



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.721085/2018-29
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-004.516 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de março de 2020
Recorrente WIREX CABLE S.A
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2013, 2014

CUSTO DOS BENS VENDIDOS - GLOSA - FALTA DE COMPROVAÇÃO

Compete ao contribuinte o ônus de comprovar a efetiva e real aquisição de mercadorias cujos valores foram deduzidos como custos na determinação do lucro real, não bastando a prova de sua ocorrência apenas no plano formal, mormente se o fisco demonstra que os emitentes dos documentos fiscais respectivos não possuíam existência de fato e eram absolutamente destituídos de capacidade operacional para realizar tal atividade.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2013, 2014

CUSTO DOS BENS VENDIDOS - GLOSA - FALTA DE COMPROVAÇÃO

Compete ao contribuinte o ônus de comprovar a efetiva e real aquisição de mercadorias cujos valores foram deduzidos como custos na determinação do lucro real, não bastando a prova de sua ocorrência apenas no plano formal, mormente se o fisco demonstra que os emitentes dos documentos fiscais respectivos não possuíam existência de fato e eram absolutamente destituídos de capacidade operacional para realizar tal atividade.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2013, 2014

FALTA DE COMPROVAÇÃO DA AQUISIÇÃO DAS MERCADORIAS. UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE.

Não conseguindo o contribuinte comprovar a efetiva e real aquisição de mercadorias, imprópria a tentativa de se utilizar créditos no regime da não cumulatividade, mormente se o fisco demonstra que os emitentes dos documentos fiscais respectivos não possuíam existência de fato e eram absolutamente destituídos de capacidade operacional para realizar tal atividade.

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

Ano-calendário: 2013, 2014

FALTA DE COMPROVAÇÃO DA AQUISIÇÃO DAS MERCADORIAS. UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE.

Não conseguindo o contribuinte comprovar a efetiva e real aquisição de mercadorias, imprópria a tentativa de se utilizar créditos no regime da não cumulatividade, mormente se o fisco demonstra que os emitentes dos documentos fiscais respectivos não possuíam existência de fato e eram absolutamente destituídos de capacidade operacional para realizar tal atividade.

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

Ano-calendário: 2013, 2014

PAGAMENTOS SEM CAUSA OU A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS. EXIGÊNCIA CUMULADA COM IRPJ E CSSL APURADOS EM FACE DA GLOSA DE CUSTOS E DESPESAS CONSIDERADAS INIDÔNEAS. CABIMENTO.

O art. 61 da Lei nº 8.981/1995, alcança todos os pagamentos efetuados a beneficiários não identificados ou cuja operação ou causa não é comprovada, independente de quem seja o real beneficiário deles (sócios/acionistas ou terceiros, contabilizados ou não), elegendo a pessoa jurídica responsável pelo pagamento efetivamente comprovado como responsável pelo recolhimento do imposto de renda devido pelo beneficiário, presumindo-se que assumiu o ônus pelo referido pagamento.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO**

A multa de lançamento de ofício decorre de expressa determinação legal, e é devida nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, não cumprindo à administração afastá-la sem lei que assim regulamente, nos termos do art. 97, inciso VI, do CTN. Estando evidenciada nos autos a intenção dolosa da autuada de evitar a ocorrência do fato gerador ou seu conhecimento pela Autoridade Tributária, a aplicação da multa qualificada torna-se imperiosa.

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE. SOLIDARIEDADE. ARTIGO 135, III, DO CTN.

Cabível a imputação de solidariedade às pessoas, físicas que, agindo na condição de gestores de pessoa jurídica de direito privado pratiquem condutas que caracterizem infração à lei ou excesso de poderes, como sonegação fiscal e fraude.

Responsabilização solidária imputada na forma do artigo 135, III, do CTN, mantida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, i) por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário em relação, i.i) aos lançamentos de IRPJ e reflexos; i.ii) ao pedido de afastamento da sujeição passiva solidária, mantida a responsabilização imputada pelo Fisco; i.iii) à qualificação da multa de ofício, vencida nestas três matérias a Relatora e a Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio que davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Paulo Mateus Ciccone.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone – Presidente e Redator Designado

(documento assinado digitalmente)

Paula Santos de Abreu – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Murillo Lo Visco, Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recursos de Voluntários de contribuinte (fls. 1557-1586) e solidários (fls. 1589-1624)¹ interpostos contra v. Acórdão proferido pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém – PA (fls. 1479-1513) que negou provimento às Impugnações apresentadas pelas Recorrentes (fls. 762-801 e 1589-1624), mantendo a autuação e o consequente lançamento de ofício do crédito tributário do IRPJ e reflexo na CSLL, do PIS, da COFINS e do IRRF, bem como de multa isolada pela falta de recolhimento integral do IRPJ e CSLL por estimativa nos anos de 2013-2014 e multa de ofício qualificada.

I - Da Autuação

1. De acordo com o Auto de Infração às fls. 667-723, a contribuinte foi autuada em decorrência de seu envolvimento em suposto esquema de compra de mercadorias, acobertadas por notas fiscais inidôneas emitidas pela empresa SOHO, com a finalidade de obter créditos fictícios de ICMS, PIS e COFINS, bem como sonegar tributos por meio da redução na base de cálculo do IR e CSLL pela dedução de custos referentes a compras de matéria prima inexistentes, amparada por documentos fiscais inidôneos.

2. Em virtude da suposta fraude identificada pela fiscalização, as operações fiscais envolvendo as compras de mercadorias da SOHO pela contribuinte foram desqualificadas e foram lavradas as seguintes autuações:

Em relação ao IRPJ E CSLL

a) Dedução de custos/despesas operacionais não comprovados, contabilizados com base em documentos inidôneos.

b) Cobrança de multa de ofício qualificada – 150%

c) Cobrança de juros de mora à taxa SELIC

Em relação ao PIS / COFINS

a) Insuficiência de recolhimento

b) Cobrança de multa de ofício qualificada – 150%

c) Cobrança de juros de mora à taxa SELIC

Em relação ao IRRF

a) Valor do Imposto de Renda na Fonte, incidente sobre pagamento(s) sem causa ou de operação(ões) não comprovada(s), contabilizadas ou não,

¹ Numeração das folhas conforme processo digital

- b) Cobrança de multa de ofício qualificada - 150,00%,
- c) Cobrança de juros de mora à taxa SELIC

3. Por ter entendido a fiscalização que houve fraude e simulação nas operações que ensejaram a autuação, a fiscalização responsabilizou solidariamente as administradoras da sociedade, Solange Vallilo Berardo e Rhea Sylvia Maria Nose Piedade Goncalves, e realizou representação fiscal para fins penais das mesmas.

II - Da Verificação da Inidoneidade das Notas Fiscais referentes aos custos das mercadorias pela fiscalização

4. De acordo com o relatório do acórdão ora atacado, o qual transcrevo parte, a seguir, a fiscalização entendeu serem inidôneas as notas fiscais emitidas pela SOHO com base nos seguintes argumentos:

(...)

5.2 – A SOHO teve o seu CNPJ baixado através do processo nº 19515.720498/2018-96 [DOC 2] em consequência da constatação, pela fiscalização, da ausência de patrimônio e capacidade operacional que a possibilitassem exercer o seu objeto;

5.3 – A SOHO não declarou e não recolheu impostos neste período, e sua movimentação financeira se mostrou incompatível com o volume de notas fiscais de venda emitidas;

5.4 – A capacidade de seus estabelecimentos se mostrou incompatível, tanto com o volume de mercadorias que supostamente entraram e saíram dos mesmos, como em relação aos estoques supostamente existentes, considerando o local, a ausência de funcionários e gastos ínfimos com energia elétrica, água, armazenagem e transporte que refletissem esta movimentação, além da ausência/insuficiência de empregados;

5.5 – A SOHO emitiu, entre 2013 e 2014, notas fiscais de venda que totalizaram, aproximadamente, **R\$ 980 milhões**, numa suposta movimentação de **162 mil toneladas de produtos**, frente a uma movimentação financeira a crédito de aproximadamente **R\$ 480 milhões**, através de 5 (cinco) estabelecimentos (2 em SP, RJ, SC e AL) e apenas 4 empregados, todos em funções administrativas;

5.6 – A SOHO teve a Inscrição Estadual de seus estabelecimentos localizados no Estado de São Paulo tornada nula por simulação de existência de estabelecimentos através do processo 19606-62717/2015, com efeito a partir de 02/08/2012;

5.7 – Ao analisarmos a origem dos supostos fornecimentos de mercadorias para a SOHO, verificamos que os seguintes responsáveis pelo suposto fornecimento de mercadorias, nos anos de 2013 e 2014, correspondentes a 75,4% do valor das notas fiscais de entrada, tiveram sua Inscrição Estadual tornada NULA, ou possuem o CNPJ NULO, BAIXADO ou INAPTO.

5.8 – Em relação a estes fornecedores, cabe observar que, além da inidoneidade dos documentos fiscais emitidos, a SOHO não efetuou nenhum pagamento aos mesmos que pudesse justificar a aquisição de mercadorias, atestando a inexistência das operações.

5.9 – A análise da movimentação bancária da SOHO, obtida através das Requisições de Movimentação Financeira nos.: 0819000-2017-00120-9, 0819000-2017-00121-7 e 0819000-2017-00122-5, demonstra que a origem dos recursos creditados nas contas bancárias da SOHO era de clientes que realizaram estes depósitos/transferências para justificar a suposta compra de mercadorias. A saída da maioria destes recursos, conforme informado acima, não foi para os supostos fornecedores da SOHO, mas foi pulverizada em diversas empresas e empresários do ramo de metais e sucatas. Conclui-se, portanto, que as Notas Fiscais emitidas pela SOHO serviram para encobrir o fornecimento de mercadorias de contribuintes do ramo de metais e sucatas que não emitiram Nota Fiscal, desonerando-os do pagamento de tributos incidentes sobre as vendas e receitas, caracterizando, em tese, sonegação fiscal.

5.10 – Foram abertas diligências nos clientes e beneficiários de recursos originados na SOHO, onde eram intimados a comprovar a realização das operações com a SOHO espelhadas nas notas fiscais emitidas ou justificar a causa dos valores recebidos.

5.11 – Em relação aos beneficiários, que são empresas e empresários do ramo de metais e sucatas, conforme já exposto, não houve justificativa para o recebimento destes valores quando não suportados pelas Notas Fiscais que deveriam ter emitido. Alguns, inclusive, reconheceram a venda sem emissão de nota fiscal.

5.12 – Os fatos aqui descritos evidenciam a impossibilidade de ocorrência das operações (inexistência de fornecedores, equipamentos, funcionários e local para armazenamento) e de circulação de mercadorias acobertadas por documentos fiscais inidôneos emitidos pela SOHO (falsidade documental/ideológica) e atestam, em tese, crimes contra a ordem tributária, conforme disposto no art. 1º, incisos II, III e IV da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

5.13 - . A SOHO 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), sonegação fiscal decorrente da omissão de receitas pela falta de emissão de notas fiscais, formação de caixa dois e desvios de recursos para os sócios ou terceiros.

5.14 – Dentro deste contexto, foram baixadas as Notas Fiscais Eletrônicas (Nfe's) emitidas pela SOHO, onde se verificou constar o estabelecimento de CNPJ nº 66.007.857/0001-41 da WIREX como destinatária das mercadorias discriminadas nos documentos fiscais.

5.15 – Foram baixadas, também as notas fiscais emitidas em 2013 e 2014 tendo como destinatária a SOHO.

5.16 – Analisando o fluxo de entradas e saídas das mercadorias discriminadas nos documentos fiscais, constatamos que a suposta origem do produto Vergalhão de Cobre 8 mm, vendido pela SOHO para a empresa WIREX está lastreada em empresas que também possuem a inscrição estadual cancelada e que, conforme descrito acima (itens 13 e 14), são empresas inexistentes e, portanto, não realizaram as operações de venda dos produtos para a empresa SOHO. (...) Cabe ressaltar que não houve nenhum pagamento por parte da SOHO para os referidos fornecedores, o que demonstra o propósito em dar lastro à emissão de notas fiscais inidôneas pela SOHO.

(...)

5.19. Constata-se uma relação negocial bastante frágil entre a empresa WIREX e a SOHO. A autuada não apresentou nenhum contrato com a SOHO para o fornecimento das mercadorias e somente consultou a situação do fornecedor no cadastro da Receita Federal do Brasil e no SINTEGRA para verificar se estava apto a emitir notas fiscais.

5.20. A WIREX foi intimada a informar com qual frequência realizava visitas no fornecedor SOHO ou se realizou algum tipo de auditoria. Em resposta, a empresa informa que não realizou auditoria/inspeção SOHO e que não tem como procedimentos visitas.

5.21 – A empresa demonstrou que o único contato que a WIREX mantinha com a SOHO era com o representante “NELSON” da SOHO, através de pedidos endereçado a ele. NELSON é Nelson Ossamu Sato, CPF 014.608.668-60, funcionário da SOHO entre 2011 e 2013, responsável pelo contato com os clientes e pela logística nas entregas, segundo declarado em depoimento prestados à Secretaria da Receita Federal do Brasil no âmbito das investigações envolvendo fraudes no setor de sucatas e metais.

5.22 – A WIREX não comprovou o efetivo transporte das mercadorias alegando simplesmente que o frete era de responsabilidade do vendedor.

5.23 – Não apresentou os documentos cadastrais e certificado de Gestão de Qualidade ISO 9001, que diz ter solicitado da SOHO, alegando que estes documentos não estão mais disponíveis, por tratar-se de fornecedor antigo. A SOHO era uma das principais fornecedoras da WIREX, de que adquiriu expressivas quantidades de mercadorias nos anos recentes de 2013 (R\$ 19.611.991,46) e 2014 (18.758.308,40), o que demonstra claramente a incoerência da alegação, pois se trata de fornecedor antigo e tão pouco insignificante para que descartasse essas informações/documentos.

5.24 – As legislações comercial e fiscal determinam a manutenção dos documentos relacionados a sua atividade comercial por determinado prazo, que para WIREX, ainda não transcorreu, além de que os documentos são armazenados em meio digital,. Não mais físico (papel) como antes, o que evidencia a estranheza da alegação de que os documentos não estão mais disponíveis.

5.25- . Diante dos fatos narrados, a empresa WIREX sabia ou deveria saber da incapacidade operacional da SOHO, e ao receber e registrar estas notas fiscais inidôneas, não pode alegar boa-fé nas operações realizadas com a SOHO.

5.26- . De todo o exposto, temos que a empresa WIREX comprou mercadorias, acobertadas por notas fiscais inidôneas emitidas pela empresa SOHO. Para dar legitimidade às operações, os pagamentos eram efetuados pela empresa WIREX nas contas bancárias da SOHO. Posteriormente, esses recursos eram repassados pela SOHO para diversas empresas, neste caso, principalmente para a HUSKY Comércio de Metais Ferrosos e não Ferrosos EIRELLI – CNPJ 06.204.364/0001-70 que repassava para outros beneficiários (documentos anexados ao processo digital).

Ressaltamos ainda o fato de que a HUSKY solicitou baixa da inscrição no cadastro CNPJ em 03/2014, mas continuou recebendo recursos da SOHO até 15/08/2014.

III - Dos argumentos apresentados nas Impugnações da Contribuinte e das responsáveis solidárias

5. Diante da autuação, a contribuinte e as responsáveis solidárias apresentaram cada qual a sua impugnação, mas, com base nos mesmos argumentos, os quais apresento conjuntamente, a seguir:

A – NULIDADE DO AUTO EM FACE DA DEMONSTRAÇÃO DA BOA FÉ NAS OPERAÇÕES COM A SOHO

6. A contribuinte alega que desconhecia qualquer irregularidade na constituição e funcionamento de seu fornecedor, tendo sido realizados todos os procedimentos que estavam ao seu alcance para verificar a idoneidade de seu fornecedor, quais sejam:

- a) a publicidade do ato declaratório de inidoneidade da fornecedora SOHO só ocorreu após a realização de negócio glosado, fato que evidencia sua boa-fé ao adquirir mercadorias da referida empresa;
- b) a empresa SOHO emitia notas fiscais regularmente, com autorização do Fisco pois tinha inscrição estadual e respectivo DANFE válidos bem como estava regular junto ao sistema eletrônico público – SINTEGRA. Apresenta documentação comprobatória do alegado.

7. A contribuinte esclarece que apresentou os tickets da balança referente ao registro de saída das mercadorias, relatório do movimento do estoque, SPED contábil, e os comprovantes de pagamento efetuados ao vendedor. Apresenta documentos comprobatórios do alegado.

8. Cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.148.444 – MG, que estabelece que a aparência de regularidade da fornecedora e a comprovada boa-fé da adquirente podem legitimar o aproveitamento de crédito dos tributos apropriados com base nos documentos fiscais tidos como inidôneos.

9. As transações comerciais seguiram os procedimentos que são de praxe no comércio e ocorreram anteriormente à publicação da inidoneidade da empresa em questão.

10. A contribuinte apresentou comprovação de que houve de fato o pagamento das despesas no seu valor integral, não se podendo falar em pagamentos sem causa.

11. Aduz que não cabe ao contribuinte o ônus de fiscalizar a produção da empresa fornecedora. Se assim o fosse, as relações comerciais se tornariam inviáveis. Explica que se a promessa é a de entrega de determinado produto para o cliente e esse produto é entregue, nesse momento acabam todos os instrumentos que a boa-fé e o bom senso atribuem ao comprador nas relações comerciais.

B – DA INDEVIDA GLOSA DOS CRÉDITOS DIANTE DO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE E DA CORRETA APURAÇÃO DE IRPJ E CSLL NOS TERMOS DO ARTIGO 290 DO RIR/99

12. A contribuinte ressalta que a glosa dos créditos de PIS e COFINS foi efetuada pela fiscalização sob o fundamento de que a) as operações de aquisição de matéria

prima que geraram os créditos de PIS/ COFINS foram inexistentes e b) considerando que não havia crédito de PIS/COFINS a ser aproveitado, tais valores deveriam compor a base de cálculo do lucro real, o que refletiu na ocorrência dos fatos geradores do IRPJ e CSLL por arbitramento, bem como na cumulação de multa de 150%.

13. A contribuinte aduz, todavia, que:

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

14. Diante desses argumentos, entende que por ter comprovado a compra das mercadorias, tomou devidamente os créditos de PIS e COFINS e, portanto, apurou de forma correta o IRPJ e a CSLL.

C – DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CUMULATIVIDADE DO PIS E COFINS

15. A contribuinte esclarece que a não cumulatividade do PIS/COFINS possui respaldo constitucional desde a edição da Emenda Constitucional nº 42/03, que introduziu o parágrafo 12 ao artigo 195 da Constituição Federal, e não está condicionada a situação regular do fornecedor. Aduz que a limitação deste princípio instaura a insegurança jurídica.

D – DA INSEGURANÇA JURÍDICA GERADA PELA POSSIBILIDADE DA INIDONEIDADE A POSTERIORI

16. A contribuinte argumenta ainda que a glosa dos créditos aproveitados anteriormente à declaração de inidoneidade a posteriori de sua fornecedora traz completa insegurança ao contribuinte, que não poderia presumir que esta estaria agindo de má-fé.

17. Salienta que as presunções no direito encontram limites nas provas e reitera que apresentou todas as provas comprovando que verificou a correta emissão e autorização de NF-e, bem como a correta inscrição do SINTEGRA. Acrescenta que também apresentou os tickets da balança referente ao registro de entrada das mercadorias e os comprovantes de pagamentos efetuados ao vendedor, SPED contábil (anexado ao processo digital como arquivo não paginável), e o relatório do movimento do estoque.

18. Requer a nulidade do AI uma vez que a fiscalização pretende retroagir ato jurídico perfeito a fim de prejudicar a contribuinte.

E – DA AUSÊNCIA DE PROVA CAPAZ DE ELIDIR A BOA-FÉ DA CONTRIBUINTE E DA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

19. Argumenta que o lançamento de ofício é ato administrativo que deve ser motivado, mas tal motivação deve estar corroborada na linguagem das provas.

20. Ressalta que a contribuinte apresentou todas as provas solicitadas pelo Fisco.

21. Aduz que os fundamentos do AI foram baseados nos documentos relativos à empresa SOHO, mais especificamente o procedimento administrativo que declarou inidoneidade da empresa SOHO.

22. Destaca que a fiscalização pretende imputar à contribuinte a responsabilidade pelos atos da SOHO e não há prova suficiente para desconsiderar a operação efetivamente ocorrida.

23. Alega que, por este motivo, a fiscalização ofendeu os princípios do contraditório e da ampla defesa, já que a contribuinte não participou da fiscalização efetuada na empresa SOHO e, por isso requer a nulidade do AI.

F – DAS PROVAS E DA PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ - RECURSO ESPECIAL REPETITIVO Nº 1.148.444 – SÚMULA 509 DO STJ

24. Argumenta a contribuinte que Fisco ignorou os documentos apresentados pela contribuinte que comprovam sua boa-fé.

25. Invoca a Súmula 509 do STJ², bem como o precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Recurso Especial Repetitivo nº 1.148.444 – MG, o qual firmou o entendimento de que o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação, devendo ser levado em consideração a boa-fé do contribuinte que demonstrou a veracidade da compra e venda efetuada.

26. Cita jurisprudência do CARF³, o qual teria estabelecido os requisitos para comprovação de boa-fé do contribuinte, o que afastaria a declaração de inaptidão do fornecedor e, conseqüentemente a inidoneidade das NFes emitidas por ele.

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

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

(...)

G – DA IMPOSSIBILIDADE DO CONTRIBUINTE FISCALIZAR OUTROS CONTRIBUINTES

27. Pugna, mais uma vez pela nulidade do auto de infração vez que este estaria baseado em um dever fiscalizar atribuído à contribuinte sem que este dever tenha sido estabelecido por lei.

H – DA INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO PARA RESPONSABILIZAR OS ADMINISTRADORES (ART. 135/CTN)

² Súmula 509 do STJ: "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".

³ CARF - Terceira Câmara de Julgamento Recurso Voluntário nº 15943.000105/200932. Sessão de 29 de janeiro de 2018

28. Os bens dos administradores não respondem por dívida da sociedade, salvo quando o administrador praticar atos contrários à lei ou ao contrato social, como fraude, por exemplo, mas não se verifica nos autos nenhum ato da contribuinte que possa ser interpretado como fraude ou abuso de personalidade ou confusão patrimonial, conforme demanda o artigo 135, III do Código Tributário Nacional para imputação da responsabilidade solidária dos administradores da sociedade.

29. A responsabilização dos administradores prevista na lei tributária é medida excepcionalíssima e só pode ser realizada caso devidamente comprovado que os sócios agiram de maneira a praticar atos com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos, o que não ocorreu.

I – DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

30. Alega a contribuinte que *“ainda que fosse cabível a multa, ela não poderia subsistir nos termos em que foi fixada”*.

31. A qualificação da multa depende da comprovação de que houve dolo, fraude ou simulação pela contribuinte.

32. Acrescenta ainda que

No presente auto de infração, o Fisco atribui multa de R\$ 30.991.394,95 (trinta mil, novecentos e noventa e um mil, trezentos e noventa e quatro reais e noventa e cinco centavos), **ferindo os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e não confisco**, eis que os valores não correspondem com a realidade fática, maculando-a com efeitos confiscatórios.

Isto é, o Fisco atribui multa no montante de 150% (trezentos e oito por cento) do valor do tributo corrigido monetariamente.

IV - Da decisão recorrida.

33. A 1ª turma da DRJ de Belém/PA declarou improcedente a impugnação, mantendo o AI, cuja decisão foi assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2013, 2014 **CUSTO DOS BENS VENDIDOS - FALTA DE COMPROVAÇÃO** Compete ao contribuinte o ônus de comprovar a efetiva e real aquisição de mercadorias cujos valores foram deduzidos como custos na determinação do lucro real, não bastando a prova de sua ocorrência apenas no plano formal, mormente se o fisco demonstra que os emitentes dos documentos fiscais respectivos não possuíam existência de fato e eram absolutamente destituídos de capacidade operacional para realizar tal atividade.

BASE DE CÁLCULO - PIS - COFINS. NÃO CUMULATIVIDADE Compete ao contribuinte o ônus de comprovar a efetiva e real aquisição de mercadorias cujos valores decorreram como créditos na determinação das bases de cálculos do PIS e da COFINS, não bastando a prova de sua ocorrência apenas no plano formal, mormente se o fisco demonstra que os emitentes dos documentos fiscais respectivos não possuíam existência de fato e eram absolutamente destituídos de capacidade operacional para realizar tal atividade.

MULTA QUALIFICADA. Mantém-se a multa qualificada de 150% quando configurado o intuito de fraude utilizada para ocultar os reais beneficiários e responsáveis pelos créditos tributários.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA Aplica-se às contribuições sociais reflexas, ao IRRF, no que couber, o que foi decidido para a obrigação matriz, dada a íntima relação de causa e efeito que os une.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2013, 2014 **MULTAS DE OFÍCIO. CONFISCO, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE** As multas de ofício têm caráter de penalidade e não de tributo, não lhe sendo aplicável a vedação constitucional de utilização de tributo com efeito de confisco.

SUJEIÇÃO PASSIVA. Art. 135, III, do CTN - CABIMENTO - Comprovado que os administradores praticaram atos em nome da Processo 19515.721085/2018-29 Acórdão n.º **01-36.622 DRJ/BEL** Fls. 2.103 2 sociedade com infração de lei, tornam-se responsáveis pelos créditos tributários decorrentes.

DECISÕES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.

Não possuem eficácia normativa as decisões judiciais e administrativas relativas a terceiros, vez que não integrantes da legislação tributária a que se referem os arts. 96 e 100 do CTN.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2013, 2014 **NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE.** Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade processual, nem em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo.

AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS. AUTUANTE.

Consoante art. 10 do Decreto n. 70.235, de 1972, o auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá, obrigatoriamente, entre outros, a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. AMPLA DEFESA. IMPUGNAÇÃO.

Os procedimentos da autoridade fiscalizadora têm natureza inquisitória não se sujeitando ao contraditório os atos lavrados nesta fase. Somente depois de lavrado o auto de infração e instalado o litígio administrativo é que se pode falar em obediência aos ditames do princípio do contraditório e da ampla defesa. Ademais, após a ciência do auto de infração, com o litígio instaurado entre o fisco e o contribuinte, a legislação concede na fase impugnatória, ampla oportunidade para apresentação documentos e razões de fato e de direito.

Impugnação Improcedente

V - Recursos Voluntários

34. Inconformadas, a contribuinte e as responsáveis solidárias apresentaram recursos voluntários, com base nos mesmos argumentos utilizados na impugnação e já descritos acima.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Paula Santos de Abreu, Relatora.

Ambos Recursos Voluntários, da contribuinte e das responsáveis solidárias preenchem todas as condições de admissibilidade e, portanto, deles tomo conhecimento.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, o auto de infração foi lavrado em virtude da contribuinte ter se aproveitado de créditos de PIS e COFINS provindos de operações supostamente inexistentes com a fornecedora SOHO, os quais deveriam compor a base de cálculo do lucro real. Sendo assim, de acordo com o Fisco, a glosa desses custos refletiu na ocorrência dos fatos geradores do IRPJ e CSLL por arbitramento, bem como na majoração de multa de 150%.

Adicionalmente, as despesas decorrentes de compra das mercadorias discriminadas na base de cálculo do lucro real foram consideradas pelo fisco como “pagamentos sem causa”, eis que considerados inidôneos os documentos fiscais.

Com efeito, não restam dúvidas sobre a irregularidade da operação da empresa SOHO, fornecedora da Recorrente. A própria Recorrente não contesta este fato. Mas a irregularidade de um fornecedor, pessoa jurídica independente e autônoma, por si, só não justifica considerar que as transações ocorridas entre ela e seus clientes não ocorreram no plano real.

O artigo 82 da Lei nº 9.430/1996, traz os parâmetros por meio dos quais, é possível se glosar operações contabilizadas com documentos inidôneos:

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

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

No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) já está consolidada desde o ano de 2014 por meio da Súmula 509⁴, a qual está ancorada, entre outros, no REsp 1.148.444/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 27/4/2010, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/73 e da Resolução STJ 8/2008. A tese firmada no precedente paradigma é a de que

⁴ SÚMULA STJ 509: 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.

O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, **porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação**⁵.

Neste aspecto, este órgão julgador fica vinculado à aplicação de tal entendimento, de acordo com o art. 62, § primeiro, alínea “b”⁶ do RICARF, sob pena da decisão incorrer em causa de nulidade a que se refere o inciso II do caput do art. 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, nos termos do art. 80 do RICARF, *in verbis*:

Art. 80. Sem prejuízo de outras situações previstas na legislação e neste Regimento Interno, as decisões proferidas em desacordo com o disposto nos arts. 42 e 62 enquadram-se na hipótese de nulidade a que se refere o inciso II do caput do art. 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Pois bem, o que se busca neste caso, então, é constatação dos dois requisitos necessários para que a transação possa ser considerada válida: a contribuinte agiu de boa-fé na sua relação comercial com a fornecedora SOHO? As transações comerciais de fato ocorreram?

Caso se verifique que a resposta a essas perguntas é positiva - Sim, a contribuinte agiu de boa-fé, pois não tinha conhecimento da irregularidade da fornecedora e sim, as transações foram reais - então, não há que se desqualificar as operações registradas pela contribuinte.

Passemos a verificar se a contribuinte poderia ter conhecimento da inidoneidade da empresa SOHO.

A verificação da boa-fé da contribuinte

A fiscalização, após detida análise das operações da empresa SOHO, constatou a ausência de patrimônio e capacidade operacional que possibilitassem a empresa de exercer o seu objeto, culminando na baixa de seu CNPJ por meio do processo nº 19515.720498/2018-96, o qual só se tornou evidente ao mercado a partir do ano de 2018, muito embora a empresa já tivesse tido a anulação da inscrição estadual de alguns de seus estabelecimentos localizados em São Paulo, por simulação de existência de estabelecimentos em anos anteriores.

⁵ Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=1&tt=T. Acesso em 19.01.2020.

⁶ Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

(...)

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária: (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Em razão disto, a fiscalização entendeu que

a empresa WIREX sabia ou deveria saber da incapacidade operacional da SOHO, e ao receber e registrar estas notas fiscais inidôneas, não pode alegar boa-fé nas operações realizadas com a SOHO.

Importante notar que até o ano de 2018, não há que se falar que as notas fiscais emitidas eram inidôneas. Como alega a Recorrente, a fornecedora emitia as notas fiscais regularmente nos anos de 2013 e 2014, período da fiscalização que ensejou o presente processo administrativo.

É certo que não se pode presumir que a Recorrente “*deveria saber*” da incapacidade operacional de sua fornecedora. Se uma empresa oferece uma mercadoria no mercado, a entrega e emite os documentos fiscais pertinentes à operação, não é factível esperar que a as empresas fiscalizem a operação de todos os seus fornecedores.

Até porque, a Recorrente, ao consultar a inscrição da SOHO no Sistema Integrado de Informações Sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços (SINTEGRA), verificou que este estava regular (fls. 1.017 – 1.019). Ressalta-se que é a partir do registro no SINTEGRA que as empresas estão autorizadas a emitir notas fiscais para seus clientes.

Por esse motivo, deve haver, nesse caso, uma presunção de boa-fé da contribuinte, e não uma presunção de má-fé, como aduz a fiscalização.

Sobre a veracidade das operações

A fiscalização, para desconsiderar a existência das operações de compra e venda de matéria prima pela Recorrente, fundamentou sua análise sob os seguintes argumentos, os quais analisaremos, um a um, a seguir:

(i) As operações envolvendo vergalhões de cobre estão sob a abrangência das Normas da ABNT e padrões de qualidade ISO - (N13R 14733/2001) e demandam a exigência de um certificado que garanta a adequação do produto às referidas normas técnicas. A Recorrente, ao não possuir tais certificados da SOHO “descumpriu os requisitos mínimos de certificação impostos pelas normas técnicas do setor”, demonstrando “total desconformidade com as normas exigidas pelas certificações da empresa, assim como para os produtos”.

Sobre este aspecto, não creio que a qualidade dos produtos da Recorrente está sob escrutínio neste caso. Apesar de deplorável a falta de compromisso da Recorrente com a qualidade da matéria prima utilizada na fabricação de seus produtos, não estamos fazendo juízo de valor sobre este aspecto, mas tão somente, se estes argumentos, utilizados pela fiscalização, permitem que se declare que a operação não existiu de fato. Não creio que isso seja possível.

(ii) A Recorrente não possuía contrato de fornecimento com a SOHO e o único contato que mantinha com a SOHO era com o representante “NELSON”, empregado da SOHO entre 2011 e 2013, responsável pelo contato com os clientes e pela logística nas entregas. Tampouco comprovou o efetivo transporte das mercadorias, alegando simplesmente que o frete era de responsabilidade do vendedor.

Verifica-se pela leitura do TVF que esta informalidade parece ser uma prática frequente do mercado no qual a Recorrente está inserida:

27. Em relação aos clientes diligenciados, a maioria apresentou uma relação negocial bastante informal com a SOHO sendo que, na maior parte dos casos, as negociações de vulto, supostamente, ocorriam por telefone, verbalmente. Não havia contrato nem orçamento prévio e nem visita as dependências da SOHO. Logo, sob esta justificativa, não foram apresentadas comprovações da realização das negociações. Em comum verificamos o pouco caso pela origem da mercadoria, a falta de controle do seu recebimento (peso, qualidade do material adquirido). Em alguns casos ficou patente a desimportância do emissor da nota fiscal em detrimento da nota em si.

Assim, a forma pela qual as compras são realizadas também não é um argumento para comprovar que elas não ocorreram.

Da mesma forma, a falta de pagamento de frete não implica dizer que o produto não foi entregue. Os contratos podem ser realizados de diversas formas, inclusive com a entrega pelo vendedor da mercadoria, no local determinado pelo comprador. Esse argumento também é determinante para se inferir que a operação de compra e venda não existiu.

(iii) Na análise do fluxo de recursos da SOHO, verificou-se que parte de seus fornecedores também era inidôneos ou inexistentes.

Não obstante, é fato que houve circulação de produtos, conforme demonstrado no TVF, in verbis:

16. A análise da movimentação bancária da SOHO, obtida através das Requisições de Movimentação Financeira nos.: 0819000-2017-00120-9, 0819000-2017-00121-7 e 0819000-2017-00122-5, demonstra que a origem dos recursos creditados nas contas bancárias da SOHO era de clientes que realizaram estes depósitos/transferências para justificar a suposta compra de mercadorias. A saída da maioria destes recursos, conforme informado acima, não foi para os supostos fornecedores da SOHO, mas pulverizada em diversas empresas e empresários do ramo de metais e sucatas. Conclui-se, portanto, que as Notas Fiscais emitidas pela SOHO serviram para encobrir o fornecimento de mercadorias de contribuintes do ramo de metais e sucatas que não emitiram Nota Fiscal, desonerando-os do pagamento de tributos incidentes sobre as vendas e receitas, caracterizando, em tese, sonegação fiscal.

17. Neste fluxo de caixa foi possível identificar operações onde a SOHO "cobrava" uma comissão de 2% para emitir a nota fiscal e direcionar os recursos creditados pelo "cliente" à ordem. Com isso os recursos que ingressaram na SOHO saíam, deduzidos da "comissão" no mesmo dia para pagar empresas/empresários do ramo de metais e sucatas e, em algumas situações, retomando à própria empresa ou seu sócio através da utilização de uma conta corrente de passagem em outra empresa interposta.

O fato da operação de aquisição de produtos pela SOHO com seus próprios fornecedores ser irregular e obscura deve ser analisada apartadamente da operação da Recorrente.

Da mesma forma, a Recorrente apresentou os comprovantes de pagamento referentes às notas fiscais de compra de matéria prima da SOHO (DOC.01 de fls. 802-1.016) e, demonstrou ter produzido mercadorias com a matéria prima adquirida da operação glosada, trazendo aos autos relatório do movimento do estoque (fls. 802-1.016) e os tickets da balança referente ao registro de saída das mercadorias (DOC. 03 de fls. 1.020 – 1.115), fatos que não foram considerados pela fiscalização e nem mencionados no acórdão recorrido.

Ora, se as operações de compra de mercadoria foram inverídicas, porque a Recorrente haveria de realizar os pagamentos ao fornecedor? E, como teria insumos para fabricar seus produtos?

Sobre essas questões, a fiscalização não se pronunciou, mas ateve-se à irregularidade da operação da fornecedora para lavrar o auto de infração. Cumpre salientar, mais uma vez, que as operações irregulares e os ilícitos praticados por um fornecedor não podem ser imputados aos seus clientes.

Da mesma forma, o acórdão recorrido também se ateve ao fundamento da irregularidade da operação da fornecedora da Recorrente, deixando de apreciar as questões verdadeiramente relevantes para a avaliação da veracidade da operação, nos termos do parágrafo único do artigo 82 da Lei nº 9.430/1996.

Da fundamentação do acórdão recorrido

Diante das impugnações apresentadas, a DRJ motivou sua decisão para manter o auto de infração sob o fundamento de que embora a declaração de inidoneidade da fornecedora tenha ocorrido posteriormente à lavratura do auto de infração ora questionado, tal fato seria irrelevante diante de uma interpretação extensiva da Instrução Normativa da RFB 748 de 28 de junho de 2007, que também já não estava mais vigente à época do fato gerador e tampouco na lavratura do auto de infração.

Acrescentou ainda que

(...) ainda que se entenda que a declaração de inexatidão possa produzir efeitos somente após a publicação do respectivo ato declaratório executivo, **daí não se segue que ficam legitimados todos os documentos emitidos anteriormente à publicação, nem impedem que a fiscalização comprove a inidoneidade desses documentos, por meio de quaisquer métodos investigativos, especialmente os que comprovem que o seu emitente não tinha nem nunca teve condição de prestar os serviços nele discriminados, nem de fornecer os bens ou mercadorias cuja venda eles supostamente acobertam.** Da mesma forma, o terceiro interessado que pretender deduzir como custo ou despesa o valor dos bens e serviços indicados nesses documentos, deverá comprovar sua efetiva aquisição e pagamento, sob pena de sofrer a glosa de seu respectivo valor, além de se sujeitar ao lançamento do imposto e contribuições.

Não obstante, sobre os argumentos das Recorrentes e as provas produzidas e acostadas aos autos, comprovando os pagamentos referentes às notas fiscais emitidas pela

fornecedora e o uso da matéria prima para fabricação de mercadorias, o acórdão não se pronunciou. Pelo contrário, apenas limitou-se a copiar trechos do TVF para demonstrar que a fornecedora era de fato inidônea.

Mas, como vimos, não é por esse prisma que se deve analisar a questão. Mas sim, pela perspectiva da Recorrente, se ela agiu de boa-fé e se, para ela, a operação foi real.

Nesse sentido, a fiscalização não se debruçou ou fez qualquer consideração sobre as provas apresentadas antes da impugnação. Há uma série de notas fiscais e seus respectivos comprovantes de pagamento, bem como a demonstração da movimentação da mercadoria nos sistemas da contribuinte, bem como os tickets das balanças de pesagem.

Por esses, motivos, e, atendidos os requisitos estabelecidos por lei, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário.

Da qualificação da Multa de Ofício

Diante do entendimento de que as operações são reais e existentes, não cabe a glosa dos custos contabilizados e tampouco a glosa dos créditos de PIS/COFINS tomados, não sendo cabível portanto, qualificar a multa de ofício nos termos do artigo 44 §1º da Lei 9.430/96.

Em relação ao argumento das Recorrentes de que a multa contraria o disposto no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal e na farta jurisprudência do STF, não cabe a este órgão se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária, nos termos da Súmula CARF n.2.

Da responsabilidade solidária

Em relação à responsabilidade solidária das duas administradoras da sociedade, o acórdão recorrido entendeu que:

Não resta dúvida, que as sócias exerciam a administração e a gerência da sociedade (fl. 608/637), tinham conhecimentos, autorizaram os pagamentos e consentiram na escrituração das notas fiscais inidôneas, participando dos fatos que permitiram a obtenção de vantagens ilícitas em prejuízo ao Erário, sendo responsáveis pelos créditos decorrentes das obrigações tributárias apuradas. A tentativa de ludibriar o **fisco na apropriação de créditos indevidos de custos e tributos e dos pagamentos** que serviram para simular a boa-fé nas operações realizadas, caracterizam atos praticados com infração de lei, com fundamento no **artigo 135, III do Código Tributário Nacional**. Portanto, os administradores acima identificados, devem ser responsabilizados solidariamente com a empresa WIREX CABLE S/A pelos créditos tributários apurados nestes autos.

É incontroverso que, tivesse a contribuinte incorrido em fraude e simulação para reduzir a carga tributária incidente em seu negócio, as administradoras Solange Vallilo Berardo e Rhea Sylvia Maria Nose Piedade Goncalves, deveriam ser responsabilizadas nos termos do artigo 135, III do CTN⁷.

⁷ Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
(...)

No entanto, como ficaram comprovados os requisitos previstos no art. 82 da Lei nº 9.430/1996 que afastam os efeitos tributários da declaração de inidoneidade de um fornecedor, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário para afastar a responsabilidade solidária das administradoras, neste caso.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Paula Santos de Abreu

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

Voto Vencedor

Conselheiro Paulo Mateus Ciccone - Redator designado

O Colegiado, por maioria de votos de seus membros, divergiu do entendimento da I. Relatora Paula Santos de Abreu quando deu provimento ao RV da recorrente no sentido de afastar as tributações presentes nos AI de IRPJ/CSLL/PIS/COFINS e IRRF (fls. 667/723), e, por consequência, ao recurso voluntário dos sujeitos passivos solidários arrolados pelo Fisco

Nessa linha, embora fortemente embasado como sempre ocorre com os votos da I. Conselheira, com a devida vênia, faço leitura diferente dos temas aqui abordados e que foram descritos pelo Fisco no TVF (fls. 644/663):

68. A empresa WIREX envolveu-se em um esquema de compra de mercadorias, acobertadas por notas fiscais inidôneas emitidas pela empresa SOHO, para fraudar a fiscalização tributária, agindo de forma sistemática, com o fim específico de obtenção de créditos fictícios de tributos (ICMS, PIS e COFINS) e sonegação fiscal (redução na Base de Cálculo do IR e CSLL pela inserção de custos inexistentes decorrentes de compras amparadas por documentos fiscais inidôneos. Como se nota, estas operações buscaram modificar as características do fato gerador, reduzindo o montante do imposto devido, de forma a evitar ou diferir o seu pagamento. Assim, temos que a empresa WIREX, através desta fraude, obteve vantagens para si e para terceiros, em grave prejuízo ao Erário.
69. Portanto, as operações fiscais envolvendo as supostas compras de mercadorias da SOHO pela empresa WIREX foram desqualificadas com base nas informações e constatações obtidas pela Fiscalização no curso do procedimento fiscal. No contexto da fraude que envolve a empresa SOHO, essas operações de compra de mercadorias pela empresa WIREX, demonstram um esquema para fraudar a fiscalização tributária, com o intuito de eximir-se do pagamento de tributos.

Para chegar a estas conclusões (que levaram aos lançamentos aqui apreciados), a Fiscalização desenvolveu longo, parcimonioso e detalhado procedimento fiscal que levou à realização de inúmeras pesquisas e trabalhos de campo, circularização de informações, cruzamento de dados e diligências “in loco” em estabelecimentos envolvidos, de uma forma ou outra, com os fatos narrados.

Igualmente se permitiu à recorrente, preliminarmente à lavratura dos autos de infração, que expusesse todo o “modus operandi” que norteou as operações tratadas (a respeito, vide Termo de 15/02/2018 – reproduzido no TVF – fls. 652/653 e Termo de 20/11/2018 – TVF - fls. 654/656), apresentando as respostas que entendeu cabíveis.

Para melhor visualização impendem alguns comentários preambulares, iniciando pelo estudo da situação jurídica e operacional da pessoa jurídica que teria fornecido os produtos à recorrente e que acabaram por ser glosados, no caso a SOHO Brighton Metals EIRELI.

DA PESSOA JURÍDICA SOHO BRINGTON METALS EIRELI – CNPJ Nº 05.825.925/0001-95

Pois bem, compulsando os autos, as inquirições do Fisco e as respostas da fiscalizada, penso que se pode traçar, incontroversamente, o seguinte quadro fático, especialmente no que tange à participação da SOHO, empresa que foi o epicentro das operações.

1. a recorrente (WIREX) teria adquirido mercadorias de SOHO Brighton Metals EIRELI – CNPJ Nº 05.825.925/0001-95 nos anos-calendário de 2013 e 2014 em valores superiores a **38 milhões de reais nos anos de 2013 e 2014** (R\$ 19.611.991,46 e R\$ 18.758.308,40, respectivamente – TVF – fls. 657).

2. referida pessoa jurídica (SOHO) - responsável por substancial “fornecimento” de mercadorias para a recorrente - apresentaria as seguintes características:

2.1. teve seu CNPJ baixado por ausência de patrimônio e capacidade operacional que possibilitasse exercer seu objeto social;

2.2. não integralizou seu contrato social, só o fazendo dois anos após o prazo previsto contratualmente e mediante utilização de pessoa jurídica dissolvida;

2.3. jamais declarou ou recolheu tributos;

2.4. sua movimentação financeira era totalmente incompatível com o volume de notas fiscais que emitia;

2.5. seus estabelecimentos não apresentavam a mínima capacidade e logística operacional exigidas para movimentar o volume de mercadorias (vergalhões de ferro, basicamente) que supostamente vendeu;

2.6. não havia funcionários – nem especializados nem de apoio - para realizar tais serviços e os gastos com o consumo de energia elétrica, água, armazenagem e transporte eram ínfimos para englobar tais operações;

2.7. nesse tom, em 2013 e 2014, a SOHO (suposta fornecedora da recorrente WIREX), emitiu notas fiscais de vendas de produtos no importe próximo a **1 BILHÃO DE REAIS**, movimentando **162 mil toneladas** de produtos de grande porte e volume (vergalhões, tarugos, etc), que corresponderiam a carregar/descarregar em torno de 10 mil caminhões no referido período (em torno de 20 a 25 veículos/dia);

2.8. tudo isso em cinco estabelecimentos (matriz e filiais) e contando com apenas **QUATRO** empregados (e em funções administrativas), sendo lícito inquirir “**QUEM**” carregava e descarregava tais produtos, “**QUEM**” manuseava empilhadeiras, guindastes ou equivalentes (que se presume devam ser necessários para tal mister), “**QUEM**” coordenava o quê?;

2.9. referida empresa, responsável por grande parte do fornecimento de mercadorias registrado pela recorrente (WIREX) teve sua inscrição estadual CANCELADA pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo “por simulação

de existência de estabelecimentos” (documentos nos autos), em um caso a partir de 01/10/2007 e em outro a partir de 02/08/2012. Em qualquer das hipóteses, MUITO ANTES que os fatos aqui narrados (2013 e 2014);

3. mercê desse engenhosa articulação, a SOHO (repita-se, “fornecedora” da recorrente), conseguiu registrar “saldos negativos de ICMS”, ou seja, os créditos gerados nas “entradas” foram superiores aos “débitos” por saídas, fato que, embora não seja impossível de ocorrer em um primeiro momento, mostra-se estranho quando perpetuado ao longo do tempo;

4. tal fato (créditos maiores que débitos) podem ser originários de **i)** aquisições (entradas) com alíquota maiores que as de saída ou, **ii)** em razão de venda com prejuízo. Neste segundo caso, despicendo alongar-se, empresa alguma consegue sobreviver com prejuízos acumulados ao longo de anos. Quanto à primeira hipótese, ainda que possível, exige comprovação. No caso concreto, segundo apurou o Fisco, com suporte em diligências, a esmagadora maioria (75,4%) dos supostos “fornecedores” de mercadorias para a SOHO (e que lhe permitiria o crédito de ICMS que escriturou) teve suas inscrições estaduais e CNPJ tornados NULOS, INAPTOS ou BAIXADOS, por documentação tributariamente ineficaz, interposição de pessoas nos quadros societários ou simulação de estabelecimentos; enfim, empresas inidôneas;

5. pois bem, se o quadro em valores relativos já impressiona negativamente (de cada 4 reais de valores das entradas, 3 reais originaram-se de empresas inaptas, inidôneas, com CNPJ e IE baixadas, sem estrutura, inexistentes de fato), **ou seja, ¾ das operações**, quando se tomam os valores absolutos o cenário é estarrecedor: uma movimentação, em dois anos-calendários, da ordem de 715 MILHÕES DE REAIS. Veja-se:

CNPJ do Contribuinte	Nome do Contribuinte	Valor das Notas Fiscais emitidas tendo a SOHO como destinatária nos anos calendário 2013 e 2014	
34.293.761/0001-09	DEPOSITO DE METAIS PRAIA DE ESPINHO LTDA	316.054.612,67	
13.458.069/0001-05	METAIS DESCK - ATACADISTA COMERCIAL LTDA	149.559.595,71	
13.961.787/0001-08	POINT DOS METAIS ATACADISTA COMERCIAL LTDA	88.393.925,12	
30.046.296/0001-42	Depósito de Metais Sanjoenense Ltda	59.281.283,16	
17.130.582/0001-23	BR METALS COMERCIO DE METAIS LTDA	50.313.223,21	
17.168.695/0001-18	ADALTEX COMERCIAL DE METAIS EIRELI	9.391.466,10	
20.491.417/0001-01	METAL FUSION TECHNOLOGY	8.850.788,59	
20.487.105/0001-24	Stone Chemical Company	7.228.920,89	
19.991.982/0001-59	Votorantim Steel Construção e Comércio de Metais Eireli	5.252.997,60	
18.409.275/0001-49	Elephant Trade Chemicals and Metais Eireli	3.860.471,88	
64.746.019/0001-64	Siderurgica Votorantim Distribuição e Comércio de Metais	3.523.710,45	
19.142.031/0001-05	Albertini do Brasil Metais Eireli - ME	3.291.459,84	
19.421.851/0001-36	EN Carton Comércio de Papel Papelão Embalagens Eireli	2.500.022,00	
18.411.576/0001-07	Skyfall Trade Imp Distribuição e Com Máquinas Metais Eireli	2.374.198,47	
19.288.468/0001-51	Pocottiolli Comércio de Metais Eireli	2.237.459,88	
18.380.010/0001-65	BLUE BENZ INTERNATIONAL TRADE METAIS EIRELI	2.072.251,52	
19.463.556/0001-42	CHRISTOFOLLETTI COMERCIO DE METAIS EIRELI - EPP	1.326.933,00	
	SOMA	715.513.320,09	75,4%
	DEMAIS FORNECEDORES	233.793.671,16	24,6%
	TOTAL	949.306.991,25	100,0%

6. potencializando a estampa, acresça-se que a SOHO, em relação a estes “fornecedores” **NÃO FEZ O DESENCAIXE DE UM CENTAVO SEQUER PELAS POSSÍVEIS COMPRAS A FAVOR DESTES “VENDEDORES”**, isto é, “comprou” 715 milhões de reais e não há registro de saída de um mísero níquel na sua escrituração! (no TVF – fls., 648/649 há relato detalhado, caso a caso, das situações fiscais destas pessoas jurídicas);

7. diga-se, comprou e não pagou, ou, para ser mais específico, **“comprou” e “pagou”, NÃO AOS FORNECEDORES ACIMA LISTADOS (715 MILHÕES DE REAIS), MAS A TERCEIROS**, no caso, empresas e empresários do ramo de metais e sucatas que NADA TINHAM A VER (formalmente) com as operações referidas, ou seja, pessoas estranhas aos fatos, mostrando que os verdadeiros vendedores (fornecedores) não seriam as PJ referidas na planilha, até porque, visto antes, tais “empresas” não teriam suporte para as gigantescas operações, **mas outras companhias do mesmo segmento e que, ao não emitirem notas fiscais, passaram ao largo de qualquer tributação**;

8. com isso, na outra ponta, a SOHO pode “vender” para a recorrente (WIREX) as mercadorias que supostamente teria adquirido das pessoas jurídicas inativas, inaptas, baixadas, inidôneas, mas que efetivamente foram adquiridas de terceiros, apenas acobertadas pelas notas fiscais emitidas pelas empresas irregulares;

9. em um quadro sinótico:

- a) SOHO diz ter adquirido em 2013/2014, quase 1 BILHÃO DE REAIS de produtos do ramo de metais e sucatas;
- b) deste montante, 715 milhões são “vendidos” por empresas inaptas, inidôneas, baixadas e inativas;
- c) surpreendentemente, SOHO não paga um centavo sequer a tais fornecedores, ao contrário, auditoria em suas contas bancárias mostra que o pagamento foi feito a terceiros, no caso, empresas e empresários do ramo de metais e sucatas, apontando para claros indícios de serem estes os verdadeiros fornecedores (tanto que foram remunerados por isso);
- d) na sequência e dentro do mesmo planejamento, “vende” as mesmas mercadorias (adquiridas de terceiros) para a WIREX, emitindo as correspondentes notas fiscais;
- e) com isso, aparente e formalmente, o ciclo se fecha.
- f) mas se fecha, porém, **apenas** sob o ÂNGULO FORMAL, NÃO NO MUNDO REAL!

10. de fato, como mostra o exaustivo trabalho fiscal, essas mercadorias entregues à WIREX não poderiam ter vindo da SOHO

porque esta não as poderia ter comprado de empresas que não existem efetivamente (baixadas, inaptas, inidôneas) e que não tinham a mínima estrutura para comprar, armazenar, estocar, movimentar e vender tais produtos. Na verdade, vieram (sem nota fiscal) de outras empresas que por elas receberam, acobertadas por documentos das inquinadas pessoas jurídicas e foram entregues diretamente à WIREX, suportada documentalmente pelas notas fiscais da SOHO (que, não se olvide, também é empresa INAPTA e com inscrição estadual e CNPJ baixados);

11. para fechar o painel, a Fiscalização apontou (e não foi contraditada) que a SOHO **cobrava uma “comissão” de 2% para emitir as notas fiscais e direcionar os recursos recebidos aos efetivos fornecedores.** Nessa matemática financeira, a SOHO recebia da WIREX os recursos (supostamente para quitar uma duplicata de sua emissão) e imediatamente (no mesmo dia), repassava o montante para o efetivo fornecedor (que não era nenhuma das indigitadas pessoas jurídicas inidôneas), retendo (!) exatamente o montante de 2% de comissão. Ou seja, agia como um “intermediadora”, “corretora”, “representante”, **jamaís como uma empresa comercial agiria;**

12. releva apontar que a Fiscalização realizou diligências nos beneficiários destes recursos originados da SOHO visando aferir a efetiva realização de negócios entre as partes e a justificativa pela entrada do numerário em suas contas bancárias e as correspondentes notas fiscais. **Em relação às entradas de recursos nas contas bancárias não foram apresentadas quaisquer justificativas e sobre a emissão de notas fiscais, além de não terem sido apresentadas, muitas das diligenciadas reconheceram a ocorrência de venda sem emissão das mesmas;**

13. em suma, em relação à SOHO, cristalino que sua participação central no esquema teve como função formar e transferir créditos fictícios de tributos não cumulativos (ICMS, IPI, PIS e COFINS), além de propiciar, por custos inexistentes, a redução das bases imponíveis de IRPJ e de CSLL.

Feitas estas digressões a respeito dos fatos e participação da SOHO nos mesmos, passo à análise do envolvimento da recorrente (WIREX) nas operações, incluindo os documentos encartados pelo Fisco e a peça recursal de 2º Grau acostada.

Segundo o TVF (fls. 652):

RELACIONAMENTO ENTRE A EMPRESA WIREX CABLE S.A E A SOHO BRIGHT METALS - EIRELI

33. Dentro deste contexto foram baixadas as Notas Fiscais Eletrônicas (NFe's) emitidas pela SOHO, onde se verificou constar o estabelecimento de CNPJ: 66.007.857/0001-41 da WIREX como destinatário das mercadorias discriminadas nos documentos fiscais.
34. Foram baixadas, também, as notas fiscais emitidas em 2013 e 2014 tendo como destinatária SOHO.
35. Os produtos supostamente vendidos pela SOHO para a empresa WIREX, estão classificados nos NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul) – Código 74081100, Vergalhão de Cobre 8 mm (quase a totalidade dos supostos fornecimentos); Código 74081900 Fio de Cobre Eletrolítico 2,59 mm e Fio de Cobre Eletrolítico 1,83 mm.
36. Analisando o fluxo de entradas e saídas das mercadorias discriminadas nos documentos fiscais, constatamos que a suposta origem dos produtos Vergalhão de Cobre 8 mm e fios de cobre 2,59/1,83 mm, vendidos pela SOHO para a empresa WIREX estão lastreadas em empresas que também possuem a inscrição estadual cancelada e que, conforme descrito acima (itens 13 e 14), são empresas inexistentes e, portanto, não realizaram as operações de venda dos produtos para a empresa SOHO. Dentre as empresas fornecedoras dos produtos, destacam-se as seguintes: Depósito de Metais Praia do Espinho (CNPJ: 34.293.761/0001-09); Metais Desck – Atacadista Comercial Ltda (CNPJ: 13.458.069/0001-05); Depósito de Metais Sanjoanense Ltda (CNPJ: 30.046.296/0001-42); Adaltex Comercial de Metais EIRELI (CNPJ: 17.168.695/0001-18); Elephant Trade Chemicals and Metals EIRELI (CNPJ: 18.409.275/0001-49); Blue Benz International Trade Metais EIRELI (CNPJ: 18.380.010/0001-65). Cabe ressaltar que não houve nenhum pagamento por parte da SOHO para os referidos fornecedores, o que demonstra o propósito em dar lastro à emissão de notas fiscais inidôneas pela SOHO.

Para concluir, como já reportado no início deste voto (TVF – fls. 658):

68. A empresa WIREX envolveu-se em um esquema de compra de mercadorias, acobertadas por notas fiscais inidôneas emitidas pela empresa SOHO, para fraudar a fiscalização tributária, agindo de forma sistemática, com o fim específico de obtenção de créditos fictícios de tributos (ICMS, PIS e COFINS) e sonegação fiscal (redução na Base de Cálculo do IR e CSLL pela inserção de custos inexistentes decorrentes de compras amparadas por documentos fiscais inidôneos. Como se nota, estas operações buscaram modificar as características do fato gerador, reduzindo o montante do imposto devido, de forma a evitar ou diferir o seu pagamento. Assim, temos que a empresa WIREX, através desta fraude, obteve vantagens para si e para terceiros, em grave prejuízo ao Erário.
69. Portanto, as operações fiscais envolvendo as supostas compras de mercadorias da SOHO pela empresa WIREX foram desqualificadas com base nas informações e constatações obtidas pela Fiscalização no curso do procedimento fiscal. No contexto da fraude que envolve a empresa SOHO, essas operações de compra de mercadorias pela empresa WIREX, demonstram um esquema para fraudar a fiscalização tributária, com o intuito de eximir-se do pagamento de tributos.

E perpetrar os lançamentos aqui analisados, incluindo o relativo ao IRRF por pagamento sem causa:

III – PAGAMENTO SEM CAUSA

81. Considerando que a inidoneidade dos documentos fiscais 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**, conforme artigo 61 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995 e artigos 674 e 675 do Regulamento de Imposto de Renda, Decreto nº 3.000 de 26/03/1999 (RIR/99), abaixo transcritos:

De sua parte, a recorrente, em seu recuso voluntário (fls. 1557/1586), pontua sua defesa em rebater as colocações do Fisco e da decisão recorrida, assentando, em breve síntese, os quatro tópicos abaixo (todos os destaques são do original):

I - DEMONSTRAÇÃO DA BOA FÉ DA RECORRENTE NAS OPERAÇÕES COM A SOHO

“Na espécie, a Recorrente apresentou os comprovantes das transações comerciais com a SOHO, através das NF-e, comprovantes de pagamentos efetuados ao vendedor, relatório do movimento do estoque, tickets da balança referente ao registro de saída das mercadorias, consulta ao SINTEGRA, e SPED contábil.

Dessa forma, temos que o v. acórdão é contraditório, a medida que a Recorrente comprovou o pagamento do preço e o recebimento das mercadorias, conforme estabelece o ato normativo da Receita Federal.

Portanto, é cristalina a boa-fé da Impugnante, a qual está pautada vastamente em provas carreadas nos autos

(...)

A alegação de inidoneidade torna o contribuinte (cliente e comprador de mercadorias) sujeito a um poder arbitrário do fisco estadual.

(...)

Contudo, a Recorrente se muniu de todas as ferramentas existentes e acessíveis para evitar quaisquer alegação de má-fé, não havendo qualquer razão para responsabilizá-la por infrações cometidas pelas fornecedoras

(...)

Ao apresentar os documentos requeridos na notificação a Recorrente apresentou documentação idônea de forma a comprovar a efetivação de operações comerciais, em conformidade com a legislação.

(...)

A Recorrente sequer participou de tal fiscalização efetuada na empresa SOHO. Assim ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa.

(...)

*A investigação realizada foi restrita à fornecedora, bem assim sem a participação da Recorrente, logo **não pode o fisco considerar verdadeiros os fatos para presumir a má-fé da contribuinte**”.*

II - INIDONEIDADE DECLARADA A POSTERIORI -INSEGURANÇA JURÍDICA

“No v. acórdão, o d. Auditor Fiscal afirmou que a legislação (Lei nº 9.430/96) permite que a declaração de inaptidão produza efeitos retroativos, conforme trechos abaixo transcritos:

(...)

*Ocorre que, no presente caso, **a fiscalização não comprovou que as operações com a empresa SOHO não se realizaram**, pelo contrário, a Recorrente comprovou com documentação hábil que as transações*

de fato ocorreram. Portanto, não poderia glosar a eventual dedução de seu valor na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Além disso, **a possível inidoneidade a posteriori das empresas que fazem negócios jurídicos com a Recorrente traz completa insegurança ao contribuinte**, não ao que poderia ter agido de má-fé como se pode presumir, mas a outro contribuinte que com ele praticou negócios no passado.

(...)

As presunções em direito encontram limites nas provas. Na espécie, as provas demonstram o cuidado da Recorrente em verificar a correta emissão e autorização de NF-e, bem como a correta inscrição do SINTEGRA. Além disso consta ainda nos autos os tickets da balança referente ao registro de entrada das mercadorias, comprovantes de pagamentos efetuados ao vendedor, SPED contábil e o relatório do movimento do estoque.

Ressalta-se que não é plausível que a Recorrente fiscalize e saiba da existência dos estabelecimentos dos seus fornecedores, simplesmente porque torna a operação inviável. Quais são as ferramentas disponíveis ao contribuinte? Exatamente a nota fiscal eletrônica, a consulta ao SINTEGRA e a entrega da mercadoria, como ocorreu na espécie.

Logo, a constatação a posteriori da inidoneidade das empresas fornecedoras da Recorrente não pode prejudicar outro contribuinte que não seja a própria empresa idônea. As consultas realizadas nas datas dos fatos geradores demonstram que a empresa era idônea, não podendo a Recorrente ser prejudicada pela inidoneidade declarada posteriormente.

Como se não bastasse, o E. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o **Recurso Especial Repetitivo nº 1.148.444 – MG**, entendeu que o **ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação**, devendo ser levado em consideração a boa-fé do contribuinte que demonstrou a veracidade da compra e venda efetuada, conforme é o presente caso:

(...)

Da mesma forma, cabe trazer a Súmula 509 do STJ:

(...)

Ora, não se pode ignorar uma Súmula e um recurso especial repetitivo, conforme pretende fazer o d. Auditor Fiscal, diante da força de vincular entendimentos no mesmo sentido. Isto é, temos na espécie uma Súmula e um recurso especial repetitivo, julgando a favor da boa-fé e de sua presunção aos casos de empresa idônea à época dos fatos, o qual deve ser adotado pelas instâncias inferiores”.

III - MULTA - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

“Em relação a multa, o v. acórdão consignou que “estão devidamente demonstradas as circunstâncias previstas em lei como caracterizadoras de infração qualificada, o que já é o bastante para

manter-se aqui a multa de ofício aplicada no percentual de 150%, não havendo que se falar em confisco.”

*No entanto, o Fisco atribui multa de R\$ 30.991.394,95 (trinta milhões e novecentos e noventa e um mil e trezentos e noventa e quatro reais e noventa e cinco centavos), **ferindo os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e não confisco**, eis que os valores não correspondem com a realidade fática, maculando-a com efeitos confiscatórios.*

Isto é, o Fisco atribui multa no montante de 150% (trezentos e oito por cento) do valor do tributo corrigido monetariamente.

(...)

O Fisco não pode agir no exercício de suas funções, com a aplicação de multas confiscatórias e desproporcionais. O dever de atuar necessita de limites, moderação, ponderação de valores e integração de direitos de maneira razoável no desenvolvimento da atividade estatal.

(...)

Assim, não assiste razão ao Fisco de aplicar uma multa desproporcional, não condizente com o ato do contribuinte e, sobremaneira, sem a análise do caso concreto”.

IV - INDEVIDA GLOSA DOS CRÉDITOS DIANTE DO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE

“No auto de infração foram glosados todos os créditos tributários decorrentes das operações com a SOHO, bem como considerados como “pagamentos sem causa” os gastos com a compra das mercadorias, sob o argumento de que as operações não ocorreram.

Entretanto, a Recorrente apresentou toda documentação possível para comprovar as operações com a SOHO, comprovado através das NF-e, comprovantes de pagamentos efetuados ao vendedor e relatório do movimento do estoque, tickets da balança referente ao registro de saída das mercadorias, consulta ao SINTEGRA e SPED contábil.

(...)

Portanto resta claro e evidente que a Recorrente apurou de forma correta o IRPJ e o CSLL, eis que se comprovou a compra das mercadorias e se creditou devidamente de PIS e COFINS.

(...)

Esse é o ponto mais importante: a Recorrente cumpriu com todas as ferramentas disponíveis para certificar-se da idoneidade das fornecedoras, restando evidente sua boa-fé.

Portanto, foram corretamente tomados os créditos tributários decorrentes das operações com a empresa SOHO, os quais refletiram na ocorrência dos fatos geradores dos tributos IRPJ e CSLL.

No que tange às contribuições ao PIS e à COFINS, a não cumulatividade possui respaldo constitucional desde a edição da

Emenda Constitucional nº 42/03 que introduziu o parágrafo 12 ao artigo 195 da Constituição Federal:

(...)

Portanto, limitar o princípio constitucional da não-cumulatividade é ofensa aos preceitos constitucionais e instaura a insegurança jurídica.

Isto posto, deve ser reformado o v. acórdão, visto que é correto o creditamento de PIS e COFINS decorrentes das operações com a empresa SOHO, os quais refletiram na ocorrência dos fatos geradores dos tributos IRPJ e CSLL”.

Pois bem, como visto no voto da I. Relatora, tais argumentos foram por ela acolhidos, pugnano a Conselheira pelo afastamento dos lançamentos.

Entretanto, em que pesem as aduções da recorrente e a posição externada pela I. Relatora, faço, como dito no início deste voto, uma leitura diferente dos fatos aqui narrados e concludo de forma diversa.

Explico.

De prefácio, parece-me claro que a interpretação individualizada dos fatos e dos argumentos trazidos nas peças recursais podem levar ao entendimento assumido pelo voto vencido no sentido de que:

1. a recorrente seria terceiro de boa-fé que não poderia ser responsabilizada ou penalizada pelo fato de a inscrição de sua fornecedora ser declarada inidônea;
2. nos mesmos padrões, nada teria a ver com as empresas inaptas, baixadas, incapazes estrutural e operacionalmente de fornecer à SOHO, os produtos que, depois, foram enviados à WIREX;
3. a recorrente teria efetuado o pagamento das aquisições, por isso, abrangida pela proteção do artigo 82, parágrafo único, da Lei nº 9.430/1996;
4. do mesmo modo, pela decisão do STJ sob o rito do art. 543-C do CPC/73, da Resolução STJ 8/2008 e da Súmula 509⁸, a qual está ancorada, entre outros, no REsp 1.148.444/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 27/4/2010, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/73 e da Resolução STJ 8/2008. Nessa linha, “o comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, **porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação**”;
5. mais ainda, o órgão julgador ficaria vinculado à aplicação de tal entendimento, de acordo com o art. 62, § primeiro, alínea “b”⁹ do RICARF,

⁸ SÚMULA STJ 509: 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.

⁹ Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

sob pena da decisão incorrer em causa de nulidade a que se refere o inciso II do caput do art. 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, nos termos do art. 80 do RICARF;

6. a tentativa do Fisco de questionar sobre a qualidade dos produtos da Recorrente não estaria sob escrutínio neste caso;
7. o fato da operação de aquisição de produtos pela SOHO com seus próprios fornecedores ser irregular e obscura deveria ser analisada apartadamente da operação da Recorrente;
8. a não existência de contrato de fornecimento entre a recorrente e a SOHO, e a constatação de que o único contato que mantinha com referido “fornecedor” era feito através o representante “NELSON”, empregado da SOHO entre 2011 e 2013 e que seria o responsável pelo contato com os clientes e pela logística nas entregas, não desnaturaria as operações;
9. a forma pela qual as compras foram realizadas não seria um argumento para comprovar que elas não ocorreram;
10. a falta de pagamento de frete não implicaria dizer que o produto não foi entregue. Os contratos podem ser realizados de diversas formas, inclusive com a entrega pelo vendedor da mercadoria, no local determinado pelo comprador;
11. a inidoneidade de grande parte dos fornecedores da SOHO não desnaturaria as operações com a recorrente. Este ponto (aquisição de produtos pela SOHO e a situação de seus próprios fornecedores) deveria ser analisado em operação apartada e específica.

Com a devida vênia, ainda que os pontos levantados pela peça recursal da recorrente e o bem suportado voto da I. Relatora mantenham coerência entre si, penso que, no caso, é de se aplicar solenemente o clássico brocardo “a essência se sobrepõe à forma” (Wilson Alberto Zappa – Perícia Contábil – Normas Brasileiras – Juruá, 2004 – pg. 42), isto é, não basta a FORMA estar perimetricamente bem delineada e seu contorno simetricamente alinhavado, antes é preciso separar aquilo que aparentemente se exhibe, se mostra, se escancara e perscrutar, enxergar, adentrar o âmago do cenário, buscando a verdadeira essência dos fatos, ou seja, aquilo que a fotografia não mostra aos olhos menos avisados.

Em outro dizer, conquanto haja emissão de notas fiscais da SOHO para a recorrente, haja pagamentos desta para aquela, os controles de estoque da autuada apresentem movimentação física dos produtos que – supostamente – a SOHO forneceu, **fato é que, na origem, toda esta engenharia está maculada e viciada, como bem apontado pelo Fisco.**

(...)

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária: (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Explicando para que não parem dúvidas: **a SOHO não poderia ter fornecido as mercadorias de uso da recorrente, tais como lingotes, sucatas de metais, vergalhões, etc. pelo simples motivo de que não as possuía e não possuía estrutura nem estoque para tal.**

Nesse cenário, o que fazia era simplesmente “intermediar” a aquisição que a recorrente fazia junto a quem **efetivamente** possuía tal estrutura de fornecimento e dar ares de regularidade à operação, emitindo as correspondentes notas fiscais (cujos tributos sobre elas incidentes nunca foram pagos), “receber” a quitação das duplicatas sacadas e, depois de reter 2% (!) deste valor para si, repassar aos efetivos fornecedores os montantes que a eles eram devidos.

Para “justificar” suas vendas à recorrente, implementava mais uma peça a esse engenhoso quebra-cabeça: “alimentava” seu estoque (fictício) com “produtos” supostamente fornecidos por empresas que, como ela, eram inaptas, inidôneas, baixadas, com inscrições e CNPJ cancelados e sem nenhuma estrutura física, operacional e de logística para realizar movimentações de **715 MILHÕES DE REAIS** com a SOHO e, depois, desta para a WIREX, em importe superior a 38 milhões de reais.

Nesse sentido, o detalhado libelo acusatório:

35. Os produtos supostamente vendidos pela SOHO para a empresa WIREX, estão classificados nos NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul) – Código 74081100, Vergalhão de Cobre 8 mm (quase a totalidade dos supostos fornecimentos); Código 74081900 Fio de Cobre Eletrolítico 2,59 mm e Fio de Cobre Eletrolítico 1,83 mm.

36. Analisando o fluxo de entradas e saídas das mercadorias discriminadas nos documentos fiscais, constatamos que a suposta origem dos produtos Vergalhão de Cobre 8 mm e fios de cobre 2,59/1,83 mm, vendidos pela SOHO para a empresa WIREX estão lastreadas em empresas que também possuem a inscrição estadual cancelada e que, conforme descrito acima (itens 13 e 14), são empresas inexistentes e, portanto, não realizaram as operações de venda dos produtos para a empresa SOHO. Dentre as empresas fornecedoras dos produtos, destacam-se as seguintes: Depósito de Metais Praia do Espinho (CNPJ: 34.293.761/0001-09); Metais Desck – Atacadista Comercial Ltda (CNPJ: 13.458.069/0001-05); Depósito de Metais Sanjoanense Ltda (CNPJ: 30.046.296/0001-42); Adaltex Comercial de Metais EIRELI (CNPJ: 17.168.695/0001-18); Elephant Trade Chemicals and Metals EIRELI (CNPJ: 18.409.275/0001-49); Blue Benz International Trade Metais EIRELI (CNPJ: 18.380.010/0001-65). Cabe ressaltar que não houve nenhum pagamento por parte da SOHO para os referidos fornecedores, o que demonstra o propósito em dar lastro à emissão de notas fiscais inidôneas pela SOHO.

Então, se a SOHO não comprou nenhuma mercadoria (seus fornecedores, como dito, além das irregularidades formais citadas, não tinham estrutura e nem logística para movimentar a enorme quantidade de produtos de alta tonelagem e volume), como poderia ela, SOHO, vender o que não comprou?

Mais ainda, como ela, SOHO, poderia ter movimentado **162 mil toneladas de produtos** entre 2013 e 2014, emitindo notas fiscais de venda que totalizaram, aproximadamente, **R\$ 980 milhões**, com uma movimentação financeira de aproximadamente **R\$ 480 milhões**, através de 5 (cinco) estabelecimentos (2 em SP, RJ, SC e AL) e contando **APENAS COM 4 EMPREGADOS E EM FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS???**

Se só existiam funcionários administrativos, de se perguntar, **quem** manuseava as empilhadeiras, guindastes, pontes rolantes, macacos hidráulicos e demais ferramentas sabidamente necessárias para movimentar e carregar produtos de alta tonelagem?

Na verdade, tais ferramentas nunca foram necessárias porque tais produtos NUNCA existiram em estoque na SOHO ou em seus “fornecedores”. Portanto, inquestionável, à vista dos autos, que não havia manuseio de mercadorias nem nos “fornecedores” da SOHO, muito menos nesta para “carregar” caminhões visando a entrega no estabelecimento da recorrente.

O que havia, de fato, era uma “pura e simples” emissão e troca de notas fiscais que acobertavam os verdadeiros fornecedores e cujos impostos nunca foram recolhidos pela SOHO e propiciaram à recorrente a utilização de créditos relativos aos tributos não cumulativos e redução das bases imponíveis de IRPJ e de CSLL por custos fictícios.

Esse cenário está robustamente apontado no exaustivo trabalho fiscal e mostra, com todas as tintas, que essas mercadorias (vergalhões, metais, fios de cobre, sucatas) entregues à WIREX **não poderiam ter vindo da SOHO SIMPLESMENTE porque esta não as poderia ter comprado de empresas que não existem efetivamente** (baixadas, inaptas, inidôneas, sem a mínima estrutura operacional para realizar atividade com produtos de alta tonelagem e volume).

Na verdade, vieram (sem nota fiscal) e foram acobertadas por documentos das inquinadas pessoas jurídicas emitidos contra a SOHO e desta para a WIREX. Tudo sem se esquecer que se está falando de empresas inaptas, baixadas, inidôneas, com inscrição estadual e CNPJ cancelados e sem qualquer estrutura operacional.

Por fim, relembre-se, a SOHO **cobrava uma “comissão” de 2% para emitir as notas fiscais e direcionar os recursos recebidos da WIREX para os verdadeiros fornecedores.**

Nessa equação matemática, a SOHO recebia da WIREX os recursos (supostamente para quitar uma duplicata de sua emissão) e imediatamente (no mesmo dia), repassava o montante para o efetivo fornecedor (que não era nenhuma das indigitadas pessoas jurídicas inidôneas), retendo (!) exatamente o montante referente aos 2% de comissão. Então caberia perguntar: que empresa comercial faz isso?

O que se tem, na verdade insofismável é que a SOHO não tinha estrutura alguma e cobrava, como um “intermediadora”, “corretora”, “representante”, um percentual pelos “serviços” que prestava.

JAMAIS POR MERCADORIAS FORNECIDAS, PORQUE NUNCA AS FORNECEU!

Este quadro é tão cristalino que muitas das diligenciadas responderam ao Fisco que realmente efetuaram venda sem emissão de notas fiscais.

Nesse ponto, caem por terra as alegações da recorrente de que seria terceiro de boa-fé e que não tinha condições de saber o que se passava em seu fornecedor.

Na verdade, é elementar nos negócios mercantis que as empresas (notadamente em operações de grande porte) se comuniquem e se conheçam, até para se saber sobre a capacidade de fornecimento de uma e as condições financeiras da outra para pagar as aquisições.

Nesse sentido, singela demais a afirmação da recorrente de que teria se munido de *“todas as ferramentas existentes e acessíveis para evitar quaisquer alegação de má-fé, não havendo*

qualquer razão para responsabilizá-la por infrações cometidas pelas fornecedoras”, mais não fosse, pelo simples fato de que ninguém adquire produtos que exigem certificação da ABNT sem verificar suas origens, quem vai fornecer, a capacidade de atendimento dos pedidos, a qualidade dos produtos e a tradição do fornecedor.

Veja-se que não se está falando de uma mera compra de materiais de limpeza ou de escritório de valores irrisórios, mas de insumos e mercadorias de utilização na atividade operacional da recorrente **e que somaram mais de 38 milhões de reais nos anos de 2013 e 2014** (R\$ 19.611.991,46 e R\$ 18.758.308,40, respectivamente – TVF – fls. 657).

Então, em sã consciência, com um volume de operações deste naipe, que empresa não se certificaria da origem dos produtos que estaria adquirindo e da capacidade de fornecimento da contratada?

Observe-se o que a própria WIREX apregoa em seu perfil na internet, em informações direcionadas ao mercado, afirmando ser:

- Maior fabricante nacional de cabos de energia e especiais no Brasil: referência em **qualidade e atendimento**
- Expertise no desenvolvimento de soluções customizadas para as necessidades de seus clientes (“**solution provider**”)
 - 15 mil diferentes construções de cabos elétricos até 35 kV
- Líder no fornecimento de cabos de bateria para veículos pesados (“trucks and buses”).
- Empresa nacional, reconhecida como a Número 1 em Responsabilidade Social pela “As Melhores da Dinheiro 2010” e Melhor Empresa do Setor Eletroeletrônico em 2007 pela Revista Exame.

E que seus produtos têm:

Qualidade

A gestão da qualidade é focada na melhoria contínua dos produtos e processos, nos termos da ISO 9001:2008 e para o segmento automotivo nos termos da ISO TS 16949:2002. O sistema de gestão da empresa é baseado na ISO 9001.

A **Wirex** realiza forte investimento em treinamento, pesquisa e desenvolvimento de produtos e processos; modernização dos laboratórios de ensaios e controle de qualidade e em certificação de produtos.

Para atender o novo ciclo de investimentos do país, a **Wirex** tem, consistentemente, aumentado sua capacidade produtiva e é hoje, no Brasil, a empresa de cabos que possui a mais ampla linha de condutores elétricos em cobre e alumínio até 69 kV.

E no que diz respeito às certificações técnicas:

Certificações

As principais linhas de condutores elétricos são certificadas pelo INMETRO através do "Bureau Veritas Certification" e, adicionalmente, por outras sociedades classificadoras internacionais como o "BV - Bureau Veritas" e o "DNV - Det Norske Veritas".

"Baumuster" da Volkswagen: A **Wirex** é a primeira empresa 100% nacional a obter homologações de cabos para a indústria automobilística pela Volkswagen Alemanha. Com isto, qualifica-se para fornecer cabos automotivos para montagem de chicotes em nível mundial.

Tudo isso sintetizado na seguinte frase:



Foco na qualidade e logística
são diferenciais da Wirex.

Então, repita-se, como uma empresa desse porte passaria ao largo de se certificar da idoneidade de um de seus principais fornecedores e não exigiria atestado de qualidade dos caríssimos produtos que estava adquirindo? Pois bem, a respeito desse fato, em resposta ao Termo de Intimação emitido pelo Fisco, a recorrente laconicamente informou (TVF – fls. 655):

1.1 O contribuinte possui um código de conduta para os seus fornecedores? Se afirmativo, apresentar.

R.: A contribuinte Wirex não possui um código de conduta de fornecedores.

1.2 Qual a documentação exigida para a inclusão de um novo fornecedor? Qual foi a exigida da Soho?

R.: Um novo fornecedor deve possuir o Certificado de Gestão da Qualidade ISO 9001, bem como deve atender às especificações de matéria-prima da contribuinte Wirex, quanto aos requisitos de qualidade e de preferência. O departamento de Compras pode homologar um fornecedor no sistema e pedir que a Engenharia e/ou Qualidade verifiquem se este fornecedor possui e atende às exigências de performance do material a ser fornecido.

Para a Soho foi solicitado os mesmos documentos, os quais não estão mais disponíveis, tendo em vista que a Soho é um fornecedor antigo.

E arrematou:

1.7 Descreva os procedimentos adotados para o recebimento físico dos vergalhões de cobre eletrolítico 8 mm, fio de cobre eletrolítico 2,59 mm e 1,83 mm. Apresente a documentação relativa ao período já especificado;

R.: O Sistema Integrado da Wirex classifica os recebimentos de matéria-prima de acordo com a criticidade definida. Se for material que não tem registro de Não Conformidade de Qualidade, esse material passa apenas por inspeção de Certificado de Qualidade (quando aplicável) e é liberado automaticamente à Produção.

Ou seja, ainda que os produtos finais da recorrente sejam certificados (conforme seu próprio dizer institucional), em momento algum ela se preocupou em saber se os produtos de um de seus principais fornecedores de insumos (que comporiam o produto final) teriam a mesma certificação, em um risco latente de ter problemas futuros.

Ao revés, no exprimir da recorrente, bastaria uma “inspeção interna” para sua aprovação!

De se convir que tal procedimento não deixar de soar extremamente estranho em um contexto mercadológico de altíssima complexidade e cujos produtos finais da WIREX, ainda segundo seu sítio na internet, teriam como destinatários *“setores industriais, de energia e de infraestrutura nas suas demandas mais críticas por performance, confiabilidade e soluções inovadoras de engenharia”*.

E mais, ainda de acordo com suas informações institucionais, *“A Wirex Cable, ao longo dos seus mais de 20 anos de experiência, tornou-se o fabricante nacional com o maior portfólio de cabos de potência e especiais, atendendo aos maiores grupos industriais do país, concessionárias de transmissão e distribuição de energia elétrica, empresas geradoras de energia, empresas de instalação, projetos e engenharia e revendedores de material elétrico”*.

Tudo isso resumido no seguinte quadro de produtos e destinação (extraído do site <http://www.wirex.com.br>):

A Wirex Cable, referência na fabricação de cabos de potência e em uma ampla gama de cabos especiais, tem o compromisso constante de inovar e aplicar esforços na melhoria dos produtos fabricados e no atendimento ao cliente, para obter sempre o melhor desempenho.
Em atenção às sugestões de seus clientes e seguindo uma tendência internacional, a Wirex Cable possui a nomenclatura de seus cabos baseada na segmentação por linha de produto e sua aplicação. As designações abaixo, referentes às principais linhas de produtos, são complementadas com siglas que permitem a fácil identificação dos materiais que compõem a isolação e cobertura dos cabos, o tipo do condutor, tipos de blindagem e armação e outras características eventuais.
Cabos Wirex.Plast - cabos de uso geral até 750 V
Cabos Wirex.Weld - cabos para equipamentos de solda
Cabos Wirex.Power - cabos de potência de 0,6/1 kV a 27/46kV
Cabos Wirex.Control - cabos de controle e comando
Cabos Wirex.Signal - cabos de instrumentação e sinais analógicos
Cabos Wirex.Mining - cabos para uso em máquinas móveis
Cabos Wirex.Extreme - cabos para serviço extra pesado em mineração
Cabos Wirex.Marine - cabos para uso naval
Cabos Wirex.Aluminum - cabos diversos com condutores em alumínio
Wirex.Transport – Cabos para uso em equipamentos ferroviários

Nesse ponto, voltando ao início deste voto, as alegações da recorrente em seu RV, tomadas isoladamente, podem compor um quadro no qual teria agido de boa-fé e, por isso, os lançamentos realizados pelo Fisco careceriam de fundamento,

Porém, como igualmente visto antes, o direito não se funda apenas na forma, mas se compõe igualmente de indícios que podem levar ao verdadeiro estágio dos fatos. Em

outras palavras, nem sempre aquilo que se exterioriza concretamente reflete a verdade que se esconde atrás do tapume que tenta vedá-la.

Havendo indícios de que os fatos formalmente retratados não correspondem à realidade do que ocorreu, a prova indiciária é instrumento pacificamente admitido em nosso direito como ferramenta necessária para apurar eventos que não se mostram explícitos, como já decidido pelo CARF:

*Primeira Turma/Quarta Câmara/Primeira Seção de Julgamento
Data da Sessão 25/01/2011 Relator(a) ANTONIO BEZERRA NETO
Nº Acórdão 1401-000.405*

ASSUNTO: PROVA INDICIÁRIA

A prova indiciária é meio idôneo admitido em Direito, quando a sua formação está apoiada em uma concatenação lógica de fatos, que se constituem em indícios precisos, “econômicos” e convergentes.

Deveras, a comprovação material de uma determinada situação fática pode ser feita, em regra: **i)** por uma prova única, direta, concludente por si só, ou, **ii)** por um conjunto de elementos/indícios que, se isoladamente nada atestam, agrupados têm o condão de estabelecer a inequivocidade daquela matéria de fato.

Em síntese, a prova indiciária é meio idôneo admitido em Direito, quando a sua formação está apoiada em concatenação lógica dos fatos, que se constituem em indícios precisos e convergentes.

É claramente o que se tem nos autos, quando a recorrente não se munuiu de um mínimo da cautela necessária que deveria adotar em suas operações e seus relacionamentos comerciais, como exaustivamente relatado.

Não se certificou da idoneidade das empresas envolvidas, não auditou os estabelecimentos que seriam seus fornecedores, não exigiu certificação dos produtos adquiridos, não celebrou contratos com a SOHO, enfim, deu às operações realizadas com esta pessoa jurídica um tratamento ímpar, como se se tratassem de pequenas aquisições ao invés de compras de produtos de alta tonelagem, volume, valor e requisitos técnicos que exigem certificação.

Em resumo final, penso que o fato de a recorrente haver QUITADO as duplicatas emitidas pela SOHO em nada muda o quadro nem a leva ao encontro do benefício estampado no artigo 82, parágrafo único, da Lei nº 9.430/1996, simplesmente porque, ao revés da previsão legislativa, os pagamentos, ainda que “formalmente” feitos à SOHO, foram, na verdade e **IMEDIATAMENTE**, repassados aos **verdadeiros** fornecedores, ficando a SOHO com apenas 2% do valor.

Este aspecto é INDESMENTÍVEL (TVF – fls. 649):

17. Neste fluxo de caixa foi possível identificar operações onde a SOHO “cobrava” uma comissão de 2% para emitir a nota fiscal e direcionar os recursos creditados pelo “cliente” à ordem. Com isso os recursos que ingressaram na SOHO saíam, deduzidos da “comissão” no mesmo dia para pagar empresas/empresários do ramo de metais e sucatas e, em algumas situações, retornando à própria empresa ou seu sócio através da utilização de uma conta corrente de passagem em outra empresa interposta.

Então, por óbvio, **quem forneceu não foi a SOHO** (mera intermediária). Então, igualmente elementar, **não foi ela quem recebeu o pagamento**, de modo que a invocação do dispositivo legal (artigo 82, parágrafo único, da Lei nº 9.430/1996) **não socorre a recorrente**.

Mais a mais, a alegação da recorrente de que a inidoneidade de seus parceiros comerciais teria sido declarada posteriormente aos fatos em nada altera o cenário.

A propósito:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012

GLOSA DE CUSTOS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. EMPRESA DECLARADA INIDÔNEA POSTERIORMENTE AOS FATOS APURADOS. EFEITOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVIDADE DAS OPERAÇÕES E/OU DO PAGAMENTO. POSSIBILIDADE.

Em princípio, o adquirente de boa fé está protegido da declaração de inaptidão de seus fornecedores, quando ocorrida após a operação, não podendo os documentos fiscais emitidos serem automaticamente considerados inidôneos com base no Ato Declaratório que declarou a inaptidão da empresa fornecedora. Não obstante, se detectada a existência de outros indícios de que, ao tempo das operações retratadas nas notas fiscais emitidas, a empresa fornecedora era inexistente de fato ou que não apresentava condições operacionais para o fornecimento dos produtos vendidos, e/ou ainda, quando não comprovado o efetivo recebimento das mercadorias e/ou o efetivo pagamento pelo adquirente, possam as respectivas operações considerarem-se não comprovadas e, portanto, não surtirem efeitos fiscais. (Ac. 1302-003.558 - 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária - Sessão de 14 de maio de 2019 – Rel. Luiz Tadeu Matosinho Machado – destaque acrescido)

De outro canto, mas no mesmo segmento e sentido, impertinente a invocação da Súmula 509¹⁰ do STJ, **posto que ali se cuida de ICMS**, tributo estadual e estranho aos autos.

A respeito, reveja-se, dentre outros, o REsp 1.148.444/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 27/4/2010, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/73 e da Resolução STJ 8/2008, suporte da Súmula:

O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação¹¹.

¹⁰ SÚMULA STJ 509: 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.

¹¹ Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=1&tt=T. Acesso em 19.01.2020.

Ora, sendo Súmula que se assenta sobre **tributo estadual**, não há que se falar deva ficar o julgador administrativo **federal** (Conselheiro do CARF) vinculado à aplicação de tal entendimento (art. 62, § primeiro, alínea “b”¹² do RICARF).

Enfim, no caso aqui tratado, comungo com o pensamento da Fiscalização – que entendo ter realizado profundo trabalho investigativo – e **chancelo** seu procedimento no sentido de que toda a operação detectada foi orquestrada com o fito de se conseguir substancial economia tributária aos envolvidos, incluindo, no que interessa, a recorrente.

Por fim, quanto ao fato de haver registro da movimentação nos controles de estoques da contribuinte dos produtos adquiridos é aspecto irrelevante neste ponto, posto que a Autoridade Fiscal não questionou a entrada de tais produtos no estabelecimento da recorrente, MAS, SIM, O FORNECEDOR DOS MESMOS, que exaustivamente visto, **NÃO PODERIA TER SIDO A SOHO**, por isso a glosa dos custos relativos ao IRPJ e CSLL que levaram aos lançamentos perpetrados.

No mesmo sentido e como consequência direta, os créditos de PIS e de COFINS tomados pela recorrente com suporte nos “fornecimentos” que teriam sido feitos por SOHO não podem ser mantidos, por isso igualmente corretos os lançamentos.

DOS LANÇAMENTOS DE IRRF

Segundo o TVF, além dos lançamentos de IRPJ/CSLL/PIS e COFINS, a contribuinte cometeu infrações que caracterizaram “pagamentos sem causa”, situação descrita legislativamente no artigo 61, da Lei nº 8.981/1995 (base legal do artigo 674, do RIR/1999), *verbis*:

Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

§ 1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o [§ 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991](#).

§ 2º Considera-se vencido o Imposto de Renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.

§ 3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.

¹² Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

(...)

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária: (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

De acordo com a acusação fiscal (TVF – fls. 660):

III – PAGAMENTO SEM CAUSA

81. Considerando que a inidoneidade dos documentos fiscais descaracterizam as operações comerciais e, consequentemente, 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**, conforme artigo 61 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995 e artigos 674 e 675 do Regulamento de Imposto de Renda, Decreto nº 3.000 de 26/03/1999 (RIR/99), abaixo transcritos:

A defesa da recorrente em relação a esta infração, como bem salientado pela decisão *a quo*, foi genérica, não tendo suscitado qualquer questão que dissesse respeito especificamente ao auto de infração de **IRRF**, dando a entender que suas objeções dirigiam-se a todos os lançamentos integrantes do processo, especificamente sua possível boa-fé nas operações com a SOHO, pelo que não haveria o que se falar em pagamentos sem causa.

Meu entendimento, como já exposto anteriormente neste voto, é em linha diametralmente oposta, mostrando, sem necessidade de repetições, as irregularidades nas operações havidas com a SOHO que jamais foi a fornecedora dos produtos adquiridos e jamais foi a efetiva recebedora dos valores pagos pela recorrente, sendo, neste campo, mera intermediária para repasse dos montantes aos VERDADEIROS BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS.

Consequentemente, se a SOHO não era – e nem poderia ser – a beneficiária dos pagamentos, certo que esses se revelaram “sem causa” e, na forma do dispositivo legal acima reproduzido, sujeitam-se à tributação exclusiva na fonte de 35%, sobre base de cálculo ajustada, não havendo ressalva a fazer ao trabalho fiscal, que é mantido integralmente.

DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

Analiso, agora, a multa de ofício aplicada e sua qualificação ao patamar de 150%.

Aduz a recorrente, em relação à multa, que “o Fisco atribui multa de R\$ 30.991.394,95 (trinta milhões e novecentos e noventa e um mil e trezentos e noventa e quatro reais e noventa e cinco centavos), **ferindo os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e não confisco**, eis que os valores não correspondem com a realidade fática, maculando-a com efeitos confiscatórios. Isto é, o Fisco atribui multa no montante de 150% (trezentos e oito por cento) do valor do tributo corrigido monetariamente”.

Diz mais, que o Fisco “*não pode agir no exercício de suas funções, com a aplicação de multas confiscatórias e desproporcionais. O dever de atuar necessita de limites, moderação, ponderação de valores e integração de direitos de maneira razoável no desenvolvimento da atividade estatal. (...) Assim, não assiste razão ao Fisco de aplicar uma multa desproporcional, não condizente com o ato do contribuinte e, sobremaneira, sem a análise do caso concreto*”.

Pois bem, acerca do “confisco” alegado, a matéria é de cunho constitucional, por isso sequer deve ser conhecida, a teor da Súmula CARF nº 2:

Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Já a respeito de que “os valores não correspondem com a realidade fática”, que “o Fisco atribui multa no montante de 150% (trezentos e oito por cento) do valor do tributo corrigido monetariamente”, e o fato de “aplicar uma multa desproporcional, não condizente com o ato do contribuinte e, sobremaneira, sem a análise do caso concreto”, peleja em equívoco a recorrente em todos os tópicos.

Efetivamente, em relação ao primeiro e terceiro itens, não há o que se falar em “valores não correspondentes à realidade fática” ou “multa desproporcional, não condizente com o ato do contribuinte”.

Explico.

A multa de ofício é aplicada com a utilização de um percentual regrado pela lei (75%, 112,50%, 150% ou 225%) **SOBRE o valor do tributo lançado**, ou seja, ela (multa), neste caso, não tem vida própria, antes depende do valor do auto de infração. Tanto assim é que, nos casos de autos de infração em que não há valores a exigir do contribuinte, mas tão somente ajustes nas bases de cálculo do IRPJ ou da CSSL, não há multa lançada (JUSTAMENTE PORQUE NÃO HÁ TRIBUTOS EXIGIDOS).

Consequentemente, os valores correspondem, SIM, à realidade fática, posto que nascidos em razão do tributo (principal exigido). E não são desproporcionais. MUITO AO CONTRÁRIO, são diretamente proporcionais aos valores lançados.

Finalmente, cabe apreciar os argumentos da recorrente de que indevida a qualificação da multa de ofício.

De acordo com o Fisco, a qualificação da pena fez-se com supedâneo no artigo 44, I, § 1º, da Lei nº 9.430/1996, com redação da Lei nº 11.488/2007, *verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: [\(Vide Lei nº 10.892, de 2004\)](#) [\(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007\)](#)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; [\(Vide Lei nº 10.892, de 2004\)](#) [\(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007\)](#)

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

Com a conduta da recorrente sendo tipificada no artigo 72, da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, ou seja, “fraude”:

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

Nas palavras do condutor do feito (TVF – fls. 661):

QUALIFICAÇÃO DA MULTA

83. Conforme anteriormente exposto, constatou-se que as operações comerciais entre a WIREX e a SOHO não existiram, sendo suportadas por documentos inidôneos (“notas frias”), procurando, através destes subterfúgios, aumentar indevidamente os seus custos e obter indevido creditamento de tributos de forma a reduzir os montantes a pagar. O dolo fica caracterizado, também, na tentativa de ludibriar a fiscalização ao realizar o pagamento, buscando provar a boa-fé, o que caracteriza fraude, nos termos do artigo 72 da Lei nº 4.502 de 30 de novembro de 1.964, que assim dispõe:

Como já tratado exaustivamente neste voto, a conduta da recorrente de se utilizar de notas fiscais inidôneas, emitidas por contribuinte com inscrição estadual e CNPJ baixados, aliado ao fato de que este “fornecedor” também teria adquirido os produtos que posteriormente “revendeu” à autuada (WIREX), de “fornecedores” igualmente inaptos, baixados, sem estrutura física, inidôneos, estampa os contornos que se exigem para a qualificação da multa, em face do evidente *animus* doloso que imprimiu às operações com a SOHO.

Com tal procedimento, exteriorizou-se o quadro, inelutável, de a recorrente buscar, mediante ação ou omissão dolosa, impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Com essa fotografia, assentada está a teoria finalista da ação, adotada pelo nosso Código Penal (Parte Geral), art. 18-I (com redação dada pela Lei 7.209/1984) e que, caminhando lado a lado com a melhor doutrina pátria de direito penal, projeta que o dolo faz parte da tipicidade (do tipo penal), podendo ser direto (ocorre quando o agente quis o resultado e praticou ação nesse sentido) ou indireto ou eventual (quando o agente, com sua ação, assumiu o risco de produzir o resultado).

No caso, portanto, não se trata de presunção de dolo, **mas, sim, da existência de dolo direto**, pois a conduta do sujeito passivo está subsumida na conduta típica de fraude (artigo 72 da Lei 4.502/64 e art. 44, § 1º, da Lei 9.430/96, com redação dada pela Lei 11.488/2007), implicando, ainda na redução ou supressão de tributos e contribuições (o sujeito passivo quis e praticou a conduta de sonegação de impostos e contribuições federais), ou seja, reduziu ou suprimiu indevidamente tais tributos, mediante a realização das condutas descritas nos incisos I e II do art. 1º da Lei 8.137/90¹³, tanto que foi elaborada a competente Representação Fiscal para Fins Penais (Processo nº 19515.721086/2018-73).

A jurisprudência administrativa é nesta linha:

¹³ Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: [\(Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000\)](#)

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

MULTA QUALIFICADA — são as circunstâncias da conduta que caracterizam o aspecto subjetivo da prática ilícita. Além dos valores omitidos serem de elevada monta em relação aos valores escriturados, o número de operações omitidas, na casa de centenas, leva à convicção de que a conduta missiva da autuada **não decorreu de um mero desleixo na condução de seus negócios, mas sim de prática intencional para deixar de levar ao conhecimento da Fazenda a maior parte de suas operações.**

(Acórdão 1201-00205 - Relator(a) Guilherme Adolfo dos S. Mendes)

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO. 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, que implica, ainda, a redução indevida de tributos e contribuições, impõe a exigência das exações fiscais com aplicação da multa qualificada.

(Segunda Turma/Quarta Câmara/Primeira Seção de Julgamento - Data da Sessão - 11/11/2010 Relator(a) Antonio José Praga de Souza - Nº Acórdão 1402-000.314)

Por esses fatos – incontestes – entendo que a exasperação da multa, elevando-a ao patamar de 150%, mostra-se irrepreensível, por isso mantida.

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Em peça de igual teor recursal em relação às matérias fáticas, as responsáveis solidárias arroladas pelo Fisco, **SOLANGE VALLILO BERARDO**, inscrita no Cadastro de Pessoa Física sob o nº. 073.503.588-14, com endereço na Rua Bacaetava, nº 264, Bairro Vila Gertrudes, São Paulo- SP, CEP: 04705-010, e **RHEA SYLVIA MARIA NOSÉ PIEDADE GONÇALVES**, inscrita no Cadastro de Pessoa Física sob o nº. 213.546.248-90, com endereço na Rua Volta Redonda, nº 757, apto. 191, Campo Belo, São Paulo- SP, assentaram, especificamente acerca de suas inclusões no pólo passivo da lide que “**a responsabilização das Recorrentes prevista no Diploma tributário possui requisitos e condições, ou seja, o excesso de poderes ou infração a lei ou ao contrato social. Ocorre que essa medida é excepcionalíssima no direito brasileiro, haja vista a necessidade de comprovar que os sócios agiram de maneira a praticar atos com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos**”.

Na sequência aduzem não ter ocorrido “**qualquer dos atos previstos no artigo 135 do Código Tributário Nacional**” e que “**a decisão de responsabilizar outrem deve ser pautada em provas incontrovertidas, robustas, para que não incorra em desvirtuar o sentido das normas que preveem a responsabilização, como o artigo 135 do CTN, ou seja, as provas devem ser robustas sob pena de se punir quem não agiu de forma incorreta, como na espécie**”.

Já o libelo acusatório (TVF – fls. 661/662), pontifica:

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

85. Considerando a fraude já relatada e o dolo que a acompanha, temos que os representantes legais que administravam, em conjunto ou isoladamente, a empresa, à época, tinham conhecimento, autorizaram os pagamentos e consentiram na escrituração das notas fiscais inidôneas, participando dos fatos já descritos, que permitiram à WIREX obter vantagens ilícitas em prejuízo ao Erário. A tentativa de ludibriar o fisco com a inserção de empresa, sabidamente interposta, destinada a simular a circulação de mercadorias, ainda que motivada pela sonegação do ICMS, acarretaram créditos indevidos de tributos, inserção indevida de custos e na realização de pagamentos que serviram para simular a boa-fé com infração à lei.

86. Dessa forma, com fundamento no artigo 135, III do Código Tributário Nacional, os administradores (ocupantes dos cargos de diretores) à época dos fatos aqui descritos e relacionados no início deste Termo de Verificação, estão sendo Responsabilizados Solidariamente com a WIREX nesta autuação.

De sua parte, diz o citado artigo 135, III, do Códex:

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

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

Como visto acima, em peça recursal comum às duas (fls. 1589/1624), as imputadas como responsáveis solidárias dissertaram no sentido de que “**a responsabilização das Recorrentes prevista no Diploma tributário possui requisitos e condições, ou seja, o excesso de poderes ou infração a lei ou ao contrato social. Ocorre que essa medida é excepcionalíssima no direito brasileiro, haja vista a necessidade de comprovar que os sócios agiram de maneira a praticar atos com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos**”.

Pois bem, sabidamente, em relação à imputação com base no artigo 135, III, do CTN, o sócio ou acionista da companhia não é acionado como responsável por sua participação societária ou acionária na empresa, **mas pelos poderes de mando e comando de que desfruta na condição de gestor** (assumido o termo em todas as suas nomenclaturas – gerente – diretor – administrador, etc.), ou seja, é tratado como responsável (artigo citado) pela competência contratual, estatutária ou regimental **de que foi investido para poder comandar e dar direção às atividades da sociedade, imprimindo a ela sua vontade**. Tal poder de mando, porém, jamais poderá extrapolar, além dos parâmetros regimentais, os contornos legais.

Ou seja, é a **ilicitude** que permite sua responsabilização, ilicitude esta que deve ter sido praticada durante o exercício da gestão.

In casu, data vênua ao entendimento das recorrentes e do voto da I. Relatora, penso, em relação à responsabilidade solidária das duas administradoras da sociedade, não restarem dúvidas de que ambas tinham amplo conhecimento dos fatos, autorizaram os pagamentos e consentiram na escrituração das notas fiscais inidôneas, participando ou negligenciando de suas funções ao permitirem a obtenção de vantagens ilícitas em prejuízo ao Erário, sendo responsáveis pelos créditos decorrentes das obrigações tributárias apuradas.

Na verdade, tentaram (e podem até conseguido levar à frente tal intento em períodos já decaídos) ludibriar o **fisco na apropriação de créditos indevidos de custos e tributos e principalmente mediante os pagamentos com os quais visaram simular boa-fé nas operações realizadas**, caracterizando, com tais atos praticados, afronta à norma legal estatuída pelo **artigo 135, III do Código Tributário Nacional**.

Ademais, não se perca de vista, pessoas jurídicas, conquanto possuam personalidade distinta dos seus sócios, **não agem nem praticam atos jurídicos por si só, mas por meio de seus administradores, sócios o acionistas**.

Desse modo, sendo a vontade da pessoa jurídica, **em verdade, a expressão da vontade majoritária de seus sócios, acionistas e dirigentes**, por óbvio que todas as simulações, fraudes e infrações imputadas pela fiscalização foram por eles concretizadas, arquitetadas ou permitidas, cabendo-lhes, por conseguinte, a assunção da responsabilidade solidária pelos débitos tributários da pessoa jurídica que dirigem.

Portanto, as administradoras acima identificadas, **SOLANGE VALLILO BERARDO e RHEA SYLVIA MARIA NOSÉ PIEDADE GONÇALVES**, devem ser responsabilizados solidariamente com a empresa WIREX CABLE S/A pelos créditos tributários apurados nestes autos.

CONCLUSÃO

Pelos motivos elencados, voto por **NEGAR PROVIMENTO** aos recursos voluntários interpostos, mantendo os lançamentos perpetrados e a sujeição passiva solidária imputada às dirigentes da sociedade.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone