



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

Processo n° 10825.722772/2015-41
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-002.634 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de outubro de 2018
Matéria IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente DMR REPRESENTAÇÃO COMERCIAL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012

PROVA EMPRESTADA. VALIDADE.

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

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

São solidariamente obrigadas pelo crédito tributário as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, segundo prevê o art. 124, I, do CTN.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INFRAÇÃO A LEI.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração a lei, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, bem como seus mandatários.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INTIMAÇÃO AOS RESPONSÁVEIS NO CURSO DO PROCEDIMENTO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA

O contraditório fiscal é instaurado após a ciência do lançamento e Termos de Solidariedade, não comportando cerceamento de defesa a não intimação dos responsáveis tributários no curso do procedimento fiscal. A atividade de lançamento é privativa da autoridade fiscal, não comportando compartilhamento com os responsáveis tributários.

IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA. DELIMITAÇÃO DO LITÍGIO.

A impugnação intempestiva não instaura a fase litigiosa do procedimento, não suspende a exigibilidade do crédito tributário, impossibilita o julgamento de primeira instância e proporciona o não conhecimento do recurso voluntário.

REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. MANDATO. AUSÊNCIA.

A irregularidade na representação processual pela ausência de mandato para o signatário da impugnação administrativa, quando não houver o saneamento no momento processual oportuno, impede o conhecimento do recurso voluntário. A fase litigiosa é instaurada pela impugnação administrativa, formalizada por pessoa legitimada.

SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO. BASE LEGAL. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE.

Inexistindo previsão legal, não podem as autoridades julgadoras administrativas decidir pelo sobrestamento do processo, sob pena de violar o princípio da legalidade inserto na Constituição da República. O princípio da oficialidade impede que o andamento de um processo fique sobrestado no aguardo de decisão referente a outro processo interposto pelo mesmo contribuinte.

INTIMAÇÃO PARA ADVOGADOS. IMPOSSIBILIDADE.

As intimações devem ser dirigidas exclusivamente ao domicílio tributário apenas do sujeito passivo, que pode ser o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária ou o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que por ele autorizado.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. ARGUIÇÃO.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, conforme sua Súmula nº 2.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento aos recursos voluntários, nos termos do voto do relator, vencidos os conselheiros Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, Luis Henrique Marotti Toselli e Gisele Barra Bossa, que davam provimento parcial para afastar a responsabilidade tributária dos mandatários recorrentes (José Agostinho Miranda Simões, Nabil Akl Abdul Massih, Paulo Roberto dos Santos Mina e Luiz Alberto Panaro).

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Rafael Gasparello Lima - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (presidente), Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, Carmem Ferreira Saraiva (suplente convocada em substituição ao conselheiro Jose Carlos de Assis Guimarães), Luis

Henrique Marotti Toselli, Rafael Gasparello Lima, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar e Gisele Barra Bossa. Ausente, justificadamente, o conselheiro Jose Carlos de Assis Guimarães.

Relatório

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Belo Horizonte (DRJ/BHE), por unanimidade, julgou improcedentes as impugnações administrativas, conforme o acórdão nº 02-72.627, a seguir ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012

PROVA EMPRESTADA. VALIDADE.

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

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

São solidariamente obrigadas pelo crédito tributário as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, segundo prevê o art. 124, I, do CTN.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INFRAÇÃO A LEI.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração a lei, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, bem como seus mandatários.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011, 2012

INTIMAÇÃO AOS RESPONSÁVEIS NO CURSO DO PROCEDIMENTO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA

O contraditório fiscal é instaurado após a ciência do lançamento e Termos de Solidariedade, não comportando cerceamento de defesa a não intimação dos responsáveis tributários no curso do procedimento fiscal. A atividade de lançamento é privativa da autoridade fiscal, não comportando compartilhamento com os responsáveis tributários.

IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA

Petição apresentada fora do prazo legal não caracteriza Impugnação, não instaura a fase litigiosa do procedimento, não suspende a exigibilidade do crédito tributário nem comporta julgamento de primeira instância, salvo se caracterizada ou suscitada a tempestividade como preliminar.

IMPUGNAÇÃO. QUALIFICAÇÃO DO IMPUGNANTE. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO.

É pré-requisito para impugnar que haja representante legal constituído pela interessada. Não havendo comprovação nos autos da regularidade da representação, mesmo após intimação da interessada para o fazer, não é de se conhecer do recurso.

SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO. BASE LEGAL. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE.

Inexistindo previsão legal, não podem as autoridades julgadoras administrativas decidir pelo sobrestamento do processo, sob pena de violar o princípio da legalidade inserto na Constituição da República. O princípio da oficialidade impede que o andamento de um processo fique sobrestado no aguardo de decisão referente a outro processo interposto pelo mesmo contribuinte.

INTIMAÇÃO PARA ADVOGADOS. IMPOSSIBILIDADE.

As intimações devem ser dirigidas exclusivamente ao domicílio tributário apenas do sujeito passivo, que pode ser o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária ou o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que por ele autorizado.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Resumidamente, o acórdão recorrido narrou os fatos que proporcionaram a imposição fiscal:

Trata-se de lançamento tributário levado a termo contra o contribuinte em epígrafe, onde constituídos IRPJ, CSLL, PIS e COFINS nos seguintes montantes:

	Principal	Juros de Mora	Multa de Ofício	Total
Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ	R\$ 1.069.519,20	R\$ 419.906,19	R\$ 1.604.278,81	R\$ 3.093.704,20
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL	R\$ 494.783,64	R\$ 194.180,94	R\$ 742.175,47	R\$ 1.431.140,05
Contribuição para o PIS/PASEP	R\$ 297.786,45	R\$ 119.693,61	R\$ 446.679,72	R\$ 864.159,78
Contribuição p/ financiamento da Seguridade Social - COFINS	R\$ 1.374.399,00	R\$ 552.432,00	R\$ 2.061.598,53	R\$ 3.988.429,53
				R\$ 9.377.433,56

O procedimento fiscal dos anos calendário de 2011 e 2012 decorreu do conhecimento de operação levada a efeito pela Secretaria da Fazenda e Ministério Público, ambos do Governo do Estado de São Paulo, nomeada Operação Yellow.

Foram lavrados Termos de Responsabilidade solidária contra 17 contribuintes, sendo 06 pessoas jurídicas e 11 pessoas físicas. Todas as questões de fato e de direito que embasaram o lançamento fiscal estão acostadas no Termo de Verificação Fiscal – TVF (fls. 75 a 90), Relatório de Solidariedade tributária

das pessoas jurídicas integrantes do Grupo FN (fls. 453 a 533) e nos respectivos Termos de Sujeição Passiva Solidária por Responsabilidade Tributária, relativo a cada um dos responsáveis acima individualizados.

Intimado a apresentar os Livros de Registro de Entradas, Registro de Saídas, Livro Registro de Inventário, Escrituração Contábil Digital (ECD) e Livro de apuração do Lucro Real (LALUR), o contribuinte, após reintimações e sucessivos pedidos de prorrogação, decorridos 224 dias após a primeira intimação, apresentou apenas os Livros de Entradas e Saídas, não apresentando os demais.

*Desta feita, a autoridade fiscal optou pelo **arbitramento do Lucro**, consoante determina a legislação tributária (art. 530, III, RIR/99).*

A apuração da Receita tributável deu-se a partir das Notas Fiscais eletrônicas (Nfe), considerando que a DIPJ 2012 foi apresentada com os campos de IRPJ e CSLL zerados, e também que não foram apresentadas as DCTFs, DACONs, DIPJ-2013, ECDs, Livro Registro de Inventário e LALUR.

Relação das Notas fiscais eletrônicas dos períodos fiscalizados:

Mês Calendário	Receita Bruta de Vendas Nfes
01/2011	3.308.970,61
02/2011	2.686.578,91
03/2011	2.947.314,02
04/2011	3.057.715,42
05/2011	3.238.435,24
06/2011	3.312.286,05
07/2011	3.808.241,12
08/2011	3.857.016,25
09/2011	4.648.750,98
10/2011	4.757.208,99
11/2011	5.064.386,50
12/2011	3.187.780,68
01/2012	1.919.277,73
02/2012	20.337,24
03/2012	0,00
04/2012	0,00
05/2012	0,00
06/2012	0,00
07/2012	0,00
08/2012	0,00
09/2012	0,00
10/2012	0,00
11/2012	0,00
12/2012	0,00

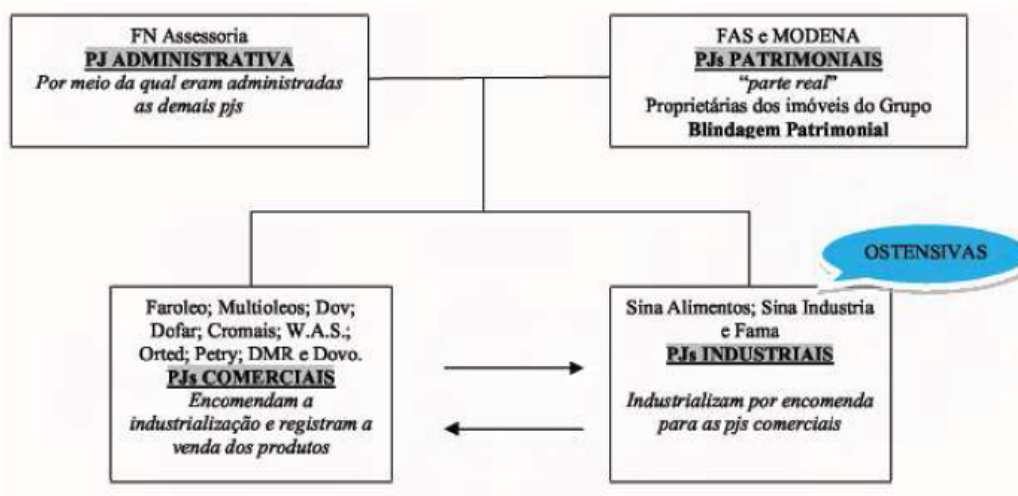
Portanto, com base nas Nfe, todas relacionadas no Anexo I do Termo de Verificação Fiscal, foram apurados os tributos devidos nos anos calendário 2011 e 2012, considerando que as expressivas vendas não foram informadas / confessadas pelo contribuinte em suas declarações. Os tributos foram lançados com multa qualificada de 150%, identificada prática dolosa e sistemática de sonegação e fraude.

Consta ainda, no Relatório de Solidariedade / Responsabilidade Tributária – Grupo FN, que a fiscalizada foi constituída por

interpostas pessoas. No Contrato Social há clara falsidade ideológica, uma vez que ali figuram interpostas pessoas, que servem aos reais beneficiários para blindagem patrimonial e fuga das responsabilidades societárias e tributárias.

A partir dos elementos coletados no curso da Operação Yellow, somados aos demais colhidos no curso do procedimento fiscal, restou comprovado que a DMR pertence a um grupo econômico, nominado pela fiscalização como “Grupo FN”, subdividido em dois grandes segmentos, nominados Segmento Soja e Segmento Ovos, estando a DMR inserida no Segmento Ovos.

O Grupo FN atuava, nos períodos fiscalizados, por meio de diversas pessoas jurídicas, como uma única grande EMPRESA (por segmento) – entendida esta como atividade econômica organizada, cuja estrutura pode ser resumida, basicamente, em quatro pilares:



Foram identificadas, como pertencentes ao Segmento Ovos as seguintes pessoas jurídicas, cada qual com uma atribuição precípua no Grupo:

Grupo FN – SEGMENTO OVOS

Holdings informal: FN - Assessoria Empresarial Ltda. EPP (CNPJ 04.350.935/0001-59), com a função de exercer, através de procuração ou via uso de interpostas pessoas, a administração das empresas comerciais.

PJs patrimoniais: FAS-Empreendimentos e Incorporações Ltda. (CNPJ 03.752.053/0001-57) e Modena Agropecuária, Incorporações e Empreendimentos Imobiliários Ltda. (CNPJ 10.637.365/0001-85); detentoras do patrimônio do Grupo, parte locado às PJs industriais.

PJs industrial: - Fama Ovos Ltda. (CNPJ 05.004.337/0001-90), prestando-se para industrializar, por conta e ordem das comerciais, ovos.

PJs comerciais: Dovos Distribuidora de Ovos Ltda. (CNPJ 13.723.665/0001-75) e DMR Representação Comercial Ltda. (CNPJ 04.740.534/0001-05), responsáveis pela comercialização, no mercado interno, dos produtos oriundos da Fama Ovos e responsáveis pela maior fatia de tributos gerados pelo segmento ovos.

Durante as auditorias, portanto, foi evidenciado que referidas pessoas jurídicas integravam um grupo econômico de fato, orquestrado por pessoas físicas na condição de:

a) **Reais administradores:** os verdadeiros donos do negócio;

b) **Sócios formais:** pessoas cujos nomes compunham os quadros societários das pessoas jurídicas do Grupo; sendo, ora pessoas físicas que não possuíam poderes de gestão (sócios), ora pessoas físicas que possuíam poderes de gestão (sócios administradores), ora pessoas jurídicas constituídas fora do Brasil – “off-shore”.

c) **Mandatários:** pessoas físicas que recebiam procurações para agirem, ostensivamente, em nome de algumas pessoas jurídicas do Grupo, mantendo ocultos os reais administradores.

Da arquitetura e modo de agir do grupo ficou evidenciada a responsabilidade tributária entre as pessoas físicas e jurídicas envolvidas, previstas nos artigos 124, inciso I, e 135, inciso III do Código Tributário Nacional, conforme quadro abaixo:

Responsável/Solidário	Qualidade	CPF/CNPJ	Período	CTN
Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih	real administrador	032.308.458-38	2011/2012	124 I, 135 III
Andréa Ferreira Abdul Massih	real administrador	227.644.348-04	2011/2012	124 I, 135 III
Simon Nemer Ferreira Abdul Massih	real administrador	292.680.168-85	2011/2012	124 I, 135 III
João Sho'ki Kaku	real administrador	634.844.988-20	2011/2012	124 I, 135 III
Nemr Abdul Massih	real administrador	824.535.198-91	2011/2012	124 I, 135 III
Roberto Madrigano	sócio/administrador	591.042.958-20	2011/2012	125 I, 135 III
José Agostinho Miranda Simões	mandatário	038.123.388-07	2011/2012	124 I, 135 II
Paulo Roberto dos Santos Mina	mandatário	146.988.888-24	2011/2012	124 I, 135 II
Nabil Aki Abdul Massih	mandatário	214.334.278-00	2011/2012	124 I, 135 II
Luiz Alberto Panaro	mandatário	303.492.828-97	2011/2012	124 I, 135 II
Parakalo AS – unruqual	sócio	07.683.598/0001-00	2011/2012	124 I
Dario Aprigio da Silva	procurador/Parakalo	126.945.118-99	2011/2012	124 I
FAS- Empreendimentos e Incorporações Ltda.	pj grupo	03.752.053/0001-57	2011/2012	124 I
FN Assessoria Empresarial Ltda. EPP	pj grupo	04.350.935/0001-59	2011/2012	124 I
Fama Ovos Ltda.	pj grupo	05.004.337/0001-90	2011/2012	124 I
Modene Agropecuária ...	pj grupo	10.637.365/0001-85	2011/2012	124 I
Dovos Distribuidora de Ovos Ltda.	pj grupo	13.723.665/0001-75	2011/2012	124 I

Os elementos motivadores da responsabilidade imputada encontram-se nos respectivos Termos de Sujeição Passiva e Relatório de Solidariedade Tributária das Pessoas Jurídicas integrantes do Grupo FN, anexos ao presente processo, que demonstram, identificam e delimitam a solidariedade/responsabilidade tributária de cada uma das pessoas físicas e jurídicas pelos créditos tributários ora lançados.

Cientificados dos Autos de Infração e demais Termos do processo, contribuinte e responsáveis apresentaram suas contestações, que podem ser assim resumidas:

Impugnação do contribuinte (fls. 8850 a 8873):

1. Deve ser declarado nulo o procedimento fiscal pelo cerceamento do direito de defesa, vez que cabia ao Fisco realizar seu trabalho de forma específica, utilizando os dados e documentos que dispunha;

2. Deve ser declarado nulo o procedimento fiscal porquanto nulas são as provas utilizadas no processo, obtidas por meio ilícito, já que não obedeceram ao critério temporal;

3. A multa deve ser diminuída para seu patamar comum (75%) porquanto não há prova do evidente intuito de fraude;

4. A ação fiscal é improcedente porque se utilizou indevidamente do arbitramento.

*Impugnação da responsável **Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih** (fls. 9078 a 9108):*

5. Deve ser declarado nulo o procedimento fiscal porquanto nulas são as provas utilizadas no processo, obtidas por meio ilícito, já que não obedeceram ao critério temporal, contrariando expressamente decisão pacificada do STJ e Súmula Vinculante nº 24 do STF;

6. A responsabilidade tributária não alcança as multas aplicadas a contribuinte, seja pela responsabilidade pessoal de quem a ela deu causa (artigo 137), como também por não ser obrigação principal (artigo 124, inciso I).

7. O interesse comum previsto no art. 124, inciso I, do CTN, somente enseja a responsabilidade tributária se o imputado tenha praticado atos de gerência e de administração, ou de qualquer modo tenha refletivo na atividade geradora do fato imponível, devendo aquele artigo ser interpretado em conjunto com o art. 135 do CTN: não há como admitir a solidariedade passiva tributária a pessoa que não tenha exercido qualquer ato de gerência ou de administração à frente da pessoa jurídica fiscalizada.

8. Não há provas no processo, de forma implícita ou explícita, que Maria de Fátima Massih tenha, de qualquer forma, praticado atos, determinantes ou de interesse, em relação ao fato gerador do suposto ilícito tributário, para que seja responsabilizada pelo crédito tributário.

*Impugnação da responsável **Andréa Ferreira Abdul Massih** (fls. 8992 a 9024):*

9. Deve ser declarado nulo o procedimento fiscal porquanto nulas são as provas utilizadas no processo, obtidas por meio ilícito, já que não obedeceram ao critério temporal, contrariando expressamente decisão pacificada do STJ e Súmula Vinculante nº 24 do STF;

10. A responsabilidade tributária não alcança as Multas aplicadas a contribuinte, seja pela responsabilidade pessoal de quem a ela deu causa (artigo 137), como também por não ser obrigação principal (artigo 124, inciso I).

11. O interesse comum previsto no art. 124, inciso I, do CTN, somente enseja a responsabilidade tributária se o imputado tenha praticado atos de gerência e de administração, ou de qualquer modo tenha refletivo na atividade geradora do fato imponível, devendo aquele artigo ser interpretado em conjunto com o art. 135 do CTN: não há como admitir a solidariedade passiva tributária a pessoa que não tenha exercido qualquer ato de gerência ou de administração à frente da pessoa jurídica fiscalizada.

12. Não há provas no processo, de forma implícita ou explícita, que Andréa Massih tenha, de qualquer forma, praticado atos, determinantes ou de interesse, em relação ao fato gerador do suposto ilícito tributário, para que seja responsabilizada pelo crédito tributário.

*Impugnação do responsável **Simon Nemer Ferreira Abdul Massih** (fls. 8920 a 8950):*

13. Deve ser declarado nulo o procedimento fiscal porquanto nulas são as provas utilizadas no processo, obtidas por meio ilícito, já que não obedeceram ao critério temporal, contrariando expressamente decisão pacificada do STJ e Súmula Vinculante nº 24 do STF;

14. A responsabilidade tributária não alcança as Multas aplicadas a contribuinte, seja pela responsabilidade pessoal de quem a ela deu causa (artigo 137), como também por não ser obrigação principal (artigo 124, inciso I).

15. O interesse comum previsto no art. 124, inciso I, do CTN, somente enseja a responsabilidade tributária se o imputado tenha praticado atos de gerência e de administração, ou de qualquer modo tenha refletivo na atividade geradora do fato imponível, devendo aquele artigo ser interpretado em conjunto com o art. 135 do CTN: não há como admitir a solidariedade passiva tributária à pessoa que não tenha exercido qualquer ato de gerência ou de administração à frente da pessoa jurídica fiscalizada.

16. Não há provas no processo, de forma implícita ou explícita, que Simon Massih tenha, de qualquer forma, praticado atos, determinantes ou de interesse, em relação ao fato gerador do suposto ilícito tributário, para que seja responsabilizado pelo crédito tributário.

*Impugnação do responsável **João Shoiti Kaku** (fls. 8920 a 8950):*

17. Os Autos de Infração devem ser declarados nulos, porquanto o impugnante não fora cientificado do procedimento fiscalizatório que culminou na imputação de sua solidariedade passiva, ferindo princípios da Ampla defesa e Contraditório;

18. Os Autos de Infração são nulos, porquanto não foram instruídos com documentos essenciais para embasar o montante do crédito tributário apurado, permitindo concluir que não são líquidos e certos, bem como não concedem ao impugnante a possibilidade de exercer seu direito de defesa em sua plenitude;

19. O Termo de Solidariedade passiva é nulo, uma vez que foi lavrado por autoridade incompetente, AFRFB, sendo a competência de imputar responsabilidade pelo artigo 135 do CTN é exclusiva da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional;

20. *O impugnante não realizou quaisquer atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, do contrato social ou Estatuto, porquanto refugiam à sua esfera de atribuições; o poder de gerência é restrito à família Abdul Massih, única e verdadeira dona desse conglomerado, ficando o impugnante apenas na responsabilidade de obtenção de linhas de crédito perante as instituições financeiras (consultoria financeira);*

21. *Para que haja a imputação de responsabilidade pelo artigo 124, inciso I do CTN, é fundamental que se realize, pessoalmente, em conjunto com outras, a materialidade do próprio fato gerador, pois somente assim se caracterizará o interesse jurídico que imputa a solidariedade;*

22. *Não há qualquer prova nos autos que demonstre a condição de diretor ou gerente financeiro do Impugnante junto ao Grupo, bem como não há qualquer indício de sua participação no comando das operações do Grupo; não há qualquer vínculo do impugnante com o Grupo e do Impugnante com os fatos geradores das obrigações tributárias, não havendo, portanto, o interesse comum previsto no art. 124;*

23. *A multa aplicada de 150% tem caráter confiscatório, atentando contra a Constituição Federal e o entendimento do STF;*

24. *Requer o Impugnante, subsidiariamente, o sobrestamento do processo administrativo fiscal até ulterior conclusão definitiva da Ação Penal nº 0019133-58.2013.8.26.0071 proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em curso perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Bauru-SP, uma vez que se busca aferir se o impugnante possui relação com os acontecimentos narrados nesse processo administrativo, evitando-se, assim, a existência de conclusões divergentes;*

25. *Requer o impugnante que quaisquer intimações e notificações sejam realizadas em nome do seu procurador;*

*Impugnação do responsável **Nemr Abdul Massih** (fls. 9264 a 9295):*

26. *Deve ser declarado nulo o procedimento fiscal porquanto nulas são as provas utilizadas no processo, obtidas por meio ilícito, já que não obedeceram ao critério temporal, contrariando expressamente decisão pacificada do STJ e Súmula Vinculante nº 24 do STF;*

27. *A responsabilidade tributária não alcança as Multas aplicadas a contribuinte, seja pela responsabilidade pessoal de quem a ela deu causa (artigo 137), como também por não ser obrigação principal (artigo 124, inciso I).*

28. *O interesse comum previsto no art. 124, inciso I, do CTN, somente enseja a responsabilidade tributária se o imputado tenha praticado atos de gerência e de administração, ou de qualquer modo tenha refletivo na atividade geradora do fato imponível, devendo aquele artigo ser interpretado em conjunto com o art. 135 do CTN: não há como admitir a solidariedade passiva tributária à pessoa que não tenha exercido qualquer ato*

de gerência ou de administração à frente da pessoa jurídica fiscalizada.

29. Não há provas no processo, de forma implícita ou explícita, que Nemr Massih tenha, de qualquer forma, praticado atos, determinantes ou de interesse, em relação ao fato gerador do suposto ilícito tributário, para que seja responsabilizado pelo crédito tributário.

*Impugnação do responsável **José Agostinho Miranda Simões** (fls. 8763 a 8783):*

30. O fisco, apesar de ter lançado mão dos documentos da “Operação Yellow”, não se cuidou em intimar o Impugnante para que esclarecesse sobre sua participação no suposto grupo econômico “Grupo FN”, desrespeitando os princípios do devido processo legal e verdade material.

31. O impugnante era funcionário da empresa FN, empresa de prestação de serviços que tinha contrato com a autuada, e recebia procuração para a consecução dos serviços de assessoria financeira, agindo em nome do seu chefe, Nemr Abdul Massih; não exercia qualquer poder de mando ou administração: ilegítima, portanto, a sua sujeição passiva tributária, por não ter praticado nenhum ato contrário a lei ou estatuto social, além de não possuir qualquer interesse na situação que constituiu a obrigação tributária;

32. Os mandatos outorgados destacados no Termo de Sujeição Passiva Solidária são específicos, limitados e em conjunto, sempre vinculando o impugnante outorgado ao controle e comando de sua empregadora, que na verdade era a mandatária em função do contrato de assessoria financeira firmada entre ela (FN) e a fiscalizada (DMR); não havia qualquer outorga de poderes para administrar, para dispor do patrimônio, para declarar tributos tampouco administrá-los.

33. O artigo 137 inciso I do CTN excetua os mandatários quando agindo em cumprimento de ordem expressa emitida por seus empregadores e outorgantes

*Impugnação do responsável **Paulo Roberto dos Santos Mina** (fls. 8786 a 8804):*

34. O fisco, apesar de ter lançado mão dos documentos da “Operação Yellow”, não se cuidou em intimar o Impugnante para que esclarecesse sobre sua participação no suposto grupo econômico “Grupo FN”, desrespeitando os princípios do devido processo legal e verdade material;

35. O impugnante era funcionário da empresa FAROLEO Comércio de Produtos Alimentícios Ltda, empresa que contratava prestação de serviços da empresa FN Assessoria Empresarial Ltda, tendo sido alocado nesta (FN) para a consecução de trabalhos de interesse da sua empregadora (FAROLEO), sendo que os fragmentos de prova demonstram que

o Impugnante recebia ordem de seus empregadores, recebendo salário em função do seu emprego; não exercia qualquer poder de mando ou administração: ilegítima, portanto, a sua sujeição passiva tributária, por não ter praticado nenhum ato contrário a lei ou estatuto social, além de não possuir qualquer interesse na situação que constituiu a obrigação tributária;

36. Os mandatos outorgados destacados no Termo de Sujeição Passiva Solidária são específicos, limitados e em conjunto, sempre vinculando o impugnante outorgado ao controle e comando da outorgante, com poderes específicos para o monitoramento financeiro em função da contratação de prestação de serviços da FN; não havia qualquer outorga de poderes para administrar, para dispor do patrimônio, para declarar tributos tampouco administrá-los.

37. O artigo 137 inciso I do CTN excetua os mandatários quando agindo em cumprimento de ordem expressa emitida por seus empregadores e outorgantes

*Impugnação do responsável **Nabil Akl Abdul Massih** (fls. 9115 a 9136):*

38. O fisco, apesar de ter lançado mão dos documentos da “Operação Yellow”, não se cuidou em intimar o Impugnante para que esclarecesse sobre sua participação no suposto grupo econômico “Grupo FN”, desrespeitando os princípios do devido processo legal e verdade material;

39. O impugnante era funcionário da empresa FN, empresa de prestação de serviços que tinha contratos com a autuada DMR, e recebia procuração para a consecução dos serviços de assessoria financeira; não exercia qualquer poder de mando ou administração: ilegítima, portanto, a sua sujeição passiva tributária, por não ter praticado nenhum ato contrário a lei ou estatuto social, além de não possuir qualquer interesse na situação que constituiu a obrigação tributária;

40. Os mandatos outorgados destacados no Termo de Sujeição Passiva Solidária são específicos, limitados e em conjunto, sempre vinculando o impugnante outorgado ao controle e comando da outorgante, com poderes específicos para o assessoramento financeiro em função da contratação de prestação de serviços entre FN e DMR; não havia qualquer outorga de poderes para administrar, para dispor do patrimônio, para declarar tributos tampouco administrá-los.

41. O artigo 137 inciso I do CTN excetua os mandatários quando agindo em cumprimento de ordem expressa emitida por seus empregadores e outorgantes;

*Impugnação do responsável **Luiz Alberto Panaro** (fls. 9174 a 9182):*

42. O fisco, apesar de ter lançado mão dos documentos da “Operação Yellow”, não se cuidou em intimar o Impugnante para que esclarecesse sobre sua participação no suposto grupo econômico “Grupo FN”, desrespeitando os princípios do devido processo legal e verdade material;

43. O impugnante era funcionário da empresa FN, empresa de prestação de serviços que tinha contratos com a autuada DMR, e recebia procuração para a consecução dos serviços de assessoria financeira; não exercia qualquer poder de mando ou administração: ilegítima, portanto, a sua sujeição passiva tributária, por não ter praticado nenhum ato contrário a lei ou estatuto social, além de não possuir qualquer interesse na situação que constituiu a obrigação tributária;

44. Os mandatos outorgados destacados no Termo de Sujeição Passiva Solidária são específicos, limitados e em conjunto, sempre vinculando o impugnante outorgado ao controle e comando de sua empregadora, com poderes específicos para o assessoramento financeiro em função da contratação de prestação de serviços entre FN e DMR; não havia qualquer outorga de poderes para administrar, para dispor do patrimônio, para declarar tributos tampouco administrá-los.

45. O artigo 137 inciso I do CTN excetua os mandatários quando agindo em cumprimento de ordem expressa emitida por seus empregadores e outorgantes;

Impugnação do responsável Dario Aprigio da Silva (fls. 9139 a 9171):

46. Deve ser declarado nulo o procedimento fiscal porquanto nulas são as provas utilizadas no processo, obtidas por meio ilícito, já que não obedeceram ao critério temporal, contrariando expressamente decisão pacificada do STJ e Súmula Vinculante nº 24 do STF;

47. A responsabilidade tributária não alcança as Multas aplicadas a contribuinte, seja pela responsabilidade pessoal de quem a ela deu causa (artigo 137), como também por não ser obrigação principal (artigo 124, inciso I).

48. O interesse comum previsto no art. 124, inciso I, do CTN, somente enseja a responsabilidade tributária se o imputado tenha praticado atos de gerência e de administração, ou de qualquer modo tenha refletivo na atividade geradora do fato imponível, devendo aquele artigo ser interpretado em conjunto com o art. 135 do CTN: não há como admitir a solidariedade passiva tributária a pessoa que não tenha exercido qualquer ato de gerência ou de administração à frente da pessoa jurídica fiscalizada.

49. Não há provas no processo, de forma implícita ou explícita, que Dario Silva tenha, de qualquer forma, praticado atos, determinantes ou de interesse, em relação ao fato gerador do suposto ilícito tributário, para que seja responsabilizada pelo crédito tributário; a fiscalização apenas indicou a empresa da qual a impugnante faz parte (offshore PARAKALO S/A), deixando de demonstrar atos que realmente tenham contribuído para o ilícito fiscal imputado a DMR.

Impugnação do responsável FAS – Empreendimentos e Incorporações (fls. 8807 a 8848 repetida em 8876 a 8907):

50. Deve ser declarado nulo o procedimento fiscal porquanto nulas são as provas utilizadas no processo, obtidas por meio ilícito, já que não obedeceram ao critério temporal, contrariando expressamente decisão pacificada do STJ e Súmula Vinculante nº 24 do STF;

51. A responsabilidade tributária não alcança as Multas aplicadas a contribuinte, seja pela responsabilidade pessoal de quem a ela deu causa (artigo 137), como também por não ser obrigação principal (artigo 124, inciso I).

52. O interesse comum previsto no art. 124, inciso I, do CTN, somente enseja a responsabilidade tributária se o imputado tenha praticado atos de gerência e de administração, ou de qualquer modo tenha refletivo na atividade geradora do fato imponível, devendo aquele artigo ser interpretado em conjunto com o art. 135 do CTN: não há como admitir a solidariedade passiva tributária a pessoa que não tenha exercido qualquer ato de gerência ou de administração à frente da pessoa jurídica fiscalizada.

53. Não há provas no processo, de forma implícita ou explícita, que a empresa tenha, de qualquer forma, praticado atos, determinantes ou de interesse, em relação ao fato gerador do suposto ilícito tributário, para que seja responsabilizada pelo crédito tributário; a participação em mesmo Grupo Econômico não configura o “interesse comum” a ensejar a responsabilização tributária.

54. Todo capital social de formação da empresa FAS- Empreendimentos é proveniente exclusivamente da sócia fundadora Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih e de empréstimos junto a Instituições Bancárias, que foram pagos pela própria empresa, através de doações em pecúnia de seu pai José Ferreira, por antecipação de legítima. Não foi provado pelo Auditor que a FAS escondeu ou blindou o patrimônio do Grupo.

Impugnação do responsável FN – Assessoria Empresarial Ltda (fls. 9296 a 9343):

55. Deve ser declarado nulo o procedimento fiscal porquanto nulas são as provas utilizadas no processo, obtidas por meio ilícito, já que não obedeceram ao critério temporal, contrariando expressamente decisão pacificada do STJ e Súmula Vinculante nº 24 do STF;

56. A responsabilidade tributária não alcança as Multas aplicadas a contribuinte, seja pela responsabilidade pessoal de quem a ela deu causa (artigo 137), como também por não ser obrigação principal (artigo 124, inciso I).

57. O interesse comum previsto no art. 124, inciso I, do CTN, somente enseja a responsabilidade tributária se o imputado tenha praticado atos de gerência e de administração, ou de qualquer modo tenha refletivo na atividade geradora do fato imponível, devendo aquele artigo ser interpretado em conjunto

com o art. 135 do CTN: não há como admitir a solidariedade passiva tributária a pessoa que não tenha exercido qualquer ato de gerência ou de administração à frente da pessoa jurídica fiscalizada.

58. *Não há provas no processo, de forma implícita ou explícita, que a empresa tenha, de qualquer forma, praticado atos, determinantes ou de interesse, em relação ao fato gerador do suposto ilícito tributário, para que seja responsabilizada pelo crédito tributário; a participação em mesmo Grupo Econômico não configura o “interesse comum” a ensejar a responsabilização tributária.*

*Impugnação do responsável **FAMA Ovos Ltda** (fls. 8954 a 8989):*

59. *Deve ser declarado nulo o procedimento fiscal porquanto nulas são as provas utilizadas no processo, obtidas por meio ilícito, já que não obedeceram ao critério temporal, contrariando expressamente decisão pacificada do STJ e Súmula Vinculante nº 24 do STF;*

60. *A responsabilidade tributária não alcança as multas aplicadas a contribuinte, seja pela responsabilidade pessoal de quem a ela deu causa (artigo 137), como também por não ser obrigação principal (artigo 124, inciso I).*

61. *O interesse comum previsto no art. 124, inciso I, do CTN, somente enseja a responsabilidade tributária se o imputado tenha praticado atos de gerência e de administração, ou de qualquer modo tenha refletivo na atividade geradora do fato imponível, devendo aquele artigo ser interpretado em conjunto com o art. 135 do CTN: não há como admitir a solidariedade passiva tributária a pessoa que não tenha exercido qualquer ato de gerência ou de administração à frente da pessoa jurídica fiscalizada.*

62. *Não há provas no processo, de forma implícita ou explícita, que a empresa tenha, de qualquer forma, praticado atos, determinantes ou de interesse, em relação ao fato gerador do suposto ilícito tributário, para que seja responsabilizada pelo crédito tributário; a participação em mesmo Grupo Econômico não configura o “interesse comum” a ensejar a responsabilização tributária.*

*Impugnação do responsável **DOVOS Distribuidora de Ovos Ltda** (fls. 9027 a 9076):*

63. *Deve ser declarado nulo o procedimento fiscal porquanto nulas são as provas utilizadas no processo, obtidas por meio ilícito, já que não obedeceram ao critério temporal, contrariando expressamente decisão pacificada do STJ e Súmula Vinculante nº 24 do STF;*

64. *A responsabilidade tributária não alcança as Multas aplicadas a contribuinte, seja pela responsabilidade pessoal de*

quem a ela deu causa (artigo 137), como também por não ser obrigação principal (artigo 124, inciso I).

65. O interesse comum previsto no art. 124, inciso I, do CTN, somente enseja a responsabilidade tributária se o imputado tenha praticado atos de gerência e de administração, ou de qualquer modo tenha refletido na atividade geradora do fato impositivo, devendo aquele artigo ser interpretado em conjunto com o art. 135 do CTN: não há como admitir a solidariedade passiva tributária a pessoa que não tenha exercido qualquer ato de gerência ou de administração à frente da pessoa jurídica fiscalizada.

66. Não há provas no processo, de forma implícita ou explícita, que a empresa tenha, de qualquer forma, praticado atos, determinantes ou de interesse, em relação ao fato gerador do suposto ilícito tributário, para que seja responsabilizada pelo crédito tributário; a participação em mesmo Grupo Econômico não configura o “interesse comum” a ensejar a responsabilização tributária.

Registre-se que os responsáveis tributários Roberto Madrigano e a pessoa jurídica Parakalo S/A não apresentaram impugnação. A responsável Modena Agropecuária apresentou impugnação, porém de forma intempestiva, conforme será explicitado.

Os responsáveis solidários interpuseram os tempestivos recursos voluntários, como se identifica abaixo, reiterando os mesmos argumentos das impugnações administrativas:

DMR Representação Comercial Ltda - Intimação no Domicílio Tributário Eletrônico (DTE): 18/04/2017 (fls. 9.662)- Data da ciência: 03/05/2017 (fls. 9.663) - Não interposição de Recurso Voluntário.

Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih - Intimação via postal, com aviso de recebimento: 20/04/2017 (fls. 9.668)- Recurso Voluntário: 24/05/2017 (fls. 9.861).

Andréa Ferreira Abdul Massih - Intimação via postal, com aviso de recebimento: 24/04/2017 (fls. 9.676) - Recurso Voluntário: 22/05/2017 (fls. 10.211).

Simon Nemer Ferreira Abdul Massih - Intimação via postal, com aviso de recebimento: 24/04/2017 (fls. 9.677) - Recurso Voluntário: 22/05/2017 (fls. 10.252).

Nemr Abdul Massih - Intimação via postal, com aviso de recebimento: 27/04/2017 (fls. 9.681) - Recurso Voluntário: 22/05/2018 (fls. 10.076).

Dario Aprigio da Silva - Intimação via postal, com aviso de recebimento: 25/04/2017 (fls. 9.679) - Recurso Voluntário: 22/05/2017 (fls. 10.037).

João Shoiti Kaku - Intimação via postal, com aviso de recebimento: 28/04/2017 (fls. 9.682).- Recurso Voluntário: 22/05/2017 (fls. 9.756).

José Agostinho Miranda Simões - Intimação via postal , com aviso de recebimento: 24/04/2017 (fls. 9.670) - Recurso Voluntário: 22/05/2014 (fls. 9.735).

Paulo Roberto dos Santos Mina - Intimação via postal, com aviso de recebimento: 24/04/2017 (fls. 9.675). - Recurso Voluntário: 22/05/2017 (fls. 9.695).

Nabil Akl Abdul Massih - Intimação via postal, com aviso de recebimento: 24/04/2017 (fls. 9.671) - Recurso Voluntário: 22/05/2017 (fls. 9.841).

Luiz Alberto Panaro - Intimação via postal, com aviso de recebimento: 25/04/2017 (fls. 9.672) - Recurso Voluntário: 22/05/2017 (fls. 9.714).

FAS – Empreendimentos e Incorporações Ltda. - Intimação via postal, com aviso de recebimento: 24/04/2017 (fls. 9.673) - Recurso Voluntário: 22/05/2018 (fls. 9.989).

FN – Assessoria Empresarial Ltda - Intimação via postal, com aviso de recebimento: 24/04/2017 (fls. 9.678) - Recurso Voluntário: 22/05/2017 (fls. 10.293).

FAMA Ovos Ltda. - Intimação via postal, com aviso de recebimento: 24/04/2017 (fls. 9.674) - Recurso Voluntário: 22/05/2018 (fls. 10.156).

DOVOS Distribuidora de Ovos Ltda - Intimada via edital, publicado em 18/04/2017 (fls. 9.660) - Data de ciência: 03/05/2017 - Recurso Voluntário: 22/05/2017 (fls. 10.340).

Roberto Madrigano - Intimação via postal , com aviso de recebimento: 24/04/2017 (fls. 9.669) - Não interposição de Recurso Voluntário.

Parakalo S/A; Intimação via postal, com aviso de recebimento: 25/04/2017 (9.680) - Não interposição de Recurso Voluntário.

MODENA Agropecuária, Incorporações e Empreendimentos Imobiliários Ltda. - Intimação via postal negativa, com aviso de recebimento (fls. 9.664 e 9.665). Intimada via edital, publicado em 04/05/2017 (fls.9.667) - Data de ciência: 19/05/2017 - Não interposição de Recurso Voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Gasparello Lima, Relator.

Os recursos voluntários são tempestivos, havendo os demais pressupostos de admissibilidade, portanto, deles tomo conhecimento.

I. NULIDADE DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO

O acórdão recorrido ratificou a exigência tributária, explicitando a inexistência de qualquer nulidade do lançamento de ofício, com observância da garantia ao contraditório e a ampla defesa, *in verbis*:

1.2.1 Das provas obtidas por meio ilícito. Nulidade do procedimento fiscal.

*As contestações de defesa do presente tópico foram argüidas igualmente pelos responsáveis tributários **Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih** (fls. 9078 a 9108), **Andréa Ferreira Abdul Massih** (fls. 8992 a 9024), **Simon Nemer Ferreira Abdul Massih** (fls. 8920 a 8950), **Nemr Abdul Massih** (fls. 9264 a 9295), **Dario Aprigio da Silva** (fls. 9139 a 9171), **FAS – Empreendimentos e Incorporações** (fls. 8807 a 8848 / 8876 a 8907), **FN – Assessoria Empresarial Ltda** (fls. 9296 a 9343), **FAMA Ovos Ltda** (fls. 8954 a 8989), e **DOVOS Distribuidora de Ovos Ltda** (fls. 9027 a 9076).*

Por óbvio, a análise de mérito a se desenvolver e concluir, a todos aqueles aproveita.

Defendem os sujeitos passivos que as provas obtidas no processo fiscal são exclusivamente duas: O Relatório da Operação Yellow e tramitações do processo 0038906- 50.2002.4.03.6182 perante a 7ª Vara Federal da Comarca de São Paulo.

Aduzem que as provas que dão suporte ao relatório da Operação Yellow foram obtidas por meio ilícito, sem a observância da lei. Acrescentam que o Superior Tribunal de Justiça, em sintonia com a Súmula Vinculante nº 24 do STF, entende como inaceitável em matéria de investigação de suposta fraude tributária, que seja autorizado qualquer procedimento cautelar invasivo (entre eles a interceptação telefônica), antes do lançamento definitivo do crédito tributário.

Apresentam julgados em Habeas Corpus e reproduzem a Súmula Vinculante nº 24 do STF:

“Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

Neste esteio, defendem que as provas utilizadas neste processo administrativo foram obtidas de forma ilícita, já que não obedeceram ao critério temporal, contrariando expressamente decisão pacificada do STJ e Súmula Vinculante nº 24 do STF.

Ainda nessa linha, ponderam que igual questionamento - sobre a ilicitude e irregularidade dos meios de obtenção de prova usados no curso de investigação criminal - foi levado à apreciação da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, isso no bojo de mandado de segurança impetrado contra decisão de juiz criminal de 1º grau que, assim alegava-se nos autos do mandamus, não poderia deixar de apreciar a arguição de nulidade levantada (sobre a ilicitude da prova) em defesa preliminar do então indiciado antes de se decidir pelo recebimento da denúncia. Registra que a ordem mandamental fora deferida pelo referido Tribunal. Transcreve parte da decisão, da qual oportunamente se destaca:

Portanto, é que se mostra de rigor a concessão parcial da segurança impetrada para cassar a decisão atacada, a fim de que os alegados vícios apontados na exceção de nulidade absoluta sejam apreciados, de forma fundamentada, por ocasião do exame da defesa preliminar e juízo de deliberação sobre o recebimento da denúncia. (fl. 9088)

Concluem, ato contínuo, que a prova colhida no procedimento investigatório e que é base para estes autos de infração está sub judice, que os documentos, gravações e mensagens que os fundamentam não podem prosperar, porquanto, no mínimo, a responsabilização solidária imputada é prematura, pois deveria aguardar que os elementos que compõe o relatório da Operação Yellow fossem judicialmente declarados como prova.

Ao cabo, defendem que não tem qualquer valor probatório tudo que se assenta nos autos do "processo federal número 0038906-50.2002.4.03.6182, [...], já que este processo não transitou em julgado e até que isso aconteça não há qualquer verdade ali produzida. Isso sem dizer, ainda, "que aquele processo trata de questões específicas, que não se comunicam com o aqui tratado" (fl. 9089).

Análise

*De antemão deve-se desqualificar premissa sobre a qual se debruçam os responsáveis tributários: as provas do procedimento fiscal teriam sido obtidas **exclusivamente** do Relatório da Operação Yellow e das tramitações do processo 0038906-50.2002.4.03.6182 perante a 7ª Federal da Comarca de São Paulo. Negativo!*

*Na essência, o lançamento tributário lastreou-se tão somente nas **Notas Fiscais eletrônicas**, comprobatórias de operações comerciais da atuada, transmitidas por ela para a Secretaria do Estado da Fazenda de SP – SEFAZ/SP, e não declaradas à Fazenda Nacional.*

As condutas dolosas que ensejaram a responsabilidade tributária, estas sim, foram advindas do conjunto probatório recebido igualmente da SEFAZ/SP e dos demais documentos componentes dos autos do processo crime 0019133-58.2013.8.26.0071, decorrente da Operação Yellow, e não do processo de 2002 a que se referem os impugnantes em suas defesas. Um parêntese: o antigo processo crime é citado nos Relatórios Fiscal e de Solidariedade apenas para registrar o reconhecimento pelo Poder Judiciário da existência do Grupo Econômico e das condutas crime perpetradas pelo Grupo desde períodos de apuração anteriores, dolosamente perpetuadas.

*Importante consignar: o acesso a todo o acervo probatório que não estava na posse original da Receita Federal do Brasil - RFB foi devidamente franqueado pelo Juízo Criminal de sua guarda (fls. 866/868), **ou** foi fornecido diretamente pela SEFAZ/SP mediante Convênio de Cooperação Técnica celebrado entre a União (RFB) e o Estado de São Paulo (SEFAZ), datado de*

22/05/2013, publicado no D.O.U em 24/05/2013, cujo escopo é o intercâmbio de informações cadastrais e econômico-fiscais e a prestação de mútua assistência na fiscalização e cobrança dos tributos federais e estaduais que administram (anexo 20 ao Relatório de Solidariedade, fls. 871 a 875).

Numa breve síntese, contestam os impugnantes o instituto da prova emprestada, alegando que o uso daquela no procedimento fiscal não seria possível antes da configuração do crime, do seu trânsito em julgado. A razão e o direito não os protegem.

De pronto, como já visto, foi devidamente autorizado à Secretaria da Receita Federal do Brasil o acesso a elementos de prova então sob a guarda do Juízo Criminal da 1ª Vara Criminal da Comarca de Bauru/SP e/ou da Secretaria de Fazenda Estadual do Estado de São Paulo.

Nesse esteio, observado que se tenha o respeito ao contraditório, como de fato se teve pelo exame dos autos, é plenamente admissível o uso de prova emprestada, como regulado pelo art. 372 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, do Novo Código de Processo Civil - CPC ("Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.").

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, de longa data, o admite (o expediente do empréstimo de provas): "É firme o entendimento desta Corte que, respeitado o contraditório e a ampla defesa, **é admitida a utilização no processo administrativo de 'prova emprestada' devidamente autorizada na esfera criminal**. Precedentes: MS 10128/DF, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 22/2/2010, MS 13.986/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 12/2/2010, MS 13.501/DF, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 09/2/2009, MS 12.536/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 26/9/2008, MS 10.292/DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, Terceira Seção, DJ 11/10/2007" (MS 15.823/DF, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, DJe 18/8/11).

Aliás, o próprio STJ **não condiciona ao esgotamento da instância criminal** o uso de prova lá colhida para trazê-la ao âmbito cível. Vide, a propósito, o julgado havido no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 24.940 - RJ1, caindo por terra a linha argumentativa dos impugnantes.

Ainda mais recentemente, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) enfrentou o tema nos seguintes termos:

"(...) Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, **é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório**. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, **o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada**, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la

adequadamente, afigura-se válido o empréstimo (...). (EREsp 617.428/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2014, DJe 17/06/2014)”.

*Em decisão àquela contemporânea, o Supremo Tribunal Federal – STF, na relatoria da Ministra Carmem Lúcia, decidiu que “dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, **judicialmente autorizadas** para produção de prova em **investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados** em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas com relação*

às quais foram colhidos” (AgRg em MS 27.459/DF. Rel. Min. Carmem Lucia. Tribunal Pleno. Publicado no DJe de 19/02/2014).

Dessa forma, assentaram os Tribunais Superiores que, observado o contraditório no processo de destino da prova trasladada, é lícito o seu compartilhamento, não sendo sequer imprescindível que haja identidade de partes entre ele e a demanda de origem da prova emprestada, o que também não se aplica aos autos, considerando a perfeita identidade entre os sujeitos da investigação criminal e os sujeitos passivos tributários.

Fechando o dueto “doutrina-jurisprudência”, cumpre citar eminentes Processualistas brasileiros, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, que sobre o tema destacam:

*“A doutrina sintetiza as **regras na utilização da prova emprestada**: a) a prova emprestada guarda eficácia do processo em que foi colhida, na conformidade do poder de convencimento que trouxe consigo; b) a eficácia e a aproveitabilidade da prova emprestada estão na razão inversa da possibilidade de sua reprodução; c) a eficácia da prova emprestada equivale à da produzida mediante precatória; d) no processo para o qual será ela transportada, terão de ser observadas as normas atinentes à prova documental; e) é imprescindível que a parte contra a qual vai ser usada esta prova tenha sido parte no primeiro processo” (Curso de Direito Processual Civil, V. 2, 7. ed., Salvador: JusPodivm, 2012, p. 52).*

De fácil conclusão, portanto, que as provas obtidas no curso deste procedimento fiscal o foram de forma lícita, porquanto as provas foram pautadas por autorização judicial expressa e por convênio técnico entre as administrações tributárias; a prova emprestada é instrumento autorizado expressamente pelo moderno ordenamento jurídico; a jurisprudência e doutrina condicionam a legitimidade da prova emprestada apenas ao devido contraditório no processo destino; a legislação e jurisprudência permitem o compartilhamento de provas obtidas até mesmo no curso de investigações criminais ou processos crime não transitados em julgado; e por fim, porque foram respeitados o contraditório e ampla defesa, considerando a

ciência dos responsáveis tributários de todos os Termos e Relatórios que amparam o procedimento fiscal.

A combater outra linha de defesa dos responsáveis neste ponto, diga-se que se inquérito policial, denúncia formalizada e Juízo Criminal devidamente instado existem e atuam, não é aqui, em instância administrativa, que se vai discutir a aplicação ao caso do Enunciado nº 24 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal ("Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo"), com o propósito de se duvidar da legalidade da persecução criminal iniciada, supostamente, antes da definitividade do crédito tributário.

A bem da verdade, não estamos a tratar aqui de crime contra a ordem tributária, mas de infrações à legislação tributária que tipificam aquele. Aqui nos interessa a segunda parte do enunciado da SV, qual seja, a legitimidade do lançamento tributário, sendo matéria estranha à administração tributária a tipificação penal, tratada em instância adequada. Imprópria, portanto, a avocação de referida Súmula para desqualificar o procedimento fiscal: aquela veio para proteger e limitar a tipificação penal, e não para restringir o lançamento tributário, objeto deste Acórdão!

Registre-se ainda, que os julgados, jurisprudências e doutrinas citadas ou transcritas pelas impugnantes em suas defesas servem apenas como forma de ilustrar e reforçar suas argumentações, ora desarticuladas, não vinculando a administração àquelas interpretações, isto porque não têm eficácia normativa, (art. 100 do CTN), como também, não sendo elas participantes das ações judiciais que geraram a citada jurisprudência, elas não podem se beneficiar do seu resultado (artigo 472, do Código de Processo Civil), mesmo porque foram proferidas sob circunstâncias diversas das suas próprias.

Portanto, perfeitamente legal a prova emprestada e inexistente qualquer ilicitude na sua concreta utilização, não havendo que se falar em nulidade do procedimento.

1.2.2 Da não ciência dos Responsáveis tributários do procedimento fiscal instaurado. Nulidade.

*As contestações de defesa do presente tópico foram argüidas igualmente pelo responsável tributário **João Shoití Kaku** (fls. 8920 a 8950), "real administrador" segundo TVF, e pelos responsáveis tributários do núcleo "Mandatários", **José Agostinho Miranda Simões** (fls. 8763 a 8783), **Paulo Roberto dos Santos Mina** (fls. 8786 a 8804), **Nabil Akl Abdul Massih** (fls. 9115 a 9136), e **Luiz Alberto Panaro** (fls. 9174 a 9182).*

Por óbvio, a análise de mérito a se desenvolver e concluir, a todos aqueles aproveita.

Os responsáveis solidários do Núcleo "Mandatários" alegam que apesar de o Fisco ter lançado mão de uma gama enorme de documentos apreendidos na malsinada "Operação Yellow", não se cuidou em intimar o Impugnante para que esclarecesse sobre a sua participação no suposto grupo econômico denominado

pelo fisco de “Grupo FN”, em homenagem aos princípios do devido processo legal e verdade material.

Nesta mesma linha, João Shoiti Kaku alega que não fora cientificado do procedimento fiscalizatório instaurado em face da empresa autuada que culminou na imputação da sua solidariedade passiva, e sendo a instauração do contraditório coma sua oitiva elemento imprescindível à busca da verdade material durante esta fase investigativa, o Auto de Infração está maculado de nulidade, uma vez que os AFRFB descumpriram as formalidades que regem o Direito Processual, razão pela qual os lançamentos tributários efetuados devem ser desconstituídos, sob pena de ofensa aos princípios da Ampla defesa e Contraditório.

Análise

De se esclarecer aos impugnantes que somente a partir da lavratura do Auto de Infração é que se instaura o litígio entre o fisco e o contribuinte, podendo-se, a partir de então, argüir o contraditório e a ampla defesa.

A sujeição passiva solidária constatada durante o procedimento fiscal, instrumentalizada com os autos de infração, não comportou cerceamento do seu direito de defesa, porque concedida aos responsáveis solidários, na fase de impugnação, a oportunidade de contestar as imputações, o que foi levado a efeito conforme demonstram as contestações apresentadas.

*Ademais, antes da impugnação não há litígio, não há contraditório e o procedimento é levado a efeito, de ofício, pela Administração Fazendária. O ato do lançamento é **privativo da autoridade fiscal**, e não uma atividade compartilhada com os sujeitos passivos, conforme consignado no artigo 142 do Código Tributário Nacional.*

1.2.3 Do cerceamento do direito de defesa. Não disponibilização dos elementos de prova do lançamento no processo administrativo fiscal. Responsável tributário. Nulidade.

O responsável João Shoiti Kaku, alega cerceamento do seu direito de defesa, suscitando a nulidade dos Autos de Infração lavrados, em razão dos mesmos não terem sido instruídos com documentos essenciais para embasar o montante do crédito tributário apurado (obrigações acessórias e Notas fiscais eletrônicas), permitindo concluir que os valores apostos pelos AFRFB não são líquidos e certos, bem com não concedem ao Impugnante a possibilidade de exercer seu direito de defesa em sua plenitude, diante da impossibilidade de validar os valores declarados pela empresa Autuada em suas obrigações acessórias (sic).

Análise

De pronto, afirma-se que as Notas Fiscais eletrônicas transmitidas pelo contribuinte e utilizadas na aferição dos

créditos tributários lançados foram TODAS relacionadas no Anexo I ao Termo de Verificação Fiscal, contendo inclusive a Chave eletrônica que permite o pleno acesso ao seu conteúdo, bem como as declarações apresentadas, sendo que muitas destas últimas sequer foram transmitidas ou estavam completamente zeradas.

Naturalmente, a relação pormenorizada de todas as Notas fiscais permite o pleno contraditório e ampla defesa, prescindindo a juntada dos documentos físicos, porquanto emitidos pelo próprio contribuinte e sequer questionados por ele em sua impugnação apresentada, posteriormente considerada “não conhecida”.

Sobre a suposta impossibilidade de aferir o acerto do cálculo da Fiscalização sobre referidas Notas (na igualmente suposta impossibilidade de acesso ao documentário do Contribuinte), diga-se, primeiro, que o imputado responsável tributário solidário passivo tem seu limite de conteúdo justamente nisso: desfazer o laço que o une ao Contribuinte e, principalmente, aos fatos geradores atualizados por esse último, libertando-se da previsão legal que o vincula.

*Registre-se que o sujeito passivo da obrigação tributária é identificado como contribuinte ou responsável, conforme o art. 121 do CTN. É contribuinte a pessoa que tenha relação direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador, no caso concreto, a DMR; e responsável aquele que, **sem se revestir da condição de contribuinte**, tem sua obrigação **decorrente de lei**, no caso, o Sr. João Shoiti Kaku.*

De certo, portanto, que todos os elementos da exação tributária estão dispostos no processo administrativo fiscal, cuja aferição sequer foi contestada pelo próprio contribuinte, que tem relação direta com o fato gerador tributário (omissão de receitas).

Igualmente, o responsável, que a lei trouxe para dentro da relação jurídica tributária, tem acesso aos mesmos elementos probatórios da infração, sendo descabida a alegação de cerceamento de defesa por não acesso às provas.

Em segundo lugar, como se extrai do Relatório de Solidariedade acostado ao processo, e adiante se confirma, os responsáveis aqui incursos, dentre eles o Impugnante, têm direta determinação sobre os negócios de todos quantos figuram no disputado Grupo Econômico, de maneira que não soa razoável alegar alguma restrição de acesso a quaisquer documentários da empresa DMR por um dos seus reais administradores, Sr. João Shoiti Kaku, mesmo que prescindíveis a aferição do quantum da infração, por já constarem nos autos.

Improcedente, também, a argüição de nulidade neste ponto.

1.2.4 Da nulidade do Termo de Solidariedade Passiva. AFRFB. Autoridade incompetente.

O responsável João Shoiti Kaku defende também a nulidade do Termo de Solidariedade Passiva por ter sido lavrado por servidor não revestido da autoridade competente para tal: A

autoridade lançadora apenas possui a incumbência de investigar e demonstrar através de provas e indícios a conduta ilícita dos sócios e administradores, enquanto que cabe à PGFN reunir esses elementos factuais e decidir pela co-responsabilidade ou não dos envolvidos, em eventual processo de execução fiscal.

E acrescenta: Se a competência para imputar a responsabilidade pelo artigo 135 do CTN é exclusiva da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, é óbvio que o processo administrativo está inquinado por nulidade, isso porque a competência para exigir do impugnante o adimplemento do crédito tributário fora emanado pela autoridade fiscal desprovida de aptidão.

Análise

*Conforme dispõe o artigo 142 do CTN e o artigo 10 do Decreto 70.235/72, o auditor fiscal é a autoridade administrativa competente para constituir o crédito tributário em todos os seus aspectos, dentre os quais a **identificação do sujeito passivo** da relação jurídico tributária.*

Conforme já pontuado neste Voto, o responsável tributário é espécie de sujeito passivo (contribuinte ou responsável), estando, portanto, dentro da competência e dever da autoridade fiscal, a identificação no lançamento, não só do contribuinte, mas também de eventual responsável tributário, devendo apontar os elementos necessários para caracterizar aquela responsabilidade, a fim de trazê-lo legitimamente para dentro da relação jurídica tributária.

De relevo acrescentar que a própria Procuradoria da Fazenda Nacional já se manifestou em Parecer quanto à natureza da responsabilidade solidária dos administradores, além da competência para sua imputação, sendo adequada alguma transcrição (PARECER/PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009):

106. Em resumo, alinhamos aqui os fundamentos e as conclusões do presente Parecer:

- a) A responsabilidade do dito "sócio-gerente", de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, decorre de sua condição de "gerente" (administrador), e não de sua condição de sócio; (Grifos destes AFRFB)
- b) A responsabilidade do administrador, por força do art. 135 do CTN, na linha da jurisprudência do STJ, é subjetiva e decorre de prática de ato ilícito;

...

c) Para efeito de aplicação do art. 135, III, do CTN, responde também a pessoa que, de fato, administra a pessoa jurídica, ainda que não constem seus poderes expressamente do estatuto ou contrato social; (Grifos destes AFRFB)

d) A responsabilidade dos administradores, de acordo com a jurisprudência do STJ, não pode ser entendida como exclusiva (responsabilidade substitutiva), porquanto se admite na Corte Superior que a ação de execução fiscal seja ajuizada, ao mesmo tempo, contra a pessoa jurídica e o administrador;

...

l) a obrigação do responsável é autônoma à da pessoa jurídica no que tange à natureza (licitude ou ilicitude do fato jurídico), ao nascimento (momento do surgimento) e à cobrança (exigência simultânea ou não), mas é subordinada no que tange à existência, validade e eficácia; a obrigação da pessoa jurídica contribuinte, por sua vez, independe da obrigação do responsável no que tange a esses elementos;

m) a responsabilidade do administrador não tem natureza de obrigação tributária em sentido estrito, porquanto não decorre de fato lícito, mas sim ato ilícito (art. 3º, CTN); logo sua obrigação não precisa ser "constituída" por lançamento, bastando que seja "declarada", seja por autoridade administrativa do Fisco, seja pelo Procurador da Fazenda (por meio da CDA), seja pela autoridade judicial;

n) A responsabilidade do administrador-infrator insere-se em relação jurídica de garantia; em razão disso, a prescrição da pretensão para com o responsável prescreve no mesmo momento em que prescreve a obrigação principal, nem antes, nem depois;

o) Por nascer a responsabilidade do terceiro em momento distinto do crédito tributário do contribuinte, e por ter natureza distinta desta (ato ilícito vs. fato lícito), não precisa sua obrigação ser declarada no mesmo momento ou no mesmo ato em que for constituído este crédito tributário;

p) A responsabilidade do administrador pode ser declarada no mesmo auto de infração que lançar o crédito tributário em face da pessoa jurídica contribuinte, como também poderá ser declarado em auto de infração e em momento distintos, independentemente de ter o ato ilícito sido praticado no mesmo ato da ocorrência do fato jurídico tributário que deu origem à obrigação tributária principal; a responsabilidade de cada administrador pode ser declarada ao mesmo tempo e ato ou em tempos e atos distintos;

Portanto, extrai-se de referido Parecer que além da autoridade fiscal, podem também declarar a responsabilidade tributária prevista no art. 135, imputada ao impugnante, a Procuradoria da Fazenda Nacional e a própria autoridade judicial, inclusive em momentos distintos do Auto de Infração, considerando que a responsabilidade por infração à lei não têm natureza de obrigação tributária, por decorrer de ato ilícito, contrariando a base conceitual dos tributos (art. 3º do CTN).

Isto considerado, improcedente a arguição de nulidade do Termo de Responsabilidade tributária, porquanto lavrado por servidor competente para tal.

1.3 CONSIDERAÇÕES PERTINENTES A PLURALIDADE DE SUJEITOS PASSIVOS NA CONSTITUIÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS E NO CONTENCIOSO FISCAL.

Em sede preliminar, enfrentadas as questões argüidas pelo contribuinte, cumpre discorrer muito brevemente sobre características peculiares dos processos administrativos fiscais onde controlados créditos tributários constituídos contra uma pluralidade de sujeitos passivos, como no presente caso.

Considerando o não conhecimento da Impugnação interposta pelo Contribuinte da exação tributária, de relevo afirmar que as Impugnações apresentadas pelos Responsáveis tributários, no que tange ao mérito da infração tributária, e não ao vínculo de responsabilidade, aproveitam ao próprio contribuinte e aos demais responsáveis que porventura não as tenha argüido.

É o que regulamenta a Portaria RFB nº 2.284 de 29/11/2010, cujos excertos pertinentes ao atual litígio cabe descrever:

Art. 2º Os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, na formalização da exigência, deverão, sempre que, no procedimento de constituição do crédito tributário, identificarem hipóteses de pluralidade de sujeitos passivos, reunir as provas necessárias para a caracterização dos responsáveis pela satisfação do crédito tributário lançado.

§ 1º A autuação deverá conter a descrição dos fatos e o enquadramento legal das infrações apuradas e do vínculo de responsabilidade.

§ 2º Na hipótese de que trata o caput, não será exigido Mandado de Procedimento Fiscal para os responsáveis.

...

Art. 7º A impugnação tempestiva apresentada por um dos autuados suspende a exigibilidade do crédito tributário em relação aos demais.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica na hipótese em que a impugnação versar exclusivamente sobre o vínculo de responsabilidade, caso em que só produzirá efeitos em relação ao impugnante.

§ 2º Os autos somente serão encaminhados para julgamento depois de transcorrido o prazo para apresentação de impugnação ou recurso para todos os autuados ou impugnantes, conforme o caso.

§ 3º No caso de impugnação quanto ao crédito tributário e quanto ao vínculo da responsabilidade e, posteriormente, recurso voluntário apenas no tocante ao

vínculo, a exigência quanto ao crédito tributário torna-se definitiva para os demais autuados que não recorreram.

§ 4º A desistência de impugnação ou recurso não prejudica os demais autuados que também impugnaram ou recorreram.

§ 5º A decisão definitiva que afasta o vínculo de responsabilidade opera efeitos imediatos.

...

Art. 9º Não cumprida a exigência e nem impugnado o crédito tributário lançado, será declarada a revelia para todos os autuados.

Parágrafo único. No caso de impugnação apenas do vínculo de responsabilidade, a revelia se opera em relação aos demais que não impugnaram o lançamento.

*Art. 10. O crédito tributário será encaminhado à Procuradoria da Fazenda Nacional, para inscrição em dívida ativa, somente após o término do prazo de cobrança amigável **para todos os obrigados.***

*Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese em que houver pendência de julgamento exclusivamente quanto ao vínculo de responsabilidade, **caso em que o encaminhamento deverá ocorrer em relação aos autuados que não discutem o vínculo.***

Neste esteio, atesta-se que a Impugnação apresentada pelos Responsáveis tributários, nos 66 pontos de discordância relacionados, instaura a fase litigiosa do processo quanto ao mérito e aos respectivos vínculos de responsabilidade.

Outrossim, as Impugnações apresentadas aproveitam, no mérito, a revelia dos responsáveis Roberto Madrigano e Parakalo S/A, bem como as inconformidades intempestivas e ilegítimas por falta de representação legal. (grifado no original)

Igualmente, não vislumbro quaisquer das hipóteses dos artigos 59 e 60 do Decreto nº 70.235/1972¹, endossando a ausência de nulidade e prevalecendo a validade da constituição do crédito tributário, tal como formalizado.

II. DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA LITIGIOSA

O acórdão recorrido delimitou a controvérsia do presente litígio, explicitando as impugnações administrativas insuscetíveis de conhecimento:

Da Tempestividade das Impugnações

Os Autos de Infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS do presente processo foram lavrados e cientificados ao contribuinte em 26/11/2015 (fl. 8718) e aos responsáveis tributários em datas diversas, conforme tabela abaixo:

¹ “Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

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

Sujeitos passivos	Termo de sujeição passiva - folhas	Data ciência	Meio	Folha dos Autos	Prazo para Impugnação	Data da Impugnação	Folhas da Impugnação
DMR	***	26/11/2015	AR	8718	28/12/2015	23/12/2015	8850 / 8873
Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih	8019 / 8193	26/11/2015	AR	8740	28/12/2015	23/12/2015	9078 / 9112
Andrés Ferreira Abdul Massih	7920 / 7991	26/11/2015	AR	8742	28/12/2015	23/12/2015	8992 / 9024
Simon Nemer Ferreira Absul Massih	8525 / 8587	26/11/2015	AR	8736	28/12/2015	23/12/2015	8920 / 8950
João Shoití Kaku	8199 / 8248	27/11/2015	AR	8744	29/12/2015	22/12/2015	9201 / 9261
Nemr Abdul Massih	8302 / 8497	27/11/2015	AR	8728	29/12/2015	23/12/2015	9264 / 9295
Roberto Madrigano	8519 / 8523	26/11/2015	AR	8734	28/12/2015	***	***
José Agostinho Miranda Simões	8266 / 8280	26/11/2015	AR	8726	28/12/2015	22/12/2015	8763 / 8763
Paulo Roberto dos Santos Mina	8250 / 8264	26/11/2015	AR	8736	28/12/2015	22/12/2015	8786 / 8804
Nabil Aid Abdul Massih	8286 / 8300	26/11/2015	AR	8720	28/12/2015	21/12/2015	9115 / 9136
Luiz Alberto Panaro	8499 / 8513	26/11/2015	AR	8722	28/12/2015	22/12/2015	9174 / 9198
Parakalo S/A - Uruguai	8515 / 8517	02/12/2015	AR	8748	04/01/2016	***	***
Dario Aprijo da Silva	7993 / 8005	02/12/2015	AR	8750	04/01/2016	23/12/2015	9139 / 9171
FAS - Empreendimentos e Incorporações	8015 / 8017	26/11/2015	AR	8730	28/12/2015	23/12/2015	8807 / 8848 8876 / 8907
FN Assessoria Empresarial Ltda	8195 / 8197	26/11/2015	AR	8732	28/12/2015	23/12/2015	9296 / 9343
Fama Ovos Ltda	8011 / 8013	26/11/2015	AR	8724	28/12/2015	23/12/2015	8954 / 8989
Modena Agropecuária	8282 / 8284	30/12/2015	Edital	8760	02/02/2016	03/02/2016	9358 / 9377
Dovos Distribuidora de Ovos Ltda	8007 / 8009	09/12/2015	Edital	8754	08/01/2016	23/12/2015	9027 / 9076

Considerando as datas de ciência dos Autos de Infração e os prazos para impugnação, atesta-se que a Impugnação do contribuinte e dos responsáveis tributários estão tempestivas, com exceção dos responsáveis Roberto Madrigano e Parakalo S/A, que não apresentaram contestação, e do responsável Modena Agropecuária, cuja impugnação foi apresentada a destempo, o que será tratado em item seguinte.

Destarte, a despeito de tempestiva, a Impugnação do Contribuinte DMR Representação Comercial Ltda não será conhecida, conforme adiante será esclarecido; as demais impugnações apresentadas foram, portanto, conhecidas, delas tomando conhecimento por instaurarem a fase litigiosa do processo.

1.1.2 Da não Representação Legal do contribuinte DMR na Impugnação. Parte ilegítima. Não conhecimento da Impugnação.

O contribuinte DMR Representação Comercial Ltda apresentou Impugnação tempestiva às folhas 8850 a 8873.

Entretanto, a autoridade preparadora identificou ilegitimidade da signatária da sua contestação – Sra. Sandra Regina Madrigano Dias da Silva (fl. 8873), porquanto não apresentada qualquer Procuração lhe outorgando poderes de representação societária.

Observa-se que o Sr. Roberto Madrigano foi nomeado Administrador segundo cláusula 8ª do Contrato Social consolidado após a 12ª Alteração contratual (fl. 9385):

CLÁUSULA QUINTA – ADMINISTRAÇÃO

Por este instrumento particular a sócia pessoa jurídica **PARAKALO S.A.**, acima qualificada, nomeia como administrador o Sr. **ROBERTO MADRIGANO**, acima qualificado, o qual poderá representar em juízo ou fora dele, podendo constituir advogado, outorgando-lhe poderes de cláusula "ad-judicial", podendo em Juízo firmar acordos ou compromissos, assinar termos de caução, assinar termos de depósito, poderá, ainda, representar perante repartições Públicas, Federais, Estaduais, Municipais ou qualquer outro Órgão da Administração Pública, podendo firmar, entregar e retirar documentos, formulários, requerimentos, petições, dar e receber informações, deliberar e resolver qualquer questão perante a secretaria da Receita Federal ou qualquer outro órgão da administração pública federal, estadual e municipal, comprar e vender mercadorias.

PARÁGRAFO ÚNICO: A representação da sociedade poderá fazer-se também por meio de procurador ou procuradores, desde que com poderes expressos e com prazo de mandato de um ano, executadas as procurações "ad-judicial" observadas sempre as limitações contidas no caput.

Registre-se que a autoridade preparadora, em conduta diligente, intimou o sujeito passivo (fl. 9388), em prazo razoável de 15 dias, a sanear a irregularidade apresentando a documentação que conferia poderes a Sra. Sandra Madrigano para representar a DMR no instrumento de inconformidade protocolizado.

Encaminhada ao domicílio tributário eleito pela DMR junto ao CNPJ, referida Intimação foi devolvida (fls. 9389/9390 – motivo: recusado). Ato contínuo, foi providenciado o devido Edital para formalizar a ciência, afixado em 30/05/2016, registrando a ciência em 14/06/2016.

Até o dia 05/07/2016, data de encaminhamento do processo administrativo fiscal para Julgamento na 1ª instância administrativa (fl.9393), o contribuinte não havia saneado a irregularidade de sua representação. Destarte, até a presente data desta relatoria, nenhum requerimento de juntada posterior de Procuração foi identificado.

Nestes casos, há entendimento jurídico majoritário no sentido da aplicação subsidiária do artigo 76 do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), ao processo administrativo. São tais os termos do dispositivo:

Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.

§ 1o Descumprida a determinação, caso o processo esteja na instância originária:

I - o processo será extinto, se a providência couber ao autor;

II - o réu será considerado revel, se a providência lhe couber;

III - o terceiro será considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre.

Atesta-se, portanto, que foi conferida ao contribuinte a oportunidade de saneamento da irregularidade, em prazo razoável, mas até então não atendida por ele.

Por sua vez, aplica-se também subsidiariamente aos processos administrativos Fiscais, a Lei 9.784/99, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, que assim dispõe em seu artigo 63:

Art. 63. O recurso não será conhecido quando interposto:

I - fora do prazo;

II - perante órgão incompetente;

III - por quem não seja legitimado;

IV - após exaurida a esfera administrativa.

*Diante do acima exposto, considerando que a Impugnação foi interposta por terceiro não legitimado à representação do contribuinte DMR Representação Comercial Ltda, que intimada não saneou a irregularidade, considero **NÃO CONHECIDA** a Impugnação, não instaurando a fase litigiosa do processo quanto ao contribuinte e não suspendendo a exigibilidade do crédito tributário atacado.*

1.1.3 Da Intempestividade da Impugnação do Responsável Tributário Modena Agropecuária, Incorporações e Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Em relação ao responsável Modena Agropecuária, após tentativa de postagem para o seu domicílio tributário constante do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, a correspondência foi devolvida pelos Correios (fls. 8746 / 8747).

Assim dispõe o Decreto nº 70.235/72 que regula o Processo Administrativo Fiscal:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1o Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - no endereço da administração tributária na internet; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

*Desta feita, foi afixado Edital em 15/12/2015 nas dependências da DRF Barueri (fl. 8760), órgão da Receita Federal do Brasil que jurisdiciona o seu domicílio tributário. Conforme dispõe o Decreto 70.235/72, neste mesmo artigo 23, §2º, considera-se feita a Intimação, no caso de publicação de Edital, 15 dias após a publicação do Edital. Neste caso, publicado o Edital em 15/12/2015, **considera-se cientificado o sujeito passivo em 30/12/2015:***

§ 2º Considera-se feita a intimação:

...

IV - 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 4o Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Considerando que o dia 31/12 é um dia de expediente reduzido no âmbito da Receita Federal do Brasil, o prazo inicial de contagem foi deslocado para o primeiro dia útil seguinte, qual seja, dia 04/01/2016:

Art. 5º Os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

O prazo para apresentar impugnação, portanto, começou em 04/01/2016 e, conseqüentemente, acabou após 30 dias em 02/02/2016.

*Considerando que a Impugnação foi apresentada em 03/02/2016, atesta-se sua **intempestividade**, sendo que dela não se toma conhecimento, por não instaurada a fase litigiosa do procedimento:*

• IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA - EFEITOS - ATO DECLARATÓRIO NORMATIVO
N.º 15, de 12/07/1996:

Processo administrativo fiscal. Impugnação intempestiva não instaura a fase litigiosa do procedimento, não suspende a exigibilidade do crédito tributário nem é objeto de decisão.

O COORDENADOR-GERAL DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o disposto no art.151, inciso III do Código Tributário Nacional - Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 e nos arts. 15 e 21 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, com a redação do art. 1.º da Lei n.º 8.748, de 9 de dezembro de 1993,

DECLARA, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aos demais interessados que, expirado o prazo para impugnação da exigência, deve ser declarada a revelia e iniciada cobrança amigável, sendo que eventual petição, apresentada fora do prazo, não caracteriza impugnação, não instaura a fase litigiosa do procedimento, não suspende a exigibilidade do crédito tributário nem comporta julgamento de primeira instância, salvo se caracterizada ou suscitada a tempestividade, como preliminar.

Concordo com posicionamento acima, tornando-se definitivo o acórdão recorrido para **DMR Representação Comercial Ltda., Roberto Madrigano, Parakalo S/A e Modena Agropecuária, Incorporações e Empreendimentos Imobiliários Ltda.**

III. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Em síntese, a responsabilidade solidária foi imputada aos recorrentes, ante o **interesse comum** no fato (artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional), combinado com a participação efetiva no ilícito tributário tanto de **mandatários, prepostos e empregados** (artigo 135, inciso II, do Código Tributário Nacional) como de **diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas** (artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional).

O interesse comum não equivale ao propósito meramente econômico, como se extrai da ementa do acórdão nº 1402-001.481, proferido pela outrora 2ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 1ª Seção de Julgamento:

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM NÃO DEMONSTRADO. IMPROCEDÊNCIA.

A caracterização da solidariedade obrigacional prevista no inciso I, do art. 124, do CTN, prescinde da demonstração do interesse comum de natureza jurídica, e não apenas econômica, entendendo-se como tal aquele que recaia sobre a realização do fato que tem a capacidade de gerar a tributação.

De acordo com conselheiro, Leonardo de Andrade Couto, quando da relatoria do supracitado acórdão nº 1402-001.481, "*é preciso que todos os devedores tenham um interesse focado exatamente na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária. (...) Mais ainda, é necessário que o interesse comum não seja simplesmente econômico mas sim jurídico, entendendo-se como tal aquele derivado de uma relação jurídica de qual o sujeito de direito seja parte integrante, e que interfira em sua esfera de direitos e deveres e o legitima a postular em juízo em defesa do seu interesse.*"

Inobstante, o Parecer/PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009 esclareceu a responsabilidade pessoal do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, opinando que: "*a) A responsabilidade do dito "sócio-gerente", de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, decorre de sua condição de "gerente" (administrador), e não da sua condição de sócio; b) A responsabilidade do administrador, por força do art. 135 do CTN, na linha da jurisprudência do STJ, é subjetiva e decorre de prática de ato ilícito; (...) d) A responsabilidade dos administradores, de acordo com a jurisprudência do STJ, não pode*

ser entendida como exclusiva (responsabilidade substitutiva), porquanto se admite na Corte Superior que a ação de execução fiscal seja ajuizada, ao mesmo tempo, contra a pessoa jurídica e o administrador; (...) j) A jurisprudência do STJ aponta para a responsabilidade solidária, inclusive em precedentes desfavoráveis à Fazenda Nacional, em que se afirma que o "sócio-gerente" só pode ser responsabilizado solidariamente se detiver poderes de gerência e se tiver praticado ato ilícito no exercício dessa gerência, na forma do art.135, III, do CTN; (...) u) Sendo solidária a responsabilidade decorrente de ato ilícito praticado pelo administrador, este, uma vez atestada administrativamente sua responsabilidade, está sujeito a todos instrumentos de proteção do crédito tributário, como o arrolamento de bens e direitos, a inscrição no CADIN e a medida cautelar fiscal, estando, sujeito, outrossim, à negativa de expedição de Certidão Negativa de Débito."

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em votação unânime, proferiu acórdão, relatado pelo saudoso Ministro Teori Albino Zavascki, exigindo a individualização da conduta para atribuição da responsabilidade tributária, definida no artigo 135 do Código Tributário Nacional:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE.

1. A jurisprudência desta Corte, reafirmada pela Seção inclusive em julgamento pelo regime do art. 543-C do CPC, é no sentido de que "a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco" (REsp 962.379, 1ª Seção, DJ de 28.10.08).

2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (REsp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005).

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.²

Neste sentido, o acórdão recorrido não diverge da exposição acima, havendo minha concordância com seu inteiro teor, inexistindo novos argumentos ou provas, quando da interposição dos recursos voluntários. Desse modo, adoto e transcrevo a "*decisão de primeira instância*", consoante o artigo 57, parágrafo terceiro, do Regulamento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, *in litteris*:

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ATUAÇÃO DO GRUPO FN

² Resp nº 1.101.728/SP, julgado em 11.03.2009.

A fiscalização fundamentou a responsabilidade solidária dos sócios, mandatários e procuradores, assim como das demais empresas do grupo, na prática de sonegação e outras infrações à lei, enquadrando a sujeição passiva no art. 124, I, combinado com o art. 135, II ou III, do CTN:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.”

(...)

*“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:***

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

A omissão de informações na declaração apresentada e/ou a omissão das declarações, a exemplo de DCTF, representam ofensa à lei, materializada na sonegação. O dolo ficou caracterizado pela reiteração de atos tendentes, inegavelmente, a impedir ou retardar o conhecimento pela autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador, assim como de suas circunstâncias materiais, necessárias a sua mensuração.

*Detectada a infração à lei, sonegação fiscal, houve a responsabilidade dos mandatários, prepostos e empregados, segundo as disposições do art. 135, II, e dos “sócios” administradores da empresa, ao tempo do fato gerador, segundo as disposições do art. 135, III, do CTN, dada a infração de lei, a qual acarretou a falta de recolhimento do tributo devido, pela 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. Com efeito, **a pessoa jurídica é uma ficção da lei**, não sendo capaz, portanto, de implementar suas ações por si própria, mas sim por meio da atuação dos seus diretores, gerentes e representantes ou dos seus mandatários, prepostos e empregados, quem demonstra capacidade de expressar vontade, elemento subjetivo necessário para caracterizar o ato ilícito, do qual resulta a responsabilidade.*

Retome-se, então e por sua abrangência, alguns trechos do Relatório de Solidariedade fiscal de fls. 453/533, onde ver-se-á a

vinculação de todos quantos aqui mencionados, pessoas físicas e jurídicas, na gênese dos fatos geradores sob atenção, seja pelo viés do interesse comum, seja, na qualidade de procurador ou sócio-administrador de direito ou de fato, por excesso de poder, infração de lei, contrato social ou estatutos, tudo discorrido e a cada passo referenciado aos mencionados elementos de prova:

[...]

1.1. Pessoas Jurídicas

No exercício das funções de Auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil, realizamos Auditorias Fiscais Tributárias nas seguintes pessoas jurídicas (pjs) e períodos:

[...]

1.1. Pessoas Jurídicas

No exercício das funções de Auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil, realizamos Auditorias Fiscais Tributárias nas seguintes pessoas jurídicas (pjs) e períodos:

Nome	Razão Social	CNPJ	Período fiscalizado
FAROLEO	Faroleo Comércio de Produtos Alimentícios Ltda	05.055.406/0001-40	2010 a 2012
MULTIOLEO	Multioleos Óleos e Farelo Ltda	06.247.827/0001-80	2011 e 2012
DOV	Dov Óleos Vegetais Ltda	05.262.304/0001-40	2011 e 2012
DOFAR	Dofar Distribuidora de Rações e Farelos Ltda	06.247.822/0001-58	2012
CRUMAIS	Cromais Dist. de Produtos Industrializados Ltda	11.326.673/0001-52	2011 e 2012
W.A.S.	W.A.S. Comércio de Alimentos Ltda	12.369.189/0001-73	2011 e 2012
ORTED	Orted Óleos e Cereais Ltda	14.041.985/0001-08	2012
PETRY	Petry Comércio, Importação & Exportação Ltda	14.465.186/0001-69	2012
DMR	DMR Representação Comercial Ltda.	04.740.534/0001-05	2011 e 2012
DOVOS	Dovos Distribuidora de Ovos Ltda	13.723.665/0001-75	2011 e 2012

Durante os trabalhos, evidenciou-se que tais pessoas jurídicas integravam um grupo econômico de fato, o qual denominamos Grupo FN, atuando em dois grandes ramos econômicos: processamento de oleaginosas (grãos - principalmente soja) e processamento de ovos.

Tal Grupo, delimitado de acordo com o escopo das auditorias realizadas, possui a seguinte composição:

Grupo FN – GERAL	
Holding informal:	(FN) FN - Assessoria Empresarial Ltda EPP (CNPJ 04.350.935/0001-59) – elementos juntados- Anexo 01
PJs patrimoniais:	(FAS) FAS-Empreendimentos e Incorporações Ltda. (CNPJ 03.752.053/0001-57) – elementos juntados - Anexo 02;
	(MODENA) Modena Agropecuária, Incorporações e Empreendimentos Imobiliários Ltda. (CNPJ 10.637.365/0001-85) – elementos juntados - Anexo 03;
Grupo FN – SEGMENTO GRÃOS	
PJs industriais e exportadora	(SINA INDÚSTRIA) Sina Indústria de Óleos Vegetais Ltda. (CNPJ 06.348.804/0002-43) – elementos juntados - Anexo 04;
	(SINA ALIMENTOS) Sina Indústria de Alimentos Ltda. (CNPJ 10.156.658/0001-40) – elementos juntados - Anexo 05;
	(SINA EXPORTAÇÃO) Sina Comércio e Exportação de Produtos Alimentícios Ltda. (CNPJ 09.374.458/0001-85) – elementos juntados - Anexo 05-A;
PJs comerciais:	(FAROLEO) Faroleo Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. (CNPJ 05.055.406/0001-95) – elementos juntados - Anexo 06;
	(DOV) Dov Óleos Vegetais Ltda (CNPJ 05.262.304/0001-40) – elementos juntados - Anexo 07;
	(MULTIOLEO) Multioleos Óleos e Farelo Ltda (CNPJ 06.247.827/0001-80) – elementos juntados - Anexo 08;
	(DOFAR) Dofar Distribuidora de Rações e Farelos Ltda – ME (CNPJ 06.247.822/0001-58) – elementos juntados - Anexo 09;
	(CROMAIS) Cromais Distribuidora de Produtos Industrializados Ltda (CNPJ 11.326.6730001-52) – elementos juntados - Anexo 10;
	(W.A.S.) W.A.S. Comércio de Alimentos Ltda (CNPJ 12.369.189/0001-73) – elementos juntados - Anexo 11;
	(ORTED) Orted Óleos e Cereais Ltda (CNPJ 14.041.985/0001-08) – elementos juntados - Anexo 12;
	(PETRY) Petry Comércio, Importação & Exportação Ltda (CNPJ 14.465.186/0001-69) – elementos juntados - Anexo 13;
Grupo FN – SEGMENTO OVOS	
PJ industrial	(FAMA) Fama Ovos Ltda. (CNPJ 05.004.337/0001-90) – elementos juntados - Anexo 14;
PJs comerciais	(DOVOS) Doves Distribuidora de Ovos Ltda. (CNPJ 13.723.605/0001-75) – elementos juntados - Anexo 15;
	(DMR) DMR Representação Comercial Ltda. (CNPJ 04.740.534/0001-05) – elementos juntados - Anexo 16;

Neste Grupo, cada pessoa jurídica possuía uma função precípua:

- a) à **holding informal** cabia centralizar a administração geral do Grupo;
- b) às **PJs patrimoniais** cabia a gerência do patrimônio do Grupo;
- c) às **PJs industriais**, a industrialização dos produtos comercializados pelo Grupo; e
- d) às **PJs comerciais**, a formalização da comercialização de tais produtos.

Evidenciou-se, também, que o Grupo agia sob **comando único**, com **objetivos e estruturas comuns** e com **intercomunicação patrimonial**, sendo que, as pessoas jurídicas, embora formalmente independentes, **realizavam, de forma complementar**, as situações configuradoras dos **atos geradores** dos tributos lançados: a) aquisição de renda (IRPJ); b) auferimento de lucros (CSLL); e c) auferimento de receita (Cofins e PIS).

Assim agindo, o Grupo, ainda, cometeu diversas infrações a dispositivos legais, resultando em elevados valores lançados de impostos (IRPJ e CSLL), contribuições (PIS e COFINS) e multas, por descumprimento de obrigações tributárias.

Da estrutura e do modo de agir, restou manifesta, entre as pessoas jurídicas componentes do Grupo, a existência de obrigações tributárias solidárias pelos tributos lançados, nos termos da legislação aplicável - artigo 124, I do Código Tributário Nacional – CTN:

[...]

Desta forma, consoante os elementos probatórios anexos, o presente relatório objetiva demonstrar a existência, a estrutura e o modo de agir do Grupo FN, culminando com a delimitação da solidariedade tributária (124, I do CTN) das pessoas jurídicas, pelos débitos lançados.

1.2. Pessoas Físicas e Offshore:

As pesquisas e elementos colhidos também evidenciaram que a atuação do Grupo era orquestrada por pessoas que ostentavam três qualidades de vínculos:

*a) **Reais administradores:** eram os verdadeiros donos do negócio. Pessoas físicas que, utilizando-se de interpostas pessoas (testas-de-ferro, offshore e/ou procuradores) administravam as pessoas jurídicas auditadas de forma oculta. Eles organizavam toda a atividade do Grupo, decidiam, emprendiam, idealizavam, coordenavam e se beneficiavam das atividades desenvolvidas, enfim, todos praticavam atos de gestão. Estes administradores, no entanto, na maioria dos casos, não pertenciam aos quadros societários das pessoas jurídicas auditadas.*

Foram detectadas ostentando esta qualidade:

PJ vinculada	Nome do real administrador	CPF/CNPJ	Período de vinculação
TODAS as pjs auditadas	(NEMER) Nemer Abdul Massah	824.581.198-91	período auditado
TODAS as pjs auditadas	(FÁTIMA) Maria de Fátima Buitara Ferreira Abdul Massah	022.908.438-28	período auditado
TODAS as pjs auditadas	(ANDRÉA) Andréia Ferreira Abdul Massah	227.644.348-04	período auditado
TODAS as pjs auditadas	(SIMON) Simon Nemer Ferreira Abdul Massah	292.650.168-15	período auditado
TODAS as pjs auditadas	(KARU) João Ebeidi Karu	614.044.993-20	período auditado
Perey, Dofary, Ortoei e Was	(MANSOUR) Joseph Tamas Mansour	156.102.718-10	período auditado

De fato, estes reais administradores, para não declararem e não pagarem a totalização dos tributos devidos pelas pessoas jurídicas do Grupo (o que, em tese, se configura sonegação fiscal), bem como afastarem-se da solidariedade/responsabilidade tributária em relação a tais tributos, valeram-se dos seguintes expedientes:

- Utilização de interpostas pessoas (físicas – testas-de-ferro ou jurídicas – offshore) nos quadros societários de suas pessoas jurídicas, especialmente as pjs comerciais, as quais responderiam pelas obrigações destas, no lugar deles (reais administradores);
- Esvaziamento patrimonial das pessoas jurídicas do Grupo (auditadas); o patrimônio ficava centralizado (blindado) junto às

pjs patrimoniais FAS (e Modena) – para não ser alcançado por obrigações das demais pjs;

- Dissolução irregular de sete das dez pessoas jurídicas auditadas, as quais deixaram de funcionar em seu domicílio fiscal, sem qualquer comunicação:

“Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente” (Súmula 435 do STJ).

b) **Sócios formais**: pessoas cujos nomes compunham os quadros societários das pessoas jurídicas do Grupo, sendo:

b.1) ora, pessoas físicas, sem estofo patrimonial, conhecidas por **testas-de-ferro**; pessoas sem conhecimento e capacidade econômica para empreender que cediam seus nomes mantendo ocultos os reais administradores, aparecendo no contrato social como sócios ou sócios administradores.

b.2) ora, pessoas jurídicas constituídas fora do Brasil - offshore (SAFIs1), desprovidas de finalidades societárias de fato, adquiridas pelos reais administradores, também com o intuito de se ocultarem, bem como ocultarem possíveis bens, vez que é “notória a dificuldade de acessar o patrimônio enviado para o exterior, com a utilização dessas empresas “estrangeiras”, situadas em “paraísos fiscais”.

A identificação dos sócios formais encontra-se no item 5.2, do presente relatório.

c) **Procuradores**: pessoas físicas que recebiam procurações para agirem, ostensivamente, em nome de algumas pessoas jurídicas do Grupo, mantendo ocultos os reais administradores;

A identificação dos procuradores encontra-se no item 5.3, do presente relatório. Nestas condições, verificou-se que os reais administradores, aliados aos sócios formais e aos procuradores, além de terem nítido interesse comum nas situações que constituem os fatos geradores dos tributos lançados, ainda cometeram diversas infrações a leis, restando evidente a existência de obrigações tributárias solidárias e responsabilizações pessoais nos termos dos artigos 124, I e 135, II e III do CTN:

[...]

A identificação das principais infrações a leis cometidas encontra-se no item 5.4 do presente relatório.

Desta forma, o presente relatório objetiva, também, **indicar as pessoas físicas** vinculadas ao Grupo, bem como delimitar a solidariedade/responsabilidade das mesmas frente aos débitos levantados junto às pessoas jurídicas auditadas (artigo 124, I e 135, II e III do CTN).

Salienta-se que, no presente relatório, as informações relativas às pessoas físicas (e offshore) são de caráter genérico, bastando para descrever o conjunto de suas relações com o Grupo, o que se faz necessário ao entendimento completo do ocorrido.

*Todos os elementos probatórios, no entanto, que demonstram tais relações, foram juntados nos respectivos **Termos de Sujeição Passiva Solidária/Responsabilidade Tributária**, direcionados, individualmente, a cada pessoa física (ou offshore), e que acompanham os respectivos autos de infração.*

Por fim, ficou claro, como será demonstrado no presente relatório, que esta estrutura foi arquitetada para proteger/ocultar patrimônio e reais sócios/administradores das pessoas jurídicas auditadas.

2 – ELEMENTOS PROBATÓRIOS

No dia 21 de maio de 2013, Agentes Fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo (SEFAZ) e Promotores do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO), do Ministério Público do Estado de São Paulo, em ação conjunta batizada de Operação Yellow, executaram mandados de busca e apreensão, em diversos endereços de pessoas jurídicas e físicas relacionadas com o aqui denominado Grupo FN, resultando na apreensão de documentos em papel e de mídias contendo arquivos digitais.

Da citada operação, somadas as informações captadas por interceptações telefônicas, resultou, na seara penal, contra várias pessoas físicas envolvidas nas ações do Grupo, decretos de PRISÕES TEMPORÁRIAS, SEQUESTROS E ARRESTOS de bens móveis e imóveis, dentre outras medidas autorizadas pelo Poder Judiciário, diante de acusações de delitos apenados com reclusão, especialmente, formação de quadrilha, falsificação documental (material e ideológica) e lavagem de dinheiro entre outras.

Frente a amplitude do caso, a Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil, na 8ª Região Fiscal, constituiu Grupo Especial de Fiscalização, mediante a Portaria SRRF08/G Nº 32, datada de 13/02/2014, centralizando todos os procedimentos fiscais relativos à Operação Yellow, junto à Delegacia da Receita Federal em Bauru (DRF/Bauru) – ANEXO 20 - DOC. 01.

A Receita Federal do Brasil teve autorização para o acesso e utilização dos elementos de provas coletados, deferida pelo Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Bauru-SP, juntada aos autos do processo crime 0019133-58.2013.8.26.0071, fls. 2226 (referência a pedido feito às fls. 2126 e 2127) - ANEXO 20- DOC. 02.

A isto, se soma o Convênio de Cooperação Técnica celebrado entre a União - Secretaria da Receita Federal do Brasil e o Estado de São Paulo – Secretaria da Fazenda, datado de 22/05/2013, publicado no D.O.U. em 24/05/2013, que tem como escopo o intercâmbio de informações entre os citados Fiscos - ANEXO 20 - DOC. 03.

Desta maneira, a Receita Federal do Brasil utilizou-se dos seguintes elementos de provas:

2.1. Fornecidos pelo GAECO/Bauru, que acompanham os feitos penais:

a) Cópias das oitivas das pessoas físicas Thiago Leite Ortega (acompanha o presente relatório - ANEXO 48), Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih (acompanha o Termo de Sujeição Passiva Solidária desta), Cecília Raimundo de Oliveira (acompanha o Termo de Sujeição Passiva Solidária desta) e Ed Henrique Gomes da Silva (acompanha o Termo de Sujeição Passiva Solidária deste).

b) Cópia da gravação 01 de interceptação telefônica, datada de 14/05/2012 (acompanha o presente relatório - ANEXO 23); cópia das gravações de interceptações telefônicas 34 (de 02/06/2012) e 35 (de 05/06/2012), ambas acompanham o Termo de Sujeição Passiva Solidária da senhora Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih e do senhor Nemr Abdul Massih; cópia da gravação de interceptação telefônica 05 (de 15/03/2012), que acompanha o Termo de Sujeição Passiva Solidária do senhor João Shoiti Kaku.

2.2. Fornecidos pela SEFAZ/Bauru:

a) Cópias das mensagens eletrônicas – e-mails, citadas no presente relatório e/ou nos Termos de Sujeições Passivas Solidárias (que acompanham os respectivos lançamentos);

b) Cópias de documentos físicos apreendidos durante as buscas e apreensões (custodiados na SEFAZ) citados no presente relatório e/ou nos Termos de Sujeições Passivas Solidárias (que acompanham os respectivos lançamentos);

c) Cópia do Relatório de Diligência efetuada, pela Fiscalização Estadual -SP, para instruir processo GDOC 51220-209485 – pedido de reativação de inscrição estadual da DMR (juntada ao Termo de Sujeição Passiva de Roberto Madrigano).

2.3. Demais elementos probatórios - foram obtidos junto aos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil e informações cadastrais prestadas por instituições financeiras (ANEXO 21) e cartórios extrajudiciais, bem como através de diligências realizadas durante os trabalhos.

3 – AUDITORIAS REALIZADAS

As auditorias fiscais aqui tratadas são as seguintes:

AUDITORIAS FISCAIS			
SEGMENTO	PESSOA JURÍDICA	PERÍODO	MPF
SOJA	FAROLEO	2010/2011/2012	08.1.90.00-2014-00783-4
	MULTIOLEOS	2011/2012	08.1.90.00-2014-01308-7
	DOV (dissolução irregular)	2011/2012	08.1.90.00-2014-00771-0
	DOFAR (dissolução irregular)	2012	08.1.65.00-2014-00702-5
	CROMAIS (dissolução irregular)	2011/2012	08.1.65.00-2014-00701-7
	W. A. S. (dissolução irregular)	2011/2012	08.1.65.00-2014-00699-1
	ORTED (dissolução irregular)	2012	08.1.65.00-2014-00700-9
	PETRY (dissolução irregular)	2012	08.1.65.00-2014-00698-3
OVOS	DMR	2011/2012	08.1.90.00-2014-00774-5
	DOVOS (dissolução irregular)	2011/2012	08.1.90.00-2014-00772-9

ANEXO 18 – cópia dos MPFs das auditorias realizadas.

[...]

As descrições minuciosas dos fatos geradores, dos montantes tributáveis e das penalidades aplicáveis, bem como das infrações cometidas constam nos Autos de Infrações e Termos de Verificações Fiscais que os acompanham, controlados nos seguintes processos:

Salienta-se, desde já, que, conforme ficará amplamente demonstrado abaixo, o Grupo FN atuava, nos períodos auditados, como uma única grande EMPRESA (por segmento) – entendida esta como atividade econômica organizada.

[...]

PESSOAS JURÍDICAS (PJs)

4.1. – O Grupo FN

O Grupo FN revela-se um desdobramento do denominado “Grupo Abdul Massih”, ou “Grupo Sina”, cuja história, há muito, vem sendo escrita em execuções fiscais junto à Justiça Federal e revela, como característica marcante, a utilização de interpostas pessoas, nos contratos sociais de suas pessoas jurídicas, com a finalidade – principal – de afastar a solidariedade/responsabilidade tributária dos reais beneficiários: a própria família Abdul Massih e pessoas próximas.

Neste sentido, bastante esclarecedor o explicitado no seguinte fragmento, extraído do Agravo de Instrumento 0015886-63.2013.4.03.0000/SP – TRF3, impetrado pelo “Grupo Abdul Massih”, exarado pelo Exmo. Desembargador Federal Johansom Di Salvo, em 24/07/2013 – cópia integral segue no ANEXO 22 - DOC. 01 (Destacamos):

*“Considerou o d. Juiz Federal que: (...) O débito neste processo atinge cerca de vinte milhões de reais (fl. 189), porém, o total das dívidas com a União ultrapassa um bilhão de reais (!), considerando-se o grupo de empresas interligado à executada (fl. 188). Os documentos de fls. 223 e ss., indicam a prática de condutas encetadas pelos administradores do grupo para fraudar credores, pois retratam casos de **esvaziamento patrimonial da executada e sócios**, concentração de dívidas e confusão de ativos, centralização da administração em membros do clã dos Abdul Massih, além da utilização de “offshore” com o objetivo de blindar o patrimônio familiar.”*

(...)

No caso, o “**modus operandi**” adotado pelo grupo (...), mostra-se bem explicitado (...). Assim, revelam-se **ciclos de evolução** do Grupo “Abdul Massih” em fases distintas, distinguindo-se, nas sociedades operacionais, o afastamento gradativo da família Abdul Massih, do quadro societário, ao tempo em que são substituídos por interpostas pessoas – pessoas de confiança da família, ou sem estofo patrimonial, isto é, de “**laranjas**” (...) Denota-se, ainda, no último ciclo evolutivo societário o ingresso de **sociedades offshore** como sócias majoritárias das pessoas jurídicas, o que condiz com o alegado aperfeiçoamento do **esquema de fraudes**, dada a notória dificuldade de acessar o patrimônio enviado para o exterior, com a utilização dessas empresas “estrangeiras”, situadas em “paraísos fiscais”(...)”

De fato, é explicitado, na citada execução, que a atuação cíclica do Grupo demonstra, de forma inequívoca, que a família Abdul Massih e pessoas próximas ao longo dos anos, vem administrando (utilizando-se de interpostas pessoas) diversas pessoas jurídicas, que vão sendo alternadas/abandonadas ao longo do tempo (com enormes dívidas tributárias), porém todas elas, em essência, vão dando continuidade ao exercício das mesmas atividades, mantendo-se, nítida, uma unidade funcional (homocêntrica) – ao longo do tempo – geradora da renda, da receita e do lucro (fatos geradores dos tributos lançados).

Destacamos, neste íterim, que os débitos discutidos na execução fiscal agravada (acima), referem-se aos anos de 1992 a 2002, e, após análise de farta prova documental, o juízo a quo concluiu pela responsabilização da agravante (Sina Alimentos), que, formalmente, foi constituída em 2008 – dado evidente caráter continuativo das atividades do Grupo – o que foi assim tratado pelo juízo ad quem:

“Nas razões recursais a empresa recorrente sustenta (...) a inexistência de justo motivo para a inclusão da agravante [Sina Alimentos] no pólo passivo porquanto não demonstrada a existência de grupo econômico, até porque os créditos tributários em execução se referem ao período de 1992 a 2002 e a empresa agravante foi constituída apenas em 19 de maio de 2008, após o ajuizamento da execução, inexistindo assim qualquer vínculo entre o patrimônio e a gestão da empresa executada, nem tampouco prova concreta de fraude ou de abuso de personalidade jurídica.”

(...)

“ressalto que não há qualquer espaço nesta sede para se perscrutar em detalhes a alegada inoccorrência de responsabilidade tributária fundada na caracterização de grupo econômico que foi reconhecida na origem diante de minuciosa petição acompanhada de farta documentação acostada pela exequente, resultado de diligente pesquisa (fls. 315/1.256) (...)

Deveras, os elementos documentais abrigados na execução indicam claramente a existência de multiplicidade de empresas administradas, formalmente ou não, por membros da família "Abdul Massih", com nítido esvaziamento patrimonial da executada associado ao incremento patrimonial de outras empresas do grupo econômico de fato (...)" – Destacamos.

Do mesmíssimo modo, a forma de atuação do Grupo Abdul Massih é revelada pela Desembargadora Federal Doutora Marli Ferreira, em 03/2015, no seguinte agravo de instrumento – cópia integral - ANEXO 22 - DOC. 02:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0009590-88.2014.4.03.0000/SP 2014.03.00.009590-1/SP

RELATORA: Desembargadora Federal MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: ZUNER CORRETORA DE ALIMENTOS LTDA

ADVOGADO: SP130130 GILMAR BALDASSARRE e outro

AGRAVADO (A): União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO: SP000004 RAQUEL VIEIRA MENDES E LÍGIA SCAFF VIANNA

PARTE RÉ: SINA IND/ DE ALIMENTOS LTDA;

MULTIOLEOS OLEOS E FARELOS LTDA

FAROLEO COM/ DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA

SINA IND/ DE OLEOS VEGETAIS LTDA

SINA COM/ E EXP/ DE PRODUTOS ALIMENTICIOS

DMR REPRESENTACAO COML/ LTDA

DOV OLEOS VEGETAIS LTDA

ZUNA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S/C LTDA

FAS EMPREENDIMENTOS E INCORPORACAO LTDA

MODENA AGROPECUARIA LTDA

ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 10 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP

No. ORIG.: 00546698620054036182 10F Vr SÃO PAULO/SP”

“VOTO

Depreende-se dos documentos trazidos à colação que o juiz monocrático determinou, em 08/11/2013, (fls. 26/29) a reunião dos processos de execução n°s 0047500-77.2007.403.6182 e 0045915-82.2010.4036182 ao feito originário a fim de garantir a rápida solução dos litígios (artigo 28 da Lei n° 6.830/80), em razão do reconhecimento da existência do grupo econômico e solidariedade pelo pagamento de créditos no que tange às pessoas físicas e jurídicas, "in verbis":

"...

*Conforme a farta documentação juntada aos autos pela União, verifica-se que há diversas pessoas jurídicas administradas ao longo do tempo por um ou mais membros da família Abdul Massih. **Entre 1996 a 2001**, percebe-se que os membros dessa família deixaram de deter participações societárias diretas nas sociedades em questão, **passando atuar por meio de interpostas pessoas**.*

*Ademais, também ao longo de tempo, em especial após 2001, foram criadas **novas pessoas jurídicas** para exercer atividades operacionais do grupo, como se verifica pelo seu faturamento e movimentação financeira, bem como foram admitidas **sociedades offshore** como cotistas majoritárias das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico em tela.*

*No que diz respeito especificamente à Zuner (...) mesmo após a transferência do controle em 1996, a condução dos negócios sociais continuou cabendo à família Abdul Massih, por meio da outorga reiterada e sucessiva de procurações até 2002 (fl. 182). Constata-se, destarte, a utilização do expediente de **interposição de pessoas** que apenas formalmente constam como controladoras, com o intuito de burlar os credores. Esse expediente, ademais, foi utilizado em diversas outras pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico (fls. 183 et sec).*

*Posteriormente, as atividades operacionais do grupo foram transferidas a outras pessoas jurídicas. E o patrimônio amealhado pelos controladores com os negócios encetados por meio das empresas que se tornaram inativas foi distribuído entre outras pessoas jurídicas, com intuito uma vez mais de **furtar-se ao pagamento dos credores, por meio da chamada blindagem patrimonial**.*

(...) Assim sendo, o pedido de inclusão das pessoas listadas à fl. 212 no polo passivo da presente execução fiscal, como responsáveis solidárias pelo pagamento dos créditos exequendos, é procedente.

Ademais, também defiro o pedido de arresto cautelar, com fundamento no disposto nos arts. 615, III, e 798, do Código de Processo Civil brasileiro, nos termos em que requerido às fls. 212-213. Note-se que, no caso, a existência de periculum in mora é patente, tendo em vista os complexos expedientes utilizados pelos controladores da executada original e das demais pessoas jurídicas para se furtar ao pagamento dos tributos." (Destacamos).

No mesmo agravo, dado o pleno reconhecimento de sua existência e ficando evidente seu sucessivo modo de agir, o Grupo informou ter confessado seus débitos, solicitando a suspensão das execuções fiscais debatidas e o cancelamento do arresto, pois teria parcelado os citados débitos, o que lhe foi

negado, nos seguintes termos, em 05/03/2015 – cópia integral ANEXO 22 - DOC. 02:

“Assim, a suspensão da exigibilidade ocorre somente após a homologação do referido parcelamento, o que não ficou comprovado.

*Considerando a ausência de suspensão da exigibilidade e a **declaração de grupo econômico**, bem como os **indícios de que a empresa pretende burlar os credores**, não pode ser cancelado o arresto que consiste em medida de proteção do crédito em cobro.”*

Destarte, não merece acolhida a pretensão deduzida neste recurso.

Ante o exposto, nego provimento ao presente agravo de instrumento.

É como voto.

MARLI FERREIRA

Desembargadora Federal Relatora” (Destacamos).

*Ao longo do tempo, pois, o Grupo Abdul Massih vem, sucessivamente, substituindo as pessoas jurídicas com débitos tributários, por novas pessoas jurídicas, no entanto, **mantendo sempre o mesmo “negócio”**.*

Desta maneira, vem pagando muito pouco dos tributos devidos e, conseqüentemente, tendo vultosos recursos disponíveis para retroalimentar as atividades do Grupo.

Assim chega-se em 2010, 2011 e 2012 – anos relativos aos fatos geradores dos tributos ora lançados, com o conhecido “Grupo Abdul Massih”, aqui denominado Grupo FN, já desdobrado em novas pessoas jurídicas, sendo administrado ainda por alguns membros da família “Abdul Massih” (ou pessoas próximas), mas mantendo, basicamente, o mesmo negócio e forma de agir.

*Tal fato é, pormenorizadamente, explicitado na degravação da interceptação telefônica, abaixo descrita, em que **João Shoiti Kaku**, um dos atuais administradores do Grupo, conversa com uma representante do Banco Fibra ANEXO 23.*

[...]

*Em meio à conversa, o real administrador, senhor Kaku, informa que a holding (FN), a qual verificou-se administrar o Grupo, está no topo e, ao lado dela, a PJ patrimonial (FAS), que é a dona de todos os imóveis ... “que compra todos os imóveis e que não tem nenhuma embaixo dela”, e ainda esclareceu que, como todo o imobilizado está em nome da FAS, que “**é a parte real**”, não será encontrado a depreciação (custo) junto a outras pessoas jurídicas:*

*“(...) **em cima de tudo funciona a holding que é a FN, que futuramente vai mudar para SINA: a SINA vai passar a ser a holding. Kaku continua:**”*

(...)

“Agora do lado da FN, como se fosse uma assessoria, nós temos uma empreendimentos imobiliários, que é dona de todos os imóveis, que é a FAS Empreendimentos e Incorporação Lt, que compra todos os imóveis, e que não tem nenhuma embaixo dela. Que o dono da FAS é NEMR, que também é dono das SINAS e da FAMA em 100%.”

(...)

“Perguntado se houve novas aquisições, uma vez que tiveram investimentos de R\$ 190 milhões, KAKU responde que R\$ 190 milhões é o endividamento total do Grupo e confirma que **todo o imobilizado está em nome da FAS.”**

(...)

“Perguntado sobre a depreciação, KAKU informou que não vai encontrar, **que fica tudo na FAS, que é a parte real.(...)”
(Destacamos).**

Abaixo da FN, salienta o real administrador, senhor Kaku, estão as PJs industriais, que, embora sendo as principais geradoras de riqueza do Grupo, são tratadas como prestadoras de serviços:

“(...) Abaixo (da FN), você tem todas as prestadoras de serviços que cada uma funciona em cada fábrica...Nós temos a SINA MATRIZ,... SINA Alimentos. Ela era a SINA de Bauru, que era prestadora. Essa SINA Alimentos está com a matriz em Bauru, presta serviços para a fábrica de Bauru. Depois você tem Sina filial Orândia, Sina filial Santo Anastácio e Sina filial Pirapozinho. Antes tinha uma Sina para Santo Anastácio, uma Sina para Orândia e uma Sina Pirapozinho. Nós transformamos tudo numa única Sina Alimentos Matriz em BAURU, depois todas as filiais, uma em Orândia, uma em Santo Anastácio e uma em Pirapozinho, essas são as prestadoras de serviço **dos quais o Sr. NEMR é o acionista principal. Diz que abaixo tem todas(...)”**

“Depois tem a FAMA Ovos, que está na fábrica de ovos de Diadema, que futuramente se tornará SINA Diadema. Que estas são as prestadoras de serviços, onde todos os funcionários estão registrados(...)”(Destacamos).

Embaixo das PJs industriais, continua o real administrador, senhor Kaku, estão as PJs comerciais, citando algumas delas:

“(...)Diz que embaixo de cada prestadora de serviços estão as comerciais: embaixo da SINA-Bauru está a MULTIÓLEOS, que tem linhas de créditos com vocês; embaixo da SINA-Alimentos filial Orândia está a DOV; abaixo da SINA Sto. Anastácio tem a FARÓLEO; que agora estão botando no ar a SINA-Alimentos Pirapozinho, que por enquanto embaixo dela terá a MULTIÓLEOS e FARÓLEO, elas que vão pegar óleo, mandar para lá e beneficiar e voltar como mercadoria para elas;”

“depois tem a DOVOS e a DMR que estão embaixo da FAMA Ovos, explorando lá como irmãs.”

“Depois tem todas essas comerciais, das quais KAKU não quer falar por telefone, mas diz que a Sandra e o Bicudo sabem, existem offshores, SAFIs que são donas delas, que o acionista o pessoal daí sabe quem é. Que todas as empresas são controladas em 100% ou 99%.(...)”

Por fim, o senhor Kaku também informa a existência de uma gestão única do Grupo:

*“Perguntado sobre como é gerenciado o **caixa robusto que aparece no balanço consolidado**, KAKU diz que os caixas não se misturam, cada unidade, Multióleos Faróleo sobrevive com caixa próprio, cada uma gerencia o seu caixa, que não há nada vinculado a operações, **KAKU explica que existe uma gestão única**, mas que é estimulada a concorrência entre as empresas.”*

(...)

[...]

FN - Assessoria Empresarial Ltda. EPP (CNPJ 04.350.935/0001-59) - elementos juntados no ANEXO 01.

[...]

*Constam como sócios formais, desde sua constituição, os senhores **Nemr Abdul Massih** (um dos reais administradores do Grupo FN) e **Fernando Antonio Martins de Oliveira**.*

Durante os períodos auditados, a FN foi utilizada para centralizar a direção, o controle e a administração do Grupo.

*Por meio da FN, os reais administradores – **evitando se exporem diretamente e procurando afastar suas responsabilidades**, concentravam a gestão administrativa, comercial, financeira e trabalhista das demais pessoas jurídicas do grupo, funcionando “em cima de tudo” como acentuado pelo real administrador João Shoití Kaku (item 4.1 acima):*

[...]

*Esta concentração de poderes de mando, muitas vezes, **era formalizada** através de contratos de assessoria empresarial entre a FN (CONTRATADA) e as demais pessoas jurídicas do grupo (CONTRATANTES).*

Para exemplificar, foi juntada (ANEXO 28) cópia do contrato de assessoria, firmado entre a FN e a DMR, cuja amplitude se resume nas seguintes cláusulas:

[...]

*De forma paralela, as pessoas jurídicas do Grupo (**por meio dos sócios testas-deferro ou representantes das sócias offshore**), ainda outorgavam procurações com amplos poderes de gestão (especialmente para movimentação bancária) à FN, com*

cláusula de substabelecimento, do que é exemplo a cópia do contrato firmado entre a DMR e a FN juntada no ANEXO 29:

[...]

Detectou-se que, durante os períodos auditados, tais procurações, no caso das pessoas jurídicas DMR, Dov, Dovos, Multioleos e Faroleo, foram substabelecidas pela FN para 04 procuradores (Panaro, Nabil, Mina e Miranda – identificados no item 5.3) que recebiam amplos poderes de gestão e agiam ostensivamente frente a terceiros, especialmente instituições financeiras, mantendo ocultos os reais administradores. Foram juntadas cópias dos substabelecimentos, que abarcam todo o período auditado (2010 a 2012), no ANEXO 30 – foram juntadas, ainda, cópias de vários substabelecimentos, para representação frente a inúmeras instituições financeiras, demonstrando a intensa atividade dos citados procuradores:

[...]

Desta forma, frente a terceiros, especialmente instituições financeiras, representando demais pessoas jurídicas do Grupo, a FN atuava diretamente, representada pelo sócio formal, senhor Nemr (real administrador), ou atuava por meio dos citados procuradores.

A atuação direta da FN, representando outra pessoa jurídica do Grupo, foi alvo de questionamento, por instituição financeira, quando da análise para liberação de cartão corporativo para a Faroleo.

A citada instituição considerou inválida a procuração por conceder poderes somente a uma PJ, o que foi justificado pela FN (por meio de seu colaborador) como sendo a forma do Grupo trabalhar, sendo que o senhor Nemr assinava pela empresa ANEXO 31:

[...]

Normalmente, contudo, a FN apresentava-se, frente ao público, especialmente instituições financeiras, por meio dos citados procuradores (Panaro, Nabil, Miranda e Mina), cujo vínculo empregatício com o Grupo assim se afigura nas Guias de Recolhimento ao FGTS e Informações à Previdência Social - GFIPs:

[...]

*Nos bastidores, no entanto, quem agiam, em nome das pessoas jurídicas auditadas, eram os reais administradores, pois eram eles que controlavam a FN e as demais pessoas jurídicas, especialmente **dando ordens diretas** aos citados procuradores.*

*Dentre os reais administradores, o senhor **Nemr** e a senhora **Fátima** eram tratados, por José Agostinho Miranda Simões (Miranda), procurador da FN, como “chefe” e “patroa”, respectivamente, o que revela o poder de comando destes sobre*

pessoa que representava a FN perante terceiros, além do que, na mesma mensagem é nítido o poder decisório dos dois no tocante a alteração contratual de outra pessoa jurídica do Grupo, a FAS – ANEXO 32:

*“From: **José Miranda***

Sent: Tuesday, July 31, 2012 5:10 PM

*To: **Fátima Massih** ; advmauad@uol.com.br*

Subject: Re: RE

*Sim ele sabia, pois a alteração e de 28.06.2011, como o Comitê não tinha Ata, pois não era autorizado, por ter escrito confidencial, mas tudo bem, fazer o que, mas já falei com SR NEMR, mostrei para o **CHEFE** a alteração da FAZ (OITAVA), E me explicou que não dá vínculo, pois a FAZ locou as salas do 13, 12, 3, 16, 2 andar, mas não locou as suas salas (Matriz da FAZ) 1305 3 1306, portanto não existe contrato de locação, SR. NEMR as vezes acha muito exagerado as opiniões dos Advogados, se tiver dúvidas, falamos com Sr. NEMR e mudamos para RAFAEL DE BARROS, **okei PATROA**. outrossim, o caso da Sexta Feira (SEGURANÇA PARA SAQUE) de hipotese alguma coloquei SR NEMR no meio, quem falou talvez foi o DR GILMAR para o MARCILIO, nos cobrou quase que instantaneamente este expediente, tanto e que acatei as normas do Sr. Damas, e fui de carro para retirar o boy, mas já tinha ido busca-lo, sds patroa”*

(Destacamos).

Neste sentido, as mensagens abaixo transcritas também revelam o poder de comando dos reais administradores sobre os representantes da FN.

a) Mensagem datada de 18/03/2011, relata reunião presidida pela real administradora, senhora Andréa, visando passar orientações gerais para contratação de funcionários da área de finanças do Grupo, com a presença dos “Líderes das Áreas Financeiras” das demais pessoas jurídicas do Grupo especialmente: Faroleo, Multióleos, Sina Comércio, Dov, DMR, Fama..., revelando poder de comando da real administradora, senhora Andréa, sobre pessoas que representavam a FN perante terceiros (Paulo, Panaro e Nabil) – ANEXO 33:

[...]

b) Mensagem datada de 13/01/2012 (às 19:35 hs), na qual a real administradora, Sra. Fátima, chama a atenção do Sr. Miranda (procurador), ameaçando demitir empregado subordinado deste, revelando assim pleno poder de comando da citada real administradora, sobre pessoa que representava a FN perante terceiros (Sr. Miranda) - ANEXO 34:

[...]

c) Mensagem datada de 20/12/2012, produzida pela real administradora, Sra. Andréa, com cópia para real administrador, Sr. Simon, visando implementar rotinas de

trabalho entre o comercial e o financeiro das fábricas do Grupo. Nesta mensagem, novamente, se revela poder de comando destes reais administradores, sobre pessoas que representavam a FN perante terceiros (Paulo, Panaro e Nabil) – ANEXO 35:

[...]

d) Mensagem datada de 01/02/2013, em que o real administrador, senhor Mansour, ordena ao “procurador”, Sr. Panaro, o depósito da quantia de R\$ 10.000,00 para ele, no que foi atendido – de pronto - revelando poder de comando do citado real administrador, sobre pessoa que representava a FN perante terceiros (Panaro). Salienta-se que este atendimento foi suportado por outras duas pessoas jurídicas do Grupo – Dov e Multioleos. Observação: Dova é o antigo nome da Dofar – ANEXO 36:

[...]

***FAS-Empreendimentos e Incorporações Ltda.** (CNPJ 03.752.053/0001-57) – elementos juntados no ANEXO 02 e **Modena Agropecuária, Incorporações e Empreendimentos Imobiliários Ltda.** (CNPJ 10.637.365/0001-85) – elementos juntados no ANEXO 03;*

Estas duas pessoas jurídicas – FAS e MODENA - eram utilizadas para blindagem patrimonial, por meio das quais os reais administradores concentravam - afastados dos débitos das demais pessoas jurídicas - os bens imóveis e instalações industriais do Grupo (tanto no segmento soja, quanto no segmento ovos).

Tal fato era do conhecimento de instituições financeiras, tanto que, em trecho de parecer para aprovação de empréstimo, do Banco HSBC, de 10 milhões, pelo Grupo, via pessoa jurídica FAS, consta– ANEXO 37:

*“DEVIDO CONTRATO SOCIAL, A EMPRESA FAS NAO PODE DAR GARANTIAS A TERCEIROS. TRATA-SE DE HOLDING IMOBILIARIA **COM GESTAO SEPARADA DAS EMPRESAS OPERACIONAIS (FABRICAS)**. PARA MANTER A **BLINDAGEM TRIBUTARIA** OS ADVOGADOS NAO CONCORDARAM COM A FORMATACAO DE UM CONTRATO-MAE **PARA INCLUIR AS DEMAIS EMPRESAS/RISCOS**. DIANTE DISSO, EH REQUERIDA APROVACAO DA GARANTIA DE HIPOTECA APENAS PARA A EMPRESA FAS.”*

(...)

RECOMENDO O ATENDIMENTO DA PROPOSTA, SUJEITO A INCLUSAO DO AVAL DA DOV IND OLEOS VEGETAIS (QUE EH UMA DAS PRINCIPAIS EMPRESAS OPERACIONAIS DO GRUPO E CEDERA 10% GARANTIA DPSA NESTA OPERACAO) (...)”(Destacamos).

- FAS:

A FAS foi constituída em 2000, tendo como sócios **Simon Nemer Ferreira Abdul Massih e Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih**, sendo que, em 2001, foi admitida também como sócia **Andréa Ferreira Abdul Massih** (todos reais administradores do Grupo FN).

Em 2012, a Sra. FÁTIMA retira-se, **formalmente**, desta sociedade, no entanto, juntamente com os demais, continua atuando como real administradora do Grupo FN, como amplamente demonstrado no Termo de Sujeição Passiva Solidária direcionado a ela e que acompanha os respectivos lançamentos realizados junto às pessoas jurídicas do Grupo.

[...]

De fato, os reais administradores, por meio dela, centralizavam o patrimônio imobilizado do Grupo, como fora bem pontuado pelo administrador **João Shoiti Kaku** - ANEXO 23:

“Perguntado se houve novas aquisições, uma vez que tiveram investimentos de R\$ 190 milhões, KAKU responde que R\$ 190 milhões é o endividamento total do Grupo e confirma que **todo o imobilizado está em nome da FAS**. (...) Perguntado sobre a depreciação, KAKU informou que não vai encontrar, **que fica tudo na FAS, que é a parte real**.” (Destacamos).

As informações prestadas pelo senhor Kaku revelam, ainda, que o dinheiro gerado pelo Grupo (incluindo-se aí o que deixou de ingressar aos cofres públicos) retroalimentava suas atividades, inclusive a compra de “um monte de fábricas” - ANEXO 23:

“Perguntado sobre as empresas, Multióleos, DOV, com **crescimento do faturamento e redução de margem**, em que o custo cresceu, KAKU diz que **não quer falar sobre isso por telefone, aonde eles deixam essa parte do resultado, que não queria falar por telefone, que a gente sai comprando um monte de fábricas**, que já explicou pessoalmente, a origem da onde a gente compra, que compramos Pirapozinho desembolsando R\$ 14 milhões e o endividamento cresceu muito pouco, que não quer falar por telefone, que foi dito ao Bicudo pessoalmente.” (Destacamos).

Assim, **especialmente os parques industriais** – Sina Indústria, Sina Alimentos e Fama Ovos, **geradores da riqueza, funcionavam em imóveis e instalações de propriedade da FAS**, como também acontecia com outras pessoas jurídicas do Grupo, como sintetiza o controle mensal de recebimentos da FAS, de abril de 2012 - ANEXO 38.

Desta maneira, como todo o imobilizado do Grupo era – **formalmente** – da FAS, as demais pessoas jurídicas (industriais e comerciais), ligadas diretamente à produção e comercialização dos produtos, **não possuíam patrimônio para responder, minimamente, pelos abissais débitos tributários deixados pelo caminho**.

Além disto, como – formalmente – a FAS não tinha qualquer ligação – aparente – com as demais pessoas jurídicas do Grupo, vez que estas eram compostas por interpostas pessoas, sem qualquer elo – formal – com àquela, dificilmente os credores, inclusive o Fisco, conseguiriam responsabilizar a FAS, pelos débitos do Grupo.

*Acontece que os elementos probatórios colhidos, no entanto, são mais do que suficientes para demonstrar que - na realidade - todo o patrimônio imobilizado que estava em nome da FAS, era do Grupo FN e utilizado a serviço deste, **fomentando a geração da renda, da receita e do lucro** (fatos geradores dos tributos lançados) de todo o Grupo:*

a) ora, diretamente, pelo uso dos próprios prédios e maquinários:

a.1) SINA Alimentos - Bauru: - planta industrial de propriedade da FAS - ANEXO 05.

a.2) SINA Alimentos - Orlandia: - adquirida em leilão pela FAS - ANEXO 05.

a.3) SINA Indústria de Óleos Vegetais - Santo Anastácio: planta industrial locada pela FAS da empresa Monte Mor S/A – ANEXO 04.

a.4) Fama Ovos – Diadema: propriedade da FAS - ANEXO 14.

b) ora, indiretamente, servindo para afiançar empréstimos tomados de instituições bancárias em benefício do Grupo, fomentando a alavancagem financeira do Grupo, como revela a Carta de Fiança em que a FAS aparece como fiadora das empresas DMR, DOV, DOVOS, FN Assessoria, FAMA OVOS, FARÓLEO, MULTIÓLEOS entre outras, visando a garantia de todas e quaisquer obrigações decorrentes de operações de crédito com o Banco Itaú BBA S/A, no valor total de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), com vencimento em 12/06/2015. ANEXO 39

c) ora, ainda, servindo ao Grupo com empréstimos diretos, formalizados através de contratos de mútuos, dos quais são exemplos os empréstimos prestados para a DOV (4 milhões), FAROLEO (3,5 milhões) e MULTIOLEOS (2 milhões) - todos datados de 22/12/2009 e todos com vencimento em 21/12/2013. ANEXO 40:

“A quantia pecuniária ora emprestada (...) deverá ser devolvida (...) no prazo de quarenta e oito (48) meses, ou seja, no dia 21/12/2013 (...)”

*Em 29/01/2010, portanto **um mês depois** da data adotada nos contratos de mútuos, mensagem entre integrantes do Grupo deixa claro que o dinheiro emprestado pela FAS, para fomentar a atividade do Grupo, é proveniente de empréstimos tomados de instituições bancárias, e que a formulação dos contratos de*

mútuos foi determinação do real administrador, Sr. Nemr - ANEXO 41:

“Fritzen, boa tarde

*Transmiti para o Sr. Nemr as suas informações sobre os empréstimos da FAS para as outras empresas do Grupo; **ele achou interessante fazermos contratos de mútuo com 48 meses (igual período do dinheiro emprestado para FAS pelo HSBC) por causa do IR Fonte que é de 15%; os empréstimos foram os seguintes:***

- 4.000.000,00 para a Dov Ind.de Óleos Ltda.*
- 3.500.000,00 para a Faróleo Alimentos LTda.*
- 2.000.000,00 para a Multióleos Óleos e Farelos Ltda.*

Daria para você fazer estes contratos? ou pediria para o Jurídico fazer? Já temos que cobrar os primeiros juros pois já venceu o 1º mes do empréstimo.

Fritzen, estou com problemas no meu Yahoo (não consigo abrir) se precisar mandar mensagem mande pelo hotmail (recupero.fas@hotmail.com) abraços e bom fim de semana (Ah! favor me mandar a folha de pagamento)”

(Destacamos).

[...]

Com base neste Total Transacionado entre Comerciais e Industriais, verificou-se o marcante relacionamento entre as pessoas jurídicas operacionais (industriais e comerciais) do Grupo, na busca – comum – pelo faturamento, pela receita e pelo lucro, revelado no seguinte quadro (segmento grãos):

[...]

Segmento Grãos:

- Faroleo Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. (CNPJ 05.055.406/0001-40)*
 - elementos juntados no ANEXO 06;*
- Dov Óleos Vegetais Ltda (CNPJ 05.262.304/0001-40) – elementos juntados no ANEXO 07;*
- Multióleos Óleos e Farelo Ltda (CNPJ 06.247.827/0001-80) – elementos juntados no ANEXO 08;*
- Dofar Distribuidora de Rações e Farelos Ltda – ME (CNPJ 06.247.822/0001- 58)*
 - elementos juntados no ANEXO 09;*
- Cromais Distribuidora de Produtos Industrializados Ltda (CNPJ 11.326.6730001-52) – elementos juntados no ANEXO 10;*

- *W.A.S. Comércio de Alimentos Ltda (CNPJ 12.369.189/0001-73) – elementos juntados no ANEXO 11;*

- *Orted Óleos e Cereais Ltda (CNPJ 14.041.985/0001-08) – elementos juntados no ANEXO 12;*

- *Petry Comércio, Importação & Exportação Ltda (CNPJ 14.465.186/0001-69) – elementos juntados no Anexo 13;*

Segmento Ovos:

- *Dovos Distribuidora de Ovos Ltda. (CNPJ 13.723.665/0001-75) – elementos juntados no Anexo 15;*

- *DMR Representação Comercial Ltda. (CNPJ 04.740.534/0001-05) – elementos juntados no Anexo 16;*

As pessoas jurídicas comerciais também não possuíam patrimônio imobilizado, pois, como visto, tal patrimônio - do Grupo - ficava “apartado”, junto à FAS, distante da atividade produtiva.

*As pessoas jurídicas comerciais eram utilizadas, pelos reais administradores, principalmente, **para formalizar a realização das vendas**, para terceiros, dos produtos industrializados (sob encomenda) pelas empresas industriais do Grupo.*

Importante ressaltar, novamente, o fato de que as industriais do Grupo, basicamente, registravam suas operações como industrialização por conta e ordem das pessoas jurídicas comerciais.

Assim, o faturamento das industriais originou-se, fundamentalmente, da prestação de serviço às comerciais, qual seja, a industrialização por encomenda feita pelas comerciais.

Assim, é até intuitivo concluir que a receita bruta Grupo se concentrou, em sua maior parte, nas pessoas jurídicas comerciais.

Visando demonstrar isto (e tendo em vista o escopo das auditorias), delimitou-se, por ano, para análise comparativa de valores, a receita bruta total do grupo (somente CFOPs de receita bruta), entendida esta como: a receita bruta da holding + receita bruta das patrimoniais + receita bruta das industriais + receita bruta das comerciais.

*No ano de 2011, somente a totalização da receita bruta das pjs comerciais auditadas (WAS, MULTIOLEOS, DOV, FAROLEO, CROMAIS, DMR e DOVOS), extraída das Notas Fiscais Eletrônicas – NFES, corresponde a **94,97% do total da receita bruta do Grupo** (a receita bruta das demais pessoas jurídicas foram extraídas das DIPJs); saliente-se que não foi detectada receita bruta declarada pela SINA INDÚSTRIA no período, no entanto, tal ausência não influencia o resultado aqui pretendido⁴, qual seja, demonstrar que o faturamento do Grupo*

era concentrado nas comerciais:

[...]

*No ano de 2012, somente a totalização da receita bruta das pessoas jurídicas comerciais auditadas (WAS, MULTIOLEOS, DOV, FAROLEO, CROMAIS, ORTED, DOFAR, PETRY, DMR e DOVOS), extraída das Notas Fiscais Eletrônicas – NFes, corresponde a **91,49% do total da receita bruta do Grupo** (a receita das demais pessoas jurídicas foram extraídas das DIPJs):*

[...]

Salienta-se que a receita bruta das pessoas jurídicas comerciais auditadas foi extraída das Notas Fiscais Eletrônicas – NFes, individualizadas nas planilhas constantes no ANEXO 50 – A e B.

Desta forma, nas pessoas jurídicas comerciais ficava registrada a maior parte da renda do Grupo, refletindo, evidentemente, sobre estas, montantes tributários devidos expressivamente maiores de Cofins, PIS, IRPJ e CSLL, relativamente às demais pessoas jurídicas do Grupo.

Contudo, reiteradamente, as pessoas jurídicas comerciais auditadas não confessavam, ao Fisco, a totalidade devida de tais tributos; confessavam, apenas, ínfimos valores:

[...]

*Evidentemente, isto ocorria, tudo indica, pois, no caso de possíveis lançamentos de ofício, o débito tributário recairia sobre estas pessoas jurídicas comerciais, **que não possuam mínimo patrimônio ou capacidade financeira ou econômica para saldar qualquer dívida – enquanto os bens do grupo estariam blindados junto à FAS.***

*Além disto, as repercussões penais pela sonegação (em tese) recairiam sobre os sócios testas-de-ferro, também sem patrimônio, **afastando a responsabilização dos reais administradores.***

[...]

*Assim, como exhaustivamente foi visto, à **holding informal (FN)** cabia centralizar a administração geral do Grupo; e às **PJs patrimoniais (FAS e Modena)** cabia a gerência do seu patrimônio imobilizado.*

*No campo propriamente operacional, às **PJs industriais** cabia a industrialização dos produtos comercializados pelo Grupo; e às **PJs comerciais** a comercialização de tais produtos;*

[...]

*Todas as pessoas jurídicas do Grupo **eram subordinadas a uma unidade diretiva comum**, em que o controle central era exercido pela **família Abdul Massih** e pessoas próximas (reais administradores), notadamente através da FN, como claramente explica o real administrador Kaku:*

[...]

A gestão e/ou administração do grupo, como delineado, cabia, assim, aos reais administradores (a família Abdul Massih e pessoas próximas), quando do surgimento das obrigações tributárias auditadas, os quais eram os verdadeiros gestores, agindo com poderes de direção, gerência e “mando”, sendo eles:

1 – NEMR - Nemr Abdul Massih, CPF: 824.535.198-91: chamado de “chefe” pelos integrantes do Grupo;

2 – FÁTIMA - Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih, CPF: 032.308.458-38;

3 - ANDRÉA - Andréa Ferreira Abdul Massih, CPF: 227.644.348-04;

4 - SIMON - Simon Nemer Ferreira Abdul Massih, CPF: 292.680.168-85;

5 - KAKU - João Shoiti Kaku, CPF: 634.844.988-20;

6 - MANSOUR - Joseph Tanus Mansour, CPF: 136.105.718-10, (relativamente à: PENTRY, DOFAR, ORTED e WAS);

Como já salientado, no presente relatório, as informações relativas às pessoas físicas são de caráter genérico, bastando para descrever o conjunto de suas relações com o Grupo, o que se faz necessário ao entendimento completo do ocorrido.

Desta maneira, pelo momento, o item 4.2.1, acima, em que se discorre sobre a FN, demonstra de forma suficiente a atuação dos reais administradores no comando do Grupo.

Paralelamente a isto, demais elementos probatórios, que reafirmam tal comando, seguem juntados nos respectivos Termos de Sujeição Passiva Solidária Responsabilidade Tributária), direcionados, individualmente, a cada pessoa física, que acompanham os respectivos lançamentos, não tendo sido anexados ao presente relatório.

[...]

Verificou-se que os reais administradores (donos do negócio) integraram, nos quadros societários das pessoas jurídicas do Grupo, interpostas pessoas físicas, nitidamente sem a mínima capacidade econômica e conhecimentos suficientes para empreender neste complexo ramo de negócio, no qual trafega elevadas somas monetárias diariamente.

Para exemplificar o afirmado, cita-se as declarações prestadas por Thiago Leite Ortega, para o Ministério Público do Estado de São Paulo, em 27 de maio de 2013, tomada em Termo de Declarações – ANEXO 48, após deflagrada a “Operação Yellow”.

Salienta-se que Thiago é sócio formal (testa-de-ferro) da pessoa jurídica Orted, que apresentou elevada receita bruta, em 2012 (de acordo com valores extraídos de NFES), da ordem de 240 milhões de reais, tendo o mesmo declarado que:

*“Estudou até o **primeiro colegial**, em escola pública. Perguntada sua profissão, disse `ter feito de tudo`, como **padeiro, ajudante de mecânica, fazendo entregas** em empresas, etc’. Perguntado o que faz atualmente, disse `não faço nada há um mês`. No mês passado, era **ajudante de padaria**. Não era registrado.*

*(...) Tem ex-esposa e dois filhos. **É difícil sustenta-los sem trabalho**. Não tem vínculos ou quaisquer bens móveis ou imóvel em seu nome. Seus pais são falecidos. Tem três irmãos: sua irmã **vendedora** numa loja de brinquedos, um irmão caminhoneiro e uma irmã menor que é **costureira**.*

Perguntado se já teve empresa, disse que SIM, CHAMADA `ORTED`. Procurou seu Advogado, ora presente, na data de hoje e foi orientado a nada dizer, porque deseja ter acesso aos autos. Não vai dar dados de como soube do Procurador que ora constituiu, que nunca foi seu Advogado antes. Não vai responder às seguintes questões:

Como foi aberta a empresa Orted?

(...)

(negritamos e sublinhamos)

Conforme informado no citado Termo de Declarações, corroborado pelos cadastros da Receita Federal, Thiago mora na Rua Luis Rossetti, 237, São Paulo, SP, em residência bastante modesta:

[...]

*Os elementos probatórios apurados, durante as auditorias realizadas, **revelam que os demais sócios formais – pessoas físicas (especialmente os relacionados com as pessoas jurídicas dissolvidas irregularmente), encerram situação de vida similar à de Thiago.***

Tais elementos foram juntados nos respectivos Termos de Sujeição Passiva Solidária/Responsabilidade Tributária, direcionados, individualmente, a cada um deles e acompanham os respectivos lançamentos (feitos nas pessoas jurídicas a que se vinculam), não tendo sido anexados ao presente relatório.

*No que pese, no entanto, tal realidade, os elementos analisados também demonstram **que tais sócios entendiam muito bem do que estavam participando.***

Neste sentido é emblemática carta apreendida durante a Operação Yellow, em que uma ex-sócia de pessoa jurídica antiga do Grupo (Kimpro Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda) Kimpro), solicita dinheiro ao senhor Nemr, invocando os valores que ela ajudou a sonegar “Diante dos valores que direta ou indiretamente AJUDEI a SONEGAR, que não foi pouco”

Tal carta (ANEXO 53) não revela situações contemporâneas aos fatos geradores aqui tratados, mas revela, claramente, o modo de agir do Grupo:

[...]

*Do mesmo modo, os reais administradores também integraram, nos quadros societários de algumas pessoas jurídicas do Grupo, **interpostas pessoas jurídicas, constituídas fora do Brasil – chamadas offshore**. Estas offshore eram vendidas como se fossem mercadorias por escritório sediado em Montevideu, no Uruguai, **que colocava à disposição do Grupo uma relação de “sociedades anônimas”, para serem escolhidas - ANEXO 49.***

[...]

Desta maneira, quando o Grupo necessitava de outras offshore (SAFI), era feito o pedido, como exemplifica a seguinte mensagem do advogado do Grupo, Victor Mauad - ANEXO 49:

[...]

*Conforme demonstrado no item 4.3.2, **todas as offshore constam no mesmo endereço** – Calle Juncal, 1327 – apto 2201 – Montevideu – ANEXO 47.*

A evidente motivação para a inserção destas pessoas jurídicas, constituídas no Uruguai, nos quadros societários das pjs do Grupo, parece estar explicitada em um documento manuscrito apreendido na Alameda Santos, 455, 12º andar, Sala 1203/1204 (ANEXO 49A), onde se lê:

- “Não é crime a sonegação de imposto no Uruguai”: [...]
- “SAFIS – Ações ao portador – não há registro de quem são os donos – somente os diretores”: [...]
- “No Uruguai – não tem imposto – IRPF – não existe no Uruguai”: [...]
- “Há controles internos em relação à lavagem de dinheiro”: [...]
- “o escritório Posadas – pode prestar serviço de acionista”: [...]
- “CX2”: [...]

*Diante de tais elementos, é de se concluir que estas offshore, embora fossem, formalmente, constituídas no Uruguai, **eram desprovidas de quaisquer finalidades societárias, servindo, apenas, para estruturar, formalmente, as pessoas jurídicas do Grupo, para realizarem os fatos geradores dos tributos lançados.***

[...]

De posse das premissas básicas do Relatório de Solidariedade produzido pela fiscalização, pautadas nos elementos probatórios elencados oriundos do Ministério Público de São Paulo, da SEFAZ/SP e da própria RFB, passemos a apreciar as argumentações dos contribuintes contra as imputações de responsabilidade a que foram sujeitos.

Em geral, as impugnações apresentadas pelos diversos responsáveis solidários, pessoas físicas e jurídicas, são semelhantes, principalmente dentro do mesmo núcleo de infração (reais administradores, procuradores e Pessoas Jurídicas vinculadas), sendo que as argumentações comuns serão tratadas conjuntamente, enquanto as específicas, em separado.

2.2 DAS ARGUMENTAÇÕES COMUNS A MAIS DE UM RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO.

2.2.1 Da impossibilidade de aplicação do art. 124, I, dissociado do art. 135 do CTN. Necessária existência de atos de administração e gestão para caracterizar a solidariedade. Da formação do Grupo Econômico.

*As contestações de defesa do presente tópico foram argüidas igualmente pelos responsáveis tributários **Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih** (fls. 9078 a 9108), **Andréa Ferreira Abdul Massih** (fls. 8992 a 9024), **Simon Nemer Ferreira Abdul Massih** (fls. 8920 a 8950), **Nemr Abdul Massih** (fls. 9264 a 9295), **Dario Aprigio da Silva** (fls. 9139 a 9171), **João Shoiti Kaku** (fls. 8920 a 8950), **José Agostinho Miranda Simões** (fls. 8763 a 8783), **Paulo Roberto dos Santos Mina** (fls. 8786 a 8804), **Nabil Akl Abdul Massih** (fls. 9115 a 9136), e **Luiz Alberto Panaro** (fls. 9174 a 9182), **FAS – Empreendimentos e Incorporações** (fls. 8807 a 8848 / 8876 a 8907), **FN – Assessoria Empresarial Ltda** (fls. 9296 a 9343), **FAMA Ovos Ltda** (fls. 8954 a 8989), e **DOVOS Distribuidora de Ovos Ltda** (fls. 9027 a 9076).*

Defendem igualmente os impugnantes, que o “interesse comum” a que se refere o artigo 124, inciso I do CTN, não se resume a interesse econômico, devendo existir, para que se configure a solidariedade passiva tributária, interesse jurídico na realização da situação que deu origem ao fato gerador do tributo, o que torna imprescindível que a pessoa responsabilizada tenha exercido poderes de direção.

Em raciocínio lógico, complementam que não há como admitir a solidariedade passiva tributária a pessoa que não tenha exercido qualquer ato de gerência ou de administração à frente da pessoa jurídica fiscalizada (DMR).

O responsável João Kaku, na mesma linha, acrescenta que é fundamental que se realize, pessoalmente, em conjunto com outras, a materialidade do próprio fato gerador, pois somente assim se caracterizará o interesse jurídico que imputa a solidariedade.

Por sua vez, as pessoas jurídicas impugnantes (FAS, FAMA, DOVOS e FN) acrescentam que participar de empresas que se

relacionam, tendo em vista determinada atividade econômica, não revela, por si só, a solidariedade descrita nos artigos 124, inciso I, combinado com o artigo 135, inciso III, ambos do CTN.

Análise

De antemão, verifica-se que o objetivo dos impugnantes é desqualificar a responsabilidade tributária prevista no artigo 124, I, cuja matriz é o “interesse comum” na situação que constitua o fato gerador tributário, quando desvinculada de atos de gerência ou administração da sociedade, ou quando não participarem efetivamente do fato gerador que deu causa à responsabilidade.

Ocorre que, em contradição, os responsáveis do núcleo “reais administradores”, Maria de Fátima Massih, Andrea Massih, Simon Massih, Nemr Massih e João Kaku foram assim considerados não somente por configurado o “interesse comum” no fato gerador tributário, mas também pelas obrigações decorrentes de atos praticados por eles com infração à lei. Noutras palavras, a necessária associação do art. 124, I com o artigo 135 para legitimar a aplicabilidade do primeiro, no seu caso, já é realidade, porquanto a eles foram imputadas ambas as hipóteses de responsabilização.

Entretanto, o alcance do “interesse comum”, doravante enfrentado, aplica-se igualmente aos impugnantes acima identificados, porquanto a responsabilidade do artigo 124, inciso I, é independente daquela prevista no art. 135, sendo suficiente a sua hipótese de incidência para configurar a responsabilidade. Pois vejamos.

Para deslinde da controvérsia, primeiramente é necessário compreender o conceito de interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, previsto no art. 124, I, do CTN.

A norma de responsabilidade tributária tem o objetivo de garantir o crédito tributário e, por motivos de conveniência e necessidade, a lei elege um terceiro para ser o responsável pelo pagamento do tributo, em caráter pessoal, subsidiário ou solidário.

O art. 124, do CTN, trata da responsabilidade solidária das pessoas expressamente designadas por lei e das que tiverem interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, tendo como premissa a vinculação da terceira pessoa ao fato gerador, consoante artigo 128 do CTN:

*Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, **vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação**, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.*

Portanto, o “interesse comum” pressupõe haver liame inequívoco entre as atividades desempenhadas pelos integrantes do grupo econômico, inclusive as pessoas físicas, o que está fartamente comprovado no Relatório de Solidariedade (fls. 453/533), com excertos relevantes reproduzidos no item 2.1 precedente, e nos documentos a ele acostados.

Verifica-se, no caso concreto, a existência de várias sociedades formais (a DMR, dentre as demais) e outra verdadeira sociedade, que se pode chamar de real (o Grupo FN).

A sociedade formal, DMR Representação Comercial Ltda, tinha como quotistas o Sr. Rodrigo Madrigano, sócio administrador e a offshore uruguaia Parakalo S/A. Termo de Sujeição Passiva acostado às folhas 8519 a 8523, juntamente com Relatório de Solidariedade, revelam que Rodrigo Madrigano trata-se de interposta pessoa, sem qualquer conhecimento, capital ou poder de gerência necessários à consecução do objetivo societário.

Por outro lado, a Parakalo S/A era uma offshore uruguaia, interposta pessoa jurídica constituída fora do país, segundo Termo de Sujeição Passiva acostado às folhas 8515 a 8518.

As empresas, mesmo formal e aparentemente independentes como a DMR, realizavam, de forma complementar, as situações configuradoras dos fatos geradores e também atuavam sob comando único, com objetivo e estruturas comuns e com intercomunicação patrimonial. Demonstra-se nos autos que a direção centralizada do grupo se caracterizava pelo gerenciamento a nível de detalhes, das empresas, com instruções ou diretivas. O grupo mantinha, de fato, uma estrutura única “setorizada” em diversas pessoas jurídicas, cabendo à direção unitária decidir pela própria realização das operações e negócios das demais sociedades, bem como administrar os encargos deles decorrentes, como é a atividade consistente no pagamento de tributos e cumprimento de obrigações acessórias, caracterizando neste esteio o interesse comum.

*Neste contexto, a fiscalizada (DMR) existe para dar suporte às atividades empresárias da sociedade real. Se existe irregularidade na sociedade, ou seja, se ela é formalmente integrada por interpostas pessoas, a consequência é que o fato gerador não será realizado pela sociedade formal e sim pela sociedade real. Portanto, o interesse jurídico na situação que constitua o fato gerador não é daquela sociedade formal e sim da sociedade real (o Grupo Econômico) já que os administradores, ao praticarem o ilícito, ou seja, a interposição de pessoas e demais infrações legais apontadas, atuam também com o propósito de praticar ilícitos tributários, **cujos valores serviriam para enriquecer a todos ilicitamente.***

Nesse contexto, a formação do Grupo Econômico, com inexistência de autonomia das unidades, autônomas apenas na aparência, com blindagem patrimonial, comando centralizado dissimulado, sucessivas dissoluções irregulares fraudulentas e utilizando-se das estruturas das pessoas jurídicas constituídas por meio de interpostas pessoas ou offshores, caracterizam o “interesse comum” na situação que constituiu o fato gerador da

obrigação tributária por todos os partícipes, na medida em que tais condutas geravam renda, lucro e receitas tributáveis que eram sonegadas para o fim de financiamento e fomento de todo o Grupo econômico,

*Destarte, a sociedade real (o Grupo FN) é chamada a integrar a relação jurídica em sua totalidade, ou seja, **pessoas jurídicas e pessoas físicas, sem distinção de patrimônios**, por na realidade constituírem uma só grande empresa, sob o comando dos seus reais administradores, impugnantes Maria de Fátima Massih, Andrea Massih, Simon Massih, Nemr Massih e João Kaku, além dos mandatários José Miranda, Paulo Mina, Nabil Massih, Luiz Panaro e Dario Aprígio Silva, todos agentes das Pessoas Jurídicas do Grupo FN, também impugnantes, FAS, FN, Fama, e Dovos, e igualmente partícipes e beneficiárias dos valores sonegados.*

Registre-se, por específico, que Dario Aprígio Silva foi imputado como responsável tributário por ser o Procurador da offshore Parakalo S/A no Brasil, interposta pessoa jurídica uruguaia, sem qualquer finalidade societária, utilizada pelo Grupo FN para composição da DMR. Ou seja, tanto a offshore quanto o seu Procurador no país integraram o Grupo e suas articulações, compondo a unicidade empresarial com fins ilícitos. Parakalo S/A não apresentou impugnação, estando definitiva sua condição de responsável tributário, enquanto Dario Aprígio Silva não apresentou qualquer alegação ou prova que o desvinculasse do interesse comum fraudulento do Grupo.

Por sua vez, a alegação das pessoas jurídicas impugnantes (FN, FAS, FAMA e DOVOS) de que a participação em Grupo Econômico, por si só, não justifica a responsabilidade tributária, é verdadeira, DESDE QUE, este Grupo Econômico sirva-se ao seu objetivo social de forma lícita, sem utilização de interpostas pessoas para acobertamento dos seus reais administradores, sem prática reiterada de sonegação e fraude tributárias, sem o cometimento de ilícitos penais. Definitivamente não é o caso do Grupo FN.

Registre-se, ainda, que o próprio Poder Judiciário já reconheceu, em decisões judiciais anteriores (fls. 995/1006), a existência do grupo econômico comandado pelo clã dos Abdul Massih por meio de práticas fraudulentas, envolvendo a fiscalizada e demais pessoas jurídicas do grupo, como podemos exemplificar:

"Considerou o d. Juiz Federal que: (...) O débito neste processo atinge cerca de vinte milhões de reais (fl. 189), porém, o total das dívidas com a União ultrapassa um bilhão de reais (!), considerando-se o grupo de empresas interligado à executada (fl. 188). Os documentos de fls. 223 e ss., indicam a prática de condutas encetadas pelos administradores do grupo para fraudar credores, pois retratam casos de esvaziamento patrimonial da executada e sócios, concentração de dívidas e confusão de ativos, centralização da administração em membros do clã dos Abdul Massih, além da utilização de "offshore" com o objetivo de blindar o patrimônio familiar."

(...)

No caso, o "modus operandi" adotado pelo grupo (...), mostra-se bem explicitado (...). Assim, revelam-se ciclos de evolução do Grupo "Abdul Massih" em fases distintas, distinguindo-se, nas sociedades operacionais, o afastamento gradativo da família Abdul Massih, do quadro societário, ao tempo em que são substituídos por interpostas pessoas – pessoas de confiança da família, ou sem estiofo patrimonial, isto é, de "laranjas" (...) Denota-se, ainda, no último ciclo evolutivo societário o ingresso de sociedades offshore como sócias majoritárias das pessoas jurídicas, o que condiz com o alegado aperfeiçoamento do esquema de fraudes, dada a notória dificuldade de acessar o patrimônio enviado para o exterior, com a utilização dessas empresas "estrangeiras", situadas em "paraisos fiscais"(...)"

"ressalto que não há qualquer espaço nesta sede para se perscrutar em detalhes a alegada inocorrência de responsabilidade tributária fundada na caracterização de grupo econômico que foi reconhecida na origem diante de minuciosa petição acompanhada de farta documentação acostada pela exequente, resultado de diligente pesquisa (fls. 315/1.256) (...)

Deveras, os elementos documentais abrigados na execução indicam claramente a existência de multiplicidade de empresas administradas, formalmente ou não, por membros da família "Abdul Massih", com nitido esvaziamento patrimonial da executada associado ao incremento patrimonial de outras empresas do grupo econômico de fato (...)" – Destacamos.

A mera alegação dos impugnantes, nas suas respectivas peças de contestação, da inexistência de qualquer relação jurídica ou efetiva entre eles, pessoas físicas e jurídicas, e os fatos geradores apontados pela fiscalização junto a DMR, sem qualquer documento com efeito probante em contrário, não se mostra o bastante para desconstituir todo o elemento probatório juntado ao procedimento fiscal, seja ele oriundo do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime organizado (GAECO), do Ministério Público do Estado de São Paulo, seja da SEFAZ/SP ou da própria RFB, relacionados às fls. 461 a 462 e anexados ao Relatório de Solidariedade Tributária produzido pela fiscalização.

O entendimento aqui firmado é adotado também pelo CARF, inclusive pela CSRF, conforme jurisprudência a seguir:

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 124, I, DO CTN. INTERESSE COMUM. CABIMENTO. Cabe a imposição de responsabilidade tributária em razão do interesse comum na situação que constitui fato gerador da obrigação principal, nos termos do art. 124, I, do CTN, quando demonstrado, mediante conjunto de elementos fáticos convergentes, que os responsabilizados não apenas ostentavam a condição de sócios de fato da autuada, como estabeleceram entre ela e outras empresas de sua titularidade atuação negocial conjunta. (Acórdão nº 9101-002.349, de 14/06/2016, da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais)

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - Comprovado nos autos como verdadeiro sócio da pessoa jurídica, pessoa física, acobertada por terceiras pessoas ("laranjas") que apenas emprestavam o nome para que este realizasse operações em

nome da pessoa jurídica, da qual tinham ampla procuração para gerir seus negócios e suas contas-correntes bancárias, fica caracterizada a hipótese prevista no art. 124, I, do Código Tributário Nacional, pelo interesse comum na situação que constituía o fato gerador da obrigação principal. (Acórdão nº 108- 09617, de 28/05/2008, da 8ª Câmara do antigo 1º Conselho de Contribuintes)

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERPOSTA PESSOA. Comprovado nos autos os verdadeiros sócios da pessoa jurídica, pessoas físicas, acobertados por terceiras pessoas ("laranjas") que apenas emprestavam o nome para que eles realizassem operações em nome da pessoa jurídica, da qual tinham ampla procuração para gerir seus negócios e suas contas correntes bancárias, fica caracterizada a hipótese prevista no art. 124, I, do Código Tributário Nacional, pelo interesse comum na situação que constituía o fato gerador da obrigação principal. (Acórdão nº 1301-001-323, de 06/01/2013. 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara. Rel. Paulo Jakson da Silva Lucas).

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. A coordenação de uma sociedade empresária formalmente constituída, mas integrada por sócios que não possuem o conhecimento, o capital e o poder de gerência necessários à consecução do objetivo societário e, de outro lado, de uma sociedade de fato que contrata, presta serviços e é remunerada possui as mesmas características de um consórcio de empresas (apesar de não o ser) que permitem a responsabilização da empresa de fato, conforme o artigo 124, I, do CTN, e, por consequência, permitem a responsabilização pessoal dos sócios de fato. (Acórdão nº 1801-002-024, de 29/07/2014 – 1ª Turma Especial da Primeira Seção de Julgamento. Rel. Neudson Cavalcante Albuquerque)”.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Comprovado nos autos como verdadeiro sócio da pessoa jurídica, pessoa física, acobertada por terceiras pessoas ("laranjas") que apenas emprestavam o nome para que este realizasse operações em nome da pessoa jurídica, gerindo, na prática, seus negócios e suas contas correntes bancárias, fica caracterizada a hipótese prevista no art. 124, I, do Código Tributário Nacional, pelo interesse comum na situação que constituía o fato gerador da obrigação principal. (Acórdão nº 1202-001.034, de 08/10/2013 – Rel. Vivane Vidal Wagner)

ALEGAÇÕES DESACOMPANHADAS DE PROVAS. NÃO ACOLHIMENTO. Quando utilizadas para afastar fatos apresentados pela autoridade fiscal e baseados em documentos disponibilizados durante a auditoria, as alegações do sujeito passivo deverão estar lastreadas em elementos probatórios consistentes. (Acórdão 2401-003.057, de 18/06/2013)

AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES EM RECURSO. Simples alegações desacompanhadas dos meios de prova que as

justifiquem não são suficientes para ilidir o feito fiscal. (Acórdão 2802-001.908, de 19/09/12)

MERAS ALEGAÇÕES. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO HÁBIL E IDÔNEA. COMPROVAÇÃO DOS FATOS. A defesa deve estar instruída com todos os documentos e provas que possam fundamentar as contestações de defesa. Não têm valor as alegações desacompanhadas de documentos comprobatórios, quando for este o meio pelo qual devam ser provados os fatos alegados. (Acórdão 1101-000.795, de 11/09/12)

*Diante do exposto, é de concluir que está correta a responsabilização de **todos os impugnantes**, imputada com base no art. 124, I, do CTN, cuja aplicabilidade é dissociada do artigo 135 do CTN, quando incorrida a sua hipótese de incidência.*

2.2.2 Dos atos praticados com infração a lei pelos reais administradores. Imputação do artigo 135, III, do CTN

2.2.2.1 Da inexistência de provas de poder de gerência e prática de atos ilegais do núcleo “reais administradores” – família Abdul Massih, sobre os fatos geradores da DMR.

As contestações de defesa do presente tópico foram argüidas igualmente pelos responsáveis tributários Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih (fls. 9078 a 9108), Andréa Ferreira Abdul Massih (fls. 8992 a 9024), Simon Nemer Ferreira Abdul Massih (fls. 8920 a 8950) e Nembr Abdul Massih (fls. 9264 a 9295).

Contestaram os reais administradores acima identificados, invariavelmente, que nenhum documento juntado aos autos demonstra, de forma implícita ou explícita, que eles teriam praticado atos, determinantes ou de interesse, em relação ao fato gerador de suposto ilícito tributário junto a DMR.

Entretanto, como visto até então, a DMR era apenas uma das sociedades de fachada que acobertam a sociedade real, o grupo FN, este sim, a sociedade real, que era administrada diretamente pela família Abdul Massih e pessoas próximas por meio de procurações.

Alegam os impugnantes que o ônus de provar cabe ao fisco, mas que não há tais provas relacionadas diretamente a DMR. Por tudo o exposto, basta a prova do poder de gerência / administração no grupo econômico para vincular tais pessoas à DMR, porquanto esta é o braço comercial do segmento ovos comandado pelo Grupo. Pois vejamos.

Nembr Abdul Massih exercia a gestão e/ou administração diretamente, ou ainda por meio de duas pessoas jurídicas FN Assessoria Empresarial e FAS Empreendimentos imobiliários.

No Termo de Solidariedade Passiva (fl. 8302) e seus anexos, há elementos probatórios incontestes dos seguintes fatos e condutas, de lá transcritos:

11 – **Nemr Abdul Massih** é tratado como “o dono” das pessoas jurídicas componentes do Grupo FN.

12 – **Nemr Abdul Massih**, juntamente com demais reis administradores, exercia a gestão e/ou administração das pessoas jurídicas integrantes do Grupo FN, dentre elas da DMR, através da pessoa jurídica FN - Assessoria Empresarial Ltda. EPP - CNPJ 04.350.935/0001-59.

É tratado como *chefe* por procurador da FN.

13 – **Nemr Abdul Massih**, juntamente com sua esposa, senhora Maria de Fátima e filhos (senhor Simon e senhora Andréa) também exerceu a gestão e/ou administração das pessoas jurídicas integrantes do Grupo FN, dentre elas da DMR, através da pessoa jurídica FAS-Empreendimentos e Incorporações Ltda. (CNPJ 03.752.053/0001-57).

Neste sentido, utilizaram a FAS para a “blindagem patrimonial” dos bens do Grupo, e, paralelamente, para funcionar como o braço econômico-financeiro - o núcleo sensível - a peça fundamental para a geração da renda, da receita e do lucro (fatos geradores dos tributos lançados) das demais pessoas jurídicas do Grupo, inclusive da DMR.

14 – Seguem elementos relacionados à atuação do senhor **Nemr Abdul Massih**, que revelam sua participação em diversas reuniões junto a instituições bancárias, agendadas por meio de colaboradores da pessoa jurídica FN Assessoria Empresarial.

15 – Seguem elementos que demonstram o senhor **Nemr Abdul Massih** prestando garantias pessoais nos contratos de empréstimos bancários tomados pelo Grupo FN.

16 – Seguem elementos que demonstram o senhor **Nemr Abdul Massih** socialmente reconhecido como importante empresário do Grupo FN.

17 - A estrutura comum, indissociável, que envolvia a FN, a FAS e as demais pessoas jurídicas administradas pelo senhor **Nemr Abdul Massih** (e demais reis administradores), era de difícil entendimento até mesmo para os próprios colaboradores do Grupo.

18 – O senhor **Nemr Abdul Massih** casou-se com a senhora Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih, no regime de comunhão parcial de bens em 05/06/1982.

Em 25/04/2008, foi lavrada escritura de divórcio direto consensual, na qual ficou consignado que os dois já se encontravam separados de fato desde o dia 05 de janeiro de 2000, sem reconciliações.

Acontece que, os elementos encontrados, levam à convicção de que o citado divórcio se deu apenas formalmente, sendo que, de fato, ambos continuaram casados, inclusive durante os períodos auditados, e gerenciando, juntos, o Grupo FN.

A formalização do divórcio parece ter tido como objetivo proteger os bens que estavam (na sua quase totalidade) sob domínio da senhora Maria de Fátima ou da FAS (da qual aquela era sócia formal, com amplos poderes de gestão), vez que, o senhor Nemr já estava sendo chamado a responder por dívidas (artigas) do Grupo.

Todas estas afirmações constantes do referido Termo são reveladas por documentos anexados às folhas a ele imediatamente subsequentes, que não foram contrapostas em sua impugnação, para eventualmente desconstituir seu vínculo com o reconhecido Grupo Econômico, e por conseqüência, o vínculo com a DMR. Somam-se a estes elementos probatórios específicos, todos os demais descritos no Relatório de Solidariedade Passiva Tributária às folhas 453 a 533 e seus 53 anexos.

Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih exercia a gestão e/ou administração do grupo diretamente ou por meio de duas pessoas jurídicas: FN Assessoria Empresarial (sem vínculo

formal mas com poder de mando, conforme degravações e emails) e FAS Empreendimentos imobiliários, na condição de Diretora no período fiscalizado.

No Termo de Solidariedade Passiva (fl. 8019) e seus anexos, há elementos probatórios incontestes dos seguintes fatos e condutas, de lá transcritos:

11 – **Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih**, juntamente com demais **reis administradores**, exercia a gestão e/ou administração das pessoas jurídicas integrantes do Grupo FN, dentre elas da DMR, através da pessoa jurídica FN - Assessoria Empresarial Ltda. EPP - CNPJ 04.350.935.0001-59.

No que pese não ter sido detectado elo formal entre a senhora Maria de Fátima e a pessoa jurídica FN, sua atuação é comprovada por meio de situações fáticas, nas quais fica evidente que ela dirigia, pessoalmente, os empregados e procuradores da FN, dando ordens diretas aos mesmos e sendo tratada, inclusive, como **patrona**, o que segue demonstrado.

12 – **Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih**, juntamente com seus filhos (senhor Simon e senhora Andréa) também exerceu a gestão e/ou administração das pessoas jurídicas integrantes do Grupo FN, dentre elas da DMR, através da pessoa jurídica FAS-Emreendimentos e Incorporações Ltda. (CNPJ 03.752.053/0001-57).

Neste sentido, conforme segue demonstrado, utilizaram a FAS para a "blindagem patrimonial" dos bens do Grupo, e, paralelamente, para funcionar como o braço econômico-financeiro - o núcleo sensível - a peça fundamental para a geração da renda, da receita e do lucro (fatos geradores dos tributos lançados) das demais pessoas jurídicas do Grupo, inclusive da DMR.

Observação: A senhora Maria de Fátima pertenceu ao quadro societário desta pessoa jurídica, na condição de sócia e administradora, declarando-se (na GFIP da FAS) ser "contribuinte individual - diretor não empregado sem FGTS", no período de 01/2010 a 09/2012, e ter recebido a quantia de R\$ 3.600,00 (cinco mil e seiscentos reais), por mês, de tal pessoa jurídica. Deixou de integrar o quadro societário da FAS em 09/2012, mas manteve-se - DE FATO - na administração da mesma durante todos os períodos auditados (2010, 2011 e 2012).

13 – **Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih** chegou a atuar diretamente frente aos negócios do Grupo, representando a FAS, ou se apresentando, pessoalmente, como interveniente garantidora ou avaliada de empréstimos tomados pelo Grupo, os quais fomentavam a geração da renda, da receita e do lucro (fatos geradores dos tributos lançados) de todas as pessoas jurídicas componentes do mesmo.

14 – A estrutura comum, indissociável, que envolvia a FN, a FAS e as demais pessoas jurídicas administradas pela senhora **Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih** (e demais **reis administradores**), era de difícil entendimento até mesmo para os próprios colaboradores do Grupo.

15 – **Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih**, em meio aos trabalhos da "Operação Yellow", foi ouvida nas dependências do GAECO - Núcleo Capital, em 28 de maio de 2013, na presença do Exmo. Promotor de Justiça Dr. Márcio Augusto Friggi de Carvalho, com a presença dos Advogados Dr. Sérgio Salgado Ivahy e Dr. Ailton Trevisan.

Na oitiva verifica-se uma série de declarações contraditórias frente aos demais elementos probatórios, reforçando a convicção deste Fisco de que a senhora **Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih**, embora tenha negado, sempre participou diretamente na administração do Grupo FN.

16 – **Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih** casou-se com o senhor Nembr Abdul Massih, no regime de comunhão parcial de bens em 05/06/1982.

Em 25/04/2006, foi lavrada escritura de divórcio direto consensual, na qual ficou consignado que os dois já se encontravam separados de fato desde o dia 05 de janeiro de 2000, sem reconciliações.

Acontece que, os elementos encontrados, levam à convicção de que o citado divórcio se deu apenas formalmente, sendo que, de fato, ambos continuaram casados, inclusive durante os períodos auditados, e gerenciando, juntos, o Grupo FN.

A formalização do divórcio parece ter tido como objetivo proteger os bens que estavam (na sua quase totalidade) sob domínio da senhora Maria de Fátima ou da FAS (da qual aquela era sócia formal, com amplos poderes de gestão), vez que, o senhor Nembr já estava sendo chamado a responder por dívidas (amígas) do Grupo.

Todas estas afirmações constantes do referido Termo são reveladas por documentos anexados às folhas a ele imediatamente subsequentes, que não foram contrapostas em sua impugnação, para eventualmente desconstituir seu vínculo com o reconhecido Grupo Econômico, e por consequência, o vínculo com a DMR. Somam-se a estes elementos probatórios

específicos, todos os demais descritos no Relatório de Solidariedade Passiva Tributária às folhas 453 a 533 e seus 53 anexos.

Andrea Ferreira Abdul Massih exercia a gestão e/ou administração diretamente, ou ainda por meio de duas pessoas jurídicas FN Assessoria Empresarial e FAS Empreendimentos imobiliários, apresentando-se na condição de Diretora.

No Termo de Solidariedade Passiva (fl. 7920) e seus anexos, há elementos probatórios incontestes dos seguintes fatos e condutas, de lá transcritos:

11 – **Andréa Ferreira Abdul Massih**, juntamente com demais **reais administradores**, exercia a gestão e/ou administração das pessoas jurídicas integrantes do Grupo FN, dentre elas a DMR, através da pessoa jurídica FN - Assessoria Empresarial Ltda. EPP - CNPJ 04.350.935/0001-59.

12 – **Andréa Ferreira Abdul Massih**, juntamente com sua mãe e seu irmão (senhora Maria de Fátima e senhor Simon) também exerceu a gestão e/ou administração das pessoas jurídicas integrantes do Grupo FN, dentre elas da DMR, através da pessoa jurídica FAS-Empreendimentos e Incorporações Ltda. (CNPJ 03.752.053/0001-57).

Neste sentido, conforme segue demonstrado, a FAS foi utilizada para a “blindagem patrimonial” dos bens do Grupo, e, paralelamente, para funcionar como o braço econômico-financeiro - o núcleo sensível - a peça fundamental para a geração da renda, da receita e do lucro (fatos geradores dos tributos lançados) das demais pessoas jurídicas do Grupo, inclusive da DMR.

Observação: A senhora Andréa pertenceu ao quadro societário desta pessoa jurídica durante os períodos auditados, declarando-se na GFIP da FAS: “contribuinte individual – diretor não empregado sem FGTS”, nos anos 2010, 2011 e 2012.

13 – A estrutura comum, indissociável, que envolvia a FN, a FAS e as demais pessoas jurídicas administradas pela senhora **Andréa Ferreira Abdul Massih** (e demais **reais administradores**), era de difícil entendimento até para os próprios colaboradores do Grupo.

*Uma série de emails é transcrita também, ao término do Termo de Sujeição Passiva, para corroborar o papel de Andrea na gestão do Grupo FN. Todas estas afirmações constantes do referido Termo são reveladas por documentos anexados às folhas a ele imediatamente subsequentes, **que não foram contrapostas em sua impugnação**, para eventualmente desconstituir seu vínculo com o reconhecido Grupo Econômico, e por consequência, o vínculo com a DMR. Somam-se a estes elementos probatórios específicos, todos os demais descritos no Relatório de Solidariedade Passiva Tributária às folhas 453 a 533 e seus 53 anexos.*

*Simon Nemer Ferreira Abdul Massih, exercia a gestão e/ou administração vinculado **formalmente** a três pessoas jurídicas do grupo no período fiscalizado: FAS, Sina Indústria Alimentos e Sina Indústria de óleos Vegetais.*

No Termo de Solidariedade Passiva (fl. 8525) e seus anexos, há elementos probatórios incontestes dos seguintes fatos e condutas, de lá transcritos:

11 – **Simon Nembr Ferreira Abdul Massih**, juntamente com sua mãe e sua irmã (senhora Maria de Fátima e senhora Andrea) exerceu a gestão e/ou administração das pessoas jurídicas integrantes do Grupo FN, dentre elas a DMR, através da pessoa jurídica FAS-Empreendimentos e Incorporações Ltda. (CNPJ 03.752.053/0001-57).

Neste sentido, conforme segue demonstrado, eles utilizaram a FAS para a “blindagem patrimonial” dos bens do Grupo, e, paralelamente, para funcionar como o braço econômico-financeiro - o núcleo sensível - a peça fundamental para a geração da renda, da receita e do lucro (fatos geradores dos tributos lançados) das demais pessoas jurídicas do Grupo, inclusive da DMR.

12 – **Simon Nembr Ferreira Abdul Massih** atuava diretamente frente aos negócios do Grupo, como sócio da FAS, ou se apresentando, pessoalmente, como interveniente garantidor ou avalista de empréstimos tomados pelo Grupo, os quais fomentavam a geração da renda, da receita e do lucro (fatos geradores dos tributos lançados) de todas as pessoas jurídicas componentes do mesmo.

13 – **Simon Nembr Ferreira Abdul Massih** é socialmente reconhecido como importante empresário do Grupo FN.

14 – A estrutura comum, indissociável, que envolvia a FN, a FAS e as demais pessoas jurídicas administradas pelo senhor **Simon Nembr Ferreira Abdul Massih** (e demais reais administradores), era de difícil entendimento até mesmo para os próprios colaboradores do Grupo.

*Todas estas afirmações constantes do referido Termo são reveladas por documentos anexados às folhas a ele imediatamente subsequentes, **que não foram contrapostas em sua impugnação**, para eventualmente desconstituir seu vínculo com o reconhecido Grupo Econômico, e por consequência, o vínculo com a DMR. Somam-se a estes elementos probatórios específicos, todos os demais descritos no Relatório de Solidariedade Passiva Tributária às folhas 453 a 533 e seus 53 anexos.*

Portanto, ao contrário do que alegam os impugnantes, sobejam elementos comprobatórios do exercício de administração e gestão de todo o Grupo FN por aqueles membros da família Abdul Massih. Sendo incontestes também o modus operandi com o fim de sonegação fiscal, blindagem patrimonial e uso de interpostas pessoas, conforme item precedente, prática reiterada pelo Grupo por vários anos-calendários, foram identificadas várias infrações à lei cometidas pelos reais administradores:

a) *Lei 4.502/1964:*

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

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

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

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

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

b) Lei 8.137/90, artigos 1º e 2º:

“Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

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;

(...)

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

c) Decreto Lei 2.848/1940 (Código Penal), artigo 288

Associação Criminosa

“Art. 288 – Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.

d) Decreto Lei 2.848/1940 (Código Penal), artigo 299

Falsidade Ideológica

“Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante;

Detectada a infração à lei, sonegação fiscal dentre outras, há a responsabilidade pessoal dos “sócios” administradores da empresa (diretores, gerentes ou representantes), ao tempo do fato gerador, pelos tributos ora lançados, por resultantes de sua 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, conforme prevê o artigo 135, inciso III do CTN.

Mantida, portanto, a responsabilidade tributária solidária dos impugnantes.

2.2.2.2 Da inexistência de provas de poder de gerência e de atos ilegais praticados por João Shoití Kaku, sobre os fatos geradores da DMR – reais administradores.

*João Shoiti Kaku, imputado como responsável tributário no “núcleo” reais administradores, alega que apenas prestava serviços esporádicos de **consultoria financeira** para empresas do Grupo, mas sem pertencer à estrutura organizacional e sem qualquer domínio das atividades e decisões formadas pelos efetivos controladores do Grupo (Família Abdul Massih).*

Acrescenta que não há qualquer prova nos autos que demonstre a condição de diretor ou gerente financeiro junto ao Grupo, bem como não há qualquer vínculo do Impugnante com o Grupo e do Impugnante com os fatos geradores das obrigações tributárias.

Junta Declarações de FN, MODENA e SINA de que não exerce e nunca exerceu controle, gestão ou propriedade dessa empresa, sendo a sua pessoa completamente estranha ao quadro societário, diretivo ou de funcionários da empresa. Pois vejamos.

*Segundo consta no Relatório de Solidariedade Tributária, somado ao Termo de Sujeição Passiva às folhas 8199 a 8209, **João Shoiti Kaku** exercia sua condição de gestor / administrador do grupo na condição de Diretor Financeiro da FN, embora não formalmente, mas evidenciado pelos elementos colhidos na Operação Yellow.*

10 – João Shoiti Kaku foi identificado como um dos reais administrador do Grupo FN, aparecendo como Diretor Financeiro do mesmo, com aparente estrutura de funcionários a ele vinculados, junto à FN Assessoria Empresarial (p.j. que, basicamente, administrava o Grupo) conforme revela documentos apreendidos durante a “Operação Yellow”, especialmente a planilha anexa (Doc. 01 - Destacamos).

É necessário salientar que não foi detectado elo formal entre o senhor Kaku e qualquer pessoa jurídica do Grupo, durante os períodos auditados (2010 a 2012), sendo sua atuação comprovada por meio de situações fáticas, que evidenciam sua posição de administrador.

11 – João Shoiti Kaku pela posição que tinha dentro do Grupo FN, conhecia com profundidade a forma de organização do Grupo, o que fica explicitado na degravação de interceptação telefônica, (Doc. 02 - Destacamos), na qual o senhor Kaku, falando pelo Grupo, conversa com uma representante do Banco Fibra.

12 – João Shoiti Kaku, na posição de Diretor Financeiro (de fato) do Grupo, tinha intenso contato com diretores de bancos, para tratar de assuntos do Grupo FN, conforme se comprova em mensagens eletrônicas em que são agendadas reuniões, através de colaboradores da pessoa jurídica FN.

13 – João Shoiti Kaku, na prática de atos de gestão do Grupo FN, conforme demonstram os elementos probatórios, “supervisionava” a elaboração das demonstrações contábeis das pessoas jurídicas do Grupo, inclusive, pessoalmente, fazendo alterações nas mesmas, sobrepondo, ao que parece, o trabalho dos próprios contadores.

Todas estas afirmações constantes do referido Termo são reveladas por documentos anexados às folhas a ele imediatamente subseqüentes, que não foram contrapostas em sua impugnação, para eventualmente desconstituir seu vínculo com o reconhecido Grupo Econômico e, por conseqüência, o vínculo com a fiscalizada DMR.

A mera negativa do vínculo com o Grupo, somada à juntada das declarações (fls. 9259/9261) de outras pessoas jurídicas do Grupo de sua não vinculação ou gerência, não são elementos probatórios o bastante para desconstituir tudo o que provado

nos autos, seja no Relatório de Solidariedade, seja no próprio Termo de sujeição particular.

Comprovada a sua atuação de administração de todo o Grupo, mormente na seara financeira, resta afirmar que, em conluio com os demais “reais administradores”, praticou infrações a lei (relacionadas no item precedente) que o sujeitam à responsabilidade tributária pessoal, porquanto seus atos concorreram para as obrigações tributárias lançadas, segundo preceitua o artigo 135, inciso III do CTN.

Mantida, portanto, a responsabilidade solidária do Sr. João Shoití Kaku, também por incorridas as hipóteses do artigo 135 inciso III do CTN.

2.2.3 Da não responsabilidade dos Procuradores por não exercício do poder de direção e gerência. Mera condição de empregados das pessoas jurídicas.

As contestações de defesa do presente tópico foram argüidas igualmente pelos responsáveis tributários do núcleo “Mandatários”, José Agostinho Miranda Simões (fls. 8763 a 8783), Paulo Roberto dos Santos Mina (fls. 8786 a 8804), Nabil Akl Abdul Massih (fls. 9115 a 9136), e Luiz Alberto Panaro (fls. 9174 a 9182).

Alegam os mandatários acima identificados que eram meros funcionários das empresas do Grupo, FN Assessoria Empresarial (Luiz Panaro, José Miranda e Nabil Massih), e FAROLEO Comércio de Produtos Alimentícios Ltda (Paulo Mina), não exercendo qualquer poder de mando ou administração. Aduzem todos igualmente que os mandatos outorgados que foram destacados no Termo de Sujeição Passiva Solidária são específicos, limitados e em conjunto, sempre vinculando o impugnante outorgado ao controle e comando da outorgante.

Acrescentam que não há poderes para administrar, não há poderes para dispor do patrimônio, não há poderes para declarar tributos tampouco administrá-los – os poderes são específicos para o monitoramento financeiro em função da contratação de prestação de serviços da FN.

Análise

Sendo composta por interpostas pessoas, a sociedade DMR era administrada centralizadamente pelo Grupo, como todas as demais PJs componentes. Esta gestão administrativa, comercial, financeira e trabalhista era efetuada, sobretudo, por meio da FN Assessoria Financeira, diretamente ou principalmente por meio de contratos de assessoria empresarial (fl. 1029):

“Pelo presente instrumento particular de Contrato de Prestação de Serviços de Assessoria Comercial, Financeira e Trabalhista, e na melhor forma de direito (...) de um lado como CONTRATADA: FN (...) por seu representante legal, o Sr. Nemr Abdul³Massih (...) e de outro lado como CONTRATANTE: DMR (...) por seu representante legal, o Sr. Roberto Madrigrano, tem justo e contratado o seguinte (...):

Clausula 1º - A CONTRATADA compromete-se conforme contratação que lhe foi outorgada, a prestar seus serviços profissionais para assessorar a contratante na área comercial e financeira”

(...)

Clausula 3º - Fica facultado a CONTRATANTE alocar funcionários na sede da contratada para fins de acompanhar os trabalhos efetuados. Tais pessoas deverão ser previamente credenciadas e se submeterão às normas de conduta da CONTRATADA, inclusive com relação a horário de funcionamento” (Destacamos).

De forma paralela, a DMR, como as demais pessoas jurídicas do grupo (por meio dos sócios testas-de-ferro ou representantes das sócias offshore) ainda outorgavam procurações com amplos poderes de gestão à FN (especialmente para movimentação bancária), com cláusula de substabelecimento, conforme documento firmado entre a DMR e a FN juntado no Anexo 29 ao Relatório de Solidariedade (fls.1083/1084):

Procuração

Outorgante: DMR (...) representada por sua sócia PARAKALO S.A. (...) como empresa domiciliada no exterior, neste ato representada pelo seu Presidente FERNANDO DE POSADAS TRAMBAUER (...)

Outorgada: FN (...)

Poderes: Representar a outorgante perante terceiros em geral, inclusive bancos e instituições financeiras, com poderes para (i) assinar quaisquer contratos, inclusive contratos de empréstimo, financiamento, “Comprar”, “Vender”, abertura de crédito, cartas de fiança, contratos de câmbio de qualquer tipo ou modalidade, repasses e quaisquer outros; (ii) emitir Cédulas de Crédito Bancário, representativas de operações de crédito de qualquer modalidade; (iii) assinar quaisquer aditamentos, planilhas, anexos, pedidos de prorrogação e outros documentos que se refiram ou façam parte dos instrumentos de que trata os itens (i) e (ii) anteriores; (iv) constituir quaisquer garantias, reais e/ou fidejussórias, inerentes aos contratos e/ou títulos de crédito em questão, podendo, inclusive, assinar instrumentos particulares de cessão fiduciária em garantia e/ou de alienação fiduciária em garantia, e, através dos quais, ceder fiduciariamente a titularidade sobre quaisquer bens móveis, inclusive títulos de crédito e direitos creditórios; (v) emitir, sacar, endossar, descontar, aceitar, ceder, alienar, entregar para cobrança bancária quaisquer títulos de crédito, inclusive, mas não se limitando a cheques, duplicatas, notas promissórias, letras de câmbio, warrants, conhecimentos de depósitos, conhecimentos de embarque e quaisquer outros; (vi) abrir e movimentar contas correntes de titularidade da outorgante, inclusive por meio eletrônico; emitir, sacar e endossar cheques; autorizar débitos por qualquer meio, inclusive de pagamentos e transferências; assinar correspondências, recibos e quitações e praticar, enfim, todos os atos úteis e/ou necessários para o bom e fiel desempenho deste mandato, o qual é válido por 1 (hum) ano a contar da presente data, não sendo vedado o seu substabelecimento.

Foi detectado pela fiscalização, que no período auditado, a procuração da DMR à FN, bem como das demais pessoas jurídicas do Grupo (Dov, Dovos, Multioleos e Faroleo), foi substabelecida pela FN para 04 procuradores (Panaro, Nabil, Mina e Miranda), que recebiam amplos poderes de gestão e agiam ostensivamente frente a terceiros, especialmente instituições financeiras, mantendo ocultos os reais administradores, conforme exemplo abaixo (substabelecimentos às fls. 1085 a 1098):

“SUBSTABELECIMENTO

F. N. (...) representada por (...) Nembr Abdul Massih (...) SUBSTABELECE (...) poderes nas pessoas de LUIZ ALBERTO PANARO (...) NABIL AKL ABDUL MASSIH (...) JOSÉ AGOSTINHO MIRANDA SIMÕES (...) PAULO ROBERTO DOS SANTOS MINA (...)

que exercerão os poderes a nós conferidos por DMR (...), através do INSTRUMENTO DE PROCURAÇÃO (...) para representá-la perante o Banco Fibra SA (...) atuando EM CONJUNTO DE DOIS ENTRE SI OU EM CONJUNTO COM UM DOS SÓCIOS DA SUBSTABELECEDORA: (i) assinar quaisquer contratos, inclusive contratos de empréstimo, financiamento, “Comprar”, “Vender”, abertura de crédito, cartas de fiança, contratos de câmbio de qualquer tipo ou modalidade repasses e quaisquer outros; (ii) emitir Cédulas de Crédito Bancário, representativas de operações de crédito de qualquer modalidade; (iii) assinar quaisquer aditamentos, planilhas, anexos, pedidos de prorrogação e outros documentos que se refiram ou façam parte dos instrumentos de que trata os itens (i) e (ii) anteriores; (iv) constituir quaisquer garantias, reais e/ou fidejussórias, inerentes aos contratos e/ou títulos de crédito em questão, podendo, inclusive, assinar instrumentos particulares de cessão fiduciária em garantia e/ou de alienação fiduciária em garantia, e, através dos quais, ceder fiduciariamente a titularidade sobre quaisquer bens móveis, inclusive títulos de crédito e direitos creditórios; (v) emitir, sacar, endossar, descontar, aceitar, ceder, alienar, entregar para cobrança bancária quaisquer títulos de crédito, inclusive, mas não se limitando a cheques, duplicatas, letras de câmbio, warrants, conhecimentos de depósitos, conhecimentos de embarque e quaisquer outros; (vi) abrir e movimentar contas correntes de titularidade da outorgante, inclusive por meio eletrônico; emitir, sacar e endossar cheques; autorizar débitos por qualquer meio, inclusive de pagamentos e transferências; assinar correspondências, recibos e quitações e praticar, enfim, todos os atos úteis e/ou necessários para o bom e fiel desempenho deste mandato (...) vedado o seu substabelecimento.”

Esse modus operandi era reproduzido nas demais empresas do Grupo, todas geridas de forma centralizada pela família Abdul Massih e pessoas próximas através de procurações substabelecidas.

De fato, segundo consta no Relatório de Solidariedade, a FN apresentava-se frente ao público, especialmente instituições financeiras, por meio dos citados procuradores (Panaro, Nabil, Miranda e Mina), cujo vínculo empregatício como o Grupo assim se afigura nas Guias de Recolhimento ao FGTS e Informações à Previdência Social – GFIPs:

Ano	Nome	PJ vinculada	Ocupação
2010	JOSE AGOSTINHO MIRANDA SIMOES	F.N.-ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA - EPP	Gerentes administrativos, financeiros e de riscos.
2011	JOSE AGOSTINHO MIRANDA SIMOES	F.N.-ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA - EPP	Gerentes administrativos, financeiros e de riscos.
2012	JOSE AGOSTINHO MIRANDA SIMOES	F.N.-ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA - EPP	Gerentes administrativos, financeiros e de riscos.
2010	LUIZ ALBERTO PANARO	F.N.-ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA - EPP	Gerentes administrativos, financeiros e de riscos.
2011	LUIZ ALBERTO PANARO	F.N.-ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA - EPP	Gerentes administrativos, financeiros e de riscos.
2012	LUIZ ALBERTO PANARO	F.N.-ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA - EPP	Gerentes administrativos, financeiros e de riscos.
2010	NABIL AKL ABDUL MASSIH	F.N.-ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA - EPP	Gerentes administrativos, financeiros e de riscos.
2011	NABIL AKL ABDUL MASSIH	F.N.-ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA - EPP	Gerentes administrativos, financeiros e de riscos.
2012	NABIL AKL ABDUL MASSIH	F.N.-ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA - EPP	Gerentes administrativos, financeiros e de riscos.
2010	PAULO ROBERTO DOS SANTOS MINA	FAROLEO COMERCIO DE PRODUTOS ALIMENTICIOS	Escriturários em geral, agentes ...
2011	PAULO ROBERTO DOS SANTOS MINA	FAROLEO COMERCIO DE PRODUTOS ALIMENTICIOS	Escriturários em geral, agentes ...
2012	PAULO ROBERTO DOS SANTOS MINA	FAROLEO COMERCIO DE PRODUTOS ALIMENTICIOS	Escriturários em geral, agentes

Os procuradores atuavam não somente em representação da DMR, mas também de outras empresas do Grupo, mantendo ocultos os reais administradores:

PJ vinculada	Nome do mandatário	CPF/CNPJ	Período de vinculação
DMR, Dov. Davos, Multioleos e Faroleo	(PANARO) Luiz Alberto Panaro	303.492.828-97	período auditado
DMR, Dov. Davos, Multioleos e Faroleo	(NABIL) Nabil Akl Abdul Massih	214.334.278-00	período auditado
DMR, Dov. Davos, Multioleos e Faroleo	(MIRANDA) José Agostinho Miranda Simões	038.123.388-07	período auditado
DMR, Dov. Davos, Multioleos e Faroleo	(MINA) Paulo Roberto dos Santos Mina	146.988.888-24	período auditado

O exame dos substabelecimentos juntados aos autos, e da amplitude de atuação dos mandatários frente a várias empresas do Grupo, mormente junto aquelas que movimentam mais de 90% de todo o seu faturamento (PJs comerciais), com total

autonomia de circulação de tamanho patrimônio econômico e financeiro, nos revela o real poder de administração, financeira e patrimonial, dos outorgados, concedido pelo maior Diretor do Grupo, o Sr. Nembr Abdul Massih, por meio da FN.

Ao contrário do que alegam José Agostinho Miranda Simões, Nabil Akl Abdul Massih, Paulo Roberto dos Santos Mina e Luiz Alberto Panaro, suas condutas estão precisamente individualizadas. Atuaram como mandatários substabelecidos de F.N. Assessoria Empresarial Ltda., esse sim, mandatário original do Contribuinte DMR, e, nesse arranjo, fez-se ocultar um dos reais administradores do Grupo Econômico em voga, a dizer, Nembr Abdul Massih.

Não se deve perder de vista todo o artifício e artil construído ao redor do funcionamento do referido Grupo e serviente de cenário de fundo, como já visto. A dizer, os instrumentos procuratórios não estão soltos, nem são episódicos. Têm função a desempenhar no enredo todo. Nesse passo, já se diga que a imputação que lhes corre não é à força da prática de ato de gestão (art. 135, inciso III, do CTN), mas senão, no contexto de operação do Grupo, atuar com "excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos" no desempenho de mandato, bem que animados pelo interesse comum perseguido por esse mesmo Grupo (arts. 124, inciso I, e 135, inciso II, do CTN), como alinhavado linhas atrás.

*Por oportuno, diga-se que os termos dos substabelecimentos de fls. 8255, 8257 e 8259 são, sim, amplíssimos, visto que conferem totais poderes sobre a vida empresária do Contribuinte à possível atuação individual ou combinada de dois dentre os seguintes procuradores: Luiz Alberto Panaro, Nabil Akl Abdul Massih, José Agostinho Miranda Simões e Paulo Roberto dos Santos Mina, **sem interferência dos sócios da substabelecedora F.N. Assessoria Empresarial Ltda.** Frise-se, que os mandatários movimentavam a maioria dos recursos financeiros que circulavam por todo o Grupo FN, cuja Receita Bruta **somente das empresas outorgantes** ultrapassou R\$ 1 bilhão de reais em cada um dos anos calendário fiscalizados. Neste esteio, é transparente a participação dos mandatários nos objetivos escusos do grupo, configurado tanto o interesse comum quanto as infrações à lei apontadas.*

Registre-se ainda que, nesse ponto, ainda que se tenha por formalmente regulares os instrumentos de mandato citados, o propósito está desvirtuado. Donde a imprestabilidade, na hipótese, do art. 137, inciso II, do CTN, adiante também tratada.

Detectadas as infrações à lei apontadas no item precedente (sonegação fiscal, dentre outras), há a responsabilidade dos mandatários, prepostos e empregados, segundo as disposições do art. 135, II, não merecendo reparos os Autos de Infração e Termos de Sujeição Passiva solidária.

2.2.4 Da não responsabilidade dos mandatários quando infrações forem cometidas no exercício regular de mandato. Artigo 137, inciso I, do CTN.

As contestações de defesa do presente tópico foram argüidas igualmente pelos responsáveis tributários do núcleo "Mandatários", José Agostinho Miranda Simões (fls. 8763 a 8783), Paulo Roberto dos Santos Mina (fls. 8786 a 8804), Nabil Akl Abdul Massih (fls. 9115 a 9136), e Luiz Alberto Panaro (fls. 9174 a 9182).

Em outro turno, defendem os mandatários que, a despeito de não haver nenhum interesse deles na obrigação tributária e não haver nenhum ato temerário e contrário à lei, deve ser observado o que dispõe o artigo 137 do Código Tributário, notadamente em seu inciso, onde a responsabilidade pessoal do agente das infrações é excetuada quando praticadas no exercício regular de mandato.

Aduzem que a legislação tributária excetua sua responsabilidade (dos outorgados) quando agindo em cumprimento de ordem expressa emitida por seus empregadores e outorgantes, como no presente caso.

Análise

O artigo 137 do CTN trata da responsabilidade por infrações, e responsabiliza pessoalmente os agentes nos casos ali previstos:

Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:

I - quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;

II - quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;

III - quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:

a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondem;

b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores;

c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas.

O inciso I, carreado aos autos como defesa pelos impugnantes, de fato excetua a responsabilização PESSOAL dos mandatários no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito.

Transpondo para a realidade dos fatos, os Procuradores do Grupo FN, agindo nos exatos termos do Substabelecimento a eles outorgado, não poderiam responder isoladamente, e pessoalmente, pelas infrações apontadas, e de fato não respondem.

A responsabilidade tributária a eles imputada é solidária, não pessoal, sob fundamento legal diverso (art. 135, inciso II), porquanto praticaram ilícitos tributários e penais em conluio com a família Abdul Massih, no exercício do seu mandato, dos quais resultaram obrigações tributárias lançadas.

Noutras palavras, a não incidência do artigo 137, inciso I, na hipótese concreta de incidência dos autos, não salvaguarda os responsáveis da hipótese incorrida prevista no artigo 135, inciso II.

Mantidas as responsabilidades tributárias solidárias imputadas.

2.2.5 Da não responsabilidade sobre a multa de ofício

*As contestações de defesa do presente tópico foram argüidas igualmente pelos responsáveis tributários **Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih** (fls. 9078 a 9108), **Andréa Ferreira Abdul Massih** (fls. 8992 a 9024), **Simon Nemer Ferreira Abdul Massih** (fls. 8920 a 8950), **Nemr Abdul Massih** (fls. 9264 a 9295), **Dario Aprigio da Silva** (fls. 9139 a 9171), **FAS – Empreendimentos e Incorporações** (fls. 8807 a 8848 / 8876 a 8907), **FN – Assessoria Empresarial Ltda** (fls. 9296 a 9343), **FAMA Ovos Ltda** (fls. 8954 a 8989), e **DOVOS Distribuidora de Ovos Ltda** (fls. 9027 a 9076).*

Alegam os impugnantes que a responsabilidade por multa decorrente de infração tributária não pode ser repassada aos responsáveis, seja pela responsabilidade pessoal de quem a ela deu causa (artigo 137 do CTN), como também por não ser obrigação principal (artigo 124, inciso I do CTN).

Análise

*A Responsabilidade Tributária tratada no Capítulo V do CTN diz respeito ao **crédito tributário**, conforme explicitado nos art 128 e 135.*

*Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo **crédito tributário** a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.*

(...)

*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:*

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

O crédito tributário, por sua vez, é composto pelo principal e sua

penalidade pecuniária, quando aplicável, a teor dos art. 113 e 139 do CTN. A este propósito, vide trecho da ementa nos Embargos de Divergência no REsp 760.290/PR:

"Por outro lado, do exame sistemático das normas insertas no Código Tributário Nacional (arts. 113, §§ 1º e 3º, e 139), observa-se que crédito tributário não diz respeito apenas a tributo em sentido estrito, mas alcança, também, as penalidades que incidam sobre ele."

*A invocação do artigo 124, inciso I, em sua defesa é totalmente descabida, quando aquela prevê apenas a **hipótese de solidariedade** (interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal), e não o **objeto da solidariedade**, o crédito tributário, tratado no artigo 128.*

Igualmente infeliz é a citação do artigo 137 para tentar livrar-se da responsabilidade imputada segundo os artigos 124, I, e 135, incisos II ou III. Ao contrário do que tenta transparecer os impugnantes, a responsabilidade do artigo 137 é direcionada aos Agentes das infrações dolosas quando estes agirem CONTRA aqueles que representam, tratando-se de responsabilidade PESSOAL, eximindo o próprio contribuinte da obrigação tributária.

Por óbvio não é a situação com a qual aqui nos deparamos. Os reais administradores, mandatários e demais pessoas do Grupo Econômico, agiam coordenadamente, em conluio, sem que houvesse qualquer abuso de direito de umas sobre as outras a ensejar eventual responsabilidade pessoal. Abundam nos correntes autos elementos que evidenciam não só a existência do Grupo Econômico, mas também a intervenção ativa de tantos quantos citados (pessoas jurídicas e físicas) na conformação dos fatos geradores sobre os quais foram exigidos os consequentes tributos incidentes e respectivas multas de ofício.

Afastadas, portanto, as argumentações tendentes a separar tributo e multa para fins de incidência de responsabilidade solidária, ou tendentes a conferir pessoalidade às responsabilidades imputadas.

2.3 DAS ARGUMENTAÇÕES ESPECÍFICAS DOS RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS

2.3.1 Do sobrestamento do julgado

*O responsável solidário Sr. **João Shoiti Kaku** aduz que os Autos de Infração impugnados são oriundos da Operação Yellow, que deu origem à Ação Penal nº 001913-58.2013.8.26.0071 proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em curso perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Bauru/SP.*

Requer o impugnante que, subsidiariamente às suas razões de defesa, seja determinado o sobrestamento do feito (processo administrativo fiscal) até a conclusão definitiva da mencionada ação penal, uma vez que se busca auferir (sic) se o Impugnante

possui relação com os acontecimentos narrados nesse processo administrativo, evitando-se, assim, a existência de conclusões divergentes.

Análise

Registre-se que o requerimento do contribuinte para sobrestamento do julgamento até pronunciamento do Poder Judiciário quanto a legalidade das provas e responsabilidades, oriundas da Operação Yellow, não tem qualquer respaldo legal na esfera administrativa.

*Confunde o impugnante conceitos de independência das instâncias cível, penal e administrativa, no sentido de ali se admitir alguma exceção. Ela, exceção, existe, mas é quanto à aplicação do resultado havido **numa das instâncias sobre as outras**, e não quanto ao **sobrestamento** dos feitos em si. Por outras palavras, não se paralisa um processar d'uma instância para espera da conclusão d'outra instância. O que se faz, isso sim, é aplicar o resultado d'uma sobre a outra, quando o caso. O condicionamento, acaso existente, como na hipótese em que na seara penal sentenciam-se a inexistência do fato (art. 386, inciso I, do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, Código de Processo Penal - CPP) ou a negativa de autoria (art. 386, inciso IV, CPP), influi/determina o resultado na apuração das instâncias cível e administrativa. Mas e mesmo antes que a instância penal chegue a termo, não se obsta o seguimento em si dos processamentos cível e administrativo.*

Frise-se, por oportuno, que o processo administrativo é regido por princípios, dentre os quais, o da oficialidade, que obriga a administração a impulsionar o processo até sua decisão final (art. 2º, inciso XII, da Lei nº 9.784/99). Assim, não pode a autoridade administrativa proceder ao sobrestamento de processo com litígio regularmente instaurado pela apresentação de Impugnação.

Aliás, a função precípua da Administração é o controle da legalidade do ato administrativo, controle esse que somente se consuma quando o processo houver logrado transpor todos os escalões da esfera administrativa. Assim, também sob esse enfoque, é desejável que o processo tenha o seu curso normal até a decisão final.

Este posicionamento é referendado pela jurisprudência administrativa, a exemplo dos acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e do Conselho de Contribuintes, cujas ementas se transcrevem a seguir:

“SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO. BASE LEGAL. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. Inexistindo previsão legal, não podem as autoridades julgadoras administrativas decidir pelo sobrestamento do processo, sob pena de violar o princípio da legalidade inserto na Constituição da República. O princípio da oficialidade impede que o andamento de um processo fique sobrestado no aguardo de decisão referente a outro processo interposto pelo mesmo contribuinte.” (CARF, 2ª Turma, 2ª Câmara, 1ª Seção, acórdão 1202-000.514, sessão de 23/05/2011)

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. Não há previsão legal para o sobrestamento do julgamento de processo administrativo dentro das normas reguladoras do Processo Administrativo Fiscal. A Administração Pública tem o dever de impulsionar o processo até sua decisão final (Princípio da Oficialidade). Apenas a cobrança do débito deverá aguardar o pronunciamento principal, se demonstrada a ocorrência de uma das causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário.” (2º Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, acórdão nº 202-18000, sessão de 22/05/2007)

Não há que se falar, portanto, em sobrestamento do presente processo administrativo fiscal por inexistente qualquer respaldo legal para o feito.

2.3.2 Da Multa com efeito confiscatório

*O mesmo responsável solidário Sr. **João Shoiti Kaku** defende também que a doutrina e jurisprudência já firmaram posicionamento no sentido de que as multas não podem assumir caráter confiscatório, sendo imperiosa a sua redução, em respeito ao artigo 150, IV da Constituição Federal, que vedada (sic) a utilização de tributo com efeito de confisco.*

Cita doutrinas e julgados e conclui que não há necessidade de maiores considerações sobre o caráter confiscatório da multa aplicada, no percentual de 150% sobre a base de cálculo arbitrada pelos AFRFB, em total afronta à Constituição Federal e ao entendimento firmado pelo C. STF.

Análise

A multa de ofício aplicada aos lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS está especificada no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, sendo aplicável, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos art. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

A multa é devida pela falta de pagamento ou recolhimento, ou, em outras palavras, pelo descumprimento da obrigação principal, independentemente de quem seja o sujeito passivo ou de sua intenção. O aspecto subjetivo, qual seja, a intenção dolosa, é causa tão somente de qualificação da multa, o que também ocorreu no presente caso. Enfim, a exclusão da multa ou sua redução somente pode ocorrer com suporte na legislação tributária.

O argumento de que referidas multas tributárias ensejam o confisco é ele de fundo constitucional/legal. Nessa quadra, diga-se que a instância administrativa não está autorizada a afastar a aplicação de qualquer Lei, como a acima identificada. Ao contrário, à Administração Pública cumpre aplicar a Lei de ofício. Assim está anotado no art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, introduzido pela Medida Provisória nº 449,

de 3 de dezembro de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

Arguições de inconstitucionalidade de Leis ou ofensa a princípios constitucionais (como o do não confisco) fogem à alçada da administração pública, sendo matéria privativa do Poder judiciário, a quem devem ser dirigidas tais demandas. A tal propósito e no mesmo sentido está o enunciado nº 02 da Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF: "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária"

2.3.3 Do recebimento de Intimações e notificações por Procurador

*O responsável solidário Sr. **João Shoití Kaku**, ao cabo de sua Impugnação, solicita que quaisquer intimações e notificações sejam realizadas em nome do procurador do Impugnante LUIZ EDUARDO DE SOUZA NEVES SCHEMY, OAB/SP nº 203.946, com escritório na Alameda Jaú, nº1.754, 7º andar, São Paulo – Capital, CEP 01420- 006.*

Análise

O artigo 23 do Decreto nº 70.235/72, abaixo transcrito, disciplina integralmente a matéria. Seus incisos I, II e III configuram as modalidades de intimação, atribuindo ao Fisco a discricionariedade de escolher qualquer uma delas. Nesse sentido, o §3º estipula que os meios de intimação previstos nos incisos do caput do artigo 23 não estão sujeitos a ordem de preferência.

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

(...)

§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência.

*§ 4º Para fins de intimação, **considera-se domicílio tributário do sujeito passivo**: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)*

I - o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

O inciso II considera que a intimação via postal deve acontecer no domicílio tributário apenas do sujeito passivo. Já o §4º dispõe que, para fins de intimação, o domicílio tributário do contribuinte pode ser apenas dois locais: o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; ou o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo.

Assim, caso o impugnante fosse intimado, via postal, no endereço de seu advogado, tal ato não acarretaria qualquer efeito jurídico de intimação, pois estaria em desconformidade com o artigo 23, inciso II e §§ 3º e 4º, do Decreto nº 70.235/1972, não tendo o seu requerimento poder de flexibilizar a previsão legal expressa.

Indeferido, portanto, o pleito do sujeito passivo.

2.3.4 Da inexistência de prova da blindagem patrimonial feita pela FAZ – Empreendimentos Imobiliários

Alega a empresa FAZ que não foi provado que a empresa blindou ou escondeu o patrimônio do Grupo FN. Acrescenta que todo capital social é proveniente exclusivamente da sócia fundadora Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih e de empréstimos junto a Instituições bancárias, que foram pagos pela própria empresa, através de doações em pecúnia de seu pai José Ferreira por antecipação de legítima.

Fartos elementos probatórios juntados ao processo, inclusive oitivas e degravações, comprovam a utilização das empresas FAZ e MODENA para concentração do patrimônio do grupo, inclusive parques industriais, para blindagem do patrimônio e financiamento do grupo, seja por meio de contratos de mútuo, seja através de garantias junto às instituições financeiras.

Quanto a alegação de que o Capital social de formação da empresa é proveniente da sócia Maria de Fátima Massih e de empréstimos bancários pagos por seu pai, nenhuma prova material foi apresentada neste sentido, a ponto de desconstituir todo o elemento probatório do processo.

Ademais, a “formação do Capital Social” pode ser via subscrição em espécie ou em imobilizado, nada aqui demonstrado ou comprovado. Uma das formas de blindagem patrimonial identificadas pela Operação Yellow ocorria via “compra de indústrias”, conforme Relatório Fiscal, o que via de regra destina o patrimônio para as contas de Investimento ou Imobilizado, não refletindo no Capital social da empresa FAZ, o

que também desconstitui sua alegação quanto a origem do seu capital social como forma de contraprova à blindagem patrimonial.

2.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE DEMAIS PROCESSOS DO GRUPO

De relevo registrar que da auditoria sobre o Grupo Econômico foram lavrados Autos de Infração equivalentes sobre o mesmo contexto fático, respeitadas as

particularidades das exigências formalizadas em cada um dos segmentos de atuação:

AUDITORIA FISCAIS			
SEGMENTO	PESSOA JURÍDICA (PJ)	PROCESSO	VALOR LANÇADO (R\$)
SOJA	FAROLEO	10.825-722.781/2015-31	184.136.779,85
	MULTIÓLEOS	10.825-722.785/2015-10	152.906.367,60
	DOV (dissolução irregular)	10.825-722.771/2015-04	156.961.061,76
	WAS (dissolução irregular)	10.825-722.765/2015-49	106.875.981,45
	ORTED (dissolução irregular)	10.825-722.767/2015-38	47.822.240,81
	CROMAIS (dissolução irregular)	10.825-722.769/2015-27	26.986.363,34
	DOFAR (dissolução irregular)	10.825-722.770/2015-51	21.090.101,12
	PETRY (dissolução irregular)	10.825-722.764/2015-02	2.252.020,33
	OVOS	DMR	10.825-722.772/2015-41
	DOVOS (dissolução irregular)	10.825-722.547/2015-12	8.389.137,21
	TOTAL		716.797.487,15

Dos autos formalizados como estampado no quadro acima, de fl. 463, todos eles já foram objeto de respectivos Acórdãos então proferidos pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador/BA - DRJ/SDR, e pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo/SP – DRJ/SPO em que mantidas as exigências e as imputações de responsabilidade tributária solidária passiva.

Proferidos pela primeira foram os Acórdãos de nº: **15-40.876, de 06/09/2016** (Cromais Distribuidora de Produtos Industrializados Ltda.); **15-40.914, de 15/09/2016** (Dofar Distribuidora de Rações e Farelos Ltda. - ME); **15-40.730, de 03/08/2016** (Dov Óleos Vegetais Ltda.); **15-41.257, de 26/01/2017** (Faróleo Comércio de Produtos Alimentícios Ltda.); **15-41.258, de 26/01/2017** (Multióleos Óleos e Farelos Ltda.); **15-40.938, de 21/09/2016** (Orted Óleos e Cereais Ltda.); **15-40.796, de 22/08/2016** (Petry Comércio, Importação e Exportação Ltda.); e **15-40.768, de 17/08/2016** (W.A.S. Comércio de Alimentos Ltda.).

Pela DRJ/SPO, foi proferido o Acórdão de nº **16-76.516, de 10 de março de 2017** (DOVOS Distribuidora de ovos Ltda), onde igualmente mantidas as exigências e imputações de responsabilidade. Resta, portanto, apenas o presente julgado para concluir a 1ª instância administrativa do Grupo FN, assim nominado pela fiscalização. Isto considerado, faz-se necessário atestar que, servindo-me do art. 50, §1º, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, atesto que vários excertos dos referidos julgados foram aqui reproduzidos (seja pela qualidade, seja pela verdade material que carregam) quando relativos a situações fáticas comuns ao Grupo Econômico, naturalmente preservando as peculiaridades do presente litígio:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

[...]

§ 1o A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Outrossim, pela similitude, o presente processo administrativo fiscal deve, ao seu cabo, ser vinculado aos demais processos do Grupo Econômico, em homenagem à eficiência administrativa, evitando-se considerações díspares sobre a mesma situação jurídica.

CONCLUSÃO

*Ante o exposto e o contido nos autos, voto no sentido de considerar **IMPROCEDENTE a IMPUGNAÇÃO**, para:*

***NÃO CONHECER** a impugnação apresentada pelo Contribuinte DMR Representação Comercial Ltda, por ilegitimidade na sua representação, tornando definitiva a sua sujeição passiva tributária relativa aos créditos tributários em litígio;*

***MANTER**, integralmente, as exigências do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, consubstanciadas nos Autos de Infração, acrescidas de multa de ofício de 150% e dos juros de mora cabíveis;*

***MANTER a responsabilidade tributária** dos sujeitos passivos solidários Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih, Andréa Ferreira Abdul Massih, Simon Nemer Ferreira Abdul Massih, Nemr Abdul Massih, Dario Aprigio da Silva, João Shoiti Kaku, José Agostinho Miranda Simões, Paulo Roberto dos Santos Mina, Nabil Akl Abdul Massih, Luiz Alberto Panaro, FAS – Empreendimentos e Incorporações, FN – Assessoria Empresarial Ltda, FAMA Ovos Ltda e DOVOS Distribuidora de Ovos Ltda;*

***CONSIDERAR DEFINITIVA**, por não contestada, a Responsabilidade Tributária dos sujeitos passivos solidários Roberto Madrigano e Parakalo S/A;*

***CONSIDERAR DEFINITIVA**, por contestação intempestiva, a Responsabilidade Tributária do sujeito passivo MODENA Agropecuária, Incorporações e Empreendimentos Imobiliários Ltda;*

Certamente, a mera acusação de omissão de receitas da atividade, sem a escrituração fiscal e contábil, isoladamente, não proporciona a responsabilidade solidária de quem era sócio, integrava administração da sociedade ou era seu mandatário.

Todavia, a responsabilidade solidária dos recorrentes é compatível com a hipótese dos autos, havendo a motivação suficiente para imposição dos artigos 124, inciso I,

135, incisos II e III, do Código de Tributário Nacional. A nítida e indispensável evidência pela autoridade fiscal da conduta dolosa, individualizando cada responsável tributário e sua participação na sonegação, caracterizou a existência do interesse comum e direto na evasão fiscal.

IV. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA (150%) CONFISCATÓRIA

A qualificação da multa de ofício pressupõe a observância do artigo 10, incisos III e IV, do Decreto nº 70.235/1972 e do artigo 50, inciso II, da Lei nº 9.784/99:

Decreto nº 70.235/1972

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

[...]

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

Lei nº 9.784/99

Artigo. 50 - Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

Este Conselho de Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em diversos precedentes, expõe que a multa qualificada (150%) é imputada quando evidente o intuito de sonegação, fraude ou conluio, necessitando da comprovação das hipóteses dos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964.

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

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

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

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

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

Logo, a imposição da multa qualificada (150%), preconizada no artigo 44, inciso I, § 1º, da Lei nº 9.430/1996, é admissível na presente acusação fiscal, sem viés confiscatório, posto que demonstrada a evasão fiscal, com efetiva participação da contribuinte e demais responsáveis tributários.

Finalmente, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, mediante sua **Súmula nº 2**, delimita que *"não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária."*

V. CONCOMITÂNCIA DE INSTÂNCIA

A responsabilidade tributária é independente da criminal, sendo assim, inviabilizando o sobrestamento do presente processo administrativo fiscal, enquanto tramita a ação penal.

Durante o procedimento fiscal, várias diligências foram realizadas, fundamentando a responsabilização tributária de diversas pessoas físicas e jurídicas, porém, não se restringiram às informações compartilhadas, oriundas do processo criminal.

Convergindo com tal posicionamento, cita-se a ementa do acórdão nº 1401-002.897, relatado pelo conselheiro, Daniel Ribeiro Silva, proferido pela 1ª Turma Ordinária, 4ª Câmara, 1ª Seção de Julgamento, validando a prova emprestada e indeferindo o pretendido sobrestamento do processo administrativo fiscal:

SOBRESTAMENTO DO FEITO PARA AGUARDAR AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE

Salvo exceções, as decisões judiciais e administrativas são independentes no âmbito de suas respectivas esferas (civil, penal, administrativa, tributária, trabalhista etc.), até porque um mesmo fato pode consistir em ilícito tributário mas não penal, e vice e versa. Por sua vez, a eventual absolvição na esfera penal não acarreta necessariamente na improcedência do PAF. O processo administrativo fiscal é regido por princípios próprios, como o da oficialidade, que obriga a administração a impulsioná-lo até sua decisão final.

(...)

PAF. PROVA EMPRESTADA. VALIDADE.

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

Isto posto, voto pelo conhecimento e **NEGO PROVIMENTO** aos Recursos Voluntários.

(assinado digitalmente)

Rafael Gasparello Lima - Relator