



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.720792/2016-36
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1201-003.545 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de janeiro de 2020
Recorrentes CDA COMÉRCIO INDÚSTRIA DE METAIS LTDA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI)

Ano-calendário: 2011

AQUISIÇÃO DE INSUMOS. NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. GLOSA. DE CRÉDITOS.

Devem ser glosados os créditos gerados a partir da utilização de notas fiscais inidôneas, emitidas por empresas inexistentes de fato ou inativas e sem a comprovação da efetiva ocorrência da operação de aquisição dos produtos.

CRÉDITOS NÃO ESCRITURADOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR LANÇADO.

Deve ser cancelada a parcela da exigência decorrente de créditos não escriturados e, por via de consequência, não utilizados.

DECADÊNCIA.

Nos casos de falta de pagamento do crédito tributário e na ocorrência de conduta dolosa por parte do contribuinte, o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIZAÇÃO.

Respondem também pelo crédito tributário as pessoas (físicas ou jurídicas) que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária e os mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica que praticaram atos e negócios jurídicos com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em conhecer do recurso voluntário e:

a) por maioria, dar parcial provimento ao recurso de ofício, para i) restabelecer a multa de ofício para o percentual de 225%; ii) confirmar o cancelamento da parcela da exigência no valor de R\$ 718.172,50 (setecentos e dezoito mil, cento e setenta e dois reais e cinquenta centavos) e respectivos juros de mora e multa de ofício; iii) restabelecer a sujeição passiva

solidária de BMB Administração de Bens Próprios e Participações S/A. Vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Alexandre Evaristo Pinto e Bárbara Melo Carneiro, que davam parcial provimento para manter o afastamento da sujeição passiva solidária de BMB Administração de Bens Próprios e Participações S/A

b) por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Alexandre Evaristo Pinto e Bárbara Melo Carneiro, que afastavam a solidariedade dos sócios pessoas físicas.

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa– Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Lizandro Rodrigues de Sousa (presidente e relator), Neudson Cavalcante Albuquerque, Allan Marcel Warwar Teixeira, Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Alexandre Evaristo Pinto, Wilson Kazumi Nakayama (substituindo o conselheiro Efigênio de Freitas Júnior) e Bárbara Melo Carneiro.

Relatório

Trata o processo Auto de Infração (e-fls. 2426/2430) para formalizar a exigência do IPI, acrescido de juros de mora e de multa de ofício, totalizando o crédito tributário o montante de R\$ 3.521.063,77, à data da autuação. O estabelecimento cometeu a infração de realizar escrituração e utilização de crédito indevido, calculado sobre compras de produtos provenientes de operações com notas fiscais eletrônicas (NF-e), registradas no SPED-Fiscal, que foram consideradas como documentos inidôneos, pela ausência de comprovação das operações e pela verificação pelos Auditores-Fiscais da inexistência das empresas e/ou das operações.

Segundo descrito no Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 2374/2408), apesar da expressiva receita de vendas de produtos de fabricação própria declarada pela CDA no ano-calendário de 2011, a utilização de créditos inexistentes conduziu à redução de recolhimento do IPI, conforme declarado nas DCTF mensais. Diante das constatações realizadas e da recusa da autuada em prestar esclarecimentos ou na apresentação insuficiente de documentos que embasaram a apuração, declaração e recolhimento de tributos no ano-calendário de 2011, realizou o levantamento com base na documentação disponível e foi elaborada planilha demonstrando a totalização dos valores das operações inidôneas e apuração do crédito lançado (e-fls. 2409/2425);

A autuação deve-se ao fato de o contribuinte ter contabilizado, no ano-calendário de 2011, operações de compras de oito fornecedores, sendo sete inexistentes de fato (RBA, Nutrizinco, Agulha, COPAM, CAPRI, OLJ e Flávio ME) e uma (ALX) não comprovou a efetividade da venda declarada e a capacidade operacional para fabricar os produtos alegadamente vendidos, o que foi verificado em diversas diligências e em pesquisas junto aos controles da Receita Federal, Junta Comercial e outros órgãos públicos. A CDA, não apresentou a documentação comprobatória da efetividade das operações comerciais com as empresas,

inclusive informando que devolveu as compras, sem, entretanto, apresentar os documentos relativos às devoluções e ao estorno do crédito de IPI.

Cientificados via postal em 20/12/2016 e 27/12/2016 (AR e-fls. 2438, 2450, 2462, 2474 e 2479), o contribuinte e demais sujeitos passivos solidários apresentaram, em 19/01/2017, impugnação (e-fls. 2487/2517), acompanhada de documentos (e-fls. 2518/2950), nos seguintes termos do relatório da decisão recorrida (e-fls. 3771 e ss):

PRELIMINAR DE MÉRITO: NULIDADE EM RAZÃO DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Intimadas da lavratura deste auto de infração, os Impugnantes buscaram maiores informações sobre a autuação para melhor compreenderem as razões pelas quais a RFB constituiu os supostos débitos tributários aqui exigidos, principalmente porque os valores mencionados como entradas dos fornecedores considerados inidôneos não batem em nenhum caso com as entradas registradas pela CDA na sua contabilidade (o que abordaremos em tópico específico).

Para tanto, a CDA acessou seu domicílio tributário eletrônico (portal e-CAC), selecionando o processo administrativo em epígrafe no rol de processos eletrônicos dos quais é parte interessada. Contudo, maior não foi a surpresa da CDA ao notar que estava impossibilitada de consultar os documentos relativos a esse processo administrativo, já que os botões “obter cópia para impressão do documento” e “obter cópia integral do processo” não estavam disponíveis para seleção:

(...)

Diante desse empecilho, representantes da CDA diligenciaram à unidade de atendimento ao contribuinte da RFB situada na região da Avenida Paulista/SP (CAC-Paulista), onde foram informados pelos servidores ali alocados que o processo administrativo em epígrafe estava “pré-cadastrado e aguardando análise pela equipe DEFIS” e que, por conta disso, estava indisponível para consulta (até mesmo eletrônica). Segundo esses mesmos servidores, para ter acesso aos documentos, a CDA deveria requerer a cópia integral deste processo administrativo junto ao CAC-Paulista, mediante prévio agendamento via internet.

Mesmo ciente de que o requerimento de cópia integral deste processo administrativo talvez não fosse atendido pela RFB antes de vencido o prazo para pagamento dos débitos ou para protocolo de sua impugnação, a CDA decidiu seguir as orientações que lhe foram passadas pelos servidores alocados no CAC-Paulista. Em 12.01.2017, a CDA não conseguiu obter uma senha eletrônica para requerer cópia integral deste processo, tendo em vista o esgotamento das vagas disponíveis para esse serviço. Vejamos a tela reproduzida a seguir:

(...)

Esperançosa de que a RFB não obstacularizaria seu acesso à íntegra deste processo administrativo, a CDA efetuou uma nova tentativa de agendamento no dia seguinte. Ao acessar o endereço eletrônico da RFB às 07:43h do dia 13.01.2017, a CDA finalmente conseguiu uma senha, porém para atendimento às 16:04h de 17.01.2017 (ou seja, final da tarde da antevéspera do prazo fatal para protocolo de sua defesa!).

(...)

Após comparecer no horário agendado ao CAC-Paulista, a CDA requereu cópia integral deste processo administrativo, quando lhe foi dado o prazo para atendimento de 10 dias úteis(!), conforme comprovante ora anexado (Doc. 03) e cuja imagem é reproduzida abaixo:

(...)

Nem mesmo a proximidade do vencimento do prazo para pagamento dos supostos débitos ou protocolo de sua defesa administrativa foi suficiente para convencer os servidores alocados no CAC-Paulista a darem prioridade ao fornecimento da cópia integral deste feito, já que, de acordo com o servidor responsável pelo protocolo do pedido de cópia, o expediente dos funcionários encarregados desse serviço se inicia às 09:00h e se encerra às 12:00h.

Por conta da irredutível postura dos servidores públicos alocados no CAC-Paulista e em razão da burocratização excessiva da RFB para dar aos contribuintes acesso pleno às informações relativas aos processos administrativos que são de seu interesse, a CDA foi impedida de acessar os autos do processo administrativo em epígrafe e de obter sua cópia integral em tempo suficiente para protocolo tempestivo desta defesa!

Fica nítido que a RFB não respeitou os direitos da CDA à ampla defesa, ao devido processo legal e à publicidade dos atos processuais, constitucionalmente assegurados no âmbito do processo administrativo. A cópia integral deste processo administrativo deveria ter estado disponível para consulta da CDA a partir do dia em que foi intimada da lavratura do auto de infração, em atenção, inclusive, ao que determina a legislação em vigor.

(destacado no original)

DAS OPERAÇÕES COM A ALX

A ALX é empresa pertencente ao mesmo grupo econômico da CDA, criada em 2010 para adquirir, dentro do Estado da Bahia, sucata para posterior industrialização em unidade industrial também do grupo (ALLOG) e revenda dos tarugos de alumínio.

No curso do ano-calendário 2011, a ALX ainda não possuía fábrica para realizar as atividades de industrialização; seu estabelecimento industrial que hoje está situado no Município de Colatina/BA estava, à época, em fase de construção. Em razão disso, a ALX encaminhava a sucata adquirida no Estado da Bahia à empresa ALLOG Alumínio da Bahia Ltda. (“ALLOG”), para transformação em alumínio.

Importante destacar que toda a sucata adquirida pela ALX e transformada em alumínio era revendida à CDA. Logo, e considerando que, em 2011, a industrialização da sucata era feita pela ALLOG, por encomenda da ALX, o alumínio resultante da industrialização não retornava ao estabelecimento da ALX, mas era encaminhado diretamente ao estabelecimento de seu adquirente, CDA, localizado no Estado do Espírito Santo ou para a filial de São Paulo.

A razão para tanto é bastante simples: as aquisições de sucata realizadas no interior do Estado da Bahia são beneficiadas pelo diferimento do ICMS. Daí a razão pela qual a ALX integrava essa operação. Vale dizer, a criação de uma empresa no Estado da Bahia para aquisição de sucata, fabricação de alumínio e posterior venda para a CDA gera uma economia tributária considerável para o grupo empresarial da CDA, que possuem no Estado baiano incentivos estaduais.

Pois bem. De acordo com a Fiscalização, as operações havidas entre a CDA e ALX seriam fraudulentas, tendo em vista a suposta inexistência de fato da ALX. Essa inexistência de fato foi presumida pelos agentes fiscais da RFB após a constatação de que a ALX não possuía empregados registrados em 2011, algo que a levou a concluir que não havia estabelecimento industrial da empresa em 2011 apto a realizar as atividades de industrialização da sucata. (...)

Ocorre que a Fiscalização parece não ter se atentado ao fato de que em nenhum momento a inexistência de estabelecimento industrial da ALX em 2011 inviabilizaria o exercício de suas atividades empresariais. Isso porque, como visto, a sucata por ela adquirida no Estado da Bahia era entregue na ALLOG para transformação em tarugos e revendida à CDA.

Ou seja: a ALX não precisava de espaço físico para armazenamento seja da sucata seja para tarugos; tampouco de empregados registrados para realizar suas atividades.

Ademais e não menos importante, o total de operações considerados pela RFB na autuação não bate com as entradas registradas no SPED fiscal e contábil. A autuação usa de base de compras um total de R\$ 2.981.455,52 enquanto que as entradas na CDA são de R\$ 1.777.250,79. (Doc. 04).

(destaque do original)

DAS OPERAÇÕES COM A RBA

A Fiscalização também exige supostos débitos de IPI relativos às mercadorias adquiridas pela CDA junto à RBA. Em suma, alega a RFB que as operações havidas entre as partes seriam fraudulentas, em razão de uma alegada inexistência de fato da RBA e pela aparente falta de capacidade econômica desta última para realiza-las:

(...)

Causou espanto à CDA a conclusão da RFB de que não lhe teriam sido apresentados documentos que comprovassem a efetividade das operações havidas com a RBA. Como comprova o protocolo anexado a esta defesa (Doc. 05), **os patronos da CDA encaminharam aos agentes fiscais 3 caixas de documentos atrelados às operações contestadas, das quais constaram (i) todas as NF-e emitidas pela RBA, com a indicação inclusive da empresa transportadora responsável pelo frete das mercadorias e (ii) os comprovantes de pagamento atrelados a essas operações.**

(destacado no original)

Houve inclusive a conciliação das operações e dos pagamentos, de forma que como pode a Fiscalização alegar que a CDA não logrou êxito em comprovar a efetiva existência das operações realizadas com a RBA? Com que fundamento a RFB glosou créditos de IPI atrelados às NF-e emitidas pela RBA?!

A conclusão da RFB, caso correta quanto a inidoneidade da RBA (cuja constatação acontece quase cinco após as operações com a CDA), fere de morte a interpretação dada pelo STJ a essa matéria, esculpido no enunciado de sua Súmula nº 509, segundo o qual “é lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda”.

A única conclusão a que se pode chegar diante dos procedimentos que foram adotados é a de que os agentes fiscais sequer se prestaram a analisar os documentos que foram apresentados pela CDA. Bastaria um passar de olhos pelo seu conteúdo para que nenhum auto de infração fosse lavrado com base na inexistência das vendas realizadas pela RBA.

São mais de 600 documentos comprobatórios da existência das vendas realizadas pela RBA. Dada a sua relevância, era dever da RFB ter providenciado sua juntada aos autos deste processo administrativo, e justificar a inexistência dessas operações apenas com a sua constatação quanto a RBA, realizada unilateralmente e muitos anos depois das operações com a CDA.

(destaque do original)

DAS OPERÇÕES COM NUTRIZINCO, AGULHA, CAPRI, COPAM, OIJ E FLÁVIO ME. AUSÊNCIA DE FRAUDE – NOTAS FISCAIS RECUSADAS PELA CDA.

Durante o procedimento de fiscalização anterior ao presente TDPF resultou na lavratura deste auto de infração, a CDA informou à RFB que não recebeu as mercadorias comercializadas pelas empresas Nutrizinco, Agulha, COPAM, CAPRI, OIJ e Flávio ME. Vale dizer, a CDA esclareceu à Fiscalização que todas as mercadorias que lhe foram comercializadas por esses fornecedores foram prontamente recusadas por ela, em razão de discordância comerciais ou problemas de qualidade.

A recusa dessas mercadorias se deu por razões diversas, sendo que, na maioria dos casos, os produtos não atendiam às especificações que haviam sido estipuladas pela CDA no ato de sua encomenda. Por não atenderem às especificações exigidas pela CDA, as mercadorias vendidas por esses fornecedores ao longo do ano-calendário 2011 eram imprestáveis para o exercício das atividades empresariais da CDA e, por essa razão, foram devolvidas aos fornecedores.

Cumpre destacar, inclusive, que a recusa dessas mercadorias foi devidamente demonstrada pela CDA à fiscalização, como pode ser observado do trecho colacionado abaixo, retirado diretamente do termo de verificação fiscal anexo ao auto de infração aqui guerreado:

(...)

Igualmente e em reforço as informações prestadas em 2014 e 2015 (MPF 08.1.14.00-2014-00188-5 e 08.1.90.00-2014-03814-4), em 2016 em correspondências eletrônicas trocadas entre o procurador da CDA e a Fiscalização revelam, com clareza, a situação aqui analisada (Doc. 06). Logo, de que modo pode a RFB falar em fraude nessa autuação se a própria CDA informou às autoridades fiscais que essas mercadorias jamais adentraram em seu estabelecimento, por terem sido recusadas? Reconhecendo de pronto a existência de erro nos seus registros contábeis que mantiveram as entradas e respectivos efeitos tributários (créditos de IPI).

Na realidade, a situação que é trazida à apreciação de Vossas Senhorias é a de uma autuação eivada de erro na capitulação da infração tributária, já que em alguns casos e não nos valores indicados pela RFB, apesar de recusadas e, portanto desfeitas, a CDA acabou por dar entrada nessas mercadorias e não glosou os créditos respectivos. De qualquer forma, ainda que equivocada a situação não se mostra uma fraude como indicou a fiscalização no Auto de Infração.

Aliás, vale destacar que **o custo das mercadorias que foram recusadas somente não foi excluído da contabilidade da CDA em razão de um equívoco cometido por sua contabilidade externa**. Enquanto as mercadorias eram recusadas pelo estabelecimento industrial da CDA, carimbavam-se os versos dos DANFES relacionadas a cada umas das NF-e emitidas pelos fornecedores; contudo, os códigos XML das NF-e eram incorretamente aproveitados pela contabilidade terceirizada da empresa, que os apropriava indevidamente como custo operacional (tomando os créditos de IPI destacados).

Esse equívoco foi reconhecido pela CDA aos agentes fiscais no curso do procedimento fiscalizatório tanto em 2014, quanto em 2015 e 2016. Os patronos da CDA, inclusive, solicitaram autorização para retificarem o SPED da empresa, para que dele passasse a constar a devolução / recusa das mercadorias e a respectiva glosa de crédito, como forma de retificar o equívoco ocorrido, o que não foi autorizado pela RFB.

Nota-se que nada foi capaz de demover a RFB da intenção de lavrar o auto de infração aqui combatido com base em argumentos de uma dita fraude que, como se verá, não se

comprova frente aos fatos que antecederam a lavratura do auto de infração e aos documentos que foram apresentados pela CDA.

(destacado no original)

O ERRO INESCUSÁVEL DE CRITÉRIO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS TRIBUTOS LANÇADOS

Conforme se depreende do Termo de Verificação Fiscal, o d. fiscal entendeu que os Impugnantes teriam, supostamente, realizado operações comerciais “inexistentes”, no ano-calendário de 2011, que somariam a quantia exorbitante de **R\$ 59.839.439,51 (cinquenta e nove milhões, oitocentos e trinta e nove mil, quatrocentos e trinta e nove Reais e cinquenta e um centavos)**.

No entanto, cumpre esclarecer que a CDA, quando do momento das fiscalizações a que foi submetida (MPF 08.1.14.00-2014-00188-5, 08.1.90.00-2014-03814-4 e 08.1.90.00-2016-00595-2), disponibilizou aos fiscais todos os documentos e prestou todas as informações solicitadas, de maneira a afastar a imputação de qualquer tipo de ilícito fiscal.

Importante ressaltar que, dentre os documentos disponibilizados pela CDA à fiscalização destacam-se: i) as declarações fiscais e contábeis (SPEDs) da CDA; e, ii) comprovantes de pagamento das operações que efetivamente ocorreram entre a CDA e seus fornecedores ALX e RBA.

Dessa forma, restaria apenas a CDA nessa impugnação defender a existência e validade das operações com a ALX e RBA, e aceitar o seu erro contábil com as empresas Nutrizinco, Agulha, Capri, COPAM, OLJ e Flávio ME, porém quanto a essas operações a autuação utilizou-se de bases de cálculos dissociadas das entradas havidas na CDA e aparentemente baseou-se NÃO nos documentos apresentados e recebidos pela CDA mas, pasmem, em uma apuração realizada diretamente com os fornecedores, elencando NFs desconhecidas da CDA e que nunca foram registradas pela empresa autuada.

Ou seja, em flagrante alteração do critério jurídico para efetuar o lançamento dos tributos supostamente devidos pela CDA (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IPI), o d. fiscal ignora todas as informações prestadas à fiscalização e, mais, toda a sua escrita fiscal e contábil, levando-se em consideração tão somente as informações oferecidas/obtidas com os fornecedores, incluindo na base de cálculo dos tributos em questão operações que realmente nunca ocorreram e que são completamente estranhas à CDA.

Importante destacar que a CDA não tem conhecimento de muitos dos documentos fiscais apurados pela fiscalização em diligência diretamente em seus fornecedores, inclusive, **tais documentos não foram em momento algum objeto de escrituração fiscal/contábil pela CDA, não refletindo em aumento de despesas/custos ou créditos de PIS, COFINS e IPI.**

A título de exemplo, e para que não pare dúvidas sobre o erro crasso cometido pela fiscalização em adotar um critério jurídico equivocado para a lavratura dos referidos autos de infração, de se destacar as operações realizadas com o fornecedor Flavio ME.

Com o referido fornecedor foram realizadas tão somente 03 operações comerciais, abarcadas pelas NFs nº 161, 165 e 166, emitidas em 29/07/2011, 30/07/2011 e 30/07/2011, nos valores de, R\$ 393.750,00, R\$ 433.125,00 e R\$ 315.000,00 respectivamente e que, como já dito, foram recusadas, porém apenas as 03 notas foram registradas em equívoco da contabilidade, e ainda que apenas a nota nº 165 é que teve o IPI destacado, portanto ainda assim não caberia a autuação de IPI quanto as notas 161 e 166.

Ao erro acima apontado soma-se ainda e que o fiscal elencou, além das NFs descritas acima, mais outras 05 (cinco) notas totalmente estranhas à CDA, conforme descrito abaixo:

(...)

No entanto, pela simples análise do SPED Fiscal da CDA (matriz e filiais localizadas em Santo André-SP e Rio de Janeiro-RJ) (DOC. 04), análise esta que, acredita-se, o fiscal deva ter feito, constata-se que as únicas operações realizadas com o fornecedor Flavio **perfaz uma quantia de R\$ 1.141.875,00 (um milhão, cento e quarenta e um mil, oitocentos e setenta e cinco Reais)**, porém, surpreendentemente, no Auto de Infração lavrado contra a CDA o total das operações com este fornecedor, de acordo com os apontamentos do fisco, **somam uma quantia de R\$ 3.110.625,00 (três milhões, cento e dez mil, seiscentos e vinte e cinco Reais), isto mesmo senhores, UMA DIFERENÇA SURPREENDENTE DE R\$ 1.968.750,00 (um milhão, novecentos e sessenta e oito mil, setecentos e cinquenta Reais), ou seja, UMA QUANTIA 272% (DUZENTOS E SETENTA E DOIS POR CENTO) MAIOR DO QUE O VALOR DA OPERAÇÃO QUE EFETIVAMENTE OCORREU!!**

Ora, senhores, inequívoco e crasso o erro cometido pela fiscalização, que considerou o total de operações passíveis de glosa, não o total contabilizado pela CDA e sim as emissões de notas fiscais por esses fornecedores, lançando assim valores que nunca foram utilizados pela CDA e com notas fiscais que nem mesmo lhe foram questionadas, resultando na lavratura dos referidos autos de infração em completo desacordo com a realidade.

Nota-se que os agentes fiscais, inadvertidamente, escolheram por fiscalizar tão somente as SAÍDAS ESCRITURADAS PELOS FORNECEDORES DA CDA, MAS NÃO AS ENTRADAS CONTABILIZADAS PELA CDA. Se a autuação busca excluir, para fins fiscais, todos os custos inerentes às operações descaracterizadas e que foram indevidamente aproveitados pela CDA, não há razão lógica (e jurídica) para que a fiscalização se baseie precipuamente em saídas promovidas por fornecedores que, além de não serem de conhecimento da CDA, não geraram benefício econômico ou tributário de nenhuma natureza à CDA (já que não houve escrituração dessas NF-e nem aproveitamento de créditos/custo).

Pode ser, apenas ad argumentandum tantum, que tais fornecedores tenham emitido notas fiscais contra a CDA, frise-se, sem o conhecimento desta, exclusivamente no intuito de aumentar o seu faturamento com a emissão de tais notas, e para fins de obter créditos financeiros em instituições bancárias.

Verifica-se, portanto, a fragilidade e inadequação nos referidos lançamentos, com erros nas respectivas base de cálculo, devendo, por consequência, serem prontamente cancelados.

DECADÊNCIA DOS DÉBITOS RELATIVOS AOS PERÍODOS DE APURAÇÃO DE JANEIRO A NOVEMBRO DE 2011.

No auto de infração aqui combatido são cobrados supostos débitos de IPI relativos aos períodos de apuração de janeiro a dezembro de 2011. Logo, os supostos débitos relativos aos fatos geradores ocorridos de janeiro a novembro de 2011 já estão fulminados pela decadência.

Isso porque, como prega o artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (“CTN”), decai em 5 anos o direito do fisco de constituir, via auto de infração, débitos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação (gênero de tributos do qual o IPI é espécie).

O Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) quando do julgamento do Recurso Especial nº 973.733-SC (sujeito ao regime dos recursos repetitivos) definiu a aplicação aos tributos

sujeitos ao lançamento por homologação da regra do artigo 150, § 4º, do CTN, desde que o contribuinte tenha declarado o imposto às autoridades fiscais competentes. Na hipótese de não ter havido imposto declarado pelo contribuinte, aplica-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao que o tributo poderia ter sido lançado (artigo 173, I, do CTN). Vejamos trechos da ementa desse julgado:

(...)

No caso ora em julgamento, a CDA declarou ao Fisco Federal suas operações e os débitos de IPI delas decorrentes, os quais foram quitados via pagamento e compensação. Embora os Impugnantes não tenham tido acesso à íntegra do processo administrativo até a presente data e, portanto, não consigam averiguar se os documentos comprobatórios deste fato foram juntados aos autos pela RFB, vale destacar que o próprio auto de infração demonstra que houve declaração e recolhimento desses tributos durante o período de janeiro a dezembro de 2011.

O primeiro anexo que acompanha o auto de infração traz a relação de débitos declarados pela CDA nas DCTFs de 2011. Como aponta essa relação, no curso do ano-calendário 2011, a CDA declarou e recolheu IPI no montante total de R\$ 609.445,01:

(...)

Com efeito, os Impugnantes ainda requerem a juntada aos autos das anexas cópias das DCTFs transmitidas pela CDA relativas ao período autuado, as quais comprovam que houve declaração de débitos de IPI no curso do ano-calendário 2011 (Doc. 07).

Tendo havido declaração e pagamento antecipado de IPI nos períodos de janeiro a dezembro de 2011, aplica-se o prazo decadencial de 5 anos contados da ocorrência dos respectivos fatos geradores (artigo 150, § 4º, do CTN), estando, portanto, extintos pela decadência os supostos débitos relativos aos períodos de apuração de janeiro a novembro de 2011.

Sendo assim, os Impugnantes requerem, desde já, seja reconhecida a extinção, pela decadência, dos supostos débitos relativos aos períodos de janeiro a novembro de 2011, nos termos do quanto previsto no artigo 150, § 4º, cumulado com o artigo 156, V, ambos do CTN.

IMPOSSIBILIDADE DE SE RESPONSABILIZAR SOLIDARIAMENTE OS SÓCIOS ALI E NEDER PELOS SUPOSTOS DÉBITOS ATRIBUÍDOS À CDA.

Como já foi adiantado mais acima, a Fiscalização incluiu no polo passivo da autuação, por solidariedade, os sócios administradores da CDA, senhores Ali e Neder, com fundamento no suposto enquadramento no artigo 135, do CTN, verbis:

(...)

Como se extrai da redação do dispositivo legal transcrito acima, a responsabilização dos sócios e administradores somente é admitida no ordenamento pátrio na hipótese de restar comprovado que estes praticaram atos com excesso de poderes ou em violação à lei ou contrato social.

Frise-se que a comprovação exigida pelo artigo 135, do CTN não admite presunção, sendo necessário que a Fiscalização demonstre e comprove a existência de nexos causal entre as condutas da CDA e de seus administradores na prática da infração supostamente identificada – o que, inclusive, não se afigura, já que, quando questionados em sede de Fiscalização quanto aos Fornecedores tidos como inidôneos, os Impugnantes foram bastante transparentes e corretos ao reconhecerem que as operações não aconteceram e que os créditos tomados sobre essas operações eram indevidos, já que as mercadorias foram prontamente recusadas pela CDA.

A jurisprudência do STJ sobre o tema é mansa e pacífica, contendo, inclusive, precedente firmado de acordo com o rito dos recursos repetitivos, previsto no artigo 543-C, do antigo Código de Processo Civil. De acordo com a Corte Superior, a responsabilidade pessoal dos sócios e administradores das pessoas jurídicas exige a prévia comprovação, pelo Fisco, da prática dolosa de atos em violação à lei ou com excesso de poderes fixados em contrato social. Vejamos:

(...)

No presente caso, no entanto, nada disso foi realizado pela Fiscalização, que se restringiu a fazer meras ilações sobre a ocorrência de sonegação, fraude e simulação nas operações de compra e venda havidas entre a CDA e seus fornecedores, sem, contudo, demonstrar qual teria sido o ato dos seus sócios passível de responsabilizá-los. Além disso, em nenhum momento do AIIM a Fiscalização traçou uma linha sequer sobre qual teria sido o papel dos senhores Ali e Neder em toda a sua narrativa !

Aliás, nunca é demais lembrar: quando fiscalizada, a empresa requereu aos agentes fiscais que fosse autorizada a retificar as informações que foram lançadas incorretamente em sua contabilidade, o que lhe foi negado em todas as oportunidades. Outrossim, erro é algo bem diverso de fraude!

Por conta disso, imperioso que se afaste a responsabilidade pessoal dos senhores Ali e Neder quanto aos débitos lançados na autuação fiscal aqui guerreada, haja vista que a Fiscalização não demonstrou que os sócios da CDA teriam praticado atos com abuso de direito ou em violação à legislação pátria, indispensável à aplicação do artigo 135, do CTN.

IMPOSSIBILIDADE DE SE RESPONSABILIZAR SOLIDARIAMENTE A BMB PELOS SUPOSTOS DÉBITOS ATRIBUÍDOS À CDA.

Como já foi adiantado mais acima, a Fiscalização incluiu a BMB no polo passivo da autuação, por solidariedade, com fundamento no suposto enquadramento no artigo 124, do CTN, verbis:

(...)

Todavia, deve ser registrado que a interpretação que a Fiscalização atribui ao artigo 124, I, do CTN é equivocada, já que o interesse da BMB nas condutas praticadas pela CDA jamais poderia se equiparar ao “interesse comum na situação que constitua fato gerador da obrigação tributária”.

Isso porque a redação do artigo 124, I, do CTN, não trata de qualquer “interesse comum”, e sim apenas do interesse daquele que é titular dos direitos e deveres adquiridos diretamente na “situação que constitui fato gerador da obrigação”, sem que, para tanto, tenha ocorrido qualquer transferência jurídica inter partes desses direitos e deveres.

(...)

Além disso, o STJ pacificou o entendimento de que o mero “interesse econômico” em uma relação jurídica é insuficiente para caracterizar o “interesse comum”, previsto no artigo 124, I, do CTN:

(...)

No presente caso, no entanto, nada disso foi evidenciado pela Fiscalização, que se restringiu a fazer meras ilações sobre a ocorrência de sonegação, fraude e simulação nas operações havidas entre a CDA e seus fornecedores, sem, contudo, demonstrar qual teria sido o interesse jurídico da BMB nessa fictícia fraude, tampouco sua participação direta (ou indireta) nas condutas supostamente ilegais.

Aliás, não se compreende do Termo de Verificação Fiscal qual é o interesse da BMB, que justificaria a sua inclusão como solidário na obrigação tributária, já que a empresa não teve qualquer relação jurídica com os fatos geradores autuados ou mesmo com a CDA (devedora), que não a similaridade de sócios. De rigor, portanto, o afastamento da responsabilização solidária da BMB pelos supostos débitos tributários exigidos neste auto de infração.

(destaque do original)

A FALTA DE FUNDAMENTO PARA APLICAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA E AGRAVADA: A CDA ATENDEU A TODAS AS INTIMAÇÕES, PRESTOU ESCLARECIMENTOS E FORNECEU DOCUMENTOS À FISCALIZAÇÃO.

Os supostos débitos de IPI lançados pela RFB ainda foram acrescidos de multa agravada e qualificada de 225% do valor do imposto lançado, capitulada pela Fiscalização no artigo 44, §§ 1 e 2º, da Lei nº 9.430/96, in verbis:

(...)

Da leitura do parágrafo segundo do dispositivo supratranscrito, já se percebe a incompatibilidade da multa agravada com as características fáticas desta autuação. Vale dizer, como foi narrado no auto de infração, a CDA atendeu a todas as intimações que lhe foram expedidas no curso do procedimento fiscalizatório. Inclusive, advogados e representantes da empresa diligenciaram à presença do agente fiscal encarregado da fiscalização e da lavratura do auto de infração, como bem aponta os seguintes trechos do Termo de Verificação Fiscal:

(...)

Os trechos reproduzidos acima não deixam dúvidas: a CDA atendeu às intimações expedidas pela RFB, tendo, inclusive, encaminhado seus procuradores em mais de uma oportunidade para comparecerem pessoalmente em seu nome para prestarem as informações requeridas pelas autoridades fiscais.

Outro elemento que não deixa dúvida do atendimento da fiscalização pela CDA são as cópias dos protocolos de entrega de documentos (Doc. 05/06), não restando dúvida do atendimento das solicitações dos fiscais.

Aliás, cumpre frisar que na diligência realizada em 05.10.2016, os procuradores da CDA entregaram à Fiscalização 3 caixas de documentos atrelados às operações autuadas, os quais não foram imediatamente analisados pelos agentes fiscais apenas por exclusiva conveniência destes últimos. Com efeito, o Termo de Verificação Fiscal ainda assevera, expressamente, que a conclusão pelo não atendimento à fiscalização pela CDA derivou exclusivamente de um entendimento, uma interpretação, dos agentes fiscais encarregados do procedimento fiscalizatório.

Para jogar a pá de cal no assunto, vale colacionar, ainda, trecho do Termo de Verificação Fiscal em que a RFB menciona um depoimento de um dos representantes da CDA, tomado no curso do procedimento de fiscalização:

(...)

Notável, portanto, a falta de fundamento para o agravamento da multa feito pela RFB com base no artigo 44, §§ 2º, da Lei nº 9.430/96. Não atender à fiscalização não se confunde com não convencê-la das suas razões. Em outras palavras, não se pode admitir o agravamento da multa unicamente porque a CDA não trouxe documentos e informações capazes de convencer os agentes fiscais de que não teria ocorrido infrações tributárias.

Neste mesmo sentido é a jurisprudência pacífica do CARF, como revela o aresto mencionado a seguir, prolatado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais:

(...)

Imperioso, portanto, que se afaste o agravamento da multa realizado pela RFB com base no artigo 44, §§ 2º, da Lei nº 9.430/96, eis que manifestamente infundado, tendo em vista que, no caso, a CDA atendeu a todas as intimações que foram expedidas pelos agentes fiscais no curso do procedimento fiscalizatório.

Igualmente, também não merece prosperar a aplicação da multa qualificada de 150%, realizada pela RFB com fulcro no artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96 – que autoriza as autoridades fiscais a dobrarem o valor da multa de ofício aplicada, caso haja comprovação do intuito de fraude ou de sonegação nas condutas praticadas pelo contribuinte.

Todavia, de acordo com a jurisprudência do CARF, a qualificação da multa somente é admitida mediante comprovação clara e congruente do intuito de fraude, revelado em condutas dolosas praticadas pelo contribuinte com o ímpeto de reduzir ou mitigar ilegalmente a carga tributária à qual está sujeito. Vejamos:

(...)

Como visto, a RFB lavrou este auto de infração a partir da constatação de que os fornecedores da CDA teriam emitido documentos fiscais inidôneos e, em razão disso, presumiram os agentes fiscais que os Impugnantes teriam praticado atos fraudulentos, com vistas à sonegação tributária.

Deixando de lado todas as incongruências dessa ficção tributária aventada pela Fiscalização, fato é que nenhuma prova ou elementos indiciários foram trazidos aos autos pelos agentes fiscais suficientes para, no mínimo, fazer nascer uma simples presunção verossímil da dita fraude ou sonegação.

O que se tem aqui é, na realidade, uma tentativa da RFB de “amarrar” a autuação, utilizando a suposta fraude como elo para a exigência de supostos débitos tributários já atingidos pela decadência – já que, a prevalecer a pseudofraude, afastar-se-ia imediatamente a aplicação do prazo decadencial previsto no artigo 150, § 4º, do CTN.

Aliás, outra prova da absoluta postura enviesada da RFB reside na narrativa de que o domicílio da CDA estaria em São Paulo (e não no Estado do Espírito Santo). Esta alegação beira o absurdo, já que os procedimentos de fiscalização somente foram instaurados pelos agentes paulistas da RFB com vistas à sua maior conveniência e comodidade, na medida em que todos os fornecedores da CDA são residentes em São Paulo e foram fiscalizados em SP.

Não foram poucas as oportunidades em que a RFB fiscalizou a CDA em seu domicílio efetivo – situado no Estado do Espírito Santo – e sempre foi atendida. A título exemplificativo, os Impugnantes citam o Mandado de Procedimento Fiscal nº 07.2.01.00-2015-00383-3, cuja fiscalização foi satisfatoriamente conduzida pelos agentes da RFB em solo capixaba (Doc. 08).

Aliás, cumpre mencionar que a sede da CDA se encontra em outro Estado desde 2012 (conforme comprova a 12ª Alteração Contratual – Doc. 09), não havendo que se falar, portanto, em mudança repentina de estabelecimento, como defende a RFB, com vistas a prejudicar à fiscalização.

Por fim, mister destacar que, na disciplina do artigo 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99, os atos administrativos devem ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que o sustentam, sendo imperioso que a motivação seja “explícita, clara e

congruente”. No caso ora em julgamento, não se nota a clareza nem a congruência entre a dita motivação do ato e seu resultado. O AIIM não permite ao intérprete visualizar, com clareza, quais teriam sido as condutas praticadas pelos Impugnantes capazes de revelar meros indícios de um dolo específico para a fraude aventada.

Por derradeiro, há de se ter em mente que carece de juridicidade a transposição de penalidade em matéria tributária. Ainda que a lei possa eventualmente transferir a obrigação tributária de uma pessoa à outra, a infração tributária é uma obrigação pessoal do infrator e que se não pode ser transportada de uma pessoa à outra, ante a pessoalidade das multas punitivas.

Destarte, revela-se inapropriada a pretensão do Fisco de estender a responsabilidade pela multa também aos sócios da CDA, Srs. Ali e Neder, e à BMB, especialmente quando feita com base no artigo 135, do CTN.

Isso porque o CTN possui uma seção reservada especificamente para as hipóteses de responsabilidade por infrações, da qual não faz parte o artigo 135. Por outro lado, o artigo 137 assevera que a responsabilidade é pessoal do agente, dentre outras, quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar. Por inexistir prova de dolo específico dos Impugnantes na prática dos atos contestados pela Fiscalização, imperioso o afastamento das multas que lhe são cobradas, ante a absoluta falta de fundamento jurídico para tanto.

Logo, igualmente importante que seja afastada a aplicação da multa qualificada contra os Impugnantes, reduzindo-a, quando muito (caso não sejam acolhidas as razões de mérito e suas preliminares trazidas alhures), ao patamar de 75%.

A DESPROPORCIONALIDADE E CONFISCATORIEDADE DA MULTA

Também merece destaque o fato de que a multa aplicada no patamar de 225% dos tributos exigidos na autuação está eivada de evidente caráter confiscatório do patrimônio dos Impugnantes, na medida em que obviamente desproporcional ao valor total do gravame supostamente devido e às condutas praticadas.

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal (“STF”) já decidiu serem desproporcionais (e abusivas) as multas fixadas em valores que superem o montante do principal exigido nas respectivas autuações. (...)

Isto posto, nota-se que, além de carecer de fundamento ante os fatos que revestem esta lide, a multa qualificada e agravada de 225% aplicada contra os Impugnantes é flagrantemente desproporcional e confiscatória de seu patrimônio, devendo ser prontamente afastada.

PEDIDOS

Por todo o exposto, os Impugnantes pedem e esperam que seja julgada inteiramente procedente a impugnação, cancelando-se o auto de infração lavrado.

Por fim, protesta pela juntada posterior de documentos e apresentação de novas informações e alegações, notadamente em razão da indisponibilidade do processo administrativo no momento da elaboração dessa impugnação.

Conforme consta da fl. 2971, em 15/08/2017, foi solicitada a juntada de aditamento à impugnação, das fls. 2973/2982, nos seguintes termos:

OBJETIVO DESTES ADITAMENTOS.

Nesta petição, complementaremos a impugnação apresentada em 19.01.2017, para trazer ao conhecimento desta I. Delegacia que valiosíssimos documentos apresentados pela CDA e seus procuradores não foram juntados aos autos pela Fiscalização.

Vale dizer, durante a fase de fiscalização que antecedeu a lavratura deste auto de infração, foram apresentados aos agentes fiscais documentos que comprovam a existência das operações realizadas com uma das fornecedoras declaradas inidôneas. Todavia, por razões desconhecidas pelas Impugnantes, os agentes fiscais não anexaram esses documentos ao processo, tampouco fizeram menção à sua existência, omitindo desta I. Delegacia informações essenciais para o julgamento do feito.

Com efeito, também complementaremos os argumentos relativos à inaplicabilidade da multa agravada. Como abordaremos em maiores detalhes, os documentos acostados ao processo revelam que a CDA e seus procuradores colaboraram com a fiscalização que antecedeu a lavratura deste auto de infração, não havendo como se falar em eventual embaraço à fiscalização ou em intuito de fraude que justificassem o agravamento da multa.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA: NÃO FORAM JUNTADAS AO PROCESSO AS PROVAS DA EXISTÊNCIA DAS OPERAÇÕES COM A RBA.

Depois de terem vista da íntegra dos autos deste processo administrativo, as Impugnantes notaram que a Fiscalização não juntou ao processo cópia dos documentos que foram entregues pela CDA durante a fiscalização e que são imprescindíveis para o julgamento desta lide.

Explicamos: a autuação aqui combatida se escora na presunção de que a CDA teria simulado operações com fornecedores considerados inidôneos. Vejamos o trecho reproduzido abaixo, extraído do auto de infração:

(...)

Contudo, vale destacar que, no curso da fiscalização, os procuradores da CDA entregaram aos agentes fiscais documentos valiosíssimos para a conclusão dos trabalhos. Foram entregues 3 caixas contendo (i) todas as NF-e emitidas pela RBA, com a indicação inclusive da empresa transportadora responsável pelo frete das mercadorias, (ii) os comprovantes de pagamento atrelados a essas operações, (iii) extratos bancários emitidos pelas instituições nas quais a CDA mantinha contas correntes (Banco Bradesco, Banco Fibra, Banco Santander, Banrisul, Bicbanco e Banco Safra); e (iv) conciliação das operações e dos pagamentos.

(...)

Todavia, **esses documentos não foram carregados aos autos pelos agentes fiscais**. Em outras palavras, a Fiscalização ignorou por completo a documentação comprobatória apresentada pelos procuradores da CDA, não juntando aos autos deste processo, **ocultando elementos probatórios capazes de colocar em xeque as presunções que ensejaram a lavratura da autuação em testilha**.

Foram apresentados mais de 600 documentos comprobatórios da existência das vendas realizadas pela RBA. Dada a sua relevância, era dever da RFB ter providenciado sua juntada aos autos deste processo administrativo, por serem absolutamente imprescindíveis para o julgamento deste feito.

2.7. Para a infeliz surpresa das Impugnantes, **os agentes fiscais não apenas ocultaram as provas apresentadas pela CDA, como também fizeram constar do auto de infração a falsa informação de que os pagamentos não teriam sido comprovados pela CDA:**

(...)

No caso em julgamento, as notas fiscais emitidas pela RBA (com informações sobre os transportadores das mercadorias) e os extratos bancários relativos aos pagamentos

realizados pela CDA são provas indispensáveis para esse processo, já que são capazes de revelar a esta I. Delegacia que as operações havidas com a RBA de fato existiram, ao contrário do que maleficamente pretende fazer crer a fiscalização.

Como se pode dizer que uma operação foi simulada se há provas reais e concretas de sua existência e que houve pagamento? Se as operações não tivessem existido, não haveria pagamento nem transporte das mercadorias adquiridas!

(...)

Nenhuma glosa de deduções ou de créditos pode ser mantida sem a prévia análise de todas as provas envolvidas no processo. Por ser relativa a presunção de inexistência das operações, todos os documentos apresentados pela CDA deveriam ter sido juntados ao processo pela fiscalização, para que esta I. Delegacia pudesse formar seu juízo de convencimento.

Quando os agentes fiscais escolheram não juntar ao processo os documentos apresentados pela CDA, acabaram por lesar os direitos de defesa e ao devido processo legal das Impugnantes¹, na medida em que foram omitidas desta I. Delegacia provas valiosíssimas, que dão azo à defesa das Impugnantes.

Isso sem mencionar a violação direta ao artigo 29, § 1º, da Lei nº 9.784/99, segundo o qual “o órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo”. Ora, é irrefragável que a resolução deste processo depende da análise dos documentos que foram apresentados pelos procuradores da CDA e que foram ocultados pelos agentes fiscais.

Portanto, requer-se desde já que esta I. Delegacia conceda prazo adicional de 30 dias, para que as Impugnantes tragam aos autos deste processo as cópias dos documentos relacionados às operações com a RBA e que não foram apresentados pelos agentes fiscais. A concessão do prazo adicional aqui requerido é mais do que justificável, na medida em que a tramitação eletrônica deste processo obriga as Impugnantes a digitalizarem, um por um, os documentos em questão, trabalho hercúleo que tomará tempo considerável das Impugnantes – e que, infelizmente, não pôde ser concluído dentro do prazo para aditamento concedido por esta I. Delegacia.

A FALTA DE FUNDAMENTO PARA APLICAÇÃO DA MULTA AGRAVADA.

As Impugnantes aproveitam a oportunidade para complementar os argumentos aduzidos em sua defesa sobre a aplicação indevida das multas agravada e qualificada, notadamente quando (i) a CDA atendeu à Fiscalização e forneceu aos agentes fiscais documentos e informações requeridos e (ii) são absolutamente infundadas as alegações de fraude ou simulação constantes do auto de infração.

Como já foi suficientemente demonstrado na impugnação, não foram poucas as oportunidades em que a CDA foi intimada a prestar esclarecimentos aos agentes fiscais, inclusive com a entrega de documentação específica. Essas intimações foram atendidas pelos procuradores da CDA que, além de terem entregado caixas e mais caixas de documentos não juntados aos autos pela Fiscalização, sempre se colocaram à disposição dos agentes fiscais!

Todavia, a análise dos autos deste processo foi importante para que as Impugnantes pudessem apontar, com ainda mais precisão, alguns documentos que comprovam este fato e que constam do processo. Vejamos:

(...)

Esses são apenas alguns exemplos de documentos acostados aos autos e que comprovam que a CDA e seus procuradores não se furtaram do dever de colaborar com a fiscalização e fornecer os documentos e informações requeridas pelos agentes fiscais.

Logo, e tendo em mente os demais argumentos já trazidos na impugnação, é absolutamente descabida a aplicação da multa agravada contra as Impugnantes, por absoluta falta de fundamento legal. Não atender à fiscalização não se confunde com não convencê-la das suas razões. Em outras palavras, não se pode admitir o agravamento da multa unicamente porque a CDA não trouxe documentos e informações capazes de convencer os agentes fiscais de que não teria ocorrido infrações tributárias.

Imperioso, portanto, que se afaste o agravamento da multa realizado pela RFB com base no artigo 44, §§ 2º, da Lei nº 9.430/96, eis que manifestamente infundado, tendo em vista que, no caso, a CDA atendeu a todas as intimações que foram expedidas pelos agentes fiscais no curso do procedimento fiscalizatório.

PEDIDOS

Por todo o exposto, as Impugnantes ratificam e complementam os termos de sua impugnação protocolada em janeiro de 2017, para que seja julgada inteiramente procedente a impugnação, cancelando-se o auto de infração lavrado.

Pugnam, ainda, pela concessão de novo prazo para juntada dos documentos relativos às operações com a RBA e que não foram trazidos pela fiscalização, conforme pleiteado no item 2.17 desta petição.

Foram solicitadas pelos impugnantes, em 06/09/2017, as seguintes juntadas de notas fiscais eletrônicas emitidas por RBA Reciclagem e Indústria de Alumínio e Metais Ltda., acompanhadas dos seus respectivos comprovantes de pagamento: i) fl. 2983, dos documentos das fls. 2987/3181; ii) fl. 3182, dos documentos das fls. 3185/3392; iii) fl. 3393, dos documentos das fls. 3394/3659; e iv) fl. 3660, dos documentos das fls. 3661/3770.

É o relatório.

A 3ª Turma da DRJ/POA, através do Acórdão n. 10-60.707 (e-fls. 3771 e ss), julgou procedente em parte a impugnação do sujeito passivo, para:

- a) indeferir o pedido de apresentação posterior de provas e alegações;
- b) não conhecer da alegação de inconstitucionalidade da multa de ofício;
- c) rejeitar as preliminares de cerceamento do direito de defesa e decadência; e
- d) no mérito, julgar procedente em parte a impugnação, para: i) reduzir a multa de ofício para o percentual de 112,5%; ii) cancelar a parcela da exigência no valor de R\$ 718.172,50 (setecentos e dezoito mil, cento e setenta e dois reais e cinquenta centavos) e respectivos juros de mora e multa de ofício; e iii) afastar a sujeição passiva solidária de BMB Administração de Bens Próprios e Participações S/A, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Cientificado do acórdão de primeira instância em 24/04/2018 (e-fl. 3807), o contribuinte apresentou recurso voluntário (e-fls. 3810/3826), em 15/05/2018 (e-fl. 3809), através de procurador (e-fls. 1847), em que repete os fundamentos da impugnação e aduz:

Reproduzimos abaixo, parcialmente, os termos dos recorrentes:

(...)

2.1. A CDA é empresa destinada ao comércio atacadista de produtos de extração mineral que, no curso de suas atividades empresariais, adquire, no mercado interno, perfis de alumínio para comercialização à sua clientela, que é composta, em sua maioria, por empresas que atuam no setor de construção civil.

2.2. No curso do ano-calendário 2011, a CDA exerceu regularmente suas atividades típicas, tendo adquirido mercadorias de diversos fornecedores nacionais. Após fiscalização da RFB, constatou-se irregularidades nessas empresas que, no entanto, não poderiam atingir a CDA, pois, no momento das operações comerciais ocorridas, todas as empresas mencionadas se encontravam em situação regular perante os cadastros das autoridades fiscais competentes, emitindo inclusive notas fiscais eletrônicas para acompanhar as mercadorias comercializadas1.

2.3. Além das empresas mencionadas, a CDA também adquiriu, ao longo de 2011, mercadorias de uma empresa que, pertencia ao seu grupo societário: a ALX Indústria e Comércio de Alumínio e Derivados Ltda. (“ALX”), empresa regularmente constituída destinada à fabricação dos laminados de alumínio que são posteriormente comercializados pela CDA. Cumpre frisar que todas as operações havidas entre a ALX e a CDA no curso do ano-calendário 2011 foram devidamente comunicadas às autoridades fiscais e estiveram acompanhadas dos documentos fiscais obrigatórios (NF-e).

2.4. Apesar de não ter havido sonegação de nenhuma espécie nas operações com os fornecedores citados acima, ainda assim a Receita Federal do Brasil (“RFB”), em procedimento de fiscalização, lavrou contra a CDA dois autos de infração distintos, nos quais exige dos Impugnantes o recolhimento de supostos débitos de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IPI, pois no entender da RFB, as operações realizadas em 2011 pela CDA com os fornecedores mencionados acima foram tidas pela Fiscalização como inexistentes, tendo sido praticadas com a finalidade precípua de gerar economia tributária ilícita.

2.5. Nas autuações, a RFB ainda atribuiu a responsabilidade, por solidariedade, aos sócios da CDA, os senhores Ali e Neder, bem como à BMB, empresa meramente patrimonial, pertencente aos mesmos sócios.

2.6. Nas autuações, a RFB ainda atribuiu a responsabilidade, por solidariedade, aos sócios da CDA, os senhores Ali e Neder, bem como à BMB, empresa meramente patrimonial, pertencente aos mesmos sócios.

2.7. As duas autuações geraram dois processos administrativos distintos, a saber:

Processo Administrativo	Tributos Exigidos
19515.720791/2016-91	IRPJ, CSLL, PIS e COFINS
19515.720792/2016-36	IPI

2.8. O processo administrativo em epígrafe, portanto, trata apenas dos supostos débitos de IPI, motivo pelo qual neste feito os Recorrentes discorrem unicamente sobre as razões pelas quais não deve prevalecer a cobrança desse imposto. A cobrança dos demais gravames vem sendo contestada pelos Recorrentes em defesa apresentada diretamente nos autos do Processo Administrativo nº 19515.720791/2016-91.

2.9. Pois bem. Intimados da lavratura do auto de infração aqui combatido, os Recorrentes apresentaram defesa em 19.01.2017, pautada nas seguintes alegações:

(i) nulidade da autuação em razão do cerceamento do direito de defesa dos Recorrentes;

(ii) a ALX era empresa existente de fato e, dadas as características operacionais, não dependia de estabelecimento físico para executar suas atividades, sendo que a RFB adotou um valor total de compras muito superior ao apurado pela CDA no SPED fiscal e contábil;

(iii) a existência das operações havidas com a RBA foi comprovada documentalmente, haja vista as mais de 3 caixas de documentos apresentadas durante a fase de fiscalização;

(iv) há erro inescusável na autuação, que lançou débitos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS calculados sobre operações que eram absolutamente desconhecidas da CDA e que sequer foram por ela escrituradas em seus livros contábeis e fiscais (ou seja, que sequer geraram créditos do imposto);

(v) já estavam extintos pela decadência os débitos relativos aos períodos de apuração de janeiro a novembro de 2011;

(vi) não foram atendidos os requisitos previstos no artigo 135, do CTN, sendo indevida a responsabilização solidária dos sócios da CDA (Srs. Ali e Neder) pelos supostos débitos atribuídos à empresa;

(vii) não foram preenchidos os requisitos exigidos pelo artigo 124, do CTN, para que a BMB pudesse ser incluída no polo passivo da autuação como responsável solidária da CDA;

(viii) a CDA atendeu à fiscalização, não havendo margem para aplicação das multas qualificada e agravada cobradas no auto de infração; e

(ix) são desproporcionais e confiscatórias as multas cobradas na autuação.

2.9. Posteriormente ao protocolo da impugnação, mais especificamente em 15.08.2017, depois que tiveram vistas da íntegra do processo, os Recorrentes protocolaram petição de aditamento à sua defesa (fls. 2.973/2.982), reforçando seus argumentos a partir de documentos que, embora tenham sido apresentados em fase de fiscalização, não foram juntados aos autos pelas autoridades fiscais. Em outras palavras, os agentes fiscais não juntaram ao processo administrativo mais de 600 documentos que foram apresentados em fase de fiscalização e que comprovam a real existência das operações comerciais contestadas pela RFB!

2.10. Sobreveio então o acórdão de fls. 3.771/3.801, ora recorrido, que, julgando procedente em parte a impugnação dos Recorrentes:

(i) não conheceu da alegação de inconstitucionalidade da multa de ofício;

(ii) rejeitou as preliminares de cerceamento do direito de defesa e de decadência;

(iii) reduziu a multa de ofício para o patamar de 112,50%;

(iv) cancelou integralmente as glosas dos créditos relativos às operações com os fornecedores ALX e RBA;

(v) cancelou parcialmente as glosas dos créditos relativos às operações com o fornecedor Flávio ME;

(vi) manteve a glosa dos créditos das operações havidas com os demais fornecedores;

(vii) afastou a sujeição passiva solidária da empresa BMB; e

(viii) manteve a responsabilidade passiva solidária dos sócios da CDA, Srs. Ali e Neder.

2.11. O acórdão, contudo, merece reforma, já que as parcelas da autuação que foram mantidas não se sustentam frente à realidade dos fatos, à legislação em vigor e à jurisprudência pátria.

Senão vejamos

3. DO DIREITO.

3.A. DECADÊNCIA DOS DÉBITOS RELATIVOS AOS PERÍODOS DE APURAÇÃO DE JANEIRO A NOVEMBRO DE 2011.

(...)

3.B. AUSÊNCIA DE FRAUDE NAS OPERAÇÕES COM NUTRIZINCO, AGULHA, CAPRI, COPAM, OLJ E FLÁVIO ME.

(...)

3.C. IMPOSSIBILIDADE DE SE RESPONSABILIZAR SOLIDARIAMENTE OS SÓCIOS ALI E NEDER PELOS SUPOSTOS DÉBITOS ATRIBUÍDOS À CDA.

(...)

4. DA MULTA

4.A NÃO CABIMENTO DA MULTA AGRAVADA – A AUTORA ATENDEU À FISCALIZAÇÃO.

(...)

4.B. DESPROPORCIONALIDADE E CONFISCATORIEDADE DA MULTA

(...)

Em despacho de / / (e-fls.), o presidente da 3ª Turma da DRJ/POA complementou o Acórdão n. 10-60.707, recorrendo de ofício da decisão em virtude da exoneração de crédito ultrapassar o limite da Portaria .

Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo. Cumpridos os demais requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

I - Do Processo Administrativo n.º 19515.720792/2016-36 (IPI).

A infração de dedução indevida de compras em 2011 e registro e utilização para fins de crédito de tributos de notas fiscais consideradas inidôneas redundou em autuações de IRPJ, CSLL, PIS, Cofins (Processo Administrativo n.º 19515.720791/2016-91) e IPI tratados nestes autos, n.º 19515.720792/2016-36). Por provirem dos mesmos fatos ambas as autuações são competência desta 1ª Seção do CARF (art 2º, IV e V do Ricarf) e estão sendo julgadas na mesma sessão. Mas na primeira instância os dois processos foram julgadas em duas turmas diferentes. E na oportunidade houve diferença de entendimento quando da aplicação aos fatos da legislação sobre multas e da responsabilidade. A presente apreciação conjunta adotará um só entendimento para os temas citados.

II – Das glosas de custos e dos créditos.

A autuação deve-se ao fato de o contribuinte ter contabilizado, no ano-calendário de 2011, operações de compras de oito fornecedores inexistentes de fato, o que foi verificado em diversas diligências e em pesquisas junto aos controles da Receita Federal, Junta Comercial e outros órgãos públicos (Termo de Verificação Fiscal de folhas, e-fls. 2374/2408). Devidamente intimada e reintimada, a CDA, não apresentou a documentação comprobatória da efetividade das operações comerciais com as empresas, inclusive informando que devolveu as compras, sem, entretanto, apresentar os documentos relativos às devoluções. A CDA contabilizou as operações na conta contábil "compras" e depois para a conta "transferência para apuração de resultado", como custos das mercadorias ou produtos vendidos, incluindo os valores totais das notas fiscais. As contrapartidas foram registradas como "dívidas a fornecedores". A CDA registrou em sua contabilidade os pagamentos aos fornecedores por meio das contas bancárias mantidas junto aos bancos Bradesco e Safra, porém não comprovou nenhum desses pagamentos, nem indicou quem foram os reais beneficiários desses pagamentos e operações.

Os Recorrentes defendem que as parcelas da autuação que foram mantidas não se sustentam frente à realidade dos fatos, à legislação em vigor e à jurisprudência pátria.

Considerando-se que a própria Recorrente admite que parte das compras (de seis, dos oito fornecedores: Nutrizinco, Agulha, COPAM, CAPRI, OLJ e Flávio ME) foram devolvidas (sem apresentar o cancelamento das notas fiscais emitidas); que os custos correspondentes foram contabilizados indevidamente; e considerando-se que estas empresas sequer existiam ou estavam inativas, não há prova possível para convencer que a glosa é indevida. A própria recorrente tentou, após ter perdido sua espontaneidade legal, retificar sua contabilidade (TVF, e-fls.).

A DRJ admitiu que parte da glosa deve ser exonerada:

Quanto às aquisições das empresas ALX Indústria e Comércio de Alumínios e Derivados Ltda. e RBA Reciclagem e Indústria de Alumínio e Metais Ltda., cumpre esclarecer que, em relação à primeira, as aquisições não geraram créditos (vide planilha da fl. 2411), e, quanto à segunda, houve equívoco por parte da fiscalização ao efetuar as glosas, como será visto na sequência.

Aduziu ainda a DRJ, quantificando créditos que não foram escriturados e, por via de consequência não foram utilizados pelo contribuinte, que se deve admitir a alegação de erro na feitura da peça fiscal, devendo ser canceladas as parcelas correspondentes da exigência:

PERÍODO DE APURAÇÃO	31/03/2011	30/04/2011	31/07/2011	31/08/2011	30/09/2011	31/10/2011	30/11/2011	31/12/2011
PLANILHA FISCALIZAÇÃO (folha 2411)	101.146,80	86.971,88	61.875,00	361.165,00	1.699,60	174.017,15	1.389,87	51.994,08
AUTO DE INFRAÇÃO (folha 2429)	101.146,80	86.971,88	61.875,00	361.165,00	1.699,60	174.017,15	1.389,87	138.650,88
ESCRITURADOS NO RAIPI CFOP 1.102 (folhas 488/524)	101.146,80	86.971,88	20.625,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00

O contribuinte alega que foram encaminhados aos agentes fiscais 3 caixas de documentos atrelados às operações contestadas, das quais constaram todas as NF emitidas pela RBA, indicando a empresa transportadora responsável pelo frete e os comprovantes de pagamentos atrelados a essas operações. E que houve uma reconciliação entre as operações e pagamentos.

Até a data de 08/09/2016 o contribuinte não tinha atendido a intimação contida no Termo de Início da Fiscalização, razão pela qual foi lavrado Termo de Reintimação, cuja ciência se deu em 12/09/2016 (**e-fl. 15**). Em 05/10/2016 foi emitido Termo de Constatação e de Retificação da Intimação Fiscal, recebido pelo contribuinte em 21/10/2016. Como não atendeu a esta intimação, foi novamente intimado em 29/11/2016 (**e-fl. 21**). As operações de compra deveriam ser comprovadas com, entre outros dados:

3) Documentação comprobatória da efetividade das compras referidas no item 1: DANFE (Impressão do Documento Auxiliar das NF-e) que foram efetivamente utilizados para o recebimento ou transporte físico das mercadorias, Comprovantes da Entrega (Com data, horário, fornecedor, descrição dos produtos, etc), Comprovantes da pesagem das mercadoria (Tickets da balança de pesagem dos caminhões na entrada e saída) E identificação completa dos motoristas (nome e CPF) e caminhões (placa e proprietário) utilizados no transporte das mercadorias.

4) Impressão no formato PDF dos lançamentos da contabilização das compras referidas no item 1 e dos seus respectivos pagamentos constantes da sua Escrituração Contábil Digital entregue no SPED.

Da mesma forma, o contribuinte não atendeu esta última intimação. Posteriormente, foi efetuada a devolução dos documentos já entregues, em 05/12/2016, conforme o Termo de Devolução de Documentos (**e-fls. 22**), no qual consigna a devolução de cópias das segundas vias das notas fiscais das aquisições efetuadas em 2011 das empresas RBA e PJUNIOR (item 4) e cópia das duplicatas de cobrança dos fornecimentos da empresa RBA Reciclagem, com pagamentos direcionados a outras pessoas jurídicas e financeira, sem comprovação das operações. Há a clara indicação de que a documentação apresentada não foi hábil para a comprovação das operações com a RBA:

“Registra-se que a empresa não prestou os esclarecimentos, e nem entregou a documentação solicitada, por meio das intimações efetuadas ao longo da presente fiscalização para a comprovação das suas operações e apuração do IRPJ, IPI, PIS e COFINS do ano 2011.

A documentação apresentada não foi hábil para a comprovação das operações (exceto quando às compras efetuadas da empresa P. Júnior, conforme o item 5 abaixo).

No exercício das funções de AFRFB, efetuamos a DEVOLUÇÃO da documentação entregue pela empresa acima identificada, a saber:

1) Livros de Registro de Apuração do IPI de 2011 e Registro de Inventário (só de 31/12/2011) da matriz e das filiais com CNPJ nº 0002, 0004, 0005, 0006 e 0009 (o da filial 0009 foi encadernado em conjunto com os Livros Registro de ICMS, de Entradas e de Saídas e com o RCPE todo zerado).

2) Extratos Bancários parciais de 2011 das contas da empresa nos Bancos Bradesco, Safra, Banrisul, Fibria, Bicbanco e Santander, sem conter a identificação dos pagamentos das compras, nem diretamente aos fornecedores, nem por meio de cobrança de duplicatas.

3) Cópias da Impressão do Razão contábeis: Adiantamento a Fornecedores, Mútuo com Pessoas Ligadas, Adiantamento/Empréstimos, Fornecedores ALX Ind. e Comércio, RBA Reciclagem e PJUNIOR.

4) Cópias das segundas vias das notas fiscais (DANFE) das aquisições efetuadas em 2011 das empresas RBA Reciclagem e PJUNIOR.

- 5) Cópias das duplicatas de cobrança dos pagamentos dos fornecimentos da empresa PJUNIOR.
- 6) Cópias das duplicatas de cobrança dos fornecimentos da empresa da RBA Reciclagem, com pagamentos direcionados a outras pessoas jurídicas e financeiras, sem comprovação das operações.”

Depois disso, o contribuinte apresentou os documentos relacionados a ação judicial, onde questionou o procedimento fiscal (alegou, no Judiciário, que sua sede era em Colatina/ES, sendo ilegal procedimento fiscalizatório, vez que desenvolvido fora de seu domicílio matriz). Apresentou também à Fiscalização documento afirmando ter enviado por via postal resposta das intimações, na qual consigna, em resumo, que devolveu as compras efetuadas da Nutrizinco, Fundação Agulha, Copom, OLJ e Flavio Marques do Nascimento (e-fls. 21). Também afirma que os demais itens das intimações haviam sido atendidos pela documentação apresentada em 05/10/2016.

Como se observa, a fiscalização consignou no Termo de Devolução de Documentos (fls. 22), que devolveu todos os documentos relacionados à empresa RBA e, com relação à empresa PJUNIOR, que as duplicatas de cobrança, com pagamentos a outras pessoas físicas e financeiras não comprovavam as operações da RBA.

Diante desse fato, caberia ao contribuinte ter apresentado à fiscalização as provas relacionadas às operações com a RBA, inclusive, se fosse o caso, novamente os documentos devolvidos por sua solicitação. Registre-se que o contribuinte não apresentou provas da regularidade das operações com a RBA na impugnação e, também, no prazo legal concedido para que aditasse sua impugnação. Desse modo, considerou-se não comprovadas as operações realizadas com a RBA Reciclagem e Indústria de Alumínio e Metais Ltda.

IV – Da Fraude

Só evidencia o intuito de fraude a alegação da própria CDA à RFB de que não recebeu as mercadorias comercializadas pelas empresas Nutrizinco, Agulha, COPAM, CAPRI, OLJ e Flávio ME. Vale dizer, a CDA esclareceu que todas as mercadorias que lhe foram comercializadas por esses fornecedores foram prontamente recusadas por ela (sem apresentar qualquer comprovação desta recusa), em razão de discordância comerciais ou problemas de qualidade. Afirma ainda que a contabilização destes custos foi um equívoco. Some-se a inexistência comprovada destes fornecedores e total falta de capacidade econômica para fornecer os produtos declarados e está completo a caracterização do evidente intuito de fraude, que autoriza a duplicação da multa de ofício.

Evidente que a CDA implantou um esquema de fraude tributário, mediante o uso de empresas inexistentes de fato (empresas noteiras), para a emissão de notas fiscais frias, com o intuito de impedir, ocultar ou retardar a ocorrência do fato gerador, evitando que o fisco tomasse conhecimento dos tributos efetivamente devidos, além de legitimar a entrada de sucata de providência duvidosa.

V – Da Decadência

Como já dito, o próprio contribuinte admite a utilização de custos e créditos, relativos as compras das empresas Nutrizinco Comércio de Metais Ltda. - Fundação de Resíduos Agulha Ltda. - Capri Ligas de Metais Ltda. - Copam Comércio de Metais Ltda. - O.L.J. Metais

Plásticos e Papéis em Geral Ltda. - e Flavio Marques do Nascimento - ME, cujas mercadorias não teriam sido recebidas por serem imprestáveis como matéria-prima para seu processo industrial.

O IPI é um imposto cujo lançamento ocorre por homologação, e por isso, o prazo decadencial é regido pelo art. 150, parágrafo 4º, do CTN.

Mas como tratou-se de conduta dolosa praticada pelo contribuinte, excludente da regra contida no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, a contagem do prazo decadencial é regida pelo o art. 173, inc. I, do referido Código.

O contribuinte registrou e utilizou para fins de crédito do imposto notas fiscais consideradas inidôneas, por terem sido emitidas por empresas inexistentes, o que revela sua intenção (dolo) de reduzir o montante do tributo devido e desloca a fluência do prazo decadencial a partir de 01/01/2012 e estabelece seu termo final em 31/12/2016, pelo que não houve a alegada caducidade do direito de constituir o crédito tributário.

VII – Da Responsabilização Solidária dos Sócios da CDA e da BMB.

A BMB Administradora de Bens Próprios e Participações S/A, possui como únicos sócios os Srs. Ali Youssef El Bast e Neder El Bast, mesmos sócios da CDA, deve ser considerada como responsável tributária por interesse comum (art. 124, I, do CTN) . A BMB é empresa do grupo econômico constituída para deter a propriedade de bens dos sócios e deter participação societária em outras empresas do grupo, prestando-se à uma proteção patrimonial contra a execução de eventuais credores (ver contratos de mútuos às e-fls. 1418 e ss e objeto social às e-fls. 548). Além disso, a BMB é sócia majoritária da empresa ALX, a qual foi utilizada para a emissão de notas fiscais frias utilizadas pela CDA para produzir custos e créditos fictícios que reduziram as bases de cálculos dos tributos e contribuições devidas. A emissão de notas fiscais que não representam uma operação comercial serviu, dentre outras situações, para transferir recursos da CDA para a ALX e indiretamente para a BMB.

Sendo os senhores Ali Youssef El Bast e Neder El Bast os dois únicos sócios e diretores da BMB, detêm amplos poderes para dispor dos bens, alienar, efetuar movimentações financeiras ou contrair empréstimos, o que reforça o interesse comum da sociedade MBM sobre os débitos e créditos da CDA. Deve-lhes ser atribuída, como foi, a responsabilidade solidária com base no art. 135, III, do Código Tributário Nacional, por serem diretores com amplos poderes de administração e decisões acerca dos procedimentos e práticas pela CDA (Recorrente), inclusive na área de compras, contabilidade e tributação, responsáveis por ocultar os fatos geradores da obrigação principal tratados nos autos.

VII – Das multas

Alega a Recorrente que não há fundamento para o agravamento da multa aplicada (§ 2º do art. 44 da Lei 9.430/96), por acreditar que atendeu a todas as intimações, prestou esclarecimentos e forneceu documentos à Fiscalização. Mas não restou caracterizada a colaboração condizente com a afirmação da Recorrente. Listo abaixo os atos da então fiscalizada

no sentido de dificultar ou se esquivar do atendimento às intimações, razões para a aplicação do agravamento previsto no § 2º do art. 44 da Lei 9.430/96:

Retificou a sua Declaração DIPJ do ano 2011 e também a sua Escrituração Contábil Digital do ano 2011, junto ao SPED, ambas, em 11/12/2016;

Alterou o domicílio da sua matriz no sistema CNPJ em 17/11/2016 para um local distante, no endereço da Rodovia BR-259 S/N KM 335, sala 1, Colatina-ES, onde tem domicílio a filial de uma indústria do grupo empresarial da CDA (a ALX).

Em resposta ao Termo de Intimação Fiscal de 21/11/2016, a empresa enviou um documento por via postal, colocando a correspondência na agência do Shopping Morumbi, do correio aqui de São Paulo, no final do último dia do prazo (sexta dia 09/12/2016, 21:46) e nos chegou em 12/12/2016, após o encerramento do prazo de atendimento, e, mesmo assim, foi aceito para análise. Porém, o conteúdo do documento não atende ao solicitado, pois não apresenta os esclarecimentos, nem as informações e nem a documentação requerida.

Nesse documento, a empresa questionou a legalidade do procedimento e, novamente, não esclareceu os principais pontos questionados nas intimações anteriores e também não apresentou a documentação comprobatória das operações solicitadas. Afirmou ainda, de uma forma genérica, que os livros e documentos estariam à disposição do fisco na nova matriz, localizada no novo endereço acima, recentemente alterado, mesmo com o impedimento, por estar sob fiscalização.

d) Também não foram razoáveis, e nem possíveis, as solicitações do contribuinte para refazer os seus livros contábeis e fiscais e as declarações do ano 2011, eliminando operações que foram objeto de intimação para a comprovação, considerando que estas já foram utilizadas para a apuração e como base para o recolhimento dos referidos tributos à época própria, do ano 2011.

Tais procedimentos vão de encontro ao art. 7º do Decreto n.º 70.235/1972, que exclui a espontaneidade do sujeito passivo, que, após o início do procedimento fiscal, não pode alterar os livros contábeis e fiscais e nem as declarações, com objetivo de escapar da infração tributária.

Também é proibido alterar o domicílio fiscal, no curso da fiscalização, nos termos do inciso III do Art. 25 da Instrução Normativa RFB n.º 1.634, de 06 de maio de 2016, que dispõe sobre os impedimentos das alterações cadastrais no CNPJ e integram a legislação tributária, nos termos do inciso I, do Art. 100, da Lei n.º 5.172/1966, Código Tributário Nacional - CTN.

Além disso, o § 2º do art. 127 do CTN estabelece que a "autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito quando impossibilite ou dificulte a arrecadação ou fiscalização do tributo, aplicando-se a regra do § 1º", estabelecendo que será considerado o domicílio do contribuinte: "o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação".

Portanto, para fins da presente análise da auditoria tributária, não foram aceitas as alterações irregulares, contábeis e fiscais, efetuadas pela empresa em seus livros e declarações referentes ao ano 2011 e também não foi aceita a sua alteração de domicílio.

Em 09/12/2016, a empresa ainda questionou judicialmente a legalidade do procedimento fiscal e obteve, em 12/12/2016, uma decisão liminar no Mandado de Segurança - Processo n.º 0025080-18.2016.403.6100, da 25ª Vara Cível da Justiça Federal, 1ª Seção Judiciária - Fórum Cível de São Paulo, por meio da qual a autoridade judiciária solicitou que a Receita Federal prestasse informações e que se abstivesse de dar prosseguimento à ação fiscal, até que houvesse decisão ulterior.

Contudo, após receber, mediante Ofício e por meio de oitiva, as informações prestadas pela Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Fiscalização em São Paulo, em 14/12/2016, o M.M. Sr. Juiz Djalma Moreira Gomes proferiu decisão negando o pedido de liminar e revogando o provimento da cautelar de fl. 45 do referido Processo n.º 25080-18.2016.403.6100, considerando a impetrante litigante de má-fé e impondo-lhe multa equivalente a 10 vezes o valor do salário mínimo, por ter omitido do juízo que a fiscalização havia sido determinada especificamente pelo Coordenador-Geral de Fiscalização da RFB por norma específica, qual seja a Ordem de Serviço Cofis n.º 45 de 2 de junho de 2016, que autorizou a "realização de procedimento de Fiscalização junto ao sujeito passivo, CDA COMERCIO E INDÚSTRIA DE METAIS LTDA. CNPJ 07.288.647/000100, iurisdicionado, conforme o cadastro CNPJ da Secretaria da Receita Federal do Brasil, pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em VITÓRIA/ES, na 7ª Região Fiscal, a ser executado pela Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Fiscalização - DEFIS, em SÃO PAULO/SP, na 8ª Região Fiscal." (Mandado n.º 0025.2016.01987, Registro n.º 338/2016).

Como visto, o contribuinte tentou de todos os meios dificultar os trabalhos da fiscalização, conduta que determina o aumento pela metade dos percentuais das multas previstos no inciso I do caput e no § 1º do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, conforme determinação contida no § 2º, desse artigo.

Em virtude das irregularidades constatadas na ação fiscal, aos valores dos tributos IPI, IRPJ, CSLL, PIS/PASEP e COFINS, foi aplicada multa de ofício qualificada, conforme determinam o § 1º do art. 44 da Lei n.º 9.430/1996, por se tratar, em tese, de hipótese prevista no Art. 71, inciso I, da Lei n.º 4.502/1964, c/c art. 1º, incisos I e II, da Lei n.º 8.137/1990, considerando que houve a ocorrência em tese de crime contra a ordem tributária.

As supostas operações de compras foram caracterizadas como inidôneas, por terem sido informadas como realizadas com empresas irregulares, pois 7 delas são inexistentes de fato.

Como bem resumido no TVF, os fatos constatados no ano 2011 demonstram a existência de uma organização voltada para a prática de crimes de falsidade ideológica, simulação de operações internas, sonegação fiscal, pela utilização de pessoas jurídicas inidôneas ou inexistentes de fato, para a emissão de notas fiscais "frias" para acobertar operações de compras fictícias e dar origem a créditos e custos "fabricados" para se contrapor e anular os valores que seriam devidos a título de tributos sobre o lucro, o faturamento e a produção (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IPI). Ou seja, condutas dolosas praticadas pelo contribuinte com o ímpeto de reduzir ou mitigar ilegalmente a carga tributária à qual está sujeito.

A CDA praticou atos com a finalidade precípua do não pagamento dos tributos devidos na forma dos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/64, em especial a sonegação, definida no art. 71 como toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais. No caso presente, o retardamento do conhecimento caracterizou-se pela construção artificial de crédito de IPI, conforme já descrito neste voto.

Da Proporcionalidade e da Afirmação de Efeito Confiscatório das Multas

A vedação constitucional de utilização de tributo com efeito confiscatório é dirigida ao legislador, que deve observar tal princípio na elaboração da lei. Uma vez editada a norma legal, ao

agente do fisco cabe, apenas, a sua aplicação. Desta forma, por força de sua vinculação ao texto da norma legal e ao entendimento que a ele dá o Poder Executivo, deve limitar-se a aplicá-la, sem emitir qualquer juízo de valor acerca da sua legalidade, constitucionalidade ou outros aspectos de sua validade. Neste sentido, a Súmula n. 2, do CARF:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Pelo exposto, voto por:

a) dar parcial provimento ao recurso de ofício, para i) restabelecer a multa de ofício para o percentual de 225%; ii) confirmar o cancelamento da parcela da exigência no valor de R\$ 718.172,50 (setecentos e dezoito mil, cento e setenta e dois reais e cinquenta centavos) e respectivos juros de mora e multa de ofício; e iii) restabelecer a sujeição passiva solidária de BMB Administração de Bens Próprios e Participações S/A.

b) negar provimento ao recurso voluntário

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa