



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16095.720081/2014-08
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.347 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de abril de 2021
Recorrente INDÚSTRIA BRASILEIRA DE RECICLAGEM DE ALUMÍNIO LTDA - EPP (ATUAL DENOMINAÇÃO DE BRASIL COMÉRCIO E RECICLAGEM DE ALUMÍNIO LTDA) E OUTROS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

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.

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.

DECLARAÇÃO APRESENTADA PERANTE O FISCO ESTADUAL. GIA. PROVA OBTIDA POR MEIO DE CONVÊNIO ENTRE AS FAZENDAS PÚBLICAS.

A Guia de Informação e apuração do ICMS - GIA/ICMS, que é declaração prestada ao ente tributante estadual pelo próprio sujeito passivo, ao ser obtida da Secretaria de Fazenda Estadual mediante convênio de cooperação fiscal firmado entre as Fazendas Públicas, não se trata, propriamente, de uma prova emprestada, pois não foi produzida pelo Fisco Estadual, antes constituindo uma *confissão* da contribuinte; e a confissão das vendas prestada em GIA/ICMS caracteriza prova direta das receitas auferidas.

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 de rendimentos zerados e/ou inferiores àqueles efetivamente auferidos no ano-calendário, configurada está a subtração de rendimentos à tributação.

LUCRO ARBITRADO. LIVROS E DOCUMENTOS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO.

A não observância das disposições constantes da legislação tributária, no tocante à escrituração mantida de acordo com as leis comerciais e fiscais da escrituração contábil, 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.

LUCRO ARBITRADO. APRESENTAÇÃO POSTERIOR DE DOCUMENTOS.

É inócua a posterior apresentação de notas fiscais de entrada e saída 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, apresentado 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.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

MULTA QUALIFICADA. DOLO.

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

MULTA AGRAVADA. INADMISSIBILIDADE.

De conformidade com a 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.

No presente caso, não houve a solicitação direta de elementos que poderiam ampliar o contexto da fiscalização. Os pedidos focaram na apresentação de livros e elementos referentes à escrituração contábil/fiscal cujo não atendimento resultou no arbitramento. O fato de a empresa não ter atendido às intimações é que possibilitou o arbitramento com base na receita então conhecida.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SOLIDARIEDADE. INTERESSE COMUM. CONFUSÃO PATRIMONIAL.

Cabível a responsabilização solidária por interesse comum previsto no artigo 124, I, do CTN, quando se verifica a confusão patrimonial de esferas pessoais típica desse conceito.

No presente caso, o quadro de confusão patrimonial entre as diversas pessoas apontadas como responsáveis e a empresa contribuinte está fartamente demonstrado envolvendo, inclusive, práticas de blindagem patrimonial e utilização de interpostas pessoas.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ADMINISTRADORES.

Cabível a responsabilização de administradores quando se apresentam provas concretas capazes de justificar as condutas dolosas (ou meramente culposas) características dos atos com excesso de poderes ou infração de lei previstos no artigo 135, III, do CTN.

No presente caso, está detalhada a participação dos integrantes de uma mesma família nas condutas dolosas perpetradas pelo grupo empresarial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário apresentado pela responsável Eliane Regina Alves do Canto e por rejeitar as preliminares de nulidade; e, quanto ao mérito, por maioria de votos em dar provimento parcial ao recurso voluntário, apenas para reduzir a multa de ofício de 225% (duzentos e vinte e cinco por cento) para 150% (cento e cinquenta por cento), nos termos do relatório e voto do relator. Vencido o Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, que votou por dar provimento parcial ao recurso voluntário, também em relação à atribuição de responsabilidade tributária. O Conselheiro Cleucio Santos Nunes votou pelas conclusões do relator quanto à questão da responsabilidade tributária. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ricardo Marozzi Gregorio, Gustavo Guimarães da Fonseca, Andréia Lúcia Machado Mourão, Flávio Machado Vilhena

Dias, Cleucio Santos Nunes e Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente). Ausente a Conselheira Fabiana Okchstein Kelbert.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por INDÚSTRIA BRASILEIRA DE RECICLAGEM DE ALUMÍNIO LTDA - EPP (atual denominação de BRASIL COMÉRCIO E RECICLAGEM DE ALUMÍNIO LTDA) e Responsáveis Solidários contra acórdão que julgou improcedente a impugnação apresentada diante de autos de infração lavrados no âmbito da DRF-Guarulhos/SP.

Em seu relatório, a decisão recorrida assim descreveu o caso:

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, apresentou-os porém não preenchiam as formalidades legais que os tornassem válidos, do que foi cientificado e, mesmo reintimado, 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 GIA/ICMS – Guia de Informação e Apuração do ICMS, nos meses 01 a 03/2009, e a partir das Notas Fiscais Eletrônicas, no período de 04/2009 a 12/2011:

a. Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ, págs. 4.009/4.047, no valor de R\$9.994.407,73, devido a omissão de receitas da atividade, nos períodos de apuração 31/03/2009, 30/06/2009, 30/09/2009, 31/12/2009, 31/03/2010, 30/06/2010, 30/09/2010, 31/12/2010, 31/03/2011, 30/06/2011, 30/09/2011, 31/12/2011, com base no art. 3º Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; art. 532 do RIR de 1999;

b. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, págs. 4.048/4.076, no valor de R\$4.528.150,94 relativa à mesma infração e nos mesmos períodos que o IRPJ, exigida com base no arts. 2º e 3º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, com as alterações do art. 2º da Lei nº 8.034, de 12 de abril de 1990, e com as alterações introduzidas pelo art. 17 da Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008 (conversão da MP nº 413, de 2008); arts. 2º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; art. 29 I da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; art. 22 da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003;

c. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, págs. 4.077/4.087, no valor de R\$12.578.197,03 relativa à mesma infração, nos períodos de apuração de 01/2009 a 12/2011; base legal no art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991; arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, com as alterações do art. 2º da MP nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e pelo art. 41 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, e art. 7º da MP nº 451, de 2008, e art. 15 da Lei nº 11.945, de 2009;

d. contribuição ao Programa de Integração Social – PIS, págs. 4.088/4.099, no valor de R\$2.725.276,03 relativa à mesma infração, nos períodos de apuração mensais de 01/2009 a 12/2011, base legal no art. 1º da Lei Complementar nº 7,

de 07 de setembro de 1970; art. 2º, I, 8º I e 9º da Lei nº 9.715, de 1998; art. 2º, 3º da Lei nº 9.718, de 1998, com as alterações do art. 2º da MP nº 2.158-35, de 2001, e pelo art. 41 da Lei nº 11.196, de 2005, e art. 7º da MP nº 451, de 2008, e art. 15 da Lei nº 11.945, de 2009; art. 79 da Lei nº 11.941, de 2009;

e. Outras multas administradas pela RFB, Multas Regulamentares, págs. 4.004/4.008, no valor de R\$51.000,00, por não atendimento à intimação para apresentar a Escrituração Contábil Digital – ECD, no prazo estipulado; fatos geradores em 01/07/2010, 01/07/2011 e 01/07/2012; base legal no art. 16 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, art. 57, II da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, com a redação dada pela Lei nº 12.766, de 2012 e art. 57, II da 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. 3.984/4003, 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. 4.157/4.948:

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. 4.157/4.161, cientificado em 27/05/2014, pág. 4.172/4.211;

b. CDC ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A – CNPJ 06.278.656/0001-57, com base legal nos arts. 124, I, 128 do CTN, págs. 4.213/4.217, cientificado em 27/05/2001, págs. 4.223/4.263;

c. STEELMAN ALUMINIO LTDA – CNPJ 51.568.343/0001-98, com base legal nos arts. 124, I, 128 do CTN, págs. 4.213/4.217, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.223/4.263;

d. 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. 4.310/4.314, cientificado pelo Edital nº 29/2014, ciência em 09/06/2014, págs. 4.315/4.356;

e. LATASA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA – CNPJ 00.148.025/0001-37, com base legal nos arts. 124, I, 128 do CTN, págs. 4.357/4.361, cientificado em 29/05/2014, págs. 4.365/4.405;

f. LATASA RECICLAGEM LTDA – CNPJ 04.266.100/0001-15, com base legal nos arts. 154, I, 128 do CTN, págs. 4.406/4.4104, cientificado em 29/05/2014, págs. 4.415/4.455;

g. RECICLAGEM BRAS. DE ALUMINIO LTDA ME – CNPJ 08.874.458/0001-81, com base legal nos arts. 124, I, 128 do CTN, págs. 4.456/4.460, cientificado pelo Edital nº 28/2014, ciência em 10/06/2014, págs. 4.461/4.502;

h. CANTO DOS METAIS COM E RECUPERAÇÃO LTDA – CNPJ 68.308.501/0001-73, com base legal nos arts. 124, I, 128 do CTN, págs. 4.503/4.507, cientificado em 29/05/2014, págs. 4.508/4.548;

i. 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.

4.549/4.553, cientificado pelo Edital nº 30/2014, ciência em 10/06/2014, págs. 4.554/4.598;

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. 4.599/4.603, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.604/4.644;

k. 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. 4.656/4.649, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.650/4.651;

l. MANOEL DO CANTO NETO, CPF 321.338.048-20, com base legal nos arts. 124, I, 128 e 135 II do CTN, págs. 4.652/4.656, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.662/4.701;

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. 4.703/4.707, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.712/4.752;

n. MÁRIO MARTINEZ DO CANTO - CPF 131.986.698-04, com base legal nos arts. 124, I, 128 e 135 III do CTN, págs. 4.753/4.757, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.764/4.804;

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. 4.805/4.809, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.812/4.852;

p. CLÁUDIO DO CANTO - CPF 010.780.328-31, com base legal nos arts. 124, I, 128 e 135 III do CTN, págs. 4.853/4.857, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.860/4.900;

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. 4.901/4.905, cientificado em 27/05/2014, págs. 4.908/4.948.

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

1 Impugnação da Inbra Ind. Com. de Metais (Ind Brás de Reciclagem de Alumínio Ltda), CNPJ: 07.459.421/0001-24 e demais devedores solidários.

5. A empresa foi cientificada do Relatório Fiscal e dos autos de infração em 27/05/2014, págs. 4.102/4.141, 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, exceto a MCN e a CDC, que apresentaram, impugnações em separado, apresentaram em 25/06/2014, pág. 4.955, a impugnação tempestiva de págs. 4.956/5.072, por meio de seu representantes legais, pág. 21.692, acompanhada dos documentos de págs. 5.073/21.715.

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 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 precípuo 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 extrapolção 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 atuada, 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. 4.973/4.975 (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 criminosa.

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 n.º 004/10 (Processo DIPO 4 n.º 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 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 2.012.

33. 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.

34. No que tange à qualificação e agravamento da multa, 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 demonstram a existência de dolo, fraude ou simulação.

35. Diz que não há base para aplicar a multa qualificada, sob entendimento de que seria ocorrida falsidade na declaração apresentada.

36. 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.

37. 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.

38. 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 da existência ou não de dolo no presente caso.

39. 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.

40. 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.

41. 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.

42. 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.

43. 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.

44. 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.

45. 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.

2 Impugnação MCN Empreendimentos e Participações S/A (MCN Empreendimentos Imobiliários Ltda), CNPJ 61.281.218/0001-56 e demais devedores solidários.

46. Págs. 21.834/21.950, apresentada em 26/06/2014, tempestivamente, por meio de seus procuradores, pág. 21.952 de idêntico teor da impugnação resumida.

3 Impugnação CDC Administração e Participações S/A, CNPJ 06.278.656/0001-57 e demais devedores solidários.

47. Págs. 21.716/21.833, apresentada em 26/06/2014, tempestivamente, por meio de seus procuradores, pág. 21.951, de idêntico teor da impugnação resumida.

A DRJ/Curitiba proferiu, então, acórdão cuja ementa assim figurou:

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.

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.

DECLARAÇÃO APRESENTADA PERANTE O FISCO ESTADUAL. GIA. PROVA OBTIDA POR MEIO DE CONVÊNIO ENTRE AS FAZENDAS PÚBLICAS.

A Guia de Informação e apuração do ICMS - GIA/ICMS, que é declaração prestada ao ente tributante estadual pelo próprio sujeito passivo, ao ser obtida da Secretaria de Fazenda Estadual mediante convênio de cooperação fiscal firmado entre as Fazendas Públicas, não se trata, propriamente, de uma prova emprestada, pois não foi produzida pelo Fisco Estadual, antes constituindo uma *confissão* da contribuinte; e a confissão das vendas prestada em GIA/ICMS caracteriza prova direta das receitas auferidas.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS.

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 de rendimentos zerados e/ou inferiores àqueles efetivamente auferidos no ano-calendário, configurada está a subtração de rendimentos à tributação.

LUCRO ARBITRADO. LIVROS E DOCUMENTOS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO.

A não observância das disposições constantes da legislação tributária, no tocante à escrituração mantida de acordo com as leis comerciais e fiscais da escrituração contábil, 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.

LUCRO ARBITRADO. APRESENTAÇÃO POSTERIOR DE DOCUMENTOS.

É inócua a posterior apresentação de notas fiscais de entrada e saída 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, apresentado 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.

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 demonstraria os alegados prejuízos apurados, se a empresa mantivesse a escrituração contábil de acordo com as leis comerciais e fiscais, como exige a legislação tributária, o que não é o caso da autuada, a qual, além disso, não vende, mas adquire sucata de alumínio e produz alumínio na forma bruta.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

MULTA QUALIFICADA. DOLO.

Caracterizada a presença do dolo, elemento específico da sonegação, fraude e conluio, 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, FRAUDE E CONLUIO. 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

GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DIREÇÃO. INTERESSE COMUM.

Se a direção unitária de um grupo econômico de fato se corporifica em formas de controle direto, através dos quais a direção do grupo decide pela própria realização das operações e negócios das demais sociedades, bem como administra os encargos deles decorrentes, como é a atividade consistente no pagamento de tributos e cumprimento de obrigações acessórias, nesse caso, há vinculação ao fato gerador, que consista em atos ou negócios jurídicos (v.g. vendas, transmissões, operações financeiras, etc.) determinados concretamente pela direção unitária, ensejando a responsabilização solidária passiva com base no art. 124, I do CTN.

GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM

Se comprovado que cabe ao centro decisório a decisão pela realização de atos ou negócios jurídicos e pelo cumprimento das obrigações tributárias dele decorrentes, é possível a eleição das sociedades que intervêm na direção unitária como responsáveis tributários, nos termos do art. 124, I do CTN

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformadas, a empresa contribuinte e a totalidade das pessoas (físicas e jurídicas) apontadas como responsáveis solidárias apresentaram em uma mesma peça processual (fls. 22062 a 22179) seu recurso voluntário no qual repetem em suas cento e dezoito páginas idênticas razões contidas na impugnação.

Em 15/09/2016, sob a relatoria do ilustre Conselheiro Rogério Aparecido Gil, esta Turma, através da Resolução nº 1302-000.444, resolveu converter o julgamento em diligência para saneamento processual atinente a assinaturas faltantes nas petições de impugnação e recurso voluntário, bem como para juntada de documentos de representação dos recorrentes.

Depois de diversos atos de intimação e juntada de documentos, a unidade de origem devolveu o processo ao CARF com despacho (fls. 22663) informando que em resposta aos termos da resolução juntava respostas às intimações e documentos. Alertava, contudo, que não se verifica nos documentos da juntada a procuração da Sra. ELIANE REGINA ALVES DO CANTO, apesar de o prazo de intimação ter expirado e o seu nome constar na impugnação e no recurso voluntário.

Houve, ainda, uma determinação judicial para que se cumprisse a liminar concedida em mandado de segurança que pleiteava o não julgamento do presente processo (e outros) enquanto não fosse julgado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0008087-81.2017.4.01.000/DF, que questionava o Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil e do Bônus de Eficiência e Produtividade da Atividade Tributária e Aduaneira, instituído pela MP nº 765/16. Contudo, depois de algum tempo sobrestado na ASTEJ deste Órgão, após consulta ao sítio do TRF da 1ª Região na *internet*, constatou-se que referida decisão perdeu seus efeitos em razão do trânsito em julgado, em 29/01/2018, do acórdão proferido por aquele tribunal (fls. 22701 e 22702).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio, Relator

O único recurso voluntário apresentado em nome de todas as pessoas incluídas no polo passivo da relação tributária é tempestivo. Contudo, conforme atestou a unidade de origem, a questão da sua representatividade não foi resolvida com relação à procuração da Sra. ELIANA REGINA ALVES DO CANTO. Portanto, tomo conhecimento do recurso com a ressalva de que precluiu a responsabilidade solidária atribuída àquela pessoa.

Como relatado, o recurso voluntário possui conteúdo absolutamente idêntico ao da impugnação. Por isso, naquilo em que concordar com a decisão recorrida, reproduzirei os seus fundamentos na esteira do que prevê o art. 57, § 3º, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343/15.

- Das nulidades:

Em diversos pontos do recurso, invocou-se a nulidade da autuação. Nesse aspecto, não há o que retocar quanto ao decidido na instância *a quo*:

48. Argui nulidade do auto de infração, sob os argumentos de:

- a. vício quanto à fundamentação da existência de Grupo Econômico que foi com motivação relativa ao creditamento de ICMS e em conclusões da Fazenda Estadual não aplicáveis ao caso;
- b. vício material, se mantida a relação de Grupo Econômico, uma vez que nesse caso deveria ter sido oportunizado aos envolvidos a possibilidade de justificar cada uma das operações em questão, inclusive atraindo ao caso a incidência das súmulas 29 e 30 do CARF;
- c. em face da existência de elementos para fiscalização pelo lucro real, ensejando que o arbitramento resultou em valores excessivos e sem levar em conta a realidade da operação, violando o art. 148 do CTN;
- d. que seja anulado o auto de infração para se considerar as receitas previstas na contabilidade, desconsiderando-se os valores relativos a empréstimos e rateio de despesas comuns, se for mantido o grupo econômico, sob pena de violação ao art. 148 do CTN;
- e. por vício formal, facultando a devida produção de provas ou, alternativamente, a baixa do processo em diligência.

49. Tais fatos não se inserem nas previsões da legislação de se considerar nulo tal ato.

50. Estatuem os arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 1972, *in verbis*:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.” (Grifou-se)

51. Como se vê, de acordo com o art. 59, I, supra, só se pode cogitar de declaração de nulidade de auto de infração - que se insere na categoria de ato ou termo -, quando esse auto for lavrado por pessoa incompetente (art.

59, I). A nulidade por preterição do direito de defesa, como se infere do art. 59, II, transcrito, somente pode ser declarada quando o cerceamento está relacionado aos despachos e às decisões, ou seja, somente pode ocorrer em uma fase posterior à lavratura do auto de infração.

52. Quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, a teor do art. 60 do Decreto nº 70.235, de 1972. Caso não influam na solução do litígio, também prescindirão de saneamento.

53. Dessa feita, não deve ser acolhida a preliminar de nulidade, em razão de não haver ofensa aos dispositivos legais mencionados.

- Do mérito:

Novamente, as razões de decidir contidas no voto condutor da decisão recorrida foram precisas no enfrentamento minucioso de todas as questões de mérito arguidas. Confira-se, neste sentido, o racional produzido (com exceção do agravamento das multas aplicadas):

5.1 INFRAÇÃO NÃO CONTESTADA NO MÉRITO. MULTA REGULAMENTAR DEVIDO À NÃO ENTREGA DA ECD.

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

5.2 BASE LEGAL DA AUTUAÇÃO.

55. O litigante confunde o procedimento de arbitramento do lucro sobre receita bruta conhecida, 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.”

56. Também, sobre a fiscalização ter usado a base de apuração do ICMS (dados obtidos em GIA, nos 3 primeiros meses autuados), 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.

57. E 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 Estado via GIAs (01 a 03/2008) e a valores das notas fiscais eletrônicas que emitiu, no período autuado restante.

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

5.3 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 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. 21.962/21.964, acesso ao qual está explicitado no Termo de Início de Procedimento Fiscal, págs. 4/5, em 15/03/2012: nº do MPF 0811100.2012.00148, Código de Acesso 14226558, que o procedimento de fiscalização se iniciou relativamente a PIS/Cofins, porém foi ampliado para incluir IRPJ do período de 01/2009 a 12/2011, em 29/01/2013.

62. Portanto, a ação de fiscalização de IRPJ estava prevista no MPF-F.

5.4 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 do lucro real pela empresa, o que justificaria prejuízos apurados, se a empresa mantivesse a escrituração

contábil de acordo com as leis comerciais e fiscais, como exige a legislação tributária, o que não foi o caso.

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 sucata de alumínio e produz alumínio na forma bruta.

5.5 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, dada a opção feita pelo lucro real, quando entregou as Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ; a não entrega da ECD a que estava obrigada, significou a não-apresentação da escrituração contábil que atendessem a legislação, apesar de intimada, dado que os livros fiscais e contábeis apresentada em papel não satisfizeram os requisitos de validade.

5.5.1 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 Prestação de Serviços de R\$448.552,85 no ano-calendário 2008, na DIPJ original ativa; R\$14.557.122,00 no ano-calendário 2009 na DIPJ original ativa, págs. 12/40; R\$0,00 no ano-calendário 2010 na DIPJ original ativa, págs. 41/75; R\$0,00 no ano-calendário 2011 na DIPJ original e R\$153.643.732,21 de Receita de Venda de Produtos e R\$20.001.580,46 de Receita de Prestação de Serviços, na retificadora não espontânea apresentada em 28/06/2013

(sendo que o Termo de Início de Fiscalização foi em 15/03/2012, págs. 4/5), págs. 76/153, porém o levantamento fiscal apurou:

ano-calend	Receita Bruta
2009	2.476.346,05
2010	132.140.067,20
2011	284.656.821,34

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, a autuada estaria obrigada ao lucro real apenas no ano-calendário 2011 do período fiscalizado, conforme o art. 246, I; contudo, 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 autuada passou a estar obrigada à ECD, desde o ano-calendário 2009:

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. 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.

72. Analisando-se o processo constata-se que o contribuinte foi intimado no Termo de Início de Procedimento Fiscal, págs. 4/5, em 15/03/2012 a apresentar Livros Diário e Razão, Livro Registro de Entradas, Livro Registro de Saídas; em 10/07/2012, foi reintimado, pág. 174; em 12/03/2013, novamente intimado a apresentar Livro Diário do ano de 2009, devidamente encadernado e registrado na Junta Comercial, Livro Razão devidamente encadernado, Livros de Registro de Entradas e de Saídas, devidamente encadernados e com as devidas formalidades, págs. 181/182; e novamente intimado, em 03/05/2013, 21/05/2013, 04/07/2013, págs. 185/192; e em 20/02/2014, nesta intimado também a entregar a ECD por meio do SPED, págs. 206/207, tendo sido reintimado no mesmo teor em 15/04/2014, págs. 209/210, no todo, dois anos.

73. Em 01/04/2014, pág. 184, foi lavrado o Termo de Devolução de Documentação: Registro de Saídas, sem as formalidades legais, folhas soltas; Registro de Saídas sem as formalidades legais, folhas soltas; Livro Diário Geral, sem as formalidades legais, folhas soltas; Razão Analítico, sem as formalidades legais, folhas soltas.

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

5.5.2 Prova emprestada.

75. 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.

76. No que tange aos valores apurados a partir das GIAs não se pode dizer, que esta declaração prestada ao ente tributante estadual pelo próprio sujeito passivo, ao ser obtida da Secretaria de Fazenda mediante convênio firmado com base no art. 199 do CTN, trate propriamente de uma prova emprestada, pois não foi produzida pelo Fisco Estadual, antes constituindo uma confissão da contribuinte.

77. 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).

78. Quanto à receita apurada a partir das notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte, tratam-se de documentos fiscais emitidos pelo contribuinte autuado, portanto, prova direta.

79. No presente caso, a receita auferida restou devidamente comprovada por meio das provas coletadas no procedimento de auditoria, obtidas: a) mediante Convênio com a Fazenda Estadual (receitas de vendas/serviços extraídas das declarações apresentadas pela própria contribuinte à fiscalização do Estado de São Paulo); b) pelas cópias das notas fiscais emitidas pela própria pessoa jurídica.

80. Diante das provas coletadas, constatou o Fisco rendimentos auferidos, os quais deixaram de ser oferecidos à tributação e de serem informados pelo contribuinte nas declarações regularmente instituídas pela Secretaria da Receita Federal (DIPJ, DCTF e Dacon).

81. 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.

82. 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, (...)”

83. Portanto, perfeitamente legal a prova empresada, se é que assim se pode chamar, dado tratar-se de confissão espontânea do contribuinte.

5.5.3 Arbitramento do lucro. Procedente.

84. 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]

85. Impende esclarecer 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.

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

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

5.6 CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE AS EMPRESAS DO GRUPO.

88. Além de os livros fiscais não terem satisfeito as exigências legais, e por isso não terem sido aceita pelos fiscais, estes constataram que, no Grupo Canto, ocorreram trânsitos de recursos entre as empresas, sem a devida formalização de contratos entre as mesmas, na forma de despesas da atuada pagas por outras e vice versa, conforme Relatório do Grupo Canto, item 6 - Da Confusão Patrimonial, pág. 250 em diante, em que a atuada é identificada como INBRA II e o Grupo Canto como Grupo INBRA:

a. págs. 258/262 e fls. 1.240/1.268 do Anexo-Sefaz Volume 7, despesas da atuada pagas pela RBM Rec Ind Br Alum Met Ltda CNPJ 010.216.671/0002-81;

b. págs. 263 e fls. 1.306/1.399 do Volume 7 do Anexo-Sefaz, despesas da atuada pagas pela RBM;

c. págs. 263 e fls. 1.402/1.485, do Volume 8 do Anexo-Sefaz, despesas da atuada pagas pela RBM;

d. pág. 264/265 e fls. 1.517/1.541, do Volume 8 do Anexo-Sefaz; empréstimo concedido à atuada, avalizado pela MCN e RBM; sendo que o relatório concluiu que as empresas MCN e CDC foram criadas para receber os imóveis, (págs. 272/276 e 2.016/2.017, fl. 17/18 do Anexo-Sefaz, Volume1), e assim proteger o patrimônio dos sócios, família Canto;

e. pág. 266/268 e Volume 1, do Anexo Sefaz, fl. 10: “*Conclusões sobre as diligências na INBRA II (...) Foram encontrados documentos referentes às empresas RBM e RBA, confirmando as suspeitas de pertencerem ao Grupo INBRA*” – sendo que no volume 1, págs. 15, 16, 41/115 (e Apêndices de fls. 116/199) do Anexo-Sefaz, constam os

motivos pelos quais se concluiu serem a RBM/SP, RBM/RIO, RBA/SP e RBA/RIO empresas criadas com o objetivo de transferir indevidamente créditos de impostos (ICMS) a contribuintes (destinatários dos produtos) paulistas, tratando-se de galpões sem estrutura para realização das supostas operações industriais que as notas fiscais emitidas evidenciariam; suas matrizes se situam no estado do Rio de Janeiro e as filiais em São Paulo, tendo concluído os fiscais estaduais que a finalidade da inserção destas empresas no Grupo INBRA (GRUPO-CANTO) é a de transferir crédito tributário aos clientes do Grupo através de operações envolvendo alumínio bruto, principalmente, já que o Grupo não poderia fazer isso diretamente através de suas unidades produtoras INBRA I e INBRA II, por conta do instituto do diferimento, que impede o crédito de ICMS em operações internas de alumínio bruto; que a alternativa utilizada foi a criação de empresas simuladas, com quadros societários compostos por interpostas pessoas, que são as empresas RBM e RBA, meros depósitos de sucatas que serviriam de anteparo para a criação de esquemas fraudulentos de transferência de créditos, sem atingir as unidades principais do Grupo.

f. Pág. 272, aponta a divergência entre a Receita Bruta apurada em GIA/ICMS e a movimentação em contas no nome da empresa (muito menor);

g. Pág. 343/344, Item 9 - Da Blindagem Patrimonial, consta a descrição de que esta se deu com a criação de empresas de participações: a) MCN – EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA – CNPJ 61.281.218/0001-56; e b) CDC – ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A – CNPJ 06.278.656/0001-57, que pertencem ou pertenceram a membros da Família Canto. Sendo que os bens adquiridos a partir da sonegação fiscal, foram transferidos para estas empresas patrimoniais a título de integralização do capital social, destacando que estas empresas de participações, criadas pelo GRUPO, a despeito de ter baixa ou nenhuma movimentação financeira entre 2009 e 2011 adquiriram diversos imóveis conforme descrito abaixo; (...)

h. Pág. 354, os autuantes constaram:

Conforme detalhado no item 6.1 deste relatório, ANEXO – CIRCULARIZAÇÕES e ANEXO-SEFAZ, Volume 8 folhas de 1517 à 1541, a INBRA II funciona vezes como credora vezes como devedora de negociações efetuadas pelas outras empresas do GRUPO.

Conforme o relatado no item 6.2.1 deste relatório foram detectados vários cheques da RBM utilizados na quitação de despesas da INBRA II.

Como também mencionado no item 6.3 deste relatório a MCN e vários integrantes da Família Canto avalizaram empréstimo bancário contraído pela INBRA II.

Ficou constatado, com a análise da DIMOF (movimentação financeira) e da NF'e (nota fiscal eletrônica – receita bruta), que a INBRA II possui movimentação financeira incompatível com a Receita Bruta apurada.

89. No Termo de Verificação e Constatação de Irregularidade Fiscal, os autuantes informam que os fatos e a substancial documentação trazida, em anexo, comprovam a existência de grupo econômico que se formou 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".

90. Conforme descrito pelo autuante, pág. 3.989, a movimentação financeira nas contas bancárias da autuada comparada com a receita bruta foi: metade em 2009, 15 vezes menor em 2010 e 5,8 vezes menor em 2011.

91. À pág. 3.988, descreve um exemplo: mercadoria vendida pela autuada, Nota Fiscal emitida em 25/07/2011, no valor de R\$163.332,48, tendo sido os correspondentes pagamentos feitos pelos fornecedores, recebidos em contas correntes da empresa RBM integrante do grupo – o detalhamento desta operação e cópias dos documentos comprobatórios estão às págs. 490/493.

92. Às págs. 379/535, o Relatório dos Resultados das Circularizações efetuadas junto a clientes e fornecedores das empresas do grupo, constata ainda:

a. Págs. 494/496 - NF 18023, 18045, 18046, 18047, a autuada vendeu produtos à Sandre Ind Extrusora de Alumínio, cujos pagamentos foram feitos à RBM: R\$479.091,24; NF 18084, 18099, idem, no valor de R\$313.938,56; NF 18204, 18207, 18208, idem, no total de R\$323.933,44; NF 18231, 18232, 19407, idem, R\$242.894,17 – as notas fiscais e comprovantes de depósitos foram digitalizados e constam do Anexo 8 – Negociações Ind. Bras. Sandre;

b. Págs. 496/499 – NF 1052, 1102, 1163, a autuada vendeu produtos à Takata Brasil S/A, cujos pagamentos foram feitos à INBRA CNPJ 47.914.221/0001-39 - as notas fiscais e comprovantes de depósitos foram digitalizados e constam do Anexo 9 – Negociações Ind. Bras. Takata;

c. págs. 501/504 - NF 28, 239, a autuada vendeu serviços de industrialização à Daicast, porém o boleto de pagamento foi emitido tendo como sacador a INBRA CNPJ 47.914.221/0001-39 e na ficha de compensação o pagamento foi feito à primeira;

d. págs. 505/511, NF 243, 246, 232, a autuada vendeu serviços de industrialização à Daicast, porém o boleto de pagamento foi emitido tendo como sacador a empresa Reciclagem Brasileira de Alumínio e nas fichas de compensação, Reciclagem Brasileira de Alumínio /Ind Bras de Rec de Alumínio (a autuada) assim – as notas fiscais e comprovantes de depósitos foram digitalizados e constam do Anexo 10 – Negociações Ind. Bras. Daicast;

e. págs. 511/513, a atuada vendeu serviços de industrialização à Daicast, porém o boleto de pagamento tem como sacador a empresa INBRA CNPJ 47.914.221/0001-39 e nas fichas de compensação, Reciclagem Brasileira de Alumínio – as notas fiscais e No Termo de Verificação e Constatação de Irregularidade Fiscal, informa-se que os fatos e a substancial documentação trazida, em anexo, comprovam a existência de grupo econômico que se formou 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";

f. Págs. 513/515, NF 1524, 1713, a atuada adquiriu matéria prima da Nova Tamboré Serviços e Eng. Ltda, que foram pagas pela INBRA CNPJ 47.914.221/0001-39 - as notas fiscais e comprovantes de depósitos foram digitalizados e constam do Anexo 11 – Negociações Ind. Bras. Nova Tamboré.

g. Págs. 516/519, e-mail da Indústria Brasileira de Refratários – IBAR, dirigido a funcionária da INBRA CNPJ 47.914.221/0001-39, tratando de baixa por pagamento de duplicata 2437 emitidas pela IBAR contra a empresa atuada, pagas em 11, 12/2009 e 01/2010; e extrato fornecida pela IBAR da conta 2.1.20.0200001 Fornecedores, Subconta 2.1.20.0200001.09203 - RBM Reciclagem, registrando “encontros de contas” entre a INBRA e a atuada; NF 10.601, 8.594, 8.734, 8.593, de vendas da IBAR para a atuada, constantes do referido extrato - as notas fiscais e comprovantes de depósitos foram digitalizados e constam do Anexo 14 – Negociações Ind. Bras. IBAR.

h. Págs. 523/524, NF 5682, 6047, a atuada efetuou compras da Metalur, sendo os Conhecimentos de Transporte (entregas) destinados à INBRA CNPJ 47.914.221/0001-39 - as notas fiscais e conhecimentos de transporte foram digitalizados e constam do Anexo 17 – Negociações Ind. Bras. Metalur.

i. Pág. 528, a atuada efetuou compras da Air Products Brasil Ltda, pagos pela empresa do grupo, a RBM.

93. A atuada justifica que se trata de rateio de despesas entre empresas do grupo e questiona que a fiscalização não perquiriu se havia mútuos. Contudo, ao impugnar e juntar documentos, nenhum contrato de mútuo apresentou, tampouco registros contábeis de tais empréstimos apoiados por documentos, para justificar a alegação; tampouco esclarece ou justifica os alegados rateios que ensejariam o pagamento de despesa da atuada pelas empresas do grupo, RBM e RBA, e tampouco porque receitas da atuada estavam sendo recebidas por outras empresas do Grupo; assim a reclamação de que o Fisco está a tributar recursos que transitaram entre empresas do grupo, improcede, dado que tal trânsito de recursos caracterizou-se como irregular; também, repita-se, não ocorreu autuação com base em recursos financeiros recebidos, mas arbitramento do lucro sobre receita bruta conhecida (declarada em GIA's e sobre notas fiscais emitidas pela atuada.).

94. No Anexo-Sefaz, o relatório elaborado por fiscais do órgão constatou:

a. págs. 1.238/1.278, serem a RBM e a posteriormente criada RBA, em substituição àquela, ambas empresas simuladas; que a INBRA (referindo-se à autuada e à outra INBRA) fabrica lingotes de alumínio e os vende (indevidamente) como alumínio manufaturado e utiliza notas fiscais da RBM, empresa constituída por interpostas pessoas; que comprovantes de pagamentos e de depósitos, cópias de cheques, boletos, ordens de pagamento apreendidos na RBM provam que recursos financeiros em nome da mesma serviam para quitar débitos de outras empresas do grupo e à pág. 1.250, relaciona cheques da RBM que foram utilizados na quitação de despesas da autuada, no total de R\$74.869,35, no mês 11/2010;

b. à pág. 1.257, pagamentos de compras da autuada, efetuados por meio de transferências eletrônicas da conta corrente da RBM, totalizando R\$1.043.561,36 em 11 e 06/2010; à pág. 1.265, R\$110.622,28 pagos pela RBM referente a despesas da autuada num só dia, em 20/10/2010; à pág. 1.266, consta e-mail enviado à autuada em 09/06/2010, pelo fornecedor Novelis em que pergunta “*Favor informar como iremos faturá-lo, se para RBM com operação triangular para a INBRA*”; c. págs. 1.268/1.269, relatam que identificaram a emissão da NF supostamente emitida pela RBM/SP, mas por computador cujo endereço IP é de propriedade da autuada; também no caso da RBA, constataram que as NF desta foram transmitidas a partir do mesmo equipamento cujo IP é de propriedade da autuada (págs. 1.277/1.278);

d. págs. 1.279/1.285, transcrição de e-mail interno do Grupo Canto intitulado “Operação RBM”, com instruções para simulação de industrialização em outro Estado, relativas à autuada;

e. pág. 1.340, item e:

e) Documento localizado no DAC (departamento administrativo do Grupo, que centralizava a Direção deste) relaciona títulos bancários de diversas empresas do Grupo INBRA, inclusive das unidades fabris INBRA I e INBRA II, pagos por contas bancárias da RBM, através de cheques, boletos ou transferências, totalizando pagamentos de R\$ 3,6 milhões em um único dia (item 4.3.13);

95. As diligências do Fisco Estadual concluíram que:

a. Pág. 1.231: RBA e RBM são pequenos depósitos com capacidade única para o manuseio de sucata, sem estrutura física nem equipamentos para as operações declaradas em seus documentos fiscais (pág. 1.208, fl. 9 do Anexo-Sefaz); e a INBRA I e INBRA II, produzem alumínio na forma bruta a partir de sucata, e produzem de alumínio manufaturado constante dos documentos fiscais (págs. 1.208/1.209 – fls. 9/10 do Anexo-Sefaz, Volume 1) ;

b. Empresas Simuladas: o Grupo Canto criou as empresas RBM e RBA (págs. 1.238/1.240, fls. 39/41, do Anexo-Sefaz, Volume 1), e explica que o esquema fraudulento consiste em três modalidades de

simulação, e que no intuito de dificultar a fiscalização e dar uma aparência de legalidade às operações da RBM e RBA, o Grupo INBRA recebia os pagamentos de seus clientes por meio de contas bancárias de titularidade da RBM e RBA, no entanto, conforme item 4.3.1.3, o Grupo utilizava-se destas contas para pagar despesas de suas empresas:

1) Vendas internas de sucata e alumínio bruto com destaque indevido de ICMS, burlando a legislação tributária que impõe o diferimento nas vendas de alumínio bruto (NCM 7601) e sucatas de alumínio (NCM 7602) realizadas dentro do Estado.

2) Vendas internas discriminando no documento fiscal como se fosse alumínio manufaturado, produto que o Grupo não produz ou adquiriu para revenda, uma vez que se aplica ao alumínio manufaturado a sistemática normal de tributação, permitindo destaque de imposto e aproveitamento por parte de seus clientes.

3) Venda de alumínio bruto aos clientes do Grupo através das unidades fluminenses, simulando operações interestaduais e gerando direito a crédito de ICMS de 12%.

(...)

Há menções, por parte de clientes do Grupo INBRA, de triangulações de operações, e de seus "preços bastante competitivos". Evidentemente, essa competitividade dos preços vem da vantagem de fornecer créditos de ICMS, a qual não favorece os fornecedores cumpridores da legislação tributária.

Nos Apêndices deste trabalho constam os relatórios específicos, detalhando as operações irregulares da RBM/SP, RBM/RJ, RBA/SP, RBA/RJ e INBRA I, relacionados às modalidades acima mencionadas-“

c. Pág. 267, outra conclusão fiscal foi de que a INBRA I e INBRA II vendem seus produtos aos seus clientes; As notas fiscais são emitidas pelas empresas RBM e RBA; os clientes efetuam os pagamentos, por vezes, às empresas emitentes da Nota Fiscal; para que o dinheiro, pertencente a INBRA I e INBRA II, retorne a elas a RBM e a RBA, conforme demonstramos mais adiante, quita as obrigações das “INBRAs”.

Pág. 1.242, fl. 43 do Anexo-Sefaz, Volume 1, consta também a seguinte constatação de que a INBRA fabrica lingotes, vende-os aos seus clientes como se fosse alumínio manufaturado, com destaque de ICMS, para possibilitar o creditamento do adquirente e, para isto, se utiliza de notas fiscais da empresa RBM/SP, cujo quadro societário foi composto propositadamente por interpostas pessoas, como será demonstrado na sequência deste trabalho e que essa sistemática foi arquitetada para que a responsabilidade sobre o pagamento do imposto recaísse toda sobre a RBM/S, a qual, evidentemente, não o faz.

5.6.1.1 Sonegação fiscal do ICMS.

96. 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 o contribuinte sonegou um tributo estadual que, necessariamente, sonegaria tributos federais, objetos da presente autuação; contudo, todas as irregularidades descritas e principalmente a falta de contabilidade mantida na forma exigida pela legislação tributária ensejaram a autuação, dado que o contribuinte não logrou provar que os alegados prejuízos que justificariam o não recolhimento nem a confissão em DCTF ou Dacon, de débitos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, correspondiam à realidade.

5.6.1.2 Constatação de formação de Grupo Econômico.

97. O Anexo-Sefaz, especialmente o Volume 1, págs. 1.200/1.399, descreve com fartos 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 .*

98. A base das conclusões sobre a formação de um grupo econômico de fato, foi em síntese: endereços coincidentes, 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. 377/1.197, e discrepâncias entre movimentação financeira e receita bruta identificada, págs. 268/272: 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.

99. 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.

100. O impugnante credita a autuação e arbitramento do lucro ao fato de ter sido caracterizado a autuada pertencer a Grupo Econômico – mais uma vez 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.)

101. 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.

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

102. Pugna pela existência de elementos para fiscalização no lucro real e, conseqüentemente, 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.

103. 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.

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

a. págs. 5.073/21.952:

i. págs. 5.073/5.196, 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; também, como já se descreveu, foi provado que as remessas para a RBA eram fictícias, visando criar créditos de ICMS para clientes; em síntese, estes documentos não alteram as conclusões fiscais e sequer fazem parte da contabilidade da autuada; também não consta qualquer documento referente a cobrança ou pagamento de mão-de-obra citados no título.

ii. págs. 5.197/6.753, 6.757/8.430, 8.434/10.074, continuação das Notas Fiscais, exemplo:

1. “RBA – RJ Notas de entrada Industrialização NF. 9017/16026, Segue retorno e cobrança mão de obra NF 16111/16113/16115”:

a. Documentos Aux de Nota Fiscal Eletrônica 9017 de saída da RBA Reciclagem e Industr de Alumínio e Metais Ltda CNPJ 12.293.421/0001-37, para a autuada (a única localizada neste lote de documentos), em 16/08/2011, R\$75.615,00, 25,205 ton de sucata;

b. Doc Aux de Nota Fiscal Eletrônica 16026 de entrada para industrialização na empresa INBRA (CNPJ 47.914.6221/0001-39, não é a autuada) de sucata de alumínio, remetidas pela RBA - RJ, 14/09/2011, R\$75.615,00, quantidade 25,205 ton;

c. Documentos Aux de Nota Fiscal Eletrônica 16111 de saída de serviço de industrialização, da INBRA (CNPJ 47.914.6221/0001-39, não é a autuada), para a RBA -RJ, em 16/09/2011, R\$2.750,00, 5,5 ton de alumínio líquido;

d. Documentos Aux de Nota Fiscal Eletrônica 16113 de saída de serviço de industrialização, da INBRA (CNPJ 47.914.6221/0001-39, não é a autuada), para a RBA -RJ, em 16/09/2011, R\$6.500,00, 13,0 ton de ligas de alumínio;

e. Documentos Aux de Nota Fiscal Eletrônica 16115 de saída de Ret. Mat.Prima Rec, da INBRA (CNPJ 47.914.6221/0001-39, não é a autuada), para a RBA -RJ, em 16/09/2011, R\$34.092,00, 11,3640 ton de sucata de alumínio.

2. Comentário: a primeira nota fiscal apresentadas se refere a saída de sucata da RBA-RJ destinada para a autuada e retorno de sucata e alumínio industrializado, para a mesma RBA, porém, enviados por outra empresa do grupo, a INBRA Ind e Com de Metais Ltda, CNPJ 47.914.221/0001-39; as demais notas fiscais seguem o padrão descrito no item anterior, ou seja se referem à INBRA CNPJ 47.914.221/0001-39, que não é a autuada; também não consta qualquer documento referente a

cobrança ou pagamento de mão-de-obra; em síntese, estes documentos não alteram as conclusões fiscais.

iii. Págs. 10.075/10.085:

1. intitulado “*Demonstrativo nº 5 – aquisição da empresa RBA – RJ, notas fiscais eletrônicas emitidas pela RBA-RJ, referente entrada de PRODUTOS, lançadas no livro registro de entradas do período EM DUPLICIDADE*”, de 30/03/2012 a 01/11/2012”; 2. Registro de Entradas (Parcial) 11/2012, 03/2012;

3. Resumo dos CFOPs-Entradas da INBRA, CNPJ 47.914.221/0001-39, que não é a autuada;

4. Apuração do ICMS da INBRA, CNPJ 47.914.221/0001-39, que não é a autuada;

5. Págs. 10.086/: impugnação da INBRA, CNPJ 47.914.221/0001-39, que não é a autuada, contra autuação pelo fisco do Estado de São Paulo;

iv. Págs. 10.114/10.164, intitulado “*Com relação ao demonstrativo nº 1 Segue informações da GIAS com os estornos do ICMS, e as notas fiscais*”: todos referentes à INBRA, CNPJ 47.914.221/0001-39 e à RBA – SP (Reciclagem de Alumínio Ltda, CNPJ 08.874.458/0002-62) sem conexão com a autuada;

v. Págs. 10.165/10.320, intitulado “*Com relação ao demonstrativo nº 2 Segue comprovações das operações realizadas*”:

1. Demonstrativo nº 2 – Saídas para a RBA – SP de 04/2009 a 09/2011, com o título “*TRATA-SE DE N.F.E. MOD. 55. COM INDICAÇÃO FALSA QUANTO AO DESTINATÁRIO DAS MERCADORIAS - SAÍDAS da empresa INBRA*”;

2. sub título “*Reciclagem Brasileira de Alumínio Notas de entrada Industrialização NF. 73, Segue retorno e cobrança mão de obra NF 1346/1347*”; exemplo:

a. Doc Aux de Nota Fiscal Eletrônica 73 de saída da RBA Reciclagem e Industr de Alumínio e Metais Ltda CNPJ 08.874.458/0002-62 (RBA – SP), de remessa para industrialização para INBRA, CNPJ 47.914.221/0001-39, que não é a autuada; 09/04/2009, R\$26.400,00, 12,0 ton de sucata de alumínio

b. Doc Aux de Nota Fiscal Eletrônica 1346 de saída de Ret. Mat.Prima Rec, da INBRA (CNPJ 47.914.6221/0001-39, não é a autuada), para a RBA - SP, em 11/08/2009, R\$92.760,00, 40,0 ton de sucata de alumínio;

c. Doc Aux de Nota Fiscal Eletrônica 1347 de saída de Serv Industrialização, da INBRA (CNPJ 47.914.6221/0001-39, não é a autuada), para a RBA - SP, em 11/08/2009, R\$32.000,00, 40,0 ton de processamento - sucata de alumínio;

d. RECIBO emitido pela INBRA (CNPJ 47.914.6221/0001-39, não é a autuada), 26/08/2009, emitido em nome da RBA - SP, R\$32.000,00, ref NF 1347; - Não consta comprovante do pagamento.

3. Comentário: o impugnante apresenta notas fiscais de remessa de sucata da RBA para a INBRA I (não é a autuada) para fins de industrialização da sucata de alumínio e notas fiscais de retorno, também de sucata e recibo que comprovariam o pagamento do serviço pela RBA à INBRA I (não é a autuada) – esses documentos foram apresentados visando desqualificar o Demonstrativo nº 2, porém, além de não serem atinentes à autuada, não há prova de que o Recibo tenha sido pago e tampouco registros contábeis a apoiar a operação; além de que o relatório de fiscalização do Estado concluiu e provou que as remessas para a RBA eram fictícias, visando criar créditos de ICMS para clientes; em síntese, estes documentos não alteram as conclusões fiscais.

vi. Págs. 10.321/10.341, exemplo:

1. Doc Aux de Nota Fiscal Eletrônica 1349 de saída da RBA – SP, de remessa para industrialização para INBRA, CNPJ 47.914.221/0001-39, que não é a autuada; 17/12/2009, R\$110.943,08, 24,999 ton de tarugo de alumínio;

2. Doc Aux de Nota Fiscal Eletrônica 2917 de saída de Ret. Sim. Mat. R, da INBRA (CNPJ 47.914.6221/0001-39, não é a autuada), para a RBA - SP, em 29/12/2009, R\$110.413,52, 24,981 ton de tarugo de alumínio;

3. Doc Aux de Nota Fiscal Eletrônica 2930 de saída operação Industrialização, da INBRA (CNPJ 47.914.6221/0001-39, não é a autuada), para a RBA - SP, em 30/12/2009, R\$12.499,50, 24,998 ton de Processamento - tarugo de alumínio;

4. Comentário: notas fiscais de envio pela RBA – SP, para a INBRA (não a autuada) de devolução desta para a primeira dos tarugos processados; não atinentes à autuada, além de que o relatório de fiscalização do Estado concluiu e provou que as remessas para a RBA eram fictícias, visando criar créditos de ICMS para clientes;

vii. Págs. 10.342/11.058, 11.062/12.044, 12.143/14.333, 14.337/15.737, 15.741/17.557, 17.561/19.221, 19.225/21.100, 21.104/21.691, exemplo:

1. “RBA – RJ Notas de entrada Industrialização NF. 2419, Segue retorno e cobrança mão de obra NF 12026 e 12025”:

a. Documentos Aux de Nota Fiscal Eletrônica 12026 de saída da autuada, para a RBA – RJ, referente a Serv Industrialização, em 22/03/2011, R\$4.000,00; 8,0 ton;

b. Documentos Aux de Nota Fiscal Eletrônica 12025 de saída da autuada, para a RBA – RJ, referente a Ret. Mat.Prima Rec, em 22/03/2011, R\$27.273,00; 9,091 ton.

2. Comentário: as notas fiscais apresentadas se referem a operações entre a autuada e a RBA – Rio, sendo que a quase totalidade delas se trata apenas das NF de saída da empresa autuada para a RBA - Rio; foram também apresentadas notas do ano 2012, fora do período autuado; - como já se descreveu, foi provado que as remessas para a RBA eram fictícias, visando criar créditos de ICMS para clientes; também não consta qualquer documento referente a cobrança ou pagamento de mão-de-obra; em síntese, estes documentos são insuficientes para reverter as conclusões fiscais

viii. Págs. 21.693/21.713:

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.

105. 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, já descrita neste voto.

106. Contudo as notas fiscais apresentadas, e alguns poucos Recibos desacompanhados da comprovação de pagamento, não têm o condão de reverter as conclusões baseadas em provas, que se descreveu.

5.6.3 Diligência.

107. Primeiramente, é de se destacar que o contribuinte não apresentou documentação contábil da empresa, para fins da apuração do lucro real pleiteada na impugnação; a argumentação a respeito de rateio de despesas, o que justificaria os pagamentos de despesas da autuada, por outra empresa, tampouco está apoiada por qualquer documento; 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.

108. Ora, tendo sido intimado e reintimado a apresentar os livros fiscais, Diário, Razão, Registros de Entrada e Saída, apresentou-os de forma que não atendiam aos requisitos exigidos pela legislação; tampouco apresentou a ECD, sujeitou-se portanto, ao arbitramento do lucro.

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

110. 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.

111. 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)*

5.7 DOLO.

112. 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.

113. De fato, cabe analisar se houve dolo.

114. Como já esclarecido neste voto, a fiscalização não ataca a formação de grupo econômico, porém o fato de ter sido utilizado para fins de sonegação.

115. A autuada está caracterizada como parte do Grupo Canto e o dolo deve ser julgado neste contexto, uma vez que as empresas atuam em conjunto e as finanças das mesmas se confundem, comandadas por uma Direção única.

116. Por isso, o dolo detectado na atuação do Grupo Canto, se aplica à autuada.

117. Como se caracteriza este dolo?

118. Primeiramente, pela existência de empresas com quadros societários formados por interpostas pessoas, que são as empresas RBM REC.E IND.BRAS.DE AL.E METAIS LTDA, CNPJ 10.216.871/0001-09 e RBA REC. E IND. DE AL. E METAIS LTDA, CNPJ 12.293.421/0001-37, conforme descrito e documentado às págs. 302/339, e com as quais a autuada opera em conjunto, conforme já descrito neste voto, e ainda outras interposições na Castmetal, Steelman, Canto dos Metais, INBRA (CNPJ 47.914.221/0001-39) descritas às págs. 278/301, 341/342; além disso, tais empresas foram caracterizadas como “simuladas”, e atuaram de forma a criar “confusão patrimonial”.

119. Pela confusão patrimonial: tais empresas foram identificadas como meros depósitos, sem capacidade de operações que constaram em notas fiscais por elas emitidas e as operações de remessa e retorno eram apenas “no papel”; também, a RBM pagava contas da autuada a exemplo do relatado às págs. 1.250 e 1.257 (fls. 51 e 57 do Anexo –Sefaz, Volume 1); págs. 1.019/1.034, a INBRA CNPJ 47.914.221/0001-39; págs. 1.035/1.036 Ind Brás de Reciclagem Ltda; págs. 1.037/1.086, produtos com NF da autuada, vendidos para a INBRA CNPJ 47.914.221/0001-39, que desenvolve a mesma atividade; pagamentos pela LATASA, conforme págs. 1.087/1.108, com desconto de 71,45%, de produtos da autuada (às págs. 251/262, 272/276, estão descritas situações análogas, relativas às outras empresas do Grupo); empresas do grupo realizaram aquisições, sem capacidade financeira para tanto, descrito à pág. 343.

120. Pela ocultação de tributos devidos: às págs. 154/159, constam as DCTF, sendo que em todas declarou “Não há débitos”, ano 2009; 2010 (omissa, só tendo entregue a de 12/2010) e 2011 (omissa, só tendo entregue a de 12/2011); isto é o contribuinte consignou na Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, documento que constitui confissão de dívida pelo contribuinte de tributos devidos, que “Não há débitos”, págs. 3.994/3.996; nos Demonstrativos de Apuração das Contribuições Sociais - DICON – págs. 160/161 – “*Não foi encontrado nenhum registro.*”. No que tange às DIPJ, que não é confissão de dívida, tem-se:

ano-calend	Movimentação financeira identificada	Receita Bruta apurada pela fiscalização	Receita - DIPJ
2009	1.284.375,42	2.476.346,05	14.557.122,00
2010	8.498.109,68	132.140.067,20	0,00
2011	48.833.224,24	284.656.821,34	173.645.312,67

121. 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, DACON e as DCTF evidenciaram-se falsos.

122. Pela atuação em conjunto com as demais empresas do Grupo, na simulação de vendas e trânsito de recursos financeiros entre as mesmas, sem base legal.

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

5.7.1 Multa qualificada

124. 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 toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

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

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

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

125. 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.

126. 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.

127. As conclusões deste voto são de que a empresa prestou informação falsa às autoridades fazendárias, objetivando sonegar impostos e contribuições; a empresa atuou em conjunto, o que caracteriza um ajuste doloso ou conluio, com as empresas do Grupo da qual fazem parte empresas com pessoas interpostas nos quadros sociais, o que caracteriza fraude.

128. Assim, caracterizado o dolo, correta a qualificação da multa.

Subscrevo, portanto, a integralidade das razões de decidir acima transcritas.

Nada obstante, no que concerne ao agravamento das multas aplicadas, peço vênia para divergir da decisão recorrida. Isto porque, sobre o tema, o Termo de Verificação e Constatação de Irregularidade Fiscal (fls. 3984 a 4003) apenas motiva tal iniciativa no fato de a contribuinte não ter atendido às intimações fiscais para a apresentação de livros e elementos referentes à escrituração contábil/fiscal. Neste sentido, no item 1 daquele termo, a autoridade fiscal assim se manifestou:

A presente ação fiscal foi iniciada por meio do Termo de Início do Procedimento Fiscal, com data de ciência ao contribuinte em **15/03/2012**, sendo este intimado a apresentar: os livros: diário; razão; de entradas e de saídas, além do contrato social e suas alterações nos últimos cinco anos.

A empresa apresentou todos estes livros, porém, sem as formalidades legais, e todos em folhas soltas. Na data de 01/04/2014 estes documentos foram devolvidos para o contribuinte, através de Termo de Devolução de Documentação assinado por Juliano Secário, o contador da empresa.

Durante todo o período da ação fiscal, por pelo menos dois anos, a empresa foi intimada e reintimada a apresentar a sua contabilidade, porém em nenhum momento o fez.

A partir de 29/01/2013 a execução do procedimento fiscal ficou a cargo do Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, EDILSON ISIDORO, MATR. SIPE/SIAPE 00877342 / 0954198, em substituição ao Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, PAULO TAKEHICO SAITO, MATR. 00063816, conforme MPF – MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL acima assinalado, e alterado em 29/01/2013.

Lavramos o Termo de Intimação Fiscal em 11/04/2014, com data da ciência ao contribuinte em 15/04/2014, para que este fizesse a entrega da Escrituração Contábil Digital (ECD), através da transmissão do arquivo digital para o SPED – Sistema Público de Escrituração Digital, porém a empresa, até o momento, não o fez.

A partir de 12/05/2014 a execução do procedimento fiscal, passou a ser realizada pelo Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil – Edilson Isidoro – Matr. 00877342 conjuntamente com a Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil – Wilma Carvalho Barbosa dos Anjos – Matr. 00862997, conforme MPF – Mandado de Procedimento Fiscal, acima assinalado, alterado em 12/05/2014.

Sei que boa parte da jurisprudência desta Casa inclina-se no sentido de restringir o agravamento da multa às situações em que a falta de cooperação do contribuinte causa prejuízos para a ação fiscal. Noutros casos, a ideia de “causar prejuízos” é substituída por expressões de conteúdo semelhante como “dificultar”, “impedir” ou “embaraçar” a fiscalização.

Nada obstante, não concordo com esse entendimento.

Para começar, a redação do artigo 44, § 2º, “a”, da Lei nº 9.430/96, enuncia um critério absolutamente distinto: o “não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos”. Admito até discutir a amplitude do conceito indeterminado “prestar esclarecimentos”, mas não vejo motivo para impor uma restrição que a lei não previu.

Ademais, como inferir que não houve prejuízo, dificuldade, impedimento ou embaraço à fiscalização se não se pode ter certeza de que outros fatos poderiam estar sendo ocultados? E se tais fatos ensejassem créditos tributários de maior soma? E se comprovassem outras responsabilidades tributárias? E se motivassem a ampliação da ação fiscal (tributos, períodos, outros contribuintes)? E se, por outro lado, atuassem em benefício dos sujeitos passivos, não haveria também que se considerar o prejuízo de uma ação fiscal que indevidamente imputou o ônus tributário?

O dever de prestação de informações à Receita Federal tem respaldo legal e foi consolidado nos artigos 927 e 928 do RIR/99, *verbis*:

Art. 927. Todas as pessoas físicas ou jurídicas, contribuintes ou não, são obrigadas a prestar as informações e os esclarecimentos exigidos pelos Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional no exercício de suas funções, sendo as declarações tomadas por termo e assinadas pelo declarante (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º).

Art. 928. Nenhuma pessoa física ou jurídica, contribuinte ou não, poderá eximir-se de fornecer, nos prazos marcados, as informações ou esclarecimentos solicitados pelos órgãos da Secretaria da Receita Federal (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 123, Decreto-Lei nº 1.718, de 27 de novembro de 1979, art. 2º, e Lei nº 5.172, de 1966, art. 197).

Portanto, a falta de resposta à intimação que solicita informações ou esclarecimentos caracteriza verdadeira falta de respeito para com a Administração Tributária. Por isso, a determinação legal é de que tal conduta deva ser penalizada.

Sem embargo, as informações solicitadas não poderão ter conteúdo dissociado daquilo que for razoavelmente necessário para a apuração das situações fáticas concernentes aos tributos e períodos preestabelecidos para a ação fiscal. Nada impede, contudo, se as respostas fornecidas revelarem indícios de que houve descumprimento de obrigações tributárias em outros tributos e/ou períodos, que seja solicitada a ampliação da ação fiscal. A partir de então, os elementos solicitados deverão estar circunscritos dentro dessa nova amplitude. Obedecida essa premissa, o agravamento da multa nada mais é do que a sanção legal para o não cumprimento do mencionado dever legal de prestação de informações. Diante disso, prefiro seguir a literalidade da lei.

Por outro lado, quando a lei prevê uma consequência direta para a não apresentação dos elementos solicitados, entendo que não cabe o agravamento. É o caso, por

exemplo, da não apresentação da escrituração contábil/fiscal, que acarreta o arbitramento do lucro. Ou da não apresentação da documentação comprobatória de uma determinada despesa, que autoriza a sua glosa. E também da não comprovação da origem de depósitos bancários, que concretiza a presunção legal de omissão de receita. Nestes casos, o conflito normativo é resolvido pelo critério da especialidade de modo que os elementos solicitados não podem ser incluídos no âmbito dos “esclarecimentos” veiculados no artigo 44, § 2º, “a”, da Lei nº 9.430/96.

Este, aliás, foi entendimento consubstanciado na Súmula CARF nº 96, *verbis*:

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.

No presente caso, não houve a solicitação direta de elementos que poderiam ampliar o contexto da fiscalização. Os pedidos focaram na apresentação de livros e elementos referentes à escrituração contábil/fiscal cujo não atendimento resultou no arbitramento. O fato de a empresa não ter atendido às intimações é que possibilitou o arbitramento com base na receita então conhecida. A DRJ até verificou que houve também uma intimação para entrega de demonstrativos de bases de cálculo do PIS e da COFINS, contudo, sua apresentação não influiria na apuração dessas contribuições com base no regime cumulativo aplicado quando há o arbitramento.

É de se aplicar, portanto, o entendimento da Súmula nº 96 e afastar o agravamento das multas aplicadas (reduzindo o seu percentual de 225% para 150%).

- Das responsabilidades solidárias:

Conforme Termos de Responsabilidade Passiva Solidária lavrados em face das pessoas (físicas e jurídicas) apontadas como responsáveis, a imputação dessa condição foi fundamentada no art. 124, I, do CTN. Este dispositivo prescreve que:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

O interesse comum é um conceito indeterminado que exige construção jurisprudencial. De imediato, impõe-se a consagrada interpretação segundo a qual ocorre tal hipótese quando duas ou mais pessoas se instalam no mesmo lado da relação obrigacional escolhido pelo legislador para a configuração da sujeição passiva tributária (exemplo clássico dos coproprietários de um imóvel em relação ao IPTU). Além disso, o STJ cristalizou o entendimento de que o fato de haver empresas que pertençam ao mesmo grupo econômico, por si só, não enseja a responsabilidade solidária (AgRg no REsp nº 1.102.894, AgRg no Ag nº 1.055.860, REsp nº 834.044, REsp nº 1.001.450). Portanto, em situações semelhantes, há que se demonstrar algo mais do que a mera pertinência dentro do grupo econômico.

Entendo que caracteriza-se também o interesse comum quando é constatada a existência de pessoas diretamente beneficiadas por recursos financeiros ou patrimoniais fornecidos pelo contribuinte. No caso de pessoas jurídicas, normalmente essa situação vem acompanhada de uma ligação umbilical entre atividades aparentemente independentes, marcada pela confusão patrimonial, vinculação gerencial e coincidência de sócios administradores. No

caso de pessoas físicas, normalmente há a apropriação direta dos recursos da empresa contribuinte, marcada pela obtenção de empréstimos ou usufruto de bens desprovidos de maiores formalidades. Essas pessoas não possuem apenas o interesse mediato no resultado econômico-financeiro das atividades da empresa contribuinte, como é o que ocorre, de regra, com qualquer pessoa que regularmente pertença ao quadro societário de uma empresa. Têm também o interesse imediato e comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal (a receita, o lucro). Isso porque se beneficiam dessas situações jurídicas diretamente, dispensando a regular distribuição de lucros, por obra da confusão patrimonial estabelecida entre suas esferas pessoais e a da empresa contribuinte.

No presente caso, como já bem apontado pela fiscalização e convalidado pela DRJ, o quadro de confusão patrimonial entre as diversas pessoas apontadas como responsáveis e a empresa contribuinte está fartamente demonstrado no “RELATÓRIO GRUPO-CANTO” (fls. 1213 e seguintes) envolvendo, inclusive, práticas de blindagem patrimonial e utilização de interpostas pessoas.

Portanto, correta a imputação das responsabilidades com base no art. 124, I, do CTN.

No que concerne às pessoas físicas, os Termos de Responsabilidade Passiva Solidária também foram fundamentados no art. 135, III, do CTN. Confira-se, então, a sua disposição:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Pelo que se depreende, os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas, pelo fato de terem praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei que resultaram na obrigação tributária objeto da autuação, são considerados responsáveis pelos créditos tributários lançados.

Para que se comprovem tais atos (com excesso de poderes ou infração de lei), há que se atribuir uma conduta dolosa ou, pelo menos, culposa a pessoas qualificadas como dirigentes (mesmo que de fato) da pessoa jurídica. O exemplo mais frequente da conduta culposa é a dissolução irregular das sociedades na esteira do que entende a jurisprudência do STJ (Súmula 435).

A necessidade de mera culpa para a caracterização do ato ilícito exigido pelo artigo 135 do CTN foi bem esclarecida no Parecer PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009, *verbis*:

59. A respeito da necessidade de presença de ato doloso por parte do administrador ou da suficiência da presença de culpa, deve-se observar que, ao contrário do que defende parte da doutrina, a jurisprudência maciça do STJ exige tão-só a presença de “infração de lei” (= ato ilícito), a qual, pela teoria geral do Direito, pode ser tanto decorrente de ato culposo como de ato doloso (não obstante alguns poucos acórdãos referirem expressamente à necessidade de prova do dolo, em

contraposição à imensa maioria que exige somente a culpa). Logo, se a lei e a jurisprudência não separaram as hipóteses de culpa em sentido estrito e dolo, tanto um quanto outro elemento subjetivo satisfaz a hipótese do art. 135 do CTN. Em verdade, o Direito Tributário preocupa-se com a externalização de atos e fatos, não possuindo espaço para a persecução do dolo; basta a culpa.

No presente caso, o mesmo “RELATÓRIO GRUPO-CANTO”, no seu item 4.1.1 (fls. 1814 a 1815), detalha a participação dos integrantes da família de MANOEL DO CANTO NETO (apontados como responsáveis também com base no art. 135, III) nas condutas dolosas perpetradas pelo Grupo INBRA. Inexistem, portanto, dúvidas quanto à correta atribuição da responsabilidade também com base neste fundamento.

- Dispositivo:

Pelo exposto, oriento meu voto no sentido de: (i) não conhecer o recurso da Sra. ELIANA REGINA ALVES DO CANTO; (ii) rejeitar as preliminares de nulidade; (iii) e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário apresentado apenas para afastar o agravamento das multas aplicadas (reduzindo o seu percentual de 225% para 150%).

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio

Declaração de Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca

Com o máximo respeito ao D. Relator, e aos meus pares, mas particularmente quanto à solidariedade, e a imposição da responsabilidade tributária, a autuação padece de importante vício de fundamentação o que, *a priori*, encerraria a sua, que o diga, anulação.

De acordo com o TCF, e com o próprio acórdão recorrido, tem-se o seguinte apontamento:

b. Empresas Simuladas: o Grupo Canto criou as empresas RBM e RBA (págs. 1.238/1.240, fls. 39/41, do Anexo-Sefaz, Volume 1), e explica que o esquema fraudulento consiste em três modalidades de simulação, e que no intuito de dificultar a fiscalização e dar uma aparência de legalidade às operações da RBM e RBA, o Grupo INBRA recebia os pagamentos de seus clientes por meio de contas bancárias de titularidade da RBM e RBA, no entanto, conforme item item 4.3.1.3, o Grupo utilizava-se destas contas para pagar despesas de suas empresas:

Esse, me parece, o único fato relevante para considerar (e não cravar) a possibilidade de aplicação do art. 124, I, do CTN. Mas, a luz da minha interpretação do artigo 124 seria possível afirmar que as demais empresas realizam o fato gerador das exações aqui tratadas de sorte a caracterizar o interesse comum preconizado pelo preceptivo? Os recursos que lhes são transferidos são apropriados pela própria autuada... não há, assim, compartilhamento de lucro, mas, apenas, uma tentativa de ocultação deste. E, ainda assim, semelhante fato justificaria, quando muito, a hipótese de imposição solidária às empresas RBM e RBA (já que a D. Fiscalização nada diz quanto as demais).

A CDC e MCN são, como admitido pela fiscalização, empresas patrimoniais criadas, não para ocultar a ocorrência do fato gerador ou modificar-se-lhe as características intrínsecas, mas, tão só, para blindar o patrimônio da autuada. Neste caso, esta conduta, ainda que moralmente atacável, e que, mais, permite uma possível desconsideração por fraude a credor, nem de longe se presta para evidenciar o “interesse comum” a que alude o art. 124, I, do CTN.

O mais importante, contudo, é que, para a fiscalização, a mera existência de “grupo econômico” evidenciaria o compartilhamento do interesse comum tratado pelo citado artigo e isto, diga-se, ao menos sob uma interpretação mais restritiva do citado preceptivo, não permite a imposição solidária da obrigação. E isto está substancialmente claro a partir da seguinte passagem do TCF:

Conclui-se, portanto, que as Empresas MCN e CDC bem como as empresas pertencentes aos “GRUPO_CANTO” [...] tiveram interesse e se beneficiaram das situações que constituíram os fatos geradores das obrigações tributárias tratadas no presente termo, sendo, portanto, solidariamente obrigados ao pagamento de tributo ou penalidade e pecuniária [...].

O problema, assim, não se volta objetivamente para existência efetiva de elementos que possam, realmente, tipificar a hipótese de solidariedade, mas, outrossim, a falta de um apontamento objetivo, por parte do fisco, de tais elementos (valendo a crítica de que boa parte das considerações propostas pela DRJ não foram extraídas do TCF, mas do relatório produzido pela SEFAZ).

E este mesmo problema é observado quanto a imposição da responsabilidade com espeque nos preceitos do art. 135, III, do CTN, já que, pelo que afirma o Agente Autuante, tal imposição decorreria, tão só, do fato serem administradores das empresas e, outrossim, porque estas pessoas físicas teriam “*interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal*”.

E não há, sequer, uma individualização das condutas, porque, algumas destas pessoas físicas, sequer, são pertencentes ao quadro societário da autuada.

Isto é, a D. Auditoria confunde, claramente, os institutos tratados pelos arts. 124, I, e 135, III, do CTN, deixando, noutro giro, de apontar, de forma clara, a conduta ilícita que se amoldaria à qualquer uma das situações contempladas pelo art. 135, III.

Com a renovada vênua, e pelo que expus acima, divirjo do D. Relator quanto a imposição da solidariedade passiva tributária e da responsabilidade tributária fincada com base no art. 135, III, do CTN.

Diante disto, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário, para, cancelar o agravamento da multa (tal como proposto pelo relator) e, ainda, para, face a patente nulidade da autuação neste ponto, afastar a imposição solidária da obrigação (com base no art. 124, I, do CTN) e, outrossim, a responsabilização tributária com espeque nos preceitos do art. 135, III, do CTN.

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca