



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	19515.720772/2016-65
RESOLUÇÃO	1402-001.931 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	10 de novembro de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	ALUMÍNIO MARPAL LTDA., VINCENZO TROFA, ALBERTOTROFA E PAOLA CLEMENTE TROFA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Conversão do Julgamento em Diligência

RESOLUÇÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto da Relatora.

Assinado Digitalmente

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça – Relatora

Assinado Digitalmente

Paulo Mateus Ciccone – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Alexandre Iabrudi Catunda, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Rafael Zedral, Ricardo Piza di Giovanni, Alessandro Bruno Macedo Pinto, Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em desfavor do Acórdão nº 16-80.635, pela 3ª Turma da DRJ/RPO que julgou julgar improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido, bem como a responsabilidade tributária solidária dos sócios-administradores da contribuinte.

Por bem relatar os fatos, adoto o relatório do acórdão de piso:

“Da Autuação

Trata o presente processo de lançamento de ofício relativo ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o PIS/Pasep, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social(Cofins), Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) e Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); relativos ao ano-calendário 2011, em que foi constituído o seguinte crédito tributário (com juros de mora calculados até dezembro/2012 e multa de ofício de 150% já inclusos):

Processo	Documento	Tributo	Crédito Tributário
19515-720.772/2016-65	Auto de Infração	PIS/PASEP	R\$ 55.702,24
19515-720.772/2016-65	Auto de Infração	IRPJ	R\$ 608.999,93
19515-720.772/2016-65	Auto de Infração	CSLL	R\$ 167.171,96
19515-720.772/2016-65	Auto de Infração	IRRF	R\$ 1.509.706,27
19515-720.772/2016-65	Auto de Infração	COFINS	R\$ 256.568,03
Total do Crédito Tributário			R\$ 2.598.148,43

Processo	Documento	Tributo	Crédito Tributário
19515-720.772/2016-65	Auto de Infração	IPI	R\$ 90.529,16
Total do Crédito Tributário			R\$ 90.529,16

Tal procedimento teve origem no Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF) nº 08.1.90.00-2016-01677-6, para verificação das informações relacionadas aos impostos e contribuições em tela, de acordo com a opção de tributação da contribuinte (lucro real), com apuração trimestral do IRPJ e da CSLL e o regime de apuração não cumulativo de PIS e Cofins, conforme Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica(DIPJ) do ano-calendário 2011 e Demonstrativos de Apuração das Contribuições Sociais(Dacon) do mesmo período.

Os fundamentos fáticos e jurídicos que ensejaram a autuação foram delineados no Termo de Verificação Fiscal de fls. 653/667 e anexos que o integram (fls. 668/673), sendo a seguir destacados os principais.

Dos Fatos

Os fatos objeto da fiscalização em tela decorrem de ação fiscal em face do sujeito passivo Cleber Martins Costa, CNPJ 08.330.150/0001-75, em que se constatou a inidoneidade dos documentos por este emitidos, ante a inexistência das operações descritas nos documentos fiscais, tudo conforme apurado nos Termos de Distribuição de Procedimento Fiscal - Fiscalização (TDPF-F) nº 0819000-2014-01748-1 e Diligência (TDPF-D) nº 08.1.90.00-2014-02809-2. Sobre tais procedimentos, assim relatou a Fiscalização:

5. A pessoa jurídica Cleber Martins Costa é uma empresa individual de responsabilidade Limitada - EIRELI, de nome fantasia Alunobre, requereu e

obteve o registro de empresário individual na Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP, NIRE 35121970140 em 22/09/2006, informando atividade de comércio atacadista de metais não ferrosos em geral.

6. Obteve sua inscrição no CNPJ 08.330.150/0001-75 em 25/09/2006, informando a atividade de comércio atacadista especializado em outros produtos intermediários não especificados anteriormente (CNAE 4689-3-99).

7. O contribuinte teve o cancelamento da inscrição na SEFAZ/SP (publicada nº DOE em 04/02/2012), retroativa a data de sua abertura, em 03/10/2006, por simulação da existência do estabelecimento e interposição de pessoa na titularidade da empresa, conforme processo SF 1000374-1000412/2011 da Delegacia Regional Tributária da Capital II (PCF-10- Lapa/Santana).

8. A pessoa jurídica Cleber Martins Costa foi utilizada por diversos interessados como veículo para obtenção de créditos fictícios de tributos (ICMS, IPI, PIS e COFINS), sonegação fiscal (redução na Base de Cálculo do IR e CSLL pela inserção de custos inexistentes decorrentes de compras fictícias (Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965), formação de caixa dois e desvios de recursos para os sócios ou terceiros.

9. Considerando que a venda de sucata de alumínio e outros metais está sujeita a diferimento do ICMS dentro do Estado de São Paulo e suspensão de PIS e COFINS, a empresa simulava a industrialização das sucatas e vendia perfisados de alumínio, alumínio liga, cabos de alumínio e outros, de forma a permitir créditos de tributos aos adquirentes das notas fiscais.

Em seguida, o Fiscal responsável transcreve os principais pontos do relato colhido dos processos referentes às autuações promovidas pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, no tocante ao cancelamento da inscrição, conforme item 10 do TVF (fls.655/657). O Fisco Estadual concluiu, em suma, que:

(33). Verifica-se que a firma individual Cleber Martins Costa, foi montada para prática de fraude, as operações declaradas ao Fisco não foram efetivamente realizadas, uma vez constatado a incompatibilidade entre o volume e espaço físico do estabelecimento; ausência de identificação de transportadores das mercadorias, incompatibilidade entre os dados informados nos documentos fiscais e o que de fato se apurou no local e em entrevista com o titular, embora informe que possui caminhão para eventual retirada de produtos, não apresentou qualquer aquisição de combustível, em todo o período de funcionamento.

(34). Conclui-se que ocorreu simulação de existência do estabelecimento e a firma Individual Cleber Martins Costa, foi constituída com interposta pessoa na sua titularidade, à luz do disposto nos incisos I e II c/c §1º, item 1, alíneas "a" e "b", e item 2 alíneas "b" e "c", do artigo 30, do RICMS (Decreto 45.490/00), para transferência fraudulenta de créditos do imposto."

RESOLUÇÃO 1402-001.931 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 19515.720772/2016-65

DOCUMENTO VALIDADO

Além das constatações da Fazenda Estadual, a equipe da Delegacia Especial da RFB de Fiscalização em São Paulo (DEFIS/SPO) verificou que os fornecedores das mercadorias supostamente adquiridas por Cleber Martins Costa são empresas "fabricadas" para dar aparência de regularidade às aquisições e justificar a posterior industrialização e/ou revenda dos produtos em hipotéticas saídas com direito a crédito de tributos.

Na tentativa de simular operação normal da Alunobre (razoabilidade entre compras e vendas), foram inseridas empresas com interpostas pessoas em seus quadros societários ("laranjas"), que produziram vendas fictícias correspondentes, em 2011, a mais de 90% do que fora registrado como compras efetuadas pela Alunobre. Tais "compras" também geraram créditos de ICMS para aquela empresa (Cleber Martins Costa). Não foi observado, nos extratos bancários, nenhum pagamento efetuado pela Alunobre a estas empresas, até porque elas não apresentaram movimentação financeira no ano de 2011.

Essas supostas empresas fornecedoras (CMP Comércio de Metais e Plásticos Ltda, CNPJ 10.590.088/0001-00, Elgonfer Comercial de Metais Ltda, CNPJ 10.882.429/0001-03, Geraldo Jose dos Santos, CNPJ 13.884.087/0001-59 e FVM Comércio de Sucatas Ltda, CNPJ 10.914.085/0001-77), não foram localizadas nos endereços informados nº Cadastro CNPJ e também tiveram suas inscrições estaduais consideradas inaptas ou nula pelo fisco paulista, desde o início de suas atividades informadas.

Quanto às pessoas físicas titulares de tais empresas, o Fiscal responsável, em diligência, verificou que um dos titulares da empresa CMP não foi localizado no endereço informado no cadastro CPF e o outro sócio constante no contrato social negou a titularidade e declarou desconhecer o primeiro titular, sendo as declarações tomadas e reduzidas a termo. O mesmo ocorreu com a empresa FVM. Os titulares das empresas Elgonfer e Geraldo Jose dos Santos também não foram localizados nos endereços informados no cadastro CPF.

Situação comum a esses quatro fornecedores é o fato de o volume de suas compras ser incompatível com o que teria sido vendido para a Alunobre. Sobre as operações desta pessoa jurídica, ao Fiscal responsável teceu ainda as seguintes considerações:

18. Estes fatos demonstram a inexistência da circulação de mercadorias e respectivos pagamentos entre a Alunobre e seus, supostos, fornecedores, evidenciando ser apenas um esquema fraudulento utilizado para a sonegação de tributos.

19. Em diligência no estabelecimento da Alunobre (Rua Marques de Valença, nº 28), confirmamos o que já foi constatado pela fiscalização estadual, ou seja, o imóvel locado pelo contribuinte, de dimensões modestas, não comporta o volume de mercadorias pretensamente circulado: verificamos que os documentos fiscais emitidos por ele, indicam um movimento médio diário de 65 toneladas de mercadorias, o que é

totalmente incompatível com o espaço físico, sendo que não possui outro local registrado para armazenamento.

20. Também nesse sentido, verificamos que a energia elétrica fornecida ao imóvel locado está classificada na categoria residencial e não apresenta variações significativas no consumo, conforme nota fiscal de energia elétrica colacionada, reforçando o constatado pela fiscalização estadual de que o contribuinte não possuía maquinário para processamento industrial da sucata e não há registro significativo de operações de remessas e retorno de industrialização.

No ano-calendário 2011, segundo o CNIS, a Alunobre (Cleber) teve somente uma funcionária, Kesia Nicimura, auxiliar de escritório, única funcionária da empresa desde 2008. Em depoimento à fiscalização, a Sra. Kesia afirmou, em suma, que a Alunobre não possuía equipamentos para qualquer processo de industrialização, apenas comprava e revendia sucatas e movimentava poucas mercadorias (sucatas) por dia; e quem emitia as notas fiscais e duplicatas era o Sr. Cleber.

Os fatos narrados atestam a impossibilidade de ocorrência das operações industriais e comerciais de circulação de mercadorias acobertadas pelos documentos fiscais emitidos pela Alunobre, o que caracteriza falsidade documental/ideológica e configura, em tese, crime contra a ordem tributária, nos termos do art. 1º, incisos II, III e IV da Lei nº 8.137/90.

Relacionamento entre a Alumínio Marpal Ltda. e Alunobre – Cleber Martins Costa Em virtude das constatações descritas, foram examinadas as Notas Fiscais Eletrônicas (NFe's) emitidas pela Alunobre, que indicavam a autuada (Alumínio Marpal) como destinatárias das mercadorias, bem como as notas fiscais emitidas em 2011 tendo a Alunobre por destinatária. Os produtos supostamente vendidos pela Alunobre para a autuada seriam “discos de alumínio com antiaderente” (código NCM 76169900).

Apurou-se, em análise do fluxo de entrada e saída de mercadorias descritas nas notas, que a origem dos produtos vendidos pela Alunobre estaria em empresas que também possuem a inscrição estadual cancelada e que, conforme já relatado, são inexistentes, logo, não venderam os produtos para Cleber Martins Costa.

Ato contínuo, a fiscalizada foi intimada a apresentar esclarecimentos sobre suas supostas transações comerciais com a Alunobre, bem como comprovar o pagamento destas e o efetivo recebimento/transporte das mercadorias. Em resposta a contribuinte apresentou cópias das notas fiscais e dos comprovantes de pagamento.

Partindo das informações bancárias fornecidas por Cleber Martins Costa e pelos bancos, observou a Fiscalização que, além dos créditos lançados na conta corrente deste contribuinte (os quais, supostamente, se prestariam ao pagamento de mercadorias), ocorreram saídas de recursos no sentido inverso, da conta de Cleber para a atuada, sem que a atuada tivesse emitido nota fiscal contra Cleber. Esmiuçando a análise destes dados, a equipe fiscal constata ainda o seguinte fato: os recursos pagos pela atuada para a suposta compra de mercadorias, retornavam para a atuada ou para um de seus sócios em no máximo dois dias úteis, através de cheques fracionados emitidos por Cleber Martins Costa. Intimados, a atuada e seu sócio (Alberto Trofa, beneficiário dos depósitos) não apresentaram qualquer justificativa para o recebimento de recursos da Alunobre (Cleber).

36. Examinando os fatos até aqui relatados constata-se o seguinte:

36.1. O produto disco de alumínio com antiaderente supostamente vendido pela Alunobre não tinha origem, pois as empresas "vendedoras" não existem, possuem interpostas pessoas no seu quadro societário, não compraram mercadorias, não possuem movimentação bancária e a Alunobre não pagou por elas. Conforme apresentado no ANEXO I, verifica-se que a função delas era tão somente dar lastro às notas emitidas pela Alunobre. Dessa forma temos provado que é impossível vender o que não se comprou, demonstrando a inexistência da relação comercial suportada pelos documentos fiscais emitidos;

36.2. Somado a isso, a atuada não comprovou o transporte das mercadorias e, conseqüentemente, o seu recebimento; apresentou apenas o certificado de licenciamento do veículo com fotos do caminhão e CNH (ilegível) do alegado motorista.

36.3. Em relação aos pagamentos efetuados pela atuada, fica claro que se trata de formação de caixa dois, onde a empresa simula a aquisição de mercadorias, integrando-as ao seu custo e gerando crédito de tributos, realizando o pagamento destas "mercadorias" na tentativa de comprovar sua boa-fé. Em seguida os valores retornam para a empresa ou um de seus sócios em cheques fracionados, para não chamar a atenção e evitar tarifas bancárias, retornando ao caixa da mesma ou de beneficiário diverso.

37. Como se nota, estas operações buscaram modificar as características do fato gerador reduzindo o montante do tributo devido e a evitar ou diferir o seu pagamento.

38. Diante destes fatos, foi aberto o TDPF-F nº 08.1.90.00-2016-01677-6 em continuidade ao procedimento fiscal de diligência, onde se convalidam os atos praticados no TDPF-D (diligência fiscal) anteriormente citado, para formalização das infrações tributárias constatadas e constituição do respectivo crédito tributário.

Em vista das constatações acima, foram apuradas as seguintes situações, caracterizadoras de infrações à legislação tributária, que compuseram a matéria tributável apurada na ação fiscal em tela: glosa de custo, glosa do crédito de PIS, Cofins e IPI, pagamento sem causa e omissão de receitas.

Matéria Tributável

i) Glosa de Custos

(...) Verificamos que o contribuinte não utiliza conta de ativo para registro dos créditos dos tributos PIS e COFINS decorrentes destas aquisições, mas efetua o lançamento contábil do resultado entre as contribuições devidas nas vendas e os créditos pelas compras diretamente nas contas 4.01.01.12 (-) CONTRIBUIÇÃO AO PIS FATURAMENTO e 4.01.01.13 (-) CONTRIBUIÇÃO AO FINSOCIAL, que são contas de impostos sobre vendas. Dessa forma, utilizou-se dos créditos das contribuições sociais para redução de tributos devidos.

41. Considerando a inidoneidade dos documentos fiscais, a impossibilidade da circulação das mercadorias e a ausência de comprovação do transporte, glosamos os custos conforme discriminado no ANEXO II a este Termo.

ii) Glosa de Créditos de PIS e Cofins

Considerando que o contribuinte está sujeito a apuração do PIS e COFINS pelo regime não cumulativo, e que os produtos, supostamente, adquiridos implicaram o creditamento, indevido, de PIS e COFINS, reduzindo o valor a ser pago, procedemos a glosa destes créditos conforme demonstrado no ANEXO II a este Termo.

iii) Pagamento sem Causa

Considerando que a inidoneidade dos documentos fiscais, o não recebimento das mercadorias e o retorno dos valores pagos descaracterizam as operações comerciais e, conseqüentemente, obscurecem a finalidade dos pagamentos efetuados, resta caracterizado estes pagamentos como pagamentos sem causa, sujeitos à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento (35%), com reajustamento da base de cálculo. (...)

iv) Omissão de Receita

Os valores recebidos pela empresa em devolução dos valores pagos, não justificados apesar de regularmente intimado, não tem o devido suporte documental e nem o devido registro na escrituração contábil.

v) Glosa de Créditos do IPI

Considerando todos os fatos já narrados neste termo, constatamos que a autuada creditou-se indevidamente do IPI destacado nas notas fiscais inidôneas emitidas pela Alunobre, reduzindo o valor a ser pago, procedemos a glosa destes créditos conforme demonstrado no ANEXO II a este Termo.

Considerando que o prejuízo fiscal apurado pela empresa para o ano-calendário 2011 foi alterado devido às infrações “glosa de custos” e “omissão de receitas”, a contribuinte foi intimada a recompor o resultado do LALUR, conforme planilhas anexas ao auto de infração (compensação de prejuízos fiscais do IRPJ e da base negativa da CSLL).

Tendo em vista as operações comerciais inexistentes, lastreadas em documentos inidôneos ("notas frias"), utilizadas como artifícios para aumentar indevidamente os seus custos e obter indevido creditamento de tributos de forma a reduzir o montante a pagar, restou caracterizada a ocorrência de fraude; assim como na tentativa de ludibriar a fiscalização ao realizar o pagamento e receber os recursos de volta à margem da escrituração contábil (para simular boa-fé); razão pela qual foi aplicada ao lançamento multa de ofício qualificada, nº patamar de 150%, com base no disposto no art. 72 da Lei nº 4.502/64.

Pelos mesmos motivos, ante a demonstração de atos praticados com infração à lei, e com fundamento no art. 135, III do Código Tributário Nacional (CTN), foram solidariamente responsabilizados pelo crédito tributário constituído os sócios-administradores da autuada: Vincenzo Trofa (CPF nº 029.715.698-53), Alberto Trofa (CPF nº 004.546.998-91) e Paola Clemente Trofa (CPF nº 898.003.468-72).

Tendo sido verificadas condutas que tipificam, em tese, crime contra a ordem tributária, definido no art. 1º da Lei nº 8.137/90, foi lavrada Representação Fiscal para Fins Penais, objeto do processo administrativo nº 19515.720773/2016-18 (matriz).

II. Das Impugnações**II.1. Alumínio Marpal Ltda.**

Cientificada do lançamento em 20/12/2016 (tela de rastreamento da correspondência à fl. 771), a empresa autuada apresentou, em 17/01/2017, por seus procuradores habilitados nos autos, a impugnação de fls. 797/810, na qual alega, em síntese:

Preliminarmente -

Aduz que o trabalho fiscal foi elaborado e relatado de forma confusa e imprecisa, o que caracterizaria cerceamento de defesa, em ofensa ao princípio constitucional inserto no art. 5º, LV, da Constituição Federal(CF);

A conduta apurada não seria passível de autuação, pois as irregularidades resultantes da ação fiscal ensejariam a nulidade do auto de infração, conforme doutrina de Samuel Monteiro, em sua obra “Tributos e Contribuições – Tratado Teórico e Prático – Tomo III”:

"O Auto de Infração deve, obrigatoriamente, sob pena de nulidade, descrever circunstanciada e materialmente a ocorrência do fato gerador, isto é, qual o documento físico, material ou palpável que embasa a matéria fática comprobatória do fato gerador: o porquê de sua ocorrência e exteriorização, sob pena de se cobrar, lançar ou exigir tributo e contribuições por presunção fiscal, por ficção criada pelo Fisco em seu proveito exclusivo, transformando o ato discricionário praticado ao bel falante do Fisco. Mas isto só não basta. É preciso que o Auto identifique formal e materialmente o fato gerador e a identificação deverá ser descrita e narrada circunstanciadamente, não em quadros anexos e demonstrativos, mas isto sim, no corpo físico e material do próprio Auto de Infração."

Que registra todas as operações realizadas pela empresa, acobertadas pela devida documentação fiscal e lançadas nos livros próprios; e que o Agente Fiscal não teria sido conclusivo ao afirmar que referidos documentos fiscais, foram "supostamente" emitidos;

Os Autos de Infração lavrados não merecem prosperar, pois inexistem elementos a determinar com clareza o fato gerador da obrigação tributária, a base de cálculo correspondente a tal fato gerador e, conseqüentemente, a própria natureza da infração que teria sido praticada.

Prescrição

Verifica dos autos de infração lavrados em 13/12/2016 que foram incluídos fatos geradores ocorridos há mais de cinco anos da lavratura, os quais se encontrariam prescritos, com base na regra do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional (CTN);

Conforme o art. 156, inciso V do CTN, a prescrição é forma de extinção do crédito tributário. Nesse sentido, cita a doutrina de Hugo de Brito Machado e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Mérito

O Fiscal responsável não poderia ter deixado de considerar a boa-fé da autuada, pois à mesma não seria exigível que soubesse de eventuais irregularidades fiscais da empresa contratada. Alega ainda que:

A empresa emitente das notas fiscais consideradas irregulares pelo agente fiscal existe de fato e de direito. Seus estatutos sociais estão depositados regularmente junto à JUCESP. As notas fiscais faturas observam os rigores das exigências legais estabelecidas pela Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda. A empresa igualmente possui os registros fiscais junto ao Ministério da Fazenda(CNPJ) e inscrição estadual.

As compras e vendas mercantis são reais. A escrita contábil está correta. Os lançamentos de crédito observam norma legal, não se sustentando o A.I.I.M Os documentos ora anexos demonstram que as operações de compra e venda mercantil com a empresa Alunobre efetivamente ocorreram com a entrega das mercadorias e pagamento do preço e que as operações foram devidamente escrituradas pela impugnante.

Sobre o assunto, transcreve excertos de jurisprudência do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo sobre casos semelhantes;

Apesar do esforço despendido, não se teria identificado um deslize sequer que justificasse a aplicação de penalidade à recorrente; e que sempre adotou postura correta , não havendo, no passado a constatação de qualquer procedimento desabonador de sua conduta;

Não houve a configuração de dolo de sua parte, por não haver nenhum elemento de prova de sua má-fé ou demonstração de conduta culposa. Ademais, a decretação de inidoneidade só passaria a produzir efeitos com sua publicação, como já decidiu o STJ. Observa ainda que:

Cabe observar que, consoante documentos anexos, as operações de compra e venda entre a impugnante e a empresa Cleber Martins Costa e outra empresa do grupo empresarial do qual faz parte a impugnante (Alumínio Brilhante Ltda.) também foram objeto de investigação por parte do Fisco Estadual de São Paulo, o qual pretendeu igualmente impor A.I.I.M à ora defendente.

Ajuizada pela impugnante ação anulatória de auto de infração, a demanda foi julgada procedente em primeiro e segundo graus de jurisdição (documentos anexos) reconhecendo o Poder Judiciário a boa-fé da pessoa jurídica Alumínio Brilhante Ltda. nas operações comerciais realizadas com a empresa Cleber Martins Costa, (processo nº 1011979-26.2013.8.26.0053).

Conclui afirmando estar demonstrada a inexistência de fundamento fático e legal para a autuação, motivo pelo que requer o integral acolhimento da impugnação para que seja julgada improcedente a ação fiscal.

II.2. Paola Clemente Trofa

Arrolada como responsável solidária pelo crédito tributário, a sócia administradora Paola Clemente Trofa foi cientificada do lançamento em 20/12/2016 (Aviso de Recebimento – AR à fl. 774) e apresentou, em 17/01/2017, por seu procurador constituído, a impugnação de fls. 779/781, na qual aduz, em suma:

- Desconhece completamente a existência da empresa Cleber Martins Costa, de nome fantasia Alunobre, além de outras mencionadas;
- Não tem qualquer gerência sobre a empresa Alumínio Marpal Ltda;
- sendo que desde fevereiro/1999, na qualidade de viúva meeira somente adquiriu as quotas do ex-marido Antonio Trofa relativas a essa empresa, devido ao óbito deste; quando passou a figurar apenas formalmente no contrato social, em virtude do inventário dos bens de que era meeira;
- Se trata de pessoa idosa que jamais exerceu poder de gerência sobre a empresa autuada, motivo pelo qual desconhece completamente a articulação fática suscitada e as pessoas/empresas mencionadas, não havendo um único documento que a vincule a esse contexto fático;
- Por não ter agido com dolo ou excesso de poderes, não pode ser aplicada a sua pessoa qualquer penalidade por responsabilidade solidária;
- Não procede o entendimento do Fiscal de presumir dolo em relação aos fatos articulados apenas pelo fato de a Sra. Paola figurar formalmente no contrato social, o que denota a imputação objetiva da prática de um ilícito.
- Por fim, requer a exclusão da Sra. Paola da Fiscalização em tela.

Os demais sócios-administradores aos quais foi atribuída responsabilidade solidária pelos autos de infração, Vincenzo Trofa e Alberto Trofa, também foram cientificados do lançamento em 20/12/2016 (ARs às fls. 772/773), porém não apresentaram impugnação.

Por sua vez, a 3ª Turma da DRJ/RPO julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido, bem como a responsabilidade tributária solidária dos sócios-administradores da contribuinte, cuja decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011

FRAUDE. DESCARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO. GLOSA DOS CRÉDITOS.

A operação de compra e venda de mercadorias quando demonstrado que a empresa fornecedora existe apenas formalmente, mas não existe de fato, com base em amplo conjunto probatório juntado aos autos, caracteriza simulação de atos visando benefícios tributários, acarretando a ilegalidade da operação. Por consequência, cabe a desconsideração dos atos jurídicos simulados devendo ser feita a glosa de custos e créditos utilizados indevidamente.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Ano-calendário: 2011

APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS NA APURAÇÃO DO IPI. NOTAS FISCAIS EMITIDAS POR EMPRESA INEXISTENTE. INIDONEIDADE.

Os documentos emitidos por pessoa jurídica inexistente de fato, apesar de constituída formalmente, consideram-se inidôneos, não se prestam para comprovar a realização das compras de matérias-primas neles discriminadas nem para aproveitamento de crédito na apuração de tributo, como também não produzem efeitos tributários em favor de terceiros.

IPI. GLOSA DE CRÉDITO. LANÇAMENTO.

Uma vez confirmada a inidoneidade das notas fiscais, mantém-se a exigência do IPI calcada na glosa dos créditos utilizados na apuração do imposto.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011

DECADÊNCIA. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Nos casos de tributos com lançamento por homologação tendo ocorrido as hipóteses de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial é fixada segundo o disposto no inciso I, do art. 173, do CTN, ou seja, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2011 NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do lançamento quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelos acusados e o seu direito de resposta ou de reação se encontraram plenamente assegurados.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. SÓCIOADMINISTRADOR.

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 SOLIDÁRIA. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. PRECLUSÃO.

Opera-se a preclusão processual relativamente à sujeição passiva das pessoas físicas que deixaram de apresentar defesa em relação à atribuição da respectiva responsabilidade solidária pelo crédito tributário constituído.

Discordando da decisão, a Recorrente (Pessoa Jurídica) apresentou recurso voluntário reproduzindo os argumentos veiculados em sede de impugnação, nos seguintes termos:

“(…)

PRELIMINARMENTE

Ao contrário do quanto decidido, a forma como o trabalho fiscal foi elaborado e relatado revela-se de tal forma confuso e impreciso, caracterizando-se flagrante cerceamento de defesa em grave ofensa ao princípio constitucional consagrado no artigo 5º, LV da nossa carta magna.

O relato da infração praticada faz supor que a recorrente teria se creditado de tributos conforme apurado em levantamento fiscal e menciona como tendo sido infringidos os artigos mencionados.

Não se trata, entretanto, de conduta passível de autuação. Em verdade, as irregularidades, segundo referidos autos, resultantes da ação fiscal aqui debatida, ensejam a nulidade do Auto de Infração lavrado, conforme podemos abstrair no ensinamento de Samuel Monteiro, em sua obra “Tributos e Contribuições” – Tratado Teórico e Prático – Tomo III, Editora Hemus – 1ª Edição, pág. 163:

“O Auto de Infração deve, obrigatoriamente, sob pena de nulidade, descrever circunstanciada e materialmente a ocorrência do fato gerador, isto é, qual o documento físico, material ou palpável que embasa a matéria fática comprobatória do fato gerador: o porquê de sua ocorrência e exteriorização, sob pena de se cobrar, lançar ou exigir tributo e contribuições por presunção fiscal, por ficção criada pelo Fisco em seu proveito exclusivo, transformando o ato discricionário praticado ao bel talante do Fisco. Mas isto só não basta. É preciso que o Auto identifique formal e materialmente o fato gerador e a identificação deverá ser descrita e narrada circunstanciadamente, não em quadros anexos e demonstrativos, mas isto sim, no corpo físico e material do próprio Auto de Infração.”

Neste mesmo sentido o Egrégio Tribunal de Impostos e Taxas da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo assim se pronunciou:

“AUTO DE INFRAÇÃO – INSTRUÇÃO INSUFICIENTE PREJUDICANDO A DEFESA E O JULGAMENTO – INSUBSISTÊNCIA. Os levantamentos, quer sejam específicos ou simplesmente econômicos, necessitam ser claros, para que o Contribuinte, inicialmente, e as autoridades julgadores, posteriormente, não tenham dúvidas na avaliação dos critérios adotados. Decisão unânime de 24.04.75, provendo o recurso – 1ª Câmara – Rel. Jayme Alípio de Barros – Processo DRT-1 - nº 23080/73. (Ementa n.º 56 – Ementário do TIT, 1977, Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo)”.

Esclareça-se que a autuada registra todas as operações realizadas pelo estabelecimento, estando acobertadas pela devida documentação fiscal e assim, também, lançadas nos livros próprios.

Demais disso, ao descrever e combater as notas fiscais objetos dos lançamentos, relacionadas com os créditos de imposto por parte do D. Agente Fiscal o mesmo não é conclusivo em sua assertiva na medida em que afirma que referidos documentos fiscais, foram “supostamente” emitidos.

Diante do exposto, conclui-se que os Autos de Infração lavrados não merecem prosperar eis que inexistem elementos que determinem com clareza o fato gerador da obrigação tributária, a base de cálculo correspondente a tal fato gerador e, conseqüentemente, a própria natureza da infração que teria sido praticada.

PRESCRIÇÃO/DECADENCIA

Conforme se verifica do AIIM lavrado em 13 de dezembro de 2016 foram incluídos pelo ilustre agente fiscal fatos geradores ocorridos há mais de cinco anos da lavratura, e que se encontram prescritos/ atingidos pela decadência.

É regra de direito tributário que o lançamento deve ocorrer no prazo de cinco anos contados do fato gerador sob pena de se caracterizar prescrição, que ocorre no caso presente. (artigo 173, inciso I do C.T.N). Assim, com relação aos fatos geradores datados de mais de cinco anos contados da lavratura do A.I.I.M., eventuais créditos tributários se encontram extintos em razão da prescrição.

Diferentemente do que ocorrer com os créditos de natureza civil a prescrição em matéria tributária não está relacionada somente ao direito de ação mas sim é causa de extinção do crédito em si. Por força do quanto determina o artigo 156, inciso V do Código Tributário Nacional a prescrição é forma de extinção do crédito tributário. Neste sentido observa Hugo de Brito Machado:

"Na Teoria Geral do Direito a prescrição é a morte da ação que tutela o direito, pelo decurso do tempo previsto para este fim. O direito sobrevive, mas sem proteção. Distingue-se, neste ponto, da decadência, que atinge o próprio direito. O CTN, todavia, diz expressamente que a prescrição extingue o crédito tributário (art. 156, V). Assim, nos termos do Código, a prescrição não atinge apenas ação para cobrança do crédito tributário, mas o próprio crédito, vale dizer, a relação material tributária. Esta observação, que pode parecer meramente acadêmica, tem, pelo contrário, grande alcance prático" (MACHADO, Hugo de Brito. "Curso de Direito Tributário". São Paulo: Malheiros. 26. ed., 205. p.)

Sasha Calmon Navarro Coelho é enfático neste sentido:

"É cediço afirmar que a prescrição do direito de ação somente a extingue, deixando intacto o direito material que lhe conferia substrato. Comumente se diz: a obrigação, de legal, torna-se moral. Se o devedor paga, não pode demandar a restituição do que pagou, embora prescrita ação. Esta era para obrigá-lo pagar, dobrando a sua vontade, se recalcitrante, substituindo-a pela do juiz, a determinar o pagamento ou a entrega da coisa. A decadência mata o direito material. Nesse caso, pode-se repetir o indébito, diferentemente da prescrição, que só mata ação, sem afetar o direito material. São lugares comuns em Direito Privado, até admissíveis. Ocorre que no Direito Tributário pátrio, a teor do CTN, tanto a decadência quanto a prescrição extinguem o crédito tributário. Quem paga dívida fiscal em relação à qual estava a ação prescrita tem direito à restituição, sem mais nem menos." (COELHO, Sasha Calmon Navarro. "Curso de Direito Tributário Brasileiro". Rio de Janeiro: Forense. 9ed., 206. p 836)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também corrobora o quanto se argumenta nesta peça:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS ANTERIORMENTE AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO FISCAL. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO. LEGALIDADE. INEXIGIBILIDADE DA CDA. POSSIBILIDADE DE INDEFERIMENTO DA INICIAL. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. (...)2. A prescrição, na seara tributária, estampa certa singularidade, qual a de que dá azo não apenas à extinção da ação, mas do próprio crédito tributário, nos moldes do preconizado pelo art. 156, V, do CTN. Tanto é assim que, partindo-se de uma interpretação conjunta dos arts. 156, V, do CTN, que situa a prescrição como causa de extinção do crédito tributário, e 165, I, do mesmo diploma legal, ressoa inequívoco o direito do contribuinte à repetição do indébito, o qual consubstancia-se no montante pago a título de crédito fiscal inexistente, posto fulminado pela prescrição. (...) 10. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.002.435/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20.11.2008, DJe 17.12.2008.)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IPTU. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO E DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 970 DO CÓDIGO CIVIL – LEI 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. INAPLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. De acordo com o disposto no art. 156, V, do Código Tributário Nacional, a prescrição extingue o próprio crédito tributário, e não apenas o direito de ação. 2. "Quem paga dívida fiscal em relação à qual já estava a ação prescrita tem direito à restituição, sem mais nem menos." (COELHO, Sacha Calmon Navarro. "Curso de Direito Tributário Brasileiro", 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 837). 3. A questão relativa à violação dos arts. 108, 109 e 110, do Código Tributário Nacional, não foi abordada pelo acórdão recorrido, tampouco foram opostos embargos de declaração para suprir tal omissão. Ausente, assim, o requisito indispensável do prequestionamento, a teor das Súmulas 282/STF e 356/STF. 4. Recurso especial desprovido.) (REsp 636.495/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 26.6.2007, DJ 2.8.2007, p. 334.)

MÉRITO

Ainda que não sejam acolhidas as razões apresentadas em preliminar de defesa, melhor não é a situação quanto ao mérito, devendo igualmente ser reformada a r. decisão ora recorrida.

O agente do fisco, ao eleger o procedimento de fiscalização que considerou como o mais adequado para a aferição da regularidade nos procedimentos da ora recorrente, não poderia deixar de apreciar a boa-fé da autuada, mesmo porque à mesma não seria direito exigir que soubesse de eventual ou eventuais irregularidades fiscais da empresa fornecedora.

A empresa emitente das notas fiscais consideradas irregulares pelo agente fiscal existe de fato e de direito. Seus estatutos sociais estão depositados regularmente junto à JUCESP. As notas fiscais faturas observam os rigores das exigências legais estabelecidas pela Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda. A empresa igualmente possui os registros fiscais junto ao Ministério da Fazenda (CNPJ) e inscrição estadual.

As compras e vendas mercantis são reais. A escrita contábil está correta. Os lançamentos de crédito observam norma legal, não se sustentando o A.I.I.M Os documentos anexados à impugnação demonstraram que as operações de compra e venda mercantil com a empresa Alunobre efetivamente ocorreram com a entrega das mercadorias e pagamento do preço e que as operações foram devidamente escrituradas pela recorrente.

Tanto não havia notícia de irregularidade da empresa “Alunobre” junto ao fisco que a vendedora emitiu notas fiscais eletrônicas à recorrente e está tomou o cuidado de promover as regulares consultas ao Sintegra antes das operações comerciais, nada constando de óbice com relação à vendedora.

A melhor orientação jurisprudencial encontrada nos ementários do E. Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, socorre integralmente à recorrente:

(...)

A análise dos documentos que compõem a acusação fiscal, dos preceitos regulamentares embasadores da ação fiscal e dos dispositivos legais dados como infringidos induzem à presunção de que teriam ocorrido operação de crédito sem o devido suporte documental.

Contudo, apesar de todo o esforço despendido, não houve a identificação de um deslize sequer que justificasse a imposição de qualquer penalidade à ora recorrente, e nem poderia haver, pela postura sempre correta adotada pelo estabelecimento.

Mais ainda, se for verificada a vida pregressa da autuada, verificar-se-á que mesmo nº passado, jamais houve a constatação de qualquer procedimento desabonador de sua conduta.

Ainda no campo da mera argumentação pelo amor à verdade, ainda que fossem corretos os dados apurados pela insigne fiscalização tributária, o que nega-se de forma peremptória, não podendo sob qualquer ângulo de análise ser transferida ao comerciante honesto e parte mais frágil na organização tributária a responsabilidade de investigar a regularidade fiscal de determinado fornecedor, conforme pretendeu impor o agente fiscal.

Para encerrar, na apreciação do presente caso por parte do ilustre senhor julgador tributário, este deve considerar que para o nascimento da obrigação devem estar presentes três elementos essenciais que são: o sujeito passivo, o fato gerador da obrigação e a responsabilidade direta do comerciante ou industrial.

Demonstrado foi, à saciedade, que não houve a caracterização de dolo por parte da autuada, eis que não há qualquer elemento de prova sua má-fé ou mesmo demonstração de sua conduta culposa.

Ademais, a decretação da inidoneidade somente passa a produzir efeitos com sua publicação, como já decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.148.444 - MG (2009/0014382-6) representativo de controvérsia:

(...)

Cabe observar que, consoante documentos anexados à impugnação, as operações de compra e venda entre a recorrente e a empresa Cleber Martins Costa e outra empresa do grupo empresarial do qual faz parte a recorrente (Alumínio Brilhante Ltda.) também foram objeto de investigação por parte do Fisco Estadual de São Paulo, o qual pretendeu igualmente impor A.I.I.M à ora recorrente.

Ajuizada pela recorrente ação anulatória de auto de infração, a demanda foi julgada procedente em primeiro e segundo graus de jurisdição (documentos anexos) reconhecendo o Poder Judiciário a boa-fé da pessoa jurídica Alumínio Brilhante Ltda. nas operações comerciais realizadas com a empresa Cleber Martins Costa. (processo nº 1011979-26.2013.8.26.0053).

Assim, demonstrada de forma cabal e conclusiva a inexistência de fundamento legal e fático para a acusação injustamente imputada à recorrente, esta requer o integral acolhimento para a defesa ora apresentada, para, ao final, ser anulada a exigência fiscal pela sua total improcedência.

À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a recorrente seja acolhido o presente recurso para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado.”

Já a pessoa física Paola Clemente Trofa, arrolada como responsável solidária pelo crédito tributário, não foi cientificada do resultado da decisão de piso.

É o relatório.

VOTO

Conselheira **Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça**, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente (Pessoa Jurídica) atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme já relatado, a questão controvertida nos autos refere-se ao lançamento de IRPJ e tributos reflexos (efetuado a partir de procedimento fiscal em que constatou-se a utilização, pela empresa autuada, de notas fiscais inidôneas (“notas frias”) para elevação indevida de seus custos de modo a obter creditamento de tributos e reduzir dolosamente o montante devido a pagar. Ao lançamento foi aplicada multa de ofício qualificada de 150%.

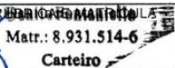
Assim, Recorrente a foi autuada com base em fiscalização que apontou simulação de operações comerciais com a empresa Cleber Martins Costa Eireli (Alunobre), cuja inscrição estadual foi cancelada retroativamente. Repise-se: Foram glosados créditos tributários e lançados

autos de infração referentes a IRPJ, CSSL, IPI, PIS e COFINS, além de aplicação de multa de 35% por pagamentos sem causa.

Tanto a Recorrente quanto a responsável solidária Paola Clemente Trofa apresentaram impugnação aos lançamentos. Os demais sócios-administradores aos quais foi atribuída responsabilidade solidária pelos autos de infração, Vincenzo Trofa e Alberto Trofa, também foram cientificados do lançamento em 20/12/2016 (ARs às fls. 772/773), porém não apresentaram impugnação.

A DRJ manteve os lançamentos e as responsabilidades tributárias atribuídas às pessoas físicas.

Ocorre que, compulsando os autos, constatei que somente a Recorrente (pessoa jurídica) foi cientificada da decisão da DRJ (AR – Data: 08/09/2017, às e-fls. 901), abrindo-lhe prazo recursal:

AVISO DE RECEBIMENTO - AR			ETIQUETA CÓDIGO DE BARRAS JT 03.052.007-5 BR	
ETIQUETA OU INDICAÇÃO DE MÃO PRÓPRIA	DATA DA POSTAGEM	UNIDADE DE POSTAGEM		
ENDEREÇO PARA DEVOLUÇÃO DESTE AR MF/ SRF/ DERAT/ SPO/ DICAT/ EQCOB Rua: Luis Coelho 197 - 10º andar – Consolação Cep: 01309-001			USO EXCLUSIVO DOS CORREIOS	
DESTINATÁRIO			TENTATIVAS DE ENTREGA	
Processo 19515-720.772/16-65 INTIMAÇÃO 3447/2017 ALUMINIO MARPAL LTDA RUA GOMES, 493 VILA EMA - SÃO PAULO/SP Cep 03275-010 digitador: lu			☐ MUDOU-SE ☐ DESCONHECIDO ☐ RECUSADO ☐ NÃO PROCURADO ☐ Nº INEXISTENTE ☐ END INSUFICIENTE ☐ INF. DO PORTEIRO ☐ OUTROS:	
				
NOME E ASSINADOR	RG RECEBEDOR	DATA RECEBIMENTO	RUBRICA DO RECEBEDOR	
Ubiratone Pereira	11.676.290-1	08/09/17	 Matr.: 8.931.514-6 Carteiro	

Sendo assim, em homenagem aos princípios da publicidade, da ampla defesa e do contraditório, sob pena de nulidade processual por cerceamento de direito de defesa, entendo que os autos devem retornar à Unidade de Origem para que as providências de intimação da responsável solidária Paola Clemente Trofa seja adotadas.

DISPOSITIVO

Tendo em vista as considerações efetuadas, e com observância do disposto no art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, voto em converter o julgamento do Recurso Voluntário em diligência à Unidade de Origem para que proceda à cientificação da pessoa física Paola Clemente Trofa, a quem foi atribuída responsabilidade solidária pelos lançamentos, acerca da decisão de piso prolatada pela DRJ, abrindo-se-lhe o prazo recursal de 30 (trinta) dias, para, caso queira, apresente o respectivo recurso voluntário, com o objetivo de lhe assegurar o contraditório e a

ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (inciso LV do art. 5º da Constituição Federal e art. 35 do Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011).

Após, retornem os autos a este Conselho para prosseguimento do julgamento dos recursos voluntários.

Assinado Digitalmente

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça