quando ocorrerem as hipóteses previstas no art. 85 e em seu parágrafo.

§ 1º Se idênticas as infrações e sujeitas à pena de multas fixas, previstas no art. 84, aplica-se, no grau correspondente, a pena cominada a uma delas, aumentada de 10% (dez por cento) para cada repetição da falta, consideradas, em conjunto, as circunstâncias qualificativas e agravantes, como se de uma só infração se tratasse. (Vide Decreto-Lei nº 34, de 1966) (Grifou-se.)

118. Verifica-se que a sonegação se caracteriza em razão de uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe sempre a intenção de causar dano à fazenda pública, num propósito deliberado de se subtrair, no todo ou em parte, ou retardar uma obrigação tributária. Assim, ainda que o conceito de

sonegação seja amplo, deve sempre estar caracterizada a presença do dolo, um comportamento intencional, específico, de causar dano à fazenda pública, onde, utilizando-se de subterfúgios, escamoteia-se ocorrência do fato gerador ou retarda-se o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária; ou seja, o dolo é elemento específico da sonegação, que a diferenciam da mera falta de pagamento do tributo ou da simples omissão de rendimentos na declaração de ajuste, seja ela pelos mais variados motivos que se aleguem.

119. O litigante aponta a impossibilidade da presunção de sonegação, e conseqüente qualificação da multa, alegando que nos casos de aplicação da multa pela simples omissão na prestação de esclarecimentos, tal omissão é suprida pelo arbitramento do lucro, sendo indevida a multa qualificada.

120. As conclusões deste voto são de que a empresa prestou informação falsa às autoridades fazendárias, objetivando sonegar impostos e contribuições, com pessoas interpostas nos quadros sociais, o que caracteriza fraude; assim, caracterizado o dolo, correta a qualificação da multa.

Com os fundamentos acima transcritos, fica afastada a quase totalidade dos argumentos recursais contra a autuação.

Resta examinar o agravamento da multa. Seu fundamento legal foi o parágrafo segundo do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, *verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

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

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

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Do Termo de Verificação e Constatação de Irregularidade Fiscal (fls. 3984/4008), extraio a situação fática encontrada pelo Fisco e seu entendimento no que tange às consequências da conduta do contribuinte:

1 - DO INÍCIO DA AÇÃO FISCAL

A presente ação fiscal foi iniciada em **16/01/2013**, por meio do Termo de Início de Fiscalização enviado pelo Correio, conforme Recibo Postal nº RQ 38239917 4 BR, recepcionado pelo contribuinte em 21/01/2013.

O fiscalizado foi intimado a apresentar:

- Livros Diário e Razão (Lucro Real);

Diante do não atendimento, por parte do contribuinte, ao solicitado no Termo de Início da Ação Fiscal, foram emitidos vários outros Termos de Intimação Fiscal, nos quais foram solicitados documentos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal, sendo que todos foram ignorados pelo contribuinte, os mencionados Termos encontram-se apensados ao **ANEXO-TERMOS EMITIDOS**.

Diante da alteração do período à ser fiscalizado, tendo sido incluído o ano-calendário 2009, o contribuinte foi informado da alteração e novamente solicitada a apresentação dos documentos anteriores, com a inclusão do ano-calendário 2009 através da seguinte intimação Termo de Intimação Fiscal 4 - de 15/07/2013 - enviado pelo Correio, conforme Recibo Postal nº RA 35137211 6 BR, recepcionado pelo contribuinte em 18/07/2013.

Em 27/02/2014 foi emitido o Termo de Intimação Fiscal 8 - enviado pelo Correio, conforme Recibo Postal nº SF 28580096 8 BR BR, recepcionado pelo contribuinte em 28/02/2014 - Intimando-o a apresentação dos mesmos documentos solicitados nos termos acima mencionados e ainda tendo sido verificado a **ausência de apresentação da Escrituração Contábil Digital - ECD**, conforme determina a Instrução Normativa IN RFB nº 787/07 e demais legislações correlatas, foi o contribuinte intimado a apresentá-la.

Diante do não atendimento à nenhuma das intimações, foram efetuadas diligências junto aos clientes e fornecedores da empresa, com o intuito de obter informações que possibilitasse o desenvolvimento da presente ação fiscal.

Também foi consultado o "site" da Nota Fiscal Eletrônica (Nfe).

[...]

8 - DO ARBITRAMENTO DO LUCRO

Apesar de intimada e reintimada regularmente, conforme já mencionado no **item 1** deste relatório a empresa não apresentou sua contabilidade relativa ao ano-calendário 2010, assim como não apresentou a Escrituração Contábil Digital - ECD - através da transcrição do arquivo digital para o SPED - Sistema Público de Escrituração Digital - conforme Instrução Normativa IN RFB nº 787/07 e demais legislações correlatas;

[...]

9 - DA QUALIFICAÇÃO E AGRAVAMENTO DA MULTA

No item anterior observamos que apesar de auferir Receita Bruta no período 2009 à 2011 :

[...]

d) Não houve apresentação da Escrituração Contábil Digital (ECD) referente ao período e 2010, nem Livro Caixa para o ano calendário 2011, uma vez que para este, foi entregue DIPJ tendo como opção o Lucro Presumido, .

Apesar de reiteradas Intimações conforme descrito no **item 1** deste relatório, até a presente data, a empresa não apresentou qualquer esclarecimento ou documento solicitado nas intimações e nem justificativas de sua não apresentação;

[...]

DA MULTA AGRAVADA APLICADA

A multa foi **AGRAVADA**, em 50%, passando de 150% (cento e cinquenta) para 225% (duzentos e vinte e cinco), conforme previsto nos Art. 44, § 2º, da Lei do Ajuste Tributário nº 9.430 de 27 de Dezembro de 1996, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 2007, pelo não atendimento as Intimações Fiscais, tendo em vista as constatações relacionadas no **item "d"**. [...]

A decisão de primeira instância manteve o agravamento, conforme consta dos parágrafos 122 a 124 do acórdão recorrido, nos seguintes termos:

122. No Termo de Verificação e Constatação de Irregularidade Fiscal, os autuantes justificaram a aplicação da multa agravada, porque o contribuinte não atendeu às intimações fiscais, cite-se, pág. 4.000:

Apesar de reiteradas Intimações conforme descrito no item 1 deste relatório, até a presente data, a empresa não apresentou qualquer esclarecimento ou documento solicitado nas intimações e nem justificativas de sua não apresentação;

123. Também, como já descrito, o contribuinte não apresentou os livros fiscais de que foi intimado, depois de 12 (doze) meses de intimações e reintimações (desde 21/04/2013 até 27/05/2014); e a não apresentação da ECD a que estava obrigado, conforme descrito este voto, também é causa de agravamento da multa.

124. Analisando-se o processo constata-se que o contribuinte foi intimado no Termo de Início de Procedimento Fiscal, págs. 4/5, em 21/04/2013 a apresentar Livros Diário (registrado na Jucesp) e Razão, em relação ao ano-calendário 2010; reintimado em 17/02/2013, págs. 190/191; em 02/04/2013, intimado a apresentar extratos bancários relativos ao ano-calendário 2010, págs. 192/193; em 20/05/2013, foi intimado a apresentar Livros Diário (registrado na Jucesp) e Razão, em relação aos anos-calendário 2009, 2010 e 2011 e extratos bancários do mesmo período, págs. 194/195; em 18/07/2013, reintimado no mesmo teor, págs. 196/197; em 16/09/2013, reintimado a apresentar extratos bancários relativos ao ano-calendário 2010, págs. 198/199; em 12/11/2013, reintimado no mesmo teor, págs. 200/201; em 07/01/2014, reintimado no mesmo teor, págs. 202/203; em 28/02/2014, foi intimado a apresentar a Escrituração Contábil Digital – ECD, via Sistema Público de Escrituração Digital – SPED para o ano-calendário 2010, págs. 204/205; em 02/04/2014, foi intimado a informar instituições financeiras nas quais manteve contas, aplicações, etc, no ano-calendário 2010, págs. 206/207; em 22/04/2014, foi cientificado de alteração de Fiscal, págs. 208/210.

Do exame dos autos, verifica-se que as intimações não atendidas versam sobre a apresentação dos livros obrigatórios da escrituração contábil (Diário e Razão) e de documentos da contabilidade, especialmente extratos bancários e informações correlatas. As intimações exigem, ainda, a apresentação da Escrituração Contábil Digital (ECD), conforme determina a Instrução Normativa

RFB nº 787/2007. Observo que não há propriamente pedidos de esclarecimentos entre as intimações especificadas acima.

O conteúdo da ECD é aquele especificado no artigo 2º da mencionada IN RFB/2007, confira-se:

Art. 2ª ECD compreenderá a versão digital dos seguintes livros:

I - livro Diário e seus auxiliares, se houver;

II - livro Razão e seus auxiliares, se houver;

III - livro Balancetes Diários, Balanços e fichas de lançamento comprobatórias dos assentamentos neles transcritos.

Em outras palavras, ao exigir a apresentação da ECD, o que o Fisco buscava, em última análise, eram os livros Diário e Razão, ainda que sob a forma digital, de modo a permitir a análise da escrita contábil e, se fosse o caso, do lucro real. Não tendo acesso a esses livros, quer sob a forma tradicional, quer sob a forma digital, o Fisco corretamente efetuou o lançamento com base no lucro arbitrado.

Diante desse quadro, impõe-se a aplicação da súmula CARF nº 96, a seguir transcrita:

Súmula CARF nº 96: *A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros.*

Desta forma, afasta-se o agravamento da multa aplicada ao lançamento, persistindo tão somente sua qualificação. O percentual aplicável passa de 225% para 150%, provendo-se o recurso voluntário, neste particular.

A conclusão, no que toca ao recurso voluntário, é por não conhecer dos argumentos atinentes à sujeição passiva das pessoas físicas e jurídicas apontadas como responsáveis tributários, rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, tão somente para afastar o agravamento da multa de ofício, reduzindo o percentual aplicável de 225% para 150%.

Recurso de Ofício

Conforme anteriormente visto, a decisão de primeira instância deu parcial provimento à impugnação apresentada por Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda., no sentido de afastar a responsabilidade tributária imputada no ato do lançamento aos seguintes sujeitos passivos: MCN Empreendimentos Imobiliários Ltda; Cast Metal Indústria e Comércio de Metais Ltda; Industria Brasileira de Reciclagem de Alumínio Ltda – EPP; Latasa Industria e Comercio Ltda; Latasa Reciclagem Ltda; Reciclagem Bras. de Aluminio Ltda ME; RBA Recicl. e Ind. de Aluminio e Metais Ltda; RBM Recicl. e Ind. Bras. de Aluminio e Metais Ltda ME; Inbra Industria e Comércio de Metais Ltda; e Steelman Aluminio Ltda.

Na diligência realizada por determinação deste CARF, ficou evidenciado que tanto a peça impugnatória quanto o recurso voluntário foram subscritos exclusivamente pela pessoa jurídica apontada como contribuinte no lançamento, a saber, Canto dos Metais

Comércio e Recuperação Ltda., regularmente representada por seu sócio-administrador Sr. Ricardo Pereira Lima, CPF nº 675.181.258-20. Da mesma forma e pelos mesmos motivos que se concluiu, no voto referente ao recurso voluntário, pela inexistência nos autos de recurso voluntário interposto por qualquer dos responsáveis tributários, conclui-se pela inexistência de impugnação interposta por qualquer dessas pessoas.

Demonstra-se, assim, o equívoco da decisão recorrida, ao considerar que a impugnação teria sido apresentada por todos os sujeitos passivos, contribuinte e responsáveis, pessoas físicas e jurídicas, devidamente representadas (fl. 20939):

6. A empresa autuada, todos Passivos Solidários pessoas físicas e os Responsáveis Passivos Soliários Pessoas Jurídicas, apresentaram em 25/06/2014, pág. 4.949, a impugnação tempestiva de págs. 4.950/5.067, por meio de seu representantes legais, pág. 20.844, acompanhada dos documentos de págs. 5.068/20.843.

A correção desse equívoco se impõe agora, em sede de reexame necessário. De fato, todos os responsáveis tributários, regularmente cientificados, deixaram de impugnar o lançamento e a responsabilidade que lhes foi imputada, tornando-se revéis no processo administrativo, a teor do art. 21 do Decreto nº 70.235/1971. Com isso, deve ser reformada a decisão *a quo*, no que diz respeito ao afastamento da responsabilidade tributária imputada aos seguintes sujeitos passivos: MCN Empreendimentos Imobiliários Ltda; Cast Metal Indústria e Comércio de Metais Ltda; Industria Brasileira de Reciclagem de Alumínio Ltda – EPP; Latasa Industria e Comercio Ltda; Latasa Reciclagem Ltda; Reciclagem Bras. de Aluminio Ltda ME; RBA Recicl. e Ind. de Aluminio e Metais Ltda; RBM Recicl. e Ind. Bras. de Aluminio e Metais Ltda ME; Inbra Industria e Comércio de Metais Ltda; e Steelman Aluminio Ltda. Essa responsabilidade tributária resta integralmente restabelecida, nos termos do lançamento não impugnado nem recorrido pelos interessados.

Ademais, por todos os motivos expostos quando da análise do recurso voluntário, descabe considerar os argumentos trazidos pelo contribuinte Canto dos Metais Comércio e Recuperação Ltda. acerca da responsabilidade tributária imputada a terceiros, por falta de interesse de agir e de legitimidade de parte para tanto.

Diante do exposto, voto pelo provimento do recurso de ofício, de forma a restabelecer a responsabilidade tributária imputada aos seguintes sujeitos passivos: MCN Empreendimentos Imobiliários Ltda; Cast Metal Indústria e Comércio de Metais Ltda; Industria Brasileira de Reciclagem de Alumínio Ltda – EPP; Latasa Industria e Comercio Ltda; Latasa Reciclagem Ltda; Reciclagem Bras. de Aluminio Ltda ME; RBA Recicl. e Ind. de Aluminio e Metais Ltda; RBM Recicl. e Ind. Bras. de Aluminio e Metais Ltda ME; Inbra Industria e Comércio de Metais Ltda; e Steelman Aluminio Ltda.

Conclusão

Em conclusão, por todo o exposto, encaminho meu voto no seguinte sentido:

a) recurso voluntário: não conhecer dos argumentos atinentes à sujeição passiva das pessoas físicas e jurídicas apontadas como responsáveis tributários, rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, tão somente para afastar o agravamento da multa de ofício, reduzindo o percentual aplicável de 225% para 150%.

Processo nº 16095.720076/2014-97
Acórdão n.º **1301-002.179**

S1-C3T1
Fl. 21.376

b) recurso de ofício: dar-lhe provimento integral, de forma a restabelecer a responsabilidade tributária imputada aos seguintes sujeitos passivos: MCN Empreendimentos Imobiliários Ltda; Cast Metal Indústria e Comércio de Metais Ltda; Industria Brasileira de Reciclagem de Alumínio Ltda – EPP; Latasa Industria e Comercio Ltda; Latasa Reciclagem Ltda; Reciclagem Bras. de Aluminio Ltda ME; RBA Recicl. e Ind. de Aluminio e Metais Ltda; RBM Recicl. e Ind. Bras. de Aluminio e Metais Ltda ME; Inbra Industria e Comércio de Metais Ltda; e Steelman Aluminio Ltda.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha