



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

Processo n° 10825.722781/2015-31
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-002.112 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de abril de 2018
Matéria IRPJ E CSLL - LUCRO ARBITRADO
Recorrente FARÓLEO COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

CONTRADITÓRIO. INÍCIO.

Somente com a impugnação inicia-se o litígio, quando devem ser observados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de apresentar à autoridade fiscal os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

É cabível a qualificação da multa de ofício, no percentual de 150%, quando restar comprovado nos autos que o sujeito passivo agiu, dolosamente, no sentido de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais ou das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

Súmula CARF n° 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APURAÇÃO PROVA EMPRESTADA.

As informações sobre as vendas informadas para o Fisco Estadual podem ser aproveitadas no lançamento de tributos federais quando a contribuinte se recusa a apresentar seus livros e documentos contábeis.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

Não logrando os recorrentes infirmar a imputação de sujeição passiva solidária, não há como afastá-los do pólo passivo.

SUJEIÇÃO PASSIVA. PROCURADOR.

A mera qualificação de Procurador não enseja a imputação de responsabilidade pessoal ou solidária, devendo o fisco motivar e comprovar a prática de ato com excesso de poderes ou a caracterização de confusão patrimonial.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. Cofins.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao IRPJ em face da estreita relação de causa e efeito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento aos recursos voluntários da contribuinte (autuada) e dos responsáveis tributários/recorrentes: Pessoas Físicas - Ineide Maria de Souza (sócia), Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih, Andréa Ferreira Abdul Massih, Simon Nemer Ferreira Abdul Massih, Nembr Abdul Massih, João Shoiti Kaku, Simon Nagib Antonios, e André Amaro da Silva e as Pessoas Jurídicas: FN - Assessoria Empresarial Ltda, FAS - Empreendimentos e Incorporações Ltda, DOV Óleos Vegetais Ltda, Sina Indústria de Óleos Vegetais Ltda, Sina Indústria de Alimentos Ltda, Sina Comércio e Exportação de Produtos Alimentícios Ltda, e, por maioria de votos, em DAR provimento aos recursos voluntários das pessoas físicas (mandatárias): Luiz Alberto Panaro, Paulo Roberto dos Santos Mina e Nabil Akl Abdul Massih para afastar a responsabilidade tributária desses recorrentes. Vencida a relatora (Ester Marques Lins de Sousa) e os conselheiros Eva Maria Los e Paulo Cezar Fernandes de Aguiar que também negavam provimento aos recursos voluntários desses recorrentes. Designado o conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente e Relatora

(assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José Carlos de Assis Guimarães, Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Gisele Barra Bossa, Luis Henrique Marotti Toselli e Eduardo Morgado Rodrigues (Suplente convocado). Ausente justificadamente o conselheiro Rafael Gasparello Lima.

Relatório

Trata-se de autos de infração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), fls. 2/41, de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), fls. 42/81, de Contribuição para o PIS/Pasep, fls. 82/103, e de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social

(Cofins), fls.104/125, referentes aos anos-calendário de 2010, 211 e 2012. Lançados os tributos com juros de mora calculados até outubro/2015 e multa qualificada de 150%.

Por economia processual e bem descrever os fatos, adoto parte do relatório da decisão recorrida (e-fls.11.147/11.175) que a seguir transcrevo:

Dos Fatos

No Termo de Verificação Fiscal (fls. 126/141) consta que pesquisa nos sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), detectou receita bruta de venda, em 2011 e em 2012, da ordem de 307 e 350 milhões de reais, respectivamente. Constatado ainda que as DIPJ anos-calendário 2011 e 2012 foram entregues com os campos de receitas e cálculos dos IRPJ e CSLL zerados. Apresentadas apenas as DICON e DCTF com faturamentos da ordem de 212 e 188 milhões, relativas aos anos-calendário 2011 e 2012, e as DCTF referentes aos períodos janeiro a dezembro de 2010 e janeiro a junho de 2011, com valores confessados de PIS, COFINS e IRRF bastante inferiores aos que seriam devidos em razão das notas fiscais eletrônicas emitidas nos mesmos períodos, na ordem de 897 milhões de reais (fls. 142/631).

Após a intimação do início do procedimento fiscal, constatou-se que o domicílio fiscal da contribuinte, sala 38, encontrava-se fechado, fato constatado pela fiscalização. Foi informado, na portaria do prédio, que a única funcionária da Faróleo, encontrava-se de férias e que retornaria em 05/06/2014. Em 03/06/2014, a RFB recebeu via postal, correspondência da contribuinte requerendo prorrogação do prazo de 180 dias para permitir a entrega da documentação. Concedeu-se prazo adicional de 40 dias, com início em 03/06/2014. Em 31/07/2014, a contribuinte foi notificada que o período fiscalizado abrangeria também o ano-calendário 2010, motivo pelo qual a prorrogação foi postergada por mais 20 dias. A contribuinte apresentou livro de registro e saídas de 2010 a 2012, cópias de Dicon de janeiro a dezembro de 2010, e Registro de entradas e Registro de saídas, da filial de Extrema, nos anos 2010 a 2012. Também informou que os demais documentos seriam enviados posteriormente.

Transcorrido mais de um ano de fiscalização, a contribuinte não apresentou a documentação mínima necessária para a apuração dos valores devidos ou não dos tributos.

Do Arbitramento do Lucro

O art. 530, inciso III, do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), Decreto 3.000, de 26/03/1999, disciplina o arbitramento do lucro.

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

(...)

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;

A causa do arbitramento é, primordialmente, a omissão na entrega de livros contábeis e de livros fiscais. No caso concreto, corroborando com esta causa principal, encontram-se as próprias declarações da empresa fiscalizada, com informações prestadas de qualidade duvidosa, incongruentes com as notas fiscais eletrônicas de vendas emitidas e, a falta de apresentação, mesmo intimada de diversos livros fiscais e contábeis.

O arbitramento não é uma penalidade, mas sim a única consequência possível a uma situação consumada, que é a não apresentação, para exame, dos necessários livros contábeis e fiscais. É simplesmente um critério adotado para o cálculo do lucro. Quando conhecida a receita, no presente caso obtida pela soma das notas fiscais eletrônicas de vendas emitidas (Anexo I, fls. 142/631), aplicam-se percentuais determinados de acordo com a atividade exercida, inclusive, para respeitar os princípios da capacidade contributiva e de isonomia do sujeito passivo da obrigação tributária.

Da Qualificação da Multa

*Em 2011 e em 2012, a contribuinte não apresentou as DIPJ nem confessou em DCTF qualquer valor devido de contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL). **Limitou-se a confessar valor ínfimo** de imposto de renda devido (lucro real) **em apenas um trimestre** (2º/2010) e, apresentou DIPJ **com os campos zerados**.*

*Com relação à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e ao programa de Integração Social (PIS), limitou-se a informar valores incompatíveis com o faturamento. **Observa-se que os dados da receita bruta de vendas de janeiro a março de 2010 foram obtidos do livro Registro de Saídas, porque as notas fiscais eletrônicas passaram a ser emitidas a partir de abril de 2010.***

Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS)

...

Programa de Integração Social (PIS)

...

Receita Bruta declarada em DIPJ X Receita Bruta Calculada (Nfe)

| Ano- Calendário | Receita Bruta Declarada em DIPJ | Receita Bruta de Vendas das N.F.s. e Nfes* | Diferença Nfe X DIPJ |
|--------------------|---------------------------------------|--|----------------------|
| 2010 | 0,00 | 215.865.012,71 | 215.865.012,71 |
| 2011 | 0,00 | 307.100.464,08 | 307.100.464,08 |
| 2012 | 0,00 | 350.824.804,02 | 350.824.804,02 |

Estas tabelas demonstram que a pessoa jurídica, além de omitir valores significativos em DCTF e Dacon, também apresentou valores zerados nestas declarações e nas DIPJ.

Nos casos de falta de declaração ou de declaração inexata, a lei nº 9.430, de 1996, em seu art. 44, inciso I, §1º dispõe que o percentual de 75% será duplicado quando demonstrada a existência de conduta dolosa definida no art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, (sonegação), tipificada penalmente nos artigos 1º e 2º, da Lei nº 8.137, de 1990.

À luz destes dispositivos legais, na caracterização da sonegação, é suficiente a omissão de informações na declaração ou omissão da própria declaração a que está sujeito o contribuinte. O dolo, elemento subjetivo do tipo qualificado tributário ou do tipo penal, está presente quando a consciência e a vontade do agente para a prática da conduta (positiva ou omissiva) são evidenciadas pela reiteração de atos que tenham por escopo, inequivocamente, impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador e de suas circunstâncias materiais, necessárias à sua mensuração.

O artifício de declarar sistematicamente e reiteradamente, à Fazenda Nacional valores menores do que aqueles que de fato seriam os verdadeiros, além de retardar o conhecimento do elemento quantitativo do fato impositivo por parte da autoridade administrativa, ainda faz supor que o contribuinte está cumprindo com suas obrigações. A reiteração da prática de informar dados falsos à Fazenda Pública constitui-se em sonegação.

A caracterização de sonegação assim como do elemento volitivo na conduta do contribuinte ao declarar, reiteradamente, valores inverídicos ao Fisco, aquém do efetivamente devido, torna cabível a qualificação da multa, conforme dispõe o art. 44, §1º, da Lei nº 9.430, de 1996. E mais, a qualificação da multa é motivada não apenas pela ocorrência da sonegação, como também pela ocorrência, em tese, da fraude e conluio, tipificados nos artigos 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

Da Sujeição Passiva

*Elementos coletados no curso da Operação Yellow executada pelo Estado de São Paulo (Secretaria da Fazenda e Ministério Público) combinados com os elementos obtidos no curso da fiscalização comprovam que a **Faróleo Comércio de Produtos Alimentícios Ltda.** pertence ao grupo econômico ora identificado como “Grupo FN” que se subdivide em dois*

segmentos denominados Segmento Soja e Segmento Ovos, estando a fiscalizada inserida no Segmento Soja. Este grupo é composto por diversas pessoas jurídicas, cada uma com atribuição precípua.

Grupo FN – Segmento Soja

- **Holding 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 pessoas jurídicas 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 industriais e exportadoras:** Sina Indústria de Óleos Vegetais Ltda. (CNPJ 06.348.804/0002-43); Sina Indústria de Alimentos Ltda. (CNPJ 10.156.658/0001-40) e Sina Comércio e Exportação de Produtos Alimentícios Ltda. (CNPJ 09.374.458/0001-85); prestando-se as primeiras para industrializar, por conta e ordem das comerciais, oleaginosas (principalmente soja em grãos).

- **PJs comerciais:** Faróleo Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. (CNPJ 05.055.406/0001-40); DOV Óleos Vegetais Ltda (CNPJ 05.262.304/0001-40); Multióleos Óleos e Farelo Ltda (CNPJ 06.247.827/0001-80); Dofar Distribuidora de Rações e Farelos Ltda - ME (CNPJ 06.247.822/0001-58); Cromais Distribuidora de Produtos Industrializados Ltda (CNPJ 11.326.673/0001-52); W.A.S. Comércio de Alimentos Ltda (CNPJ 12.369.189/0001-73); Orted Óleos e Cereais Ltda (CNPJ 14.041.985/0001-08) e Petry Comércio, Importação & Exportação Ltda (CNPJ 14.465.186/0001-69); responsáveis pela comercialização, no mercado interno, dos produtos oriundos das industriais e responsáveis pela maior fatia de tributos gerados pelo Grupo.

Este Grupo atuou, nos anos-calendário 2011 e 2012, como uma única grande empresa por segmentos e cometeu diversas infrações tributárias, resultando em elevados valores lançados de tributos (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS) e sua estrutura e modo de agir faz com que haja obrigações tributárias solidárias pelos tributos lançados, nos termos do art. 124, I, do Código Tributário Nacional (CTN).

Em paralelo, também foi detectado que a atuação do Grupo era dirigida por pessoas que ostentavam três qualidades de vínculos:

a) Reais administradores (verdadeiros donos do negócio)

Pessoas físicas que, utilizando-se de interpostas pessoas (“testas-de-ferro”, “off-shore”, e/ou procuradores) administravam todo o conjunto empresarial de forma oculta. Eles organizavam toda a atividade do Grupo, decidiam, empreendiam, 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 acima identificadas e, também, para não declarar e não pagar a totalização dos tributos devidos pelas pessoas jurídicas do Grupo (o que, em tese, se configura sonegação fiscal), bem como se afastarem da solidariedade/responsabilidade tributária em relação a tais tributos, se valeram de alguns expedientes, a exemplo de:

- Utilização de interpostas pessoas (físicas – “testas-de-ferro” ou jurídicas – “offshores”) nos quadros sociais de suas pessoas jurídicas, que responderiam pelas obrigações destas, no lugar deles;

- Esvaziamento patrimonial das pessoas jurídicas do Grupo (auditadas), pois o patrimônio ficava centralizado (“blindado”) junto às PJs patrimoniais FAS e Modena – para não serem alcançados por obrigações das demais;

- Dissolução irregular de sete das onze pessoas jurídicas auditadas, as quais deixaram de funcionar em seu domicílio fiscal, sem qualquer comunicação, conforme disciplina a Súmula 435 do STJ.

“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.”

b) Sócios formais

São as pessoas cujos nomes compunham os quadros societários das pessoas jurídicas do Grupo.

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 - “off-shore” (SAFIs), 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”(decisão judicial em Agravo de Instrumento 0015886-63.2013.4.03.0000/SP – TRF 3º região).

c) Procuradores

Pessoas físicas que recebiam procurações para agirem, ostensivamente, em nome de algumas pessoas jurídicas do Grupo, mantendo ocultos os reais administradores. Nestas condições, verificou-se que os reais administradores, associados

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.

Entre as diversas infrações a dispositivos legais cometidas, que estão explicitadas no Relatório de Solidariedade Tributária das Pessoas Jurídicas do Grupo FN (fls. 756/836), destacam-se:

1 - Os reais administradores se associaram aos sócios formais (os quais cediam seus nomes para compor o quadro societário das pessoas jurídicas – sócios “testas-de-ferro”) e aos procuradores (que cediam seus nomes para assumirem os compromissos das pessoas jurídicas), para cometer, em conluio, as diversas infrações legais.

Assim agindo, os reais administradores, em tese, também infringiram o art. 288 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 1940).

“Quadrilha ou Bando”/“Associação criminosa”

Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim específico de cometer crimes: (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013).

(...)

2 – Os reais administradores, em acordo com os sócios formais e procuradores, ao integrarem ao quadro societário de suas pessoas jurídicas sócios “testas-de-ferro” e/ou “offshore”, modificaram, uma característica essencial dos fatos geradores: a sujeição passiva.

Agindo assim, infringiram o artigo 299 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 1940), cometendo, em tese, falsidade ideológica.

Art. 299 - 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

(...)

3 – Os reais administradores não pagaram e não declararam/confessaram a totalidade devida pela contribuinte dos tributos fiscalizados, no ano-calendário 2012, reduzindo-os na DCTF – Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (declaração que constitui confissão de dívida - Decreto-lei 2.124/1984, artigo 5º, parágrafo 1º).

| Faróleo - 2010, 2011 e 2012 | | |
|------------------------------------|-------------------|-------------------|
| | Devido (1) | Confessado |
| Tributos | 63.906.116,79 | 205.653,94 |

(1) Valor devido, conforme apurado pela fiscalização.

Desta forma, não houve apenas o mero inadimplemento (falta de pagamento de tributo devido já confessado ao Fisco), mas, sim, reiterada omissão dolosa, sonegação, em tese, objetivando o não pagamento dos tributos devidos. Assim, os reais administradores infringiram os artigos 71, 72 e 73 do Código Penal (sonegação, fraude e conluio) e os art. 1º e 2º da Lei 8.137, de 1990 (crimes contra a ordem tributária) e deixaram de confessar tributos devidos, no valor total de R\$ 63.700.462,85.

Enfim, detectou-se, nos anos-calendário 2010 a 2012, quanto à contribuinte, os responsáveis/solidários pelos créditos tributários lançados indicados no quadro a seguir.

| Responsável/Solidário | Qualidade | CPF/CNPJ | CTN |
|---|-----------------------|--------------------|-----------------|
| Onida S. A. (Uruguai) | sócio | 07.062.622/0001-93 | 124 I |
| Ineide Maria de Souza | sócio | 125.688.418-93 | 124 I e 135 III |
| André Amaro da Silva | Representa a sócia PJ | 253.069.988-79 | 124 I e 135 III |
| Simon Nagib Antonios | Gerente delegado | 143.644.228-19 | 124 I e 135 III |
| Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih | real administrador | 032.308.458-38 | 124 I e 135 III |
| Andréa Ferreira Abdul Massih | real administrador | 227.644.348-04 | 124 I e 135 III |
| Simon Nemer Ferreira Abdul Massih | real administrador | 292.680.168-85 | 124 I e 135 III |
| João Shoiti Kaku | real administrador | 634.844.988-20 | 124 I e 135 III |
| Nemr Abdul Massih | real administrador | 824.535.198-91 | 124 I e 135 III |
| José Agostinho Miranda Simões | mandatário | 038.123.388-07 | 124 I e 135 III |
| Paulo Roberto dos Santos Mina | mandatário | 146.988.888-24 | 124 I e 135 III |
| Nabil Akl Abdul Massih | mandatário | 214.334.278-00 | 124 I e 135 III |
| Luiz Alberto Panaro | mandatário | 303.492.828-97 | 124 I e 135 III |
| FN Assessoria Empresarial Ltda. EPP | PJ do grupo | 04.350.935/0001-59 | 124 I |
| FAS- Empreendimentos e Incorporações Ltda. | PJ do grupo | 03.752.053/0001-57 | 124 I |
| Dofar Distribuidora de Rações e Farelo Ltda | PJ do grupo | 06.247.822/0001-58 | 124 I |
| Faróleo Comércio Prod Alimentícios Ltda. | PJ do grupo | 05.055.406/0001-95 | 124 I |
| Dov Óleos Vegetais Ltda | PJ do grupo | 05.262.304/0001-40 | 124 I |
| Sina Indústria de Óleos Vegetais Ltda. | PJ do grupo | 06.348.804/0002-43 | 124 I |
| Sina Com. e Exp. Produtos Alimentícios Ltda. | PJ do grupo | 09.374.458/0001-85 | 124 I |
| Sina Indústria de Alimentos Ltda. | PJ do grupo | 10.156.658/0001-40 | 124 I |
| Modena Agrop. Inc. Empreend. Imob. Ltda. | PJ do grupo | 10.637.365/0001-85 | 124 I |
| Cromais Distrib. Prod. Industrializados Ltda. | PJ do grupo | 11.326.673/0001-52 | 124 I |
| W.A.S. Comércio de Alimentos Ltda. | PJ do grupo | 12.369.189/0001-73 | 124 I |
| Orted Óleos e cereais Ltda. | PJ do grupo | 14.041.985/0001-08 | 124 I |
| Petry Com., Imp. & Exportação Ltda. | PJ do grupo | 14.465.186/0001-69 | 124 I |

Foram lavrados Termo de Sujeição Passiva Solidária para cada um deles (pessoas jurídicas do grupo, sócios administradores, reais administradores).

| Responsável/Solidário | Qualidade | Termo Sujeição (fls.) |
|--|-----------------------|-----------------------|
| André Amaro da Silva | Representa a sócia PJ | 8223/8241 |
| Ineide Maria de Souza | sócio | 8511/8521 |
| Simon Nagib Antonios | Gerente delegado | 8942/8953 |
| Andréa Ferreira Abdul Massih | real administrador | 8242/8314 |
| Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih | real administrador | 8331/8506 |
| João Shoiti Kaku | real administrador | 8522/8572 |
| Nemr Abdul Massih | real administrador | 8647/8843 |
| Simon Nemer Ferreira Abdul Massih | real administrador | 8878/8941 |
| Paulo Roberto dos Santos Mina | mandatário | 8573/8594 |

| | | |
|--|-------------|-----------|
| José Agostinho Miranda Simões | mandatário | 8595/8616 |
| Nabil Akl Abdul Massih | mandatário | 8625/8646 |
| Luiz Alberto Panaro | mandatário | 8852/8873 |
| Onida S. A. (Uruguai) | sócia | 8844/8847 |
| Cromais Distrib. Prod. Industrializados Ltda | PJ do grupo | 8315/8318 |
| Dofar Distribuidora de Rações e Farelo Ltda | PJ do grupo | 8319/8322 |
| Dov Óleos Vegetais Ltda | PJ do grupo | 8323/8326 |
| FAS- Empreendimentos e Incorporações Ltda. | PJ do grupo | 8327/8330 |
| FN Assessoria Empresarial Ltda. EPP | PJ do grupo | 8507/8510 |
| Modena Agrop. Inc. Empreend. Imob. Ltda. | PJ do grupo | 8617/8620 |
| Multioleos Óleos e Farelos Ltda | PJ do grupo | 8621/8624 |
| Orted Óleos e cereais Ltda. | PJ do grupo | 8848/8851 |
| Petry Com., Imp. & Exportação Ltda. | PJ do grupo | 8874/8877 |
| Sina Indústria de Alimentos Ltda. | PJ do grupo | 8954/8957 |
| Sina Com. e Exp. Produtos Alimentícios Ltda. | PJ do grupo | 8958/8961 |
| Sina Indústria de Óleos Vegetais Ltda. | PJ do grupo | 8962/8965 |
| W.A.S. Comércio de Alimentos Ltda. | PJ do grupo | - |

Observe-se que os elementos probatórios que evidenciam a atuação das pessoas físicas e offshores foram anexados aos respectivos Termos de Sujeição Passiva Solidária/Responsabilidade Tributária.

Da Base De Cálculo.

A receita bruta para apuração dos tributos devidos foi apurada mensalmente, a partir das notas fiscais eletrônicas emitidas pela contribuinte. As que correspondem à receita bruta de vendas estão relacionadas no Anexo I (fls. 142/631). A partir do cálculo da receita bruta, para apuração do IRPJ e da CSLL, aplicaram-se os percentuais legais para apuração do lucro, base de cálculo destes dois tributos.

Contestações

*A contribuinte **Faróleo** Comércio de Produtos Alimentícios Ltda., intimada do lançamento por via postal (fls. 10138/10143 e 10252), em 26/11/2015, apresenta impugnação (fls. 10430/10461), em 23/12/2015, e, posteriormente, a reapresenta com a firma do signatário reconhecida (fls. 11033/11060 e 11065/11092).*

Alega, inicialmente, que provará que detinha documento/dados suficientes para a realização de um trabalho de fiscalização correto, portanto sem necessidade de arbitramento. Aduz também que a decadência alcançou o ano-calendário 2010 a impor a nulidade do auto de infração.

O auto de infração, ato administrativo, deve pautar-se pelos princípios reguladores da Administração Pública e os princípios constitucionais, entretanto todo o procedimento fiscal foi realizado de modo a cercear o seu direito de defesa. A própria fiscalização afirma ter recebido a contabilidade da impugnante, e sem razão não a utiliza. Esta documentação daria lastro a crédito tributário bem inferior ao lançado. As provas decorrentes da Operação Yellow da Sefaz-SP e de processo judicial tramitando na 7ª Vara Federal da Comarca de São Paulo, são ilícitas porque obtidas por meio ilícito, sem

observância da lei, conforme entendimento do STJ, em sintonia com 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 8.137, de 1990, antes do lançamento definitivo do tributo.

Alega ser inaceitável a autorização de qualquer procedimento cautelar invasivo, a exemplo de interceptação telefônica, antes do lançamento definitivo do crédito tributário. Incabível a investigação criminal para fundamentar a ação fiscal. Também alega que a ação penal e o procedimento prévio investigatório pressupõem que haja decisão final sobre o crédito tributário, o que não há. A busca e apreensão feita pela Sefaz-SP, bem como a quebra de sigilo de ligações telefônicas é ilegal, se deferida antes de configurada a condição objetiva de punibilidade de delito. Enfim, estas ações não foram lícitas. Observa que o próprio Relatório da Operação Yellow não é prova e, no mínimo, apenas, após ele ser declarado como prova no procedimento judicial instaurado pela parte, a responsabilização solidária poderia ser imputada aos impugnantes. Não há provas aptas que fundamentem o direito pleiteado pela RFB.

Não há qualquer razão para a qualificação da multa para 150%, conforme art. 44, § 1º, porque inexistem omissão de receitas e conduta dolosa.

Finaliza, requerendo as preliminares do cerceamento do direito de defesa e de nulidade do procedimento fiscal, a diminuição da multa para o patamar comum exclusão de sua responsabilidade sobre a multa e a improcedência do arbitramento que acarretou um lançamento desproporcional.

Também apresentam impugnações as pessoas físicas e as pessoas jurídicas enquadradas na sujeição passiva (responsabilidade solidária) a seguir indicadas.

| <i>Responsável/Solidário</i> | <i>Qualidade</i> | <i>CPF/CNPJ</i> | <i>Impugnação (fls)</i> |
|---|------------------------------|---------------------------|-------------------------|
| <i>Onida S. A. (Uruguai)</i> | <i>sócio</i> | <i>07.946.453.0001-54</i> | <i>Não apresentada</i> |
| <i>Ineide Maria de Souza</i> | <i>sócio</i> | <i>126.945.118-99</i> | <i>10464/10497</i> |
| <i>André Amaro da Silva</i> | <i>representa a sócia PJ</i> | <i>253.069.988-79</i> | <i>10383/10393</i> |
| <i>Simon Nagib Antonios</i> | <i>gerente delegado</i> | <i>227.644.348-04</i> | <i>10291/10297</i> |
| <i>Simon Nemer Ferreira Abdul Massih</i> | <i>real administrador</i> | <i>824.535.198-91</i> | <i>10396/10427</i> |
| <i>Andréa Ferreira Abdul Massih</i> | <i>real administrador</i> | <i>634.844.988-20</i> | <i>10544/10576</i> |
| <i>Maria de Fátima Butara F. Abdul Massih</i> | <i>real administrador</i> | <i>292.680.168-85</i> | <i>10579/10610</i> |
| <i>João Shoiti Kaku</i> | <i>real administrador</i> | <i>146.988.888-24</i> | <i>10829/10879</i> |
| <i>Nemr Abdul Massih</i> | <i>real administrador</i> | <i>214.334.278-00</i> | <i>10892/10923</i> |
| <i>José Agostinho Miranda Simões</i> | <i>mandatário</i> | <i>038.123.388-07</i> | <i>10338/10358</i> |
| <i>Paulo Roberto dos Santos Mina</i> | <i>mandatário</i> | <i>303.492.828-97</i> | <i>10361/10380</i> |

| | | | |
|--|--------------------|---------------------------|-------------------------|
| <i>Nabil Akl Abdul Massih</i> | <i>mandatário</i> | <i>04.350.935/0001-59</i> | <i>10268/10288</i> |
| <i>Luiz Alberto Panaro</i> | <i>mandatário</i> | <i>03.752.053/0001-57</i> | <i>10802/10813</i> |
| <i>FN Assessoria Empresarial Ltda. EPP</i> | <i>PJ do grupo</i> | <i>05.055.406/0001-95</i> | <i>10924/10971</i> |
| <i>FAS- Empreendimentos e Incorp. Ltda.</i> | <i>PJ do grupo</i> | <i>05.262.304/000140</i> | <i>10500/10531</i> |
| <i>Dov Óleos Vegetais Ltda</i> | <i>PJ do grupo</i> | <i>10.156.658/0001-40</i> | <i>10764/10799</i> |
| <i>Sina Indústria de Óleos Vegetais Ltda.(I)</i> | <i>PJ do grupo</i> | <i>06.348.804/0002-43</i> | <i>10654/10689 (I)</i> |
| <i>Sina Com. e Exp. Prod. Alimentícios Ltda.</i> | <i>PJ do grupo</i> | <i>09.374.458/0001-85</i> | <i>10616/10651</i> |
| <i>Sina Indústria de Alimentos Ltda.</i> | <i>PJ do grupo</i> | <i>10.156.658/0001-40</i> | <i>10692/10728</i> |
| <i>Modena Agrop. Inc. Empreend. Imob. Ltda.</i> | <i>PJ do grupo</i> | <i>10.637.365/0001-85</i> | <i>10986/11005</i> |
| <i>Cromais Distrib. Prod. Industrializados Ltda.</i> | <i>PJ do grupo</i> | <i>11.326.673/0001-52</i> | Não apresentadas |
| <i>W.A.S. Comércio de Alimentos Ltda.</i> | <i>PJ do grupo</i> | <i>12.369.189/0001-73</i> | |
| <i>Dofar Distribuidora de Rações e Farelo Ltda</i> | <i>PJ do grupo</i> | <i>06.348.804/0002-43</i> | |
| <i>Multióleos Óleos e Farelos Ltda.</i> | <i>PJ do grupo</i> | <i>06.247.827/0001-80</i> | |
| <i>Orted Óleos e Cereais Ltda.</i> | <i>PJ do grupo</i> | <i>14.041.985/0001-08</i> | |
| <i>Petry Com., Imp. & Exportação Ltda.</i> | <i>PJ do grupo</i> | <i>14.465.186/0001-69</i> | |
| | | | |

Nota: (1) Impugnação repetida/complementada às fls. 10731/10761 e 11099/11130.

André Amaro da Silva, (fls. 10383/10393), **representante da Onida S. A.**, sócia da contribuinte, contesta a sua notificação como responsável solidário acerca da lavratura de autos de infração contra pessoas jurídicas, alegando, inicialmente, que a única ligação sua com a empresa é a ficha cadastral da Jucesp que o identifica como representante da empresa Atikis S/A, que retirou-se da Onida em 27/02/2003, destacando que foi procurador exclusivamente para o cadastramento no sistema CNPJ da RFB. Enfim, os poderes a si conferidos são exclusivamente para a representação e nunca para a responsabilização. A empresa Atikis retirou-se da Onida, em 2003, período bem anterior ao da autuação, o que entende evidenciar erro na responsabilização tributária ou mesmo confusão entre as empresas Onida e Atikis pela fiscalização. Ademais, inexistente na documentação anexa ao Termo de Responsabilidade Tributária qualquer documento que o vincule a Onida ou a autuada Faroleo e nunca participou ou contribuiu para quaisquer dos fatos descritos nos relatórios fiscais e que fundamentem suas conclusões. Finaliza, requerendo a improcedência da imputação da Sujeição Passiva Solidária.

Ineide Maria de Souza (fls. 10464//10497), sócia da contribuinte, contesta a sua notificação como responsável solidário acerca da lavratura de autos de infração contra pessoas jurídicas, alegando, inicialmente, que as “provas” foram obtidas de apenas duas fontes: relatório da Operação Yellow da Sefaz-SP e processo judicial tramitando na 7ª Vara Federal da Comarca de São Paulo, e o processo administrativo fiscal apresenta diversos documentos retirados do relatório

Yellow, cujas provas foram obtidas por meio ilícito, sem observância da lei, porque, conforme entende o STJ, em sintonia com 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 8.137, de 1990, antes do lançamento definitivo do tributo.”

Alega ser inaceitável a autorização de qualquer procedimento cautelar invasivo, a exemplo de interceptação telefônica, antes do lançamento definitivo do crédito tributário. Incabível a investigação criminal para fundamentar a ação fiscal. Também alega que a ação penal e o procedimento prévio investigatório pressupõem que haja decisão final sobre o crédito tributário, o que não há. A busca e apreensão feita pela Sefaz-SP, bem como a quebra de sigilo de ligações telefônicas é ilegal, se deferida antes de configurada a condição objetiva de punibilidade de delito. Enfim, estas ações não foram lícitas. Observa que o próprio Relatório da Operação Yellow não é prova e, no mínimo, apenas, após ele ser declarado como prova no procedimento judicial instaurado pela parte, a responsabilização solidária poderia ser imputada aos impugnantes. Não há provas aptas que fundamentem o direito pleiteado pela RFB.

Alega ainda que nos termos dos art. 124, I, e 137, ambos do CTN, a responsabilidade pela multa de ofício não pode ser repassada aos impugnantes, porque não é obrigação principal nem eles se enquadram como responsáveis pessoais (art. 137).

O art. 124, I, deve ser analisado conjuntamente com o art. 135, III, portanto, é necessário que a pessoa física tenha participado de atos de gerência e de administração em relação à DOV, ou, de outro modo, tenha dado causa à atividade geradora do fato imponível, porque o interesse comum (art. 124, I) não se resume ao econômico, sendo necessário haver o interesse jurídico. Sequer houve a comprovação da alegada prática, assim como são insuficientes presunções, apontamentos infundados ou participação em empresas que se relacionam para configurar o enquadramento na sujeição passiva, conforme artigos 124, I, e 135, III.

Finaliza, requerendo a preliminar de nulidade do procedimento fiscal, a exclusão de sua responsabilidade sobre a multa e a anulação do Termo de Sujeição Passiva Solidária, por medida de justiça.

Simon Nagib Antonios, qualificado como gerente delegado, impugna a sua responsabilização (fls. 10291/10297) e alega que apenas foi funcionário da Faróleo entre abril de 2002 e fevereiro de 2003, quando ocupou a função de gerente delegado, entretanto desde então inexistiu qualquer vinculação sua com a empresa. Incabíveis a responsabilização tributária tanto porque inaplicável o art. 124 do CTN, pois não tem qualquer interesse comum com o fato gerador da obrigação principal, assim como não praticou qualquer das condutas comissivas indicadas nos

incisos I a III do art. 135 do mesmo Código. Requer a exclusão de sua responsabilidade sobre o crédito tributário.

Reais administradores da Faróleo

Simon Nemer Ferreira Abdul Massih (10396/10427), Andréa Ferreira Abdul Massih (fls. 10544/10576), Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih (fls. 10579/10610), e Nembr Abdul Massih (fls. 10892/10923) apresentam impugnações com o mesmo teor da impugnação de Ineide Maria de Souza, sócia da contribuinte, inclusive quanto aos pedidos – acolhimento da preliminar de nulidade do procedimento fiscal; exclusão de sua responsabilidade sobre a multa e anulação do Termo de Sujeição Passiva – acima relatada.

João Shoiti Kaku, qualificado pela fiscalização como real administrador da Faróleo, representado por procurador (fls. 10878/10879), em sua impugnação (fls. 10829/10877), alega que não existe qualquer tipo de vínculo entre ele e o fato gerador da obrigação tributária, portanto injustificável sua permanência no pólo passivo dos Autos de Infração. Ademais é impossível abordar matéria relativa ao crédito tributário constituído porque ausentes documentos indispensáveis para isto.

A sua inclusão como responsável solidário fere o princípio da segurança jurídica, cerceia a sua defesa porque nem lhe foi solicitado qualquer esclarecimento a respeito da existência de vínculo com a Faróleo, que repete inexistir, nem é possível atribuir-lhe o rótulo de “verdadeiro dono do negócio”. Sequer tem informações sobre esta empresa. Inexistem no processo quaisquer documentos que lhe permitam aferir a veracidade das informações constantes nos Autos de Infração, que ficam maculados por estas falhas. Atua como consultor financeiro para a FN Assessoria Empresarial Ltda. sem qualquer relação com os fatos apurados pela fiscalização. É dever da administração pública buscar a verdade material e atender aos princípios que a norteiam.

Alega que inexistem provas da infração tributária, a exigirem sua nulidade, a exemplo da ausência das notas fiscais eletrônicas emitidas pela Faróleo o que impede o exercício pleno de seu direito de defesa e do contraditório, também cerceado na fase investigatória. O lançamento agride ainda o princípio da motivação, descritor do motivo do ato. Indevida a sujeição passiva porque não é sócio nem administrador da empresa atuada, sendo inaplicável ao caso concreto o art. 135, III, do CTN, e alega que só à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional compete redirecionar a responsabilidade para quem não seja o sujeito passivo. Nulo o Termo de Solidariedade Passiva porque lavrado por autoridade incompetente, o AFRFB.

Não entende porque o seu conhecimento da estrutura societária de um grupo empresarial o torna responsável pessoal e solidário pelo pagamento do tributo devido por empresa que supostamente integra tal grupo. Aduz ainda que inexistente qualquer relação com o crédito tributário lançado porque não é empregado, dono do negócio nem tampouco diretor financeiro, apesar da fiscalização inferir isto porque mantinha “contato com diretores de bancos,

para tratar de assuntos do Grupo”. Afirma inexistir qualquer elemento probatório que comprove ser ele gerente ou diretor financeiro da empresa autuada ou mesmo empregado e a relação de confiança com a família Abdul Massih, não é condição para a sua responsabilização solidária e pessoal pelas obrigações tributárias da empresa autuada.

Insurge-se contra as multas aplicadas porque exorbitantes, posto que não podem ser confiscatórias, e há julgado de STF que reputa como abusiva multa de 25% e, mesmo que estabelecidas na legislação, devem ser excluídas ou reduzidas.

Solicita a nulidade do auto de infração, por causa de irregularidades do procedimento fiscal, a exemplo de ausência de ciência de instauração do procedimento fiscal e de documentos comprobatórios e a anulação do Termo de Sujeição Passiva e da responsabilização tributária, bem como o sobrestamento do feito até a conclusão definitiva da ação penal. Finaliza requerendo a suspensão do andamento do processo até decisão definitiva na ação penal na 1ª Vara Criminal da Comarca de Bauru.

Mandatários

Paulo Roberto dos Santos Mina, em sua impugnação (fls. 10361/10380), aduz ser funcionário da empresa Faróleo, como comprova com cópias de sua CTPS, e como tal estava alocado à empresa FN Assessoria Empresarial para a execução de trabalhos de interesse de sua empregadora. Não participa de nenhuma das sociedades envolvidas e, mesmo assim, a fiscalização, sem qualquer pedido de esclarecimento e alterando a verdade dos fatos, concluiu que ele agia ostensivamente frente a terceiros, mantendo ocultos os reais dirigentes de diversas empresas. Não há qualquer descrição de sua conduta que resulte em sua alegada responsabilidade solidária e, ao contrário, há provas de que ele era assalariado e recebia ordens. Aduz que o assessoramento financeiro que fazia não influenciou a autuação (omissão de receita).

Os mandatos de subestabelecimento a ele outorgados são específicos, limitados e em conjunto, sempre lhe vinculando ao controle e comando do outorgante, e sem previsão de gestão ou poder para administrar, para dispor de patrimônio, declarar tributos nem administrá-los. Os poderes outorgados são específicos para o monitoramento financeiro. Afirma que a RFB baseou-se em ideia com origem em trabalho equivocado do fisco paulista, ressaltando que não há qualquer responsabilização sua nos autos da Operação Yellow, nem nos Autos de Infração lavrados pela Fazenda Estadual. A responsabilidade tributária é vinculada à lei e deve ser comprovada pelo ente tributante. Inaplicável tanto o art 124 (solidariedade) como o art. 135, II (responsabilidade), ambos artigos do CTN. Nenhum ato seu deu causa à supressão de tributos, e mesmo inexistindo qualquer interesse seu na obrigação tributária nem qualquer ato contrário à lei, o art. 137 do CTN, em seu inciso I, ressalva a prática no

exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito, ou seja, excetua mandatários agindo em cumprimento de ordens emitidas pelo empregador e outorgante, como no caso em concreto.

Inexiste fundamento fático na afirmativa de que agia para ocultar os reais administradores, porque nunca geriu a empresa, agindo apenas no limite do mandato outorgado por ela, fazendo operações nas suas contas bancárias. Daí, indevida a solidariedade tributária, a impor a procedência de sua impugnação.

Nabil Akl Abdul Massih (fls. 10268/10288) representado por procurador (fls. 10278/10280) alega ter sido funcionário da empresa FN Assessoria Empresarial Ltda., de 2001 a 2013, como comprova com cópias de sua CTPS e Comunicação de Dispensa do Ministério do Trabalho, e aduz que não foi intimado a prestar esclarecimentos sobre sua suposta participação no grupo FN. Observa que tanto a fiscalização como a autuação foram feitas em períodos posteriores ao seu desligamento da empresa, razão pela qual entende estar claro ser impossível figurar no pólo passivo da obrigação tributária. Nunca foi sócio nem administrador das empresas do suposto grupo FN. ***Continua sua impugnação na mesma linha da de Paulo Roberto dos Santos Mina.***

José Agostinho Miranda Simões (fls. 10338/10358) aduz também ser funcionário da empresa FN Assessoria Empresarial Ltda. de 2001 a dezembro de 2014, como comprova com cópias de sua CTPS, e que não foi intimado a prestar esclarecimentos sobre sua suposta participação no grupo FN. ***Observa que agia cumprindo ordens de seu chefe, proprietário da FN, Nembr Abdul Massih. Continua sua impugnação na mesma linha da de Paulo Roberto dos Santos Mina.***

Luiz Alberto Panaro, (fls. 10802/10813) argumenta que foi funcionário da empresa FN Assessoria Empresarial Ltda. de 2005 a dezembro de 2015, como comprova com cópias de sua CTPS e Comunicação de Dispensa do Ministério do Trabalho. ***Continua sua impugnação na mesma linha da de Paulo Roberto dos Santos Mina.***

Pessoas Jurídicas do Grupo FN

Nas suas impugnações, as empresas Sina Indústria de Óleos Vegetais Ltda. (fls. 10654/10689); Sina Comércio Importação e Exportação de Produtos Alimentícios Ltda. (fls. 10616/10651); FAS - Empreendimentos e Incorporações Ltda. (fls. 10500/10531); Sina Indústria de Alimentos Ltda. (fls. 10692/10728); FN Assessoria Empresarial Ltda. EPP (fls. 10924/10971) e Dov Óleos Vegetais Ltda (fls. 10764/10799), apresentam impugnações bastante similares à de Ineide Maria de Souza, sócia da contribuinte, inclusive quanto aos pedidos – acolhimento da preliminar de nulidade do procedimento fiscal; exclusão de sua responsabilidade sobre a multa e anulação do Termo de Sujeição Passiva, já relatada anteriormente (fls. 10464//10497).

Todas se opõem às infrações constantes dos autos de infração e ao termo de sujeição passiva. Aduzem que não possuem qualquer ligação, vínculo administrativo ou gerencial com a contribuinte Faroleo Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. e contestam a legalidade das provas utilizadas, porque ilícitas, sem observância da lei e em desobediência ao critério temporal, posto que obtidas antes do lançamento, contrariando a Súmula nº 24 do STF (Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento do tributo). Sequer havia fiscalização. Incabível a realização de investigação criminal para fundamentar uma ação fiscal. Alegam que sem crédito constituído não há crime.

Quanto ao item Do Termo de Sujeição Passiva Solidária as pessoas jurídicas argumentam que a única justificativa para a responsabilização solidária decorre do fato de cada empresa, supostamente, pertencer ao denominado Grupo FN porque inexistente qualquer elemento apto a imputar-lhe esta responsabilidade. Não há qualquer causa para a alegada solidariedade tributária em decorrência de suposto esquema fraudulento alegado pela fiscalização, ou seja, não há clara indicação do motivo para as impugnantes sejam sujeitos passivos. Inexiste no processo administrativo qualquer prova de que as empresas tenham qualquer ligação, vínculo administrativo ou gerencial com a Faróleo. Afirmam que a conduta fiscal beira o excesso de exação e que a multa aplicada tem efeito confiscatório.

Finalizam, pedindo o sobrestamento do julgamento até o Poder Judiciário pronunciar-se sobre a legalidade das provas, oriundas da Operação Yellow (ação penal); a nulidade da responsabilização tributária das impugnantes, ou ao menos do relatório da operação Yellow; reconhecimento da ilegitimidade das impugnantes para figurarem como responsáveis solidários; declaração de nulidade da imposição de solidariedade e exclusão da multa em razão de seu caráter confiscatório.

*A FAS Empreendimentos, **adicionalmente**, aduz que seu capital social provém exclusivamente da sócia fundadora, Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih e de empréstimos pagos pela própria FAS, portanto, este patrimônio não se comunica com as infrações tratadas neste processo contra a Faróleo. Ademais, não obteve qualquer vantagem com o eventual ilícito tributário, fatos que não dão suporte à sua inclusão como responsável solidária.*

Modena Agropecuária Incorporação e Empreendimentos Imobiliários Ltda. (fls. 9444/9463) também apresenta impugnação para opor-se às infrações constantes nos Autos de Infração e ao Termo de Sujeição Passiva tributária lavrado contra ela. Inicialmente, alega a tempestividade de sua defesa com base no art. 3º da Lei 9.784, de 1999, porque tomou conhecimento da responsabilização através de terceiros, quando se dirigiu ao Posto da Receita Federal em Tupã, para obter

cópia do processo. Refere-se às “transcrições duvidosas de interceptações telefônicas”, muitas incompletas, utilizadas como principal fundamento. Alega que órgãos administrativos, alheios ao processo penal, não têm competência para analisar a legalidade destas provas. Apenas a conclusão do processo penal ora em andamento na Comarca de Bauru-SP, concluirá pela legalidade ou não das provas. Tais fatos impõem o sobrestamento da ação fiscal. Observa também que a inexistência dos áudios destas interceptações é vício insanável que impõe a nulidade e o afastamento da solidariedade dos peticionários por absoluta ausência de provas. Nulo, portanto, o lançamento fiscal ou, no mínimo os elementos de convicção correspondentes ao relatório da operação Yellow.

Aduz que as ações do peticionário, Marcel Rodrigues Ferraz, sócio da Modena, e que sequer foi indiciado criminalmente, não permitem atribuir-lhe a denominação de testa de ferro nem a responsabilização tributária pretendida. Observa que inexistente qualquer relação jurídica ou efetiva entre a Modena e os fatos geradores apontados pela fiscalização. Há inaceitável menção genérica e sem suporte fático de suposta prática de blindagem patrimonial a impor a solidariedade. A suposta blindagem nada tem a ver com a atribuição da condição de prestadora de serviços da Modena e menos com os fatos geradores dos tributos. Sequer há causa de solidariedade nem há ato especificamente realizado para o seu enquadramento no art. 124, I (CTN). Afirma que a multa aplicada é confiscatória e afronta o princípio da capacidade contributiva. Requer o sobrestamento do processo administrativo fiscal até o julgamento da ação penal; a nulidade da responsabilização tributária da impugnante, por não haver provas materiais (transcrições); reconhecimento da ilegitimidade da impugnante para figurar como responsável solidário; declaração de nulidade da imposição de solidariedade e exclusão da multa em razão de seu caráter confiscatório.

Não apresentaram impugnação a sócia Onida S/A bem com as seguintes empresas integrantes do grupo: Dofar Distribuidora de Rações e Farelos Ltda; Multioleos Óleos e Farelos Ltda; Cromais Distribuidora de Produtos Industrializados Ltda; WAS Comércio de Alimentos Ltda; Orted Óleos e Cereais Ltda e Petry Comércio, Importação e Exportação Ltda.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento (2a. Turma/DRJ/Salvador/BA) julgou improcedente as impugnações da contribuinte e dos responsáveis tributários, em decisão proferida no venerando Acórdão nº **15-41.257**, de 26 de janeiro de 2017, do seguinte modo:

Acordam os membros da 2ª Turma de Julgamento, por unanimidade, por não conhecer a impugnação da responsável solidária Modena Agropecuária, Incorporações e Empreendimentos Imobiliários Ltda., por intempestividade, conhecendo as impugnações dos demais responsáveis solidários e mantendo o crédito tributário exigido, inclusive a multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, bem como a sujeição passiva das empresas do grupo e das pessoas físicas

expressamente responsabilizadas na autuação, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

O mencionado acórdão está assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

ARBITRAMENTO DO LUCRO. ESCRITA NÃO APRESENTADA.

A falta de apresentação da escrituração na forma das leis comerciais e fiscais ou então do Livro Caixa, no caso de empresa habilitada ao lucro presumido, autoriza o arbitramento do lucro da pessoa jurídica, com base, no caso concreto, nas receitas declaradas pelo próprio contribuinte ao Fisco Estadual.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. COFINS. PIS/PASEP.

Aplica-se às contribuições sociais, no que couber, o que foi decidido para a obrigação matriz, imposto de renda, dada a íntima relação de causa e efeito que as une.

IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. ILEGITIMIDADE DE PARTE.

O não atendimento à intimação para sanar irregularidade de representação processual decorrente da não apresentação de documento de identidade do representante do contribuinte, ou do responsável solidário, configura a ilegitimidade de parte. A ausência das formalidades legais retira da peça apresentada a condição de impugnação válida, não se instaurando o contencioso.

PAF. 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.

EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. MULTA QUALIFICADA.

Cabível a aplicação da multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento) quando caracterizado o evidente intuito de fraude pela ocorrência de ação dolosa tendente a impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência das circunstâncias materiais do fato gerador da

obrigação tributária principal, de modo a evitar o seu pagamento.

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.

MULTA QUALIFICADA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA.

A cominação da penalidade qualificada baseada em conduta dolosa que denote sonegação, fraude ou conluio com repercussões, em tese, na esfera criminal, enseja a responsabilização dos mandatários, prepostos e empregados diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica à época da ocorrência dos fatos geradores.

Da decisão da DRJ, **foram cientificados:**

1) Pelos correios, conforme Aviso de Recebimento (AR):

1.1) A contribuinte (autuada) - **Faroleo** Comércio de Produtos Alimentícios Ltda, AR (e-fl.11.449), em 24/03/2017, apresentou recurso voluntário, postado em 25/04/2017 (e-fls.11.657/11.659);

1.2) Responsáveis (**Pessoas Físicas**) - **André** Amaro da Silva, AR (e-fl.11.449), em 28/03/2017, apresentou recurso voluntário, postado em 25/04/2017 (e-fls.11.657/11.659); **Andréa** Ferreira Abdul Massih, AR (e-fl.11.451), em 24/03/2017, apresentou recurso voluntário, postado em 25/04/2017 (e-fls.11.741/11.791); **Ineide Maria** de Souza, AR (e-fl.11.454), em 28/03/2017, apresentou recurso voluntário, postado em 25/04/2017 (e-fls.11.841/11.883); **João** Shoití Kaku, AR (e-fl.11.455), em 28/03/2017, apresentou recurso voluntário, protocolizado em 25/04/2017 (e-fls.11.563/11.656); **Luiz Alberto** Panaro, AR (e-fl.11.456), em 28/03/2017, apresentou recurso voluntário, protocolizado em 24/04/2017 (e-fls.11.486/11.499); **Maria de Fátima** Butara Ferreira Abdul Massih, AR (e-fl.11.457), em 27/03/2017, apresentou recurso voluntário, postado em 25/04/2017 (e-fls.11.884/11.928); **Nemr** Abdul Massih, AR (e-fl.11.460), em 30/03/2017, apresentou recurso voluntário, postado em 25/04/2017 (e-fls.11.929/11.972); **Paulo Roberto** dos Santos Mina, AR (e-fl.11.461), em 23/03/2017, apresentou recurso voluntário, protocolizado em 24/04/2017 (e-fls.11.472/11.483); **Simon Nagib** Antonios, AR (e-fl.11.462), em 27/03/2017, apresentou recurso voluntário, protocolizado em 25/04/2017 (e-fls.11.511/11.517); **Simon Nemer** Ferreira Abdul Massih, AR (e-fl.11.463), em 28/03/2017, apresentou recurso voluntário, postado em 25/04/2017 (e-fls.11.973/11.12.017), e,

1.3) Responsáveis (**Pessoas Jurídicas**): **FAS** - Empreendimentos e Incorporações Ltda, AR (e-fl.11.452), em 24/03/2017, apresentou recurso voluntário, protocolizado em 25/04/2017 (e-fls.11.741/11.791); **FN** - Assessoria Empresarial Ltda, AR (e-fl.11.453), em 24/03/2017, apresentou recurso voluntário, protocolizado em 25/04/2017 (e-fls.11.792/11.840); **Sina Comércio e Exportação** de Produtos Alimentícios Ltda, AR (e-fl.11.464), em 27/03/2017, apresentou recurso voluntário, postado em 25/04/2017 (e-fls.12.018/12.064); **Sina Indústria de Alimentos** Ltda, AR (e-fl.11.465), em 27/03/2017, apresentou recurso voluntário, postado em 25/04/2017 (e-fls.12.065/12.112); **Sina Indústria**

de **Óleos Vegetais Ltda**, AR (e-fl.11.466), em 27/03/2017, apresentou recurso voluntário, postado em 25/04/2017 (e-fls.11.113/12.159).

2) **Por Edital**, Responsável (**Pessoa Física**): **Nabil Akl Abdul Massih**, AR devolvido (e-fl.11.458/11.459), Edital (e-fl.11.469), publicado em 24/04/2017 - Data de Ciência: 09/05/2017, apresentou recurso voluntário, protocolizado em 25/04/2017 (e-fls.11.518/11.534); Responsável (**Pessoa Jurídica**): Inapta - **DOV Óleos Vegetais Ltda**, Edital (e-fl.11.432), publicado em 21/03/2017 - Data de Ciência: 05/04/2017 apresentou recurso voluntário, postado em 25/04/2017 (e-fls.12.160/12.206).

Registre-se que:

- a sócia (responsável) **Onida S/A**, foi cientificada da decisão da DRJ, conforme o AR (e-fl.467), não havia apresentado impugnação, também não apresentou recurso voluntário.

- as seguintes empresas (responsáveis solidárias) integrantes do grupo: **Dofar** Distribuidora de Rações e Farelos Ltda; **Multioleos** Óleos e Farelos Ltda; **Cromais** Distribuidora de Produtos Industrializados Ltda; **WAS** Comércio de Alimentos Ltda; **Orted** Óleos e Cereais Ltda e **Petry** Comércio, Importação e Exportação Ltda, mesmo não havendo apresentado impugnação, foram cientificadas da decisão da DRJ (e-fls.11.428/11.438 e 11.448) mas também não apresentaram recurso voluntário.

- a DRJ não conheceu da impugnação da responsável solidária **Modena Agropecuária, Incorporações e Empreendimentos Imobiliários Ltda.**, por intempestividade. Cientificada da decisão da DRJ, por Edital (e-fl.11.443), em face do AR devolvido, a interessada não apresentou recurso voluntário.

Enfim, **apresentaram recurso voluntário**:

1) **Faroleo** Comércio de Produtos Alimentícios Ltda (autuada);

2) Responsáveis tributários:

2.1) **Pessoas Físicas** - **Ineide Maria** de Souza ("sócia"); **André** Amaro da Silva (representa a sócia PJ); **Simon Nagib** Antonios (gerente delegado); 03; "mandatários" - **Paulo Roberto** dos Santos Mina, **Nabil Akl Abdul Massih** e **Luiz Alberto** Panaro, e, 05 "reais administradores" - **João** Shoiti Kaku, **Andréa** Abdul Massih, **Maria** de Fátima Ferreira Abdul Massih, **Nemr** Abdul Massih e **Simon Nemer** Ferreira Abdul Massih.

2.2) **Pessoas Jurídicas** (06): **FN** - Assessoria Empresarial Ltda , **FAS** - Empreendimentos e Incorporações Ltda , **DOV** Óleos Vegetais Ltda, **Sina** Indústria de Óleos Vegetais Ltda, **Sina** Indústria de Alimentos Ltda e **Sina** Comércio e Exportação de Produtos Alimentícios Ltda.

A autuada, no essencial, argumenta que:

- detinha documento/dados suficientes para a realização de um trabalho de fiscalização correto, portanto sem necessidade de arbitramento;

- a decadência alcançou o ano-calendário 2010 a impor a nulidade do auto de infração;

- o procedimento fiscal foi realizado de modo a cercear o seu direito de defesa;

- a documentação recebida pela fiscalização daria lastro a crédito tributário bem inferior ao lançado;

- as “provas” foram obtidas do relatório da Operação Yellow da Sefaz-SP e de processo judicial tramitando na 7ª Vara Federal da Comarca de São Paulo. E que, há neste processo administrativo fiscal diversos documentos retirados do relatório Yellow, cujas provas foram obtidas por meio ilícito, sem observância da lei, porque, conforme entende o STJ, em sintonia com 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 8.137, de 1990, antes do lançamento definitivo do tributo.”

- é incabível a realização de investigação para fundamentar uma ação fiscal;

- a multa aplicada, qualificada em 150%, é absurda e não pode prosperar;

- o arbitramento do lucro gerou à contribuinte um PREJUÍZO absurdo, o que não pode prosperar, pois, a não entrega no prazo legal de obrigações acessórias enseja a multa pelo atraso das mesmas, sendo APENAS esta a penalidade.(sic)

Finalmente, requer a improcedência da ação fiscal em razão do arbitramento de lucro realizado, que acarretou em um lançamento completamente desproporcional.

Os Recursos Voluntários da contribuinte (autuada) e dos responsáveis recorrentes (pessoas físicas e jurídicas) repisam, no essencial, os mesmos argumentos despendidos nas impugnações, portanto, desnecessário repeti-los.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Ester Marques Lins de Sousa - Relatora

Os recursos voluntários, **apresentados** pela contribuinte e pelos onze (11) responsáveis tributários, **Pessoas Físicas** - **Ineide Maria** de Souza ("sócia"); 05 Mandatários **André** Amaro da Silva (representante da sócia PJ - off-shore); **Simon Nagib** Antonios (gerente delegado); "**mandatários**" - **Paulo Roberto** dos Santos Mina, **Nabil** Akl Abdul Massih e **Luiz Alberto** Panaro, e, "**Reais Administradores**" (05) - **João** Shoiti Kaku, **Andréa** Abdul Massih, **Maria** de Fátima Ferreira Abdul Massih, **Nemr** Abdul Massih e **Simon Nemer** Ferreira Abdul Massih. E, **Pessoas Jurídicas** (06): FN - Assessoria Empresarial Ltda , **FAS** - Empreendimentos e Incorporações Ltda , **DOV** Óleos Vegetais Ltda, **Sina** Indústria de Óleos Vegetais Ltda, **Sina** Indústria de Alimentos Ltda e **Sina** Comércio e Exportação de Produtos Alimentícios Ltda, **são tempestivos**, e preenchem os requisitos de admissibilidade. Deles conheço.

Preliminarmente, a contribuinte/recorrente alega que a decadência alcançou o ano-calendário 2010 a impor a nulidade dos autos de infração.

Conforme relatado, nos autos de infração fora aplicada a multa por infração qualificada sob o entendimento de que restou comprovado o evidente intuito de fraude.

Tal matéria será tratada em ponto específico deste voto que se discorrerá adiante. Assim, a decadência será analisada após a análise das razões que ensejaram os lançamentos com a multa qualificada.

Nulidades

A seguir a recorrente alega que detinha documento/dados suficientes para a realização de um trabalho de fiscalização correto, portanto sem necessidade de arbitramento. E que, o procedimento fiscal foi realizado de modo a cercear o seu direito de defesa.

Trata-se de afirmação genérica e sem consistência, pois, a Recorrente não demonstra nem junta qualquer documento capaz de desqualificar o arbitramento, tampouco infirmar as omissões de receitas detectadas, comprovadas pela autoridade fiscal e que não foram declaradas ao Fisco pela contribuinte.

Em virtude de vários recursos semelhantes, da mesma forma que na impugnação, conforme relatado, adianto que os mesmos fundamentos adotados no presente voto em relação à contribuinte (autuada) servem para as semelhantes alegações feitas pelos responsáveis em seus recursos voluntários (PF e/ouPJ).

A respeito da arguída nulidade dos lançamentos (autos de infração) porque lavrados sem ater-se a princípios constitucionais e a princípios que norteiam o processo administrativo e por utilizar provas ilícitas, registra-se que, os autos de infração foram lavrados com observação rigorosa do disposto nos incisos III e IV do art. 10 do Decreto nº 70.235/72 e do art. 142 do CTN, não se vislumbrando, destarte, vício algum de natureza formal ou material que os pudesse inquirar de nulidade.

Vale dizer, os autos de infração possuem descrição completa da infração apurada, narrativa clara e objetiva dos fatos, permitindo ampla, plena e perfeita compreensão da infração imputada, com pertinente capitulação legal, respectivos demonstrativos da matéria tributável, da apuração dos valores das exações fiscais lançadas (valor do principal, percentual dos juros de mora Taxa SELIC com respectivo valor e da multa de ofício de 150%).

De modo que, todos os elementos do fato imponível (elemento pessoal, material, temporal, espacial e quantitativo) estão devidamente descritos, apurados, caracterizados e demonstrados no lançamento fiscal quanto à infração imputada.

Ainda sobre o procedimento fiscal, transcrevo excertos da decisão recorrida, que não faço reparo, e que também adoto como razão de decidir:

Aqui cabe observar que, durante o procedimento fiscal, a contribuinte e os responsáveis não disponibilizaram qualquer documentação contábil, e, mesmo agora, na impugnação, não há apresentação de qualquer elemento probatório para refutar as constatações da fiscalização relatadas no Termo de Verificação Fiscal. Tampouco, nada traz para corroborar a crítica ao procedimento fiscal realizado.

Efetivamente, a documentação disponibilizada pela Sefaz-SP, via convênio, e as informações constantes na base de dados da RFB permitiram à fiscalização constatar a omissão de tributos decorrentes das receitas bruta de venda no exercício, base da autuação. De fato, detectou-se DCTF (janeiro a março de 2011) confessando valores ínfimos de tributos devidos, o que motivou o lançamento de ofício do IRPJ com base no lucro arbitrado, fundamentando-se no inciso III do artigo 530 (RIR/1999), como explicitado no Termo de Verificação Fiscal (fls. 110/113), inicialmente, porque intimada, frise-se, a fiscalizada não apresentou à RFB os documentos e livros de sua escrituração comercial e fiscal, bem como, quando transmitidas, as suas declarações continham dados incongruentes com as notas fiscais eletrônicas de venda emitidas (Sefaz-SP), obtidas em virtude de convênio como explicitado anteriormente.

Diante da hipótese de arbitramento do lucro, critério adotado para o cálculo do lucro quando a pessoa jurídica não apresenta os livros contábeis e fiscais necessários à apuração do lucro real, ou o livro caixa, caso tenha optado pelo lucro presumido, faz-se necessário identificar o montante da receita bruta. No presente caso, a receita bruta conhecida foi apurada com base nas informações prestadas pela própria Contribuinte à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, conforme Demonstrativo de Notas Fiscais relacionadas no Anexo I (fls. 126/623) do Termo de Verificação Fiscal, que expressam e constituem as receitas tributáveis mensais indicadas no Auto de Infração IRPJ (fls. 14/15), para fins de apuração do imposto sobre o lucro arbitrado trimestralmente (fl. 32).

A base de cálculo do imposto – o lucro arbitrado – foi obtida pela utilização do percentual de 9,6% (percentual do lucro presumido, de 8%, acrescido de 20%), sobre a receita bruta conhecida. Dos montantes do imposto de renda (e adicional) deduzidos dos valores porventura declarados em DCTF pela contribuinte.

Quanto aos Autos de Infração de CSLL, PIS e COFINS, todos decorrentes dos mesmos fatos descritos no Auto de IRPJ, em se tratando de tributação reflexa, deve ser observado o que foi decidido para o Auto de Infração principal.

A apuração dos demais tributos está indicada em demonstrativos que integram o respectivo auto de infração: CSLL (fls. 34/65), PIS (fls. 66/85) e COFINS (fls. 86/105), registrando-se que valores quando confessados (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS) foram deduzidos para obtenção dos valores devidos e lançados.

Os mencionados recorrentes/responsáveis, e ainda o **Sr. João Kaku**, arguem nulidade do auto de infração, por causa de irregularidades do procedimento fiscal, a exemplo de ausência de ciência de instauração do procedimento fiscal e de documentos comprobatórios, exclusão da responsabilidade sobre a multa, anulação do Termo de Sujeição Passiva e da responsabilização tributária, e o sobrestamento do feito até a conclusão definitiva da ação penal na 1ª Vara Criminal da Comarca de Bauru.

Diante das alegações de nulidade, sobre o procedimento fiscal, não se verifica nesses autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, *verbis*:

Art. 59. São nulos;

I – os atos e termos l

avrados por pessoa incompetente;

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

Sendo os atos e termos lavrados por pessoa competente, dentro da estrita legalidade, e garantido o mais absoluto direito de defesa, não há que se cogitar de nulidade dos autos de infração.

Ademais, prescreve o citado Decreto que:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Numa leitura atenta dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo. Antes disso, não há que se falar em litígio ou cerceamento de direito de defesa.

Ademais, nos presentes autos, todas as intimações foram recebidas pelos recorrentes, a teor do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972, que trata das intimações. De modo que após a ciência do lançamento, o contribuinte/responsável tem o prazo de trinta dias para ter vista do inteiro teor do processo no órgão preparador e apresentar impugnação escrita, instruída com os documentos em que se fundamentar, exercitando seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Reitere-se, no que diz respeito à alegada nulidade da responsabilização tributária dos recorrentes, ou ainda do relatório da operação Yellow, os termos de Sujeição Passiva não foram lavrados por pessoa incompetente, nem houve preterição do direito de defesa dos recorrentes, que puderam apresentar suas contestações.

O coobrigado, **João Shoiti Kaku**, alega que só à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional compete redirecionar a responsabilidade para quem não seja o sujeito passivo (sic). Nulo o Termo de Solidariedade Passiva porque lavrado por autoridade incompetente, o AFRFB.

Sobre a atuação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no tocante à responsabilização de co-devedor, a Portaria PGFN nº 180, de 25/02/2010 e alterações posteriores assim dispõe:

...

Art. 2º A inclusão do responsável solidário na Certidão de Dívida Ativa da União somente ocorrerá após a declaração fundamentada da autoridade competente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), do Ministério do Trabalho e

Emprego (MTE) ou da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) acerca da ocorrência de ao menos uma das quatro situações a seguir: (Redação dada pela Portaria PGFN nº 904, de 3 de agosto de 2010)

I - excesso de poderes;

II - infração à lei;

III - infração ao contrato social ou estatuto;

IV - dissolução irregular da pessoa jurídica.

Parágrafo único. Na hipótese de dissolução irregular da pessoa jurídica, os sócios-gerentes e os terceiros não sócios com poderes de gerência à época da dissolução, bem como do fato gerador, deverão ser considerados responsáveis solidários.

...

Art. 4º Após a inscrição em dívida ativa e antes do ajuizamento da execução fiscal, caso o Procurador da Fazenda Nacional responsável constate a ocorrência de alguma das situações previstas no art. 2º, deverá juntar aos autos documentos comprobatórios e, após, de forma fundamentada, declará-las e inscrever o nome do responsável solidário no anexo II da Certidão de Dívida Ativa da União.

Como se vê, a inclusão do responsável solidário na Certidão de Dívida Ativa da União é de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional, órgão que executa a dívida, mas somente ocorrerá após a declaração fundamentada da autoridade competente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Assim, é dever da autoridade fiscal apurar os fatos tributáveis e suas circunstâncias e descrever a ocorrência de situações previstas no art. 2º, acima, para que o Procurador da Fazenda Nacional responsável faça juntar aos autos documentos comprobatórios para a inscrição do nome do responsável solidário no anexo II da Certidão de Dívida Ativa da União, se for o caso.

Portanto, a descrição dos fatos efetivada pela Fiscalização, na lavratura de autos de infração que apontam à responsabilidade solidária de sócios de fato, não é ato abusivo e ilegal, tampouco, lavrado por autoridade incompetente, o Auditor Fiscal da RFB.

No tocante aos documentos comprobatórios a contribuinte bem como os responsáveis: **Andréa** Ferreira Abdul Massih, (e-fls.11.741/11.791); **Ineide Maria** de Souza, (e-fls.11.841/11.883), **Maria de Fátima** Butara Ferreira Abdul Massih, (e-fls.11.884/11.928), **Nemr** Abdul Massih (e-fls.11.929/11.972), **Simon Nemer** Ferreira Abdul Massih (e-fls.11.973/11.12.017), **FAS** - Empreendimentos e Incorporações Ltda, (e-fls.11.741/11.791), **FN** - Assessoria Empresarial Ltda (e-fls.11.792/11.840); **Sina Comércio e Exportação** de Produtos Alimentícios Ltda, (e-fls.12.018/12.064); **Sina Indústria de Alimentos** Ltda (e-fls.12.065/12.112), **Sina Indústria de Óleos Vegetais** Ltda (e-fls.11.113/12.159), alegam que as provas em que o Fisco se baseia são ilícitas e não se prestam a fundamentar a responsabilização solidária. Dizem, que as “provas” foram obtidas do relatório da Operação Yellow da Sefaz-SP e de processo judicial tramitando na 7ª Vara Federal da Comarca de São Paulo, e que há neste processo administrativo fiscal diversos documentos retirados do relatório Yellow, cujas provas foram obtidas por meio ilícito, sem observância da lei, porque, conforme entende o STJ, em sintonia com 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 8.137, de 1990, antes do lançamento definitivo do tributo.”

Afirmam ser inaceitável a autorização de qualquer procedimento cautelar invasivo, a exemplo de interceptação telefônica, antes do lançamento definitivo do crédito tributário. Assim, incabível a investigação criminal para fundamentar a ação fiscal. Também alegam que a ação penal e o procedimento prévio investigatório pressupõem que haja decisão final sobre o crédito tributário, "o que não há". A busca e apreensão feita pela Sefaz-SP, bem como a quebra de sigilo de ligações telefônicas são ilegais se deferidas antes de configurada a condição objetiva de punibilidade de delito. Enfim, estas ações não foram lícitas. Observam que o próprio Relatório da Operação Yellow não é prova e, no mínimo, apenas, após ele ser declarado como prova no procedimento judicial instaurado pela parte, a responsabilização solidária poderia ser imputada aos impugnantes. Não há provas aptas que fundamentem o direito pleiteado pela RFB.

Verifica-se que os autuantes constituíram, de ofício, o crédito tributário com base nos valores mensais de receita bruta, extraídos dos arquivos de notas fiscais eletrônicas (NF-e) emitidas pelo contribuinte (*ANEXO I - FARÓLEO - RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS UTILIZADAS NA APURAÇÃO DA RECEITA BRUTA*), cujos dados informam a receita bruta total dos anos de 2010, 2011 e 2012. E, o arbitramento do lucro no(s) período(s) trimestrais: 03/2010, 06/2010, 09/2010, 12/2010, 03/2011, 06/2011, 09/2011, 12/2011, 03/2012, 06/2012, 09/2012 e 12/2012, se fez tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termo(s) de intimação em anexo, deixou de apresentá-los.

Conforme se extrai da Tabela 05 do TVF as receitas verificadas nas (NF-e) emitidas pelo contribuinte não foram declaradas à Receita Federal:

| Ano- Calendário | Receita Bruta Declarada em DIPJ | Receita Bruta de Vendas das N.F.s. e Nfes* | Diferença Nfe X DIPJ |
|--------------------|---------------------------------------|--|----------------------|
| 2010 | 0,00 | 215.865.012,71 | 215.865.012,71 |
| 2011 | 0,00 | 307.100.464,08 | 307.100.464,08 |
| 2012 | 0,00 | 350.824.804,02 | 350.824.804,02 |

A causa do arbitramento é, primordialmente, a omissão na entrega de livros contábeis e de livros fiscais. No caso concreto, corroborando com esta causa principal, encontram-se as próprias declarações (obrigações acessórias) da empresa fiscalizada, com informações prestadas de qualidade duvidosa, uma vez que são incongruentes com as notas fiscais eletrônicas de vendas emitidas, conforme explicitado, no item “Da Qualificação da Multa”.

Desse modo, as provas que respaldam os autos de infração têm como suporte elementos extraídos de pesquisa nos sistemas da Receita Federal do Brasil, no que diz respeito a apuração da omissão de receita, e, **não**, “provas” obtidas do relatório da Operação Yellow da Sefaz-SP e de processo judicial tramitando na 7ª Vara Federal da Comarca de São Paulo.

Ainda que no caso, tenham sido utilizadas as informações prestadas pela própria empresa ao fisco estadual, obtidas pelo fisco federal em face do Convênio celebrado entre a União(RFB) e a Sefaz-SP, não tendo a autuada e/ou responsáveis em nenhum momento, quer ao longo do procedimento fiscal, quer ao longo do processo administrativo, demonstrado a eventual incorreção daquelas informações, a utilização dessas informações (Notas Fiscais

eletrônicas) como elemento de prova a subsidiar a ação fiscal é procedimento pacificamente aceito no âmbito do CARF, conforme o comprovam as ementas dos julgados abaixo transcritas, a título exemplificativo:

Acórdão no 10196387, sessão de 18/10/2007:

IRPJ – LANÇAMENTO DE OFÍCIO – APURAÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS COM BASE EM INFORMAÇÕES PRESTADAS AO FISCO ESTADUAL – PROVA EMPRESTADA – É legítimo o lançamento levado a efeito pela fiscalização federal fundamentado em provas colhidas em informações prestadas ao Fisco Estadual.

Acórdão no 10323588, sessão de 15/10/2008:

PROVA EMPRESTADA. FASE OFICIOSA. ADMISSIBILIDADE.

As provas obtidas do Fisco Estadual na fase de fiscalização são admissíveis no processo administrativo fiscal, por serem submetidas a novo contraditório e não prejudicarem o direito de defesa do contribuinte.

Acórdão nº 3402-001.007, de 03/03/2011

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 30/04/1988 a 31/08/1999

COFINS. OMISSÃO DE RECEITA. PROVA INFORMAÇÕES FORNECIDAS POR SECRETARIA DE ESTADO.

A omissão de receita apurada com base em informações fornecidas por Secretaria de Estado, referentes a declarações prestadas pelo contribuinte ao Fisco Estadual, faz prova das operações comerciais e financeiras do contribuinte, mormente quando, na fase impugnatória o interessado não apresentar provas suficientes para descaracterizar a autuação, devendo ser manter a exigência tributária. Não se pode negar valor probante à prova emprestada, coligida mediante a garantia do contraditório. Precedentes.

Acórdão no 10708467, sessão de 23/02/2006:

IRPJ – LANÇAMENTO DE OFÍCIO – APURAÇÃO PROVA EMPRESTADA – As informações sobre as vendas informadas para o Fisco Estadual podem ser aproveitadas no lançamento de tributos federais quando a contribuinte se recusa a apresentar seus livros e documentos contábeis.

Portanto, legítimo e correto o procedimento adotado pelo fisco. Sem qualquer procedência as alusões feitas à ausência de contraditório ou a violação de direitos constitucionais da contribuinte/responsável. O fisco constituiu a prova necessária, e submeteu-a ao contraditório, que está exercido pelos recorrentes no âmbito do presente processo, exatamente nos termos do que prevê o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que regulamenta o Processo Administrativo Fiscal – PAF.

Com efeito, o fisco pode se valer de prova emprestada, produzida em outro processo administrativo fiscal ou mesmo processo judicial, inclusive em processo criminal. Não há necessidade de que a prova do Processo Administrativo Fiscal seja produzida por Auditor-Fiscal da Receita Federal.

Por oportuno, convém registrar que a jurisprudência citada pelos recorrentes em sua defesa serve apenas como forma de ilustrar e reforçar sua argumentação, não vinculando a administração àquela interpretação, isto porque não têm eficácia normativa.

Da mesma forma, quando utilizadas neste voto, as citações e transcrições jurisprudenciais, terão como objetivo ilustrar e reforçar o posicionamento desta julgadora.

Enfim, 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. Nessa toada, observado que se tenha - como de fato se teve - o respeito ao contraditório (é o que se deduz das peças processuais cíveis e criminais juntadas aos correntes autos, no sentido de nelas se perceber a ciência e participação dos tantos envolvidos), é plenamente admissível o uso de prova emprestada, como regulado pelo art. 372 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, 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.*"), garantido que aqui, em sede processual administrativa, ficou assegurado do direito ao pleno contraditório.

Argumentação rejeitada.

Quanto ao alentado sobrestamento do julgamento até o Poder Judiciário pronunciar-se sobre a legalidade das provas, oriundas da Operação Yellow (ação penal), cabe observar que não há qualquer norma legal, tampouco previsão regimental no âmbito desse Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF que ampare tal pretensão. Assim, não há porque se condicionar ao esgotamento da instância criminal o uso de prova lá colhida para trazê-la ao âmbito cível/administrativo.

Solicitação indeferida.

Responsabilidade tributária.

Alega o coobrigado **João Shoiti Kaku** que não foi comprovada a ocorrência de conduta dolosa ou culposa e nem que essa conduta tivesse sido praticada pelo recorrente com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Aduz que em virtude da necessidade dos solidários possuírem algum poder de gerência ou participação na ocorrência do próprio fato jurídico tributário, requer o afastamento da sujeição passiva solidária pois não existe nos autos prova, à luz do art. 124, I do CTN, que possibilite a atribuição da responsabilidade pelos créditos constituídos em face das empresas do grupo.

Ao contrário do alegado pelo recorrente, o Termo de Sujeição Passiva Solidária e os documentos a ele anexados, comprovam que o coobrigado era real administrador do grupo e, apesar da inexistência de vínculo formal com as empresas do grupo, aparece como diretor financeiro na planilha de colaboradores do grupo FN e com uma equipe de funcionários a ele vinculados. Em seguida, transcrevo alguns trechos do Termo de Sujeição Passiva Solidária, que comprovam o interesse comum, bem assim, a prática de infrações as leis

mencionadas no referido termo, hábeis a ensejar a atribuição de solidariedade, nos termos dos arts. 124 I, c/c 135, III do CTN:

"11 - João Shoítí 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. (Doe. 02 - Destacamos), na qual o senhor Kaku, falando pelo Grupo, conversa com uma representante do Banco Fibra...

...

Em meio à conversa, o real administrador, senhor Kaku, informa que a holding (FN) 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:

...

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:

...

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

...

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."

(...)

12 - João Shoítí 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.

Mensagem do Banco HSBC, agendando um café-da-manhã com o senhor Nemr e senhor Kaku ("KAKO"), junto à diretoria do banco; verifica-se que o agendamento foi feito pela pessoa jurídica FN, através de um colaborador (Doe. 03. Destacamos):

...

Mensagem do Banco Paulista, enviada à pessoa jurídica FN, revela a necessidade de envolver o senhor Kaku (Caco) no caso que estava sendo tratado, demonstrando sua influência junto a pessoas jurídicas do Grupo FN (citado na mensagem como Grupo Nemr - Doe. 04. Destacamos):

...

Mensagem do Banco Votorantim solicitando à colaborador da FN a confirmação de reunião marcada com o senhor Kaku (Doe. 05 - Destacamos):

...

Colaborador da FN confirma reunião do senhor Kaku com representante do Banco Fibra na pessoa jurídica FN, atentando para o fato de identificar o local como sendo - nosso escritório (Doe. 07 - Destacamos):

...

13 - João Shioiti 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.

O afirmado fica evidenciado na Degravação 05, de 15/03/2012, de interceptação telefônica, na qual o senhor Kaku conversa com o senhor WALTER, colaborador do Grupo FN, solicitando, aparentemente, que o mesmo calibre bem a contabilidade, ou seja, manda a contabilidade ser "maquiada"... senão a coisa vai ficar muito ruim..." (Doe. 09 - Destacamos):

...

Tal conduta, de alterar demonstrações contábeis, também fica evidenciada na mensagem, intitulada Balanço Faroleo (Alterado), que o colaborador da FN, Walter, direciona a uma das empresas de contabilidade que trabalha para o Grupo (Taltec) informando que seguia o balanço alterado pelo senhor Kaku, em 17/02/2011 (Doe. 10 - Destacamos):

Diante de todo o exposto, entendo que não merece reparos ao acórdão recorrido que julgou procedente a atribuição de responsabilidade pessoal ao coobrigado **João Shioiti Kaku** e sua manutenção no polo passivo da obrigação tributária.

A fiscalização fundamentou a responsabilidade solidária dos "sócios", dos "reais administradores", "gerente delegado", "mandatários" e das "empresas do Grupo FN", na prática de sonegação, enquadrando a sujeição passiva no art. 124, I, combinado com o art. 135, III, do CTN, no caso das pessoas físicas (sócios e "reais administradores"), 124, I, combinado com o art. 135, II (mandatários), e, art. 124, I, no caso das pessoas jurídicas:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

(...)

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:

...

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

As preditas recorrentes pessoas jurídicas utilizam em sua defesa os mesmos argumentos apresentados pelas recorrentes pessoas físicas ("reais administradores"), ou seja, alegam que não há qualquer ligação, vínculo administrativo ou gerencial com a contribuinte **Faroleo** Comércio de Produtos Alimentícios Ltda, portanto injustificável sua permanência no pólo passivo dos Autos de Infração. E que, seria incabível a sua responsabilização quanto à multa de ofício, assim como questiona o percentual, que a torna confiscatória.

Todos os elementos probatórios, relacionados às pessoas físicas e jurídicas, na formação dos fatos geradores sob atenção, seja do ponto de vista do *interesse comum*, seja, na qualidade de procurador ou sócio-gerente, por excesso de poder, infração de lei, contrato social ou estatutos, tudo discorrido e a cada passo referenciado aos mencionados elementos de prova, constam do Relatório de Solidariedade Tributária das Pessoas Jurídicas do Grupo FN" (fls.756/837), e, respectivos Termos de Sujeição Passiva Solidária/ Responsabilidade Tributária, direcionados, individualmente, a cada um deles.

Registre-se que, quando do cometimento das citadas infrações legais e do surgimento das obrigações tributárias lançadas, os responsáveis tributários em comento foram identificados, integrando o Grupo, na qualidade de "reais administradores", "gerente" ou "mandatários" exercendo gestão e/ou administração das pessoas jurídicas do Grupo, dentre elas o sujeito passivo em apreço - **Faroleo** Comércio de Produtos Alimentícios Ltda, conforme demonstrado no Relatório de Solidariedade Tributária das Pessoas Jurídicas do Grupo FN (que acompanha o lançamento efetuado junto ao sujeito passivo), bem como, nos Demais Elementos Probatórios explicitados nos Termos de Sujeição Passiva dos co-obrigados

Importante consignar que o fato de não figurarem no quadro societário, é óbvio que em uma sociedade constituída por sócios "laranjas" como demonstrado no Termo de Verificação Fiscal e também declarado pelos sócios "de fachada", a finalidade é exatamente os sócios apresentados no contrato "de direito", registrado na Junta Comercial, assinarem todos os documentos e assumirem documentalmente riscos negociais sob o comando dos sócios de fato/ordenadores que se esquivam da exibição de provas materiais das responsabilidades porque assumidas por terceiros (sócios de fachada) sem o *affectio societatis*, ou seja, sem a materialização da vontade de se constituir uma sociedade.

Conforme relatado a empresa autuada, **Faroleo** Comércio de Produtos Alimentícios Ltda, não foi constituída em nome dos verdadeiros proprietários, e sim, em nome de interpostas pessoas **Onida S. A.** (Uruguai) **Ineide Maria de Souza** (*off-shore e testa de ferro*) desprovida de capacidade econômica ou financeira, "*nitidamente sem a mínima capacidade econômica e conhecimentos suficientes para empreender neste complexo ramo de negócio, no qual trafega elevadas somas monetárias diariamente*" e que, a manutenção do controle das atividades foi garantida pelos reais administradores (verdadeiros proprietários, verdadeiros donos do negócio) que organizavam toda a atividade do Grupo, decidiam, empreendiam, idealizavam, coordenavam e se beneficiavam das atividades desenvolvidas sem pertencerem aos quadros societários das pessoas jurídicas.

Com efeito, não é a inadimplência tributária, pura e simples, causa que justifique a ampliação da *responsabilidade* pessoal do cotista de fato, de forma a atingir o seu patrimônio particular, mas, o art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, frisa que "*são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto*".

Todos os elementos probatórios, que demonstram a atuação desses "reais administradores", foram juntados nos respectivos Termos de Sujeição Passiva Solidária/Responsabilidade Tributária, direcionados, individualmente, a cada um deles, como parte integrante dos Autos de Infração.

Sem dúvida restou caracterizada a fraude ao contrato social da pessoa jurídica constituída por interpostas pessoas.

Evidenciado o vínculo de fato das pessoa físicas estranhas ao quadro societário e a empresa autuada, regular é a atribuição de responsabilidade solidária, por interesse comum nas situações que se constituíram em fatos geradores das obrigações infringidas.

Os sócios de fato da interessada, "reais administradores", ao utilizarem interpostas pessoas sem capacidade econômica para figurarem como sócias da interessada, e, com a anuência destas infringiram a lei e o contrato social, evidenciando o intuito fraudulento, configurando o dolo necessário à caracterização da responsabilidade pessoal e solidária prevista no art. 135, inciso III, do CTN.

Nessa ordem de idéia, não há como afastar a responsabilidade tributária dos coobrigados e envolvidos na trama contratual, **Ineide Maria** de Souza, **João** Shoiti Kaku, **Andrea** Abdul Massih, **Maria de Fátima** Abdul Massih, **Nemr** Abdul Massih e **Simon** Nemer Abdul Massih, como imputada no Termo de Sujeição Passiva, prevista no inciso III do artigo 135 do CTN.

Quanto ao *interesse comum* configurado na responsabilidade solidária atribuída aos co-obrigados (pessoas físicas e jurídicas), por concordar com a decisão recorrida a respeito da matéria, adoto-a como razões de decidir as expressas nos seguintes excertos (fls.11.165,11.166 e 11.167, 11.168, 11.169):

Cabe observar que 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.

O interesse comum do art. 124, I, do CTN, significa haver liame inequívoco entre as atividades desempenhadas pelos integrantes do grupo econômico, inclusive as pessoas físicas. Inexiste autonomia das unidades pois a atuação é complementar mesmo que a aparência seja de unidades autônomas. O interesse comum também pode ser demonstrado com a existência de confusão patrimonial ou vinculação gerencial ou coincidências de sócios e administradores, etc.

Registre-se que há decisões judiciais (fls. 1245/1256) reconhecendo a existência do grupo econômico formado por pessoas jurídicas do Grupo FN, entre as quais a própria contribuinte, Faroléo Óleos e Farellos Ltda., e outras empresas enquadradas na sujeição passiva como responsáveis solidárias,

a exemplo das FAS- Empreendimentos e Incorporações Ltda., Sina Indústria de Óleos Vegetais Ltda., Sina Comércio e Exportação de Produtos Alimentícios Ltda., Sina Indústria de Alimentos Ltda., Dov Óleos Vegetais Ltda. e Faróleo Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. e Modena Agropecuária Ltda.

As empresas, mesmo formalmente independentes, 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. No Relatório de Solidariedade (fls. 703/783), se demonstra que a direção centralizada do grupo se caracterizava pelo gerenciamento detalhado 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 o interesse comum e justificando o enquadramento no art. 124, I, do CTN.

...

Argumentações comuns a mais de um impugnante

Os impugnantes, pessoas físicas e pessoas jurídicas, questionam a conclusão fiscal quanto ao interesse comum vinculando-as e reunindo-as por circunstâncias externas formadoras de solidariedade, provenientes das necessidades que as interligam conforme prevê o CTN, porque alegam que não há nem interesse comum nem relação com o fato gerador. Daí, não ser possível incluí-las como solidários com base no art. 124, I, do CTN, a impor a im procedência da solidariedade.

*Alegam a inexistência de qualquer relação jurídica ou efetiva entre elas, impugnantes, pessoas físicas e jurídicas, e os fatos geradores apontados pela fiscalização, **entretanto**, há no processo, diversos elementos, alguns inclusive referidos no Relatório de Solidariedade Tributária (fls. 703/783), mais especificamente, no item 4.3 “Modo de Agir do Grpo FN” e seus subitens (fls. 746/760) que evidenciam que as empresas atuavam como grupo de fato e que as pessoas físicas agiam como mandatários e/ou as gerenciava/administrava, como evidenciam extratos CNPJ e fichas cadastrais das empresas (fls. 785/965); procurações e subestabelecimentos (fls. 1333/1704); contrato de mútuo (fls. 1750/1758); e-mails (fls. 1706/1712, 1721/1726, 1728/1729, 1770/1774) e cópia do documento intitulado “Movimentação Bancária” (fls. 1271/1275) e outros elementos de provas anexados aos respectivos termos de sujeição passiva.*

O “interesse comum”, estabelecido no art. 124, I, do CTN, como dito anteriormente, está demonstrado no Relatório de Solidariedade (fls. 703/783), e seus anexos, no qual se descreve a estrutura do Grupo FN. Este modo de agir deu causa a diversas infrações a dispositivos da legislação tributária. Detectadas ainda empresas offshores, sócias diretas de diversas empresas do grupo, assim como diversas pessoas físicas

relacionadas às empresas, sócios e reais administradores, conforme comprovado na Operação Yellow da Sefaz-SP e do MPE-SP.

...

Quanto ao pedido de reconhecimento da ilegitimidade dos impugnantes para figurarem como responsáveis solidários nenhum dos impugnantes apresentou elementos comprobatórios para fundamentar este pleito.

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 Faróleo; e responsável aquele que, sem se revestir da condição de contribuinte, tem sua obrigação decorrente de lei. Daí, necessário identificar, no lançamento, não só o contribuinte, mas também o responsável, inclusive apontando os elementos necessários para caracterizar a responsabilidade solidária, a fim de trazer o responsável para dentro da relação jurídica tributária.

...

Argumentações específicas

Quanto às razões de defesa específicas levantadas pelas pessoas físicas e jurídicas identificadas nos Termos de Sujeição Passiva lavrados pela autoridade administrativa, ressalte-se que, no Relatório de Solidariedade Tributária e seus Anexos, estão explicitados todos os fatos e provas que possibilitaram caracterizar a sujeição passiva das pessoas físicas relacionadas como reais administradores, mandatários e procuradores.

***João Shoiti Kaku**, traz como argumentação ser apenas consultor financeiro (prestador de serviços), contudo, ao contrário do que alega, há, no Termo de Sujeição Passiva, elementos suficientes, a exemplo de degravação de conversa e diversas comunicações (Doc 2 – fl. 8477); Doc 4 – fls. 8483; Doc 5 – fls. 8488/8489), para comprovar a sua vinculação com as pessoas jurídicas auditadas, entre as quais a Faróleo, bem como a sua efetiva participação como efetivo administrador (Doc. 1 - fl. 8476) apesar da inexistência de vínculo formal dele com as pessoas jurídicas do Grupo FN.*

...

... Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih, Andréa Ferreira Abdul Massih, Simon Nemer Ferreira Abdul Massih (9614/9644) e Nembr Abdul Massih argumentam apenas aspectos já abordados anteriormente (ilicitude das provas advindas da operação Yellow, inclusive, as interceptações telefônicas e a inaplicabilidade da responsabilização pela multa de ofício).

*Paulo Roberto dos Santos Mina, afirma que como funcionário da Faróleo, estava alocado à empresa FN Assessoria Empresarial, recebia ordens para executar trabalhos de interesse de sua empregadora, **entretanto**, nada apresenta para corroborar o que alega e, assim, afastar a conclusão da fiscalização, ressalte-se, fundamentada em provas, a exemplo de procuração da Faróleo para a FN, que por sua vez, subestabeleceu todos os poderes a ela conferidos, ao impugnante, entre os quais estão contratar, emitir Cédulas de Crédito, abrir e movimentar contas correntes.*

*Luiz Alberto Panaro, para afastar-se da responsabilização também argumenta era apenas funcionário da empresa FN Assessoria Empresarial Ltda. de 2005 a dezembro de 2015, como comprova com cópias de sua CTPS e Comunicação de Dispensa do Ministério do Trabalho, **entretanto** há também procurações da Faróleo para a FN, que por sua vez, subestabeleceu todos os poderes a ela conferidos pela Faróleo, ao impugnante, entre os quais estão: contratar, emitir Cédulas de Crédito, abrir e movimentar contas correntes.*

*Enfim, **há comprovação de que estes dois mandatários** agiam em comum acordo com a família Abdul Massih, ostensivamente frente a terceiros, mantendo ocultos os reais dirigentes de diversas empresas para a prática de atos que deram origem às autuações.*

*Quanto à alegação de **Nabil Akl Abdul Massih**, de que ambas, fiscalização e autuação, foram feitas em períodos posteriores ao seu desligamento da empresa, **registra-se, de pronto**, que a sua CTPS, contraria esta assertiva, pois nela há registro de que o desligamento da empresa FN – Assessoria Empresarial ocorreu em 08/08/2013, data posterior ao período fiscalizado.*

...

***As empresas** Dov Óleos Vegetais Ltda; FAS - Empreendimentos e Incorporações Ltda.; FN Assessoria Empresarial Ltda. EPP; Sina Indústria de Óleos Vegetais Ltda.; Sina Indústria de Alimentos Ltda. e Sina Comércio e Exportação de Produtos Alimentícios Ltda. utilizam em sua defesa os mesmos argumentos apresentados pelos quatro membros da família Abdul Massih, ou seja, alegam que não há qualquer ligação, vínculo administrativo ou gerencial com a contribuinte Faroleo Comércio de Produtos Alimentícios Ltda e que as provas utilizadas são ilícitas.*

***Entretanto**, apesar das alegações, **há na verdade**, como já indicado, provas materiais de que as empresas integram um grupo econômico de fato (grupo FN) do qual faz parte a Faróleo e que foram dirigidas pelas pessoas físicas também responsabilizadas, **enfatizando-se que existe decisões judiciais** já referidas em parágrafo anterior reconhecendo a existência do grupo econômico formado pelas empresas FAS - Empreendimentos e Incorporações Ltda., Sina Comércio e Exportação de Produtos Alimentícios Ltda., Sina Indústria de Óleos Vegetais Ltda., Multióleos Óleos e Farelo Ltda., Sina Indústria de Alimentos Ltda., e da Modena Agropecuária, Incorporações e Empreendimentos Imobiliários Ltda.*

...

O recorrente **André Amaro da Silva** (sujeito passivo solidário) foi identificado, como procurador, no Brasil, da offshore Onida S/A (CNPJ: 07.062.622/0001-93), sócia majoritária da pessoa jurídica Faroleo Comercio de Produtos Alimentícios Ltda.

O mencionado recorrente, com as mesmas alegações na impugnação, contesta a sua notificação como responsável solidário acerca da lavratura de autos de infração contra pessoas jurídicas, alegando, no essencial, que a única ligação sua com a empresa é a ficha cadastral da Jucesp que o identifica como representante da empresa Atikis S/A e não da Onida S/A.

A fiscalização juntou aos autos, extrato da situação cadastral da empresa Onida S/A, sócia da Faroleo, e de fato consta o CPF 253.069.988-79 (**André Amaro da Silva**) na condição de Procurador da empresa Onida S/A (CNPJ: 07.062.622/0001-93), portanto a alegação do recorrente não desfaz a situação fática descrita no Termo de Sujeição Passiva (e-fls.8223/8241). Portanto, mantida a responsabilização solidária do recorrente.

Em sede de recurso voluntário, os recorrentes em comento nada apresentaram para invalidar as provas trazidas pela fiscalização e confirmadas na decisão recorrida a qual não merece reparo.

Nesse contexto, subsiste a sujeição passiva das empresas do grupo e das pessoas físicas expressamente responsabilizadas na autuação.

Multa Qualificada

Conforme relatado, nos autos de infração fora aplicada a multa por infração qualificada de 150% sob o fundamento de que restou comprovado o evidente intuito de sonegação.

Além das informações sobre a conduta do contribuinte, notadamente, pela entrega de declaração de conteúdo falso à RFB, reiterada e substancial omissão de receitas, omissão de entrega de declarações e o uso de interpostas pessoas nos atos constitutivos, bem como a ocultação de sua escrituração contábil e fiscal e livros, também consta do TVF:

Entre as diversas infrações a dispositivos legais cometidas, que estão devidamente descritas no Relatório de Solidariedade, destacam-se:

*1 - Os reais administradores se associaram aos sócios formais (os quais cediam seus nomes para compor o quadro societário das pessoas jurídicas - sócios "testas-de-ferro") e aos procuradores (que cediam seus nomes para assumirem os compromissos das pessoas jurídicas), para cometer, em **conluio**, as diversas infrações legais.*

Assim agindo, os reais administradores, em tese, também infringiram a lei 2.848/1940 (Decreto-Lei), Código Penal, artigo 288:

“*Quadrilha ou bando Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: (Vide Lei nº 12.850, de 2.013)*”

Associação Criminosa Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013)”

*2 - Também assim, os reais administradores, em **conluio** com os sócios formais e procuradores, ao integrarem ao quadro societário de suas pessoas jurídicas sócios “testasde-ferro” e/ou “offshore”, modificaram, **fraudulentamente**, as características essenciais dos fatos geradores: a sujeição passiva. Agiram, desta forma, com infração à lei 2.848/1940 (Decreto-Lei), Código Penal, artigo 299, cometendo, em tese, 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”

*3 - Além disto, os reais administradores não pagaram e não declararam/confessaram a **totalidade devida pela contribuinte dos tributos auditados**, durante os períodos fiscalizados (2010 a 2012), suprimindo ou reduzindo-os na DCTF - Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (declaração que constitui confissão de dívida - Decreto-lei 2.124/1984, artigo 5º, parágrafo 1º):*

| FAROLEO - 2010 a 2012 | | |
|-----------------------|----------------------|-------------------|
| | DEVIDO* | CONFESSADO |
| IRPJ | 21.463.410,97 | - |
| CSLL | 9.690.934,96 | - |
| PIS | 5.832.507,15 | 37.981,47 |
| COFINS | 26.919.263,71 | 167.672,47 |
| TOTAIS | 63.906.116,79 | 205.653,94 |

**Valor devido – conforme apuração deste Fisco*

Desta forma, não houve apenas o mero inadimplemento (falta de pagamento de tributo devido já confessado ao Fisco), mas, sim, reiterada omissão dolosa, sonegação, em tese, objetivando o não pagamento dos tributos devidos. Assim, os reais administradores infringiram os artigos 71, 72 e 73 do Código Penal (sonegação, fraude e conluio) e os art. 1º e 2º da Lei 8.137, de 1990 (crimes contra a ordem tributária) e deixaram de confessar tributos devidos, no valor total de R\$ 63.700.462,85.

...

Para melhor entendimento, transcreve-se, a seguir, o art. 44, inciso I e §1º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.”

[...]

Conforme se observa, nos termos do parágrafo 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, só é admitida a aplicação da multa no percentual de 150%, nos casos de evidente intuito de fraude, como previsto nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, que assim dispõem:

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.

Desse modo, a multa de 150% de que trata o parágrafo 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, terá aplicação sempre que em procedimento fiscal constatar-se a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio.

As multas de ofício aplicadas foram qualificadas, no percentual de 150%, com base no art. 44, inciso I e §1º da Lei nº 9.430, de 1996, porque a Fiscalização entendeu que a conduta do contribuinte, notadamente, pela entrega de declaração de conteúdo falso à RFB, robusta e reiterada omissão de receitas, omissão de entrega de declarações e o uso de interpostas pessoas nos atos constitutivos, bem como a ocultação de sua escrituração contábil e fiscal e livros, caracterizou a sonegação como definido na Lei nº 4.502, de 1964, arts. 71 e necessário à qualificação da multa.

Com efeito, a sonegação se caracteriza em razão de uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe sempre a intenção de causar dano à fazenda pública,

num propósito deliberado de se subtrair, no todo ou em parte, ou retardar uma obrigação tributária. Assim, ainda que o conceito de sonegação seja amplo, deve sempre estar caracterizada a presença do dolo, um comportamento intencional, específico, de causar dano à fazenda pública, onde, utilizando-se de subterfúgios escamoteia-se ocorrência do fato gerador ou retarda-se o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária.

Assim, constatada a sonegação e dolo, correto o lançamento da multa qualificada de 150%.

No que tange ao aspecto confiscatório da multa, alegado por alguns Recorrentes e ofensa ao princípio da capacidade contributiva, a exigência decorre de expressa disposição legal, não cabendo a esse órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-la, encontrando óbice, inclusive na Súmula nº 2 desse E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, verbis:

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

Como registrado acima, os recorrentes/responsáveis alegam ser incabível a responsabilização quanto à multa de ofício.

Sobre a matéria, não merece reparo ao acórdão da DRJ cujos fundamentos acolho como razão de decidir, que a seguir transcrevo,

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.

Nesse passo, a solidariedade abrange todo o crédito tributário, é dizer, tanto os tributos quanto a multa de ofício e os juros moratórios.

Conforme anunciado acima, a contribuinte (autuada) alegou ter ocorrido decadência em relação ao ano calendário de 2010.

No que tange à contagem do prazo decadencial, não se pode ignorar que o STJ entendeu em caráter definitivo (julgamento de recurso representativo de controvérsia, nos termos do art. 543C, do CPC) que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, a questão do pagamento antecipado é relevante para definição do prazo, assim como a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, conforme se observa na ementa do REsp 973.733/SC, 1ª Seção, Dje 18/09/2009, de relatoria do Ministro Luiz Fux:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO.

DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I,

DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN.

IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incoorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel.

Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, antea configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs.91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. *Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.*

7. *Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.*

Conforme demonstrado acima, na análise da multa qualificada, restou mantida a aplicação da multa de 150%, porque caracterizada a sonegação e dolo no caso dos presentes autos, o que de plano afasta a aplicação do prazo à homologação, de 5 (cinco)anos contados da ocorrência do fato gerador nos termos do § 4º do art.150 do CTN, e, conseqüentemente a contagem do prazo decadencial deve-se dar com amparo na regra geral do art. 173, I, do CTN, iniciando a sua contagem no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Outrossim, não consta dos autos que tenha havido pagamento de tributos em relação ao ano calendário 2010, o que também afastaria a aplicação do prazo à homologação, de 5 (cinco)anos contados da ocorrência do fato gerador nos termos do § 4º do art.150 do CTN.

Com efeito, com relação aos fatos geradores ocorridos em 2010, que poderiam ser exigidos dentro do próprio ano-calendário, o prazo decadencial iniciou-se em 01/01/2011 e teria seu termo final em 31/12/2016. Tendo a ciência dos autos de infração ocorrido em 26/11/2015, por via postal (fls. 10.138/10.143 e 10252), deve ser afastada a preliminar de decadência do direito de lançar os tributos ora exigidos e refutados pela contribuinte/Recorrente.

O Recorrente João Shoiti Kaku pede que quaisquer intimações e notificações sejam realizadas em nome do procurador do Recorrente THIAGO CUNHA BAHIA, OAB/SP nº 373.160, com escritório na Rua Bento de Andrade, nº 421, Jardim Paulista, São Paulo - CEP 04.503-011.

Sobre o assunto, a Súmula CARF nº 9, é suficiente para o indeferimento do pleito, vejamos:

Súmula CARF nº 9: É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.

O domicílio fiscal da pessoa física é o constante do Cadastro da Pessoa Física. Assim, razão não há para que as intimações sejam encaminhadas para outros endereços que não seja o domicílio fiscal eleito pelo contribuinte indicado no CPF.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. Cofins. Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao IRPJ em face da estreita relação de causa e efeito.

Diante do exposto, voto no sentido de NEGAR provimento aos recursos voluntários da contribuinte (autuada) e dos responsáveis tributários/recorrentes: **Pessoas Físicas** - Ineide Maria de Souza (sócia), Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih, Andréa Ferreira Abdul Massih, Simon Nemer Ferreira Abdul Massih, Nembr Abdul Massih, João Shoiti Kaku, Nabil Akl Abdul Massih, Simon Nagib Antonios, Nabil Akl Abdul Massih, André Amaro da Silva, Luiz Alberto Panaro, e Paulo Roberto dos Santos Mina. **Pessoas Jurídicas:** FN - Assessoria Empresarial Ltda , FAS - Empreendimentos e Incorporações Ltda , DOV

Óleos Vegetais Ltda, Sina Indústria de Óleos Vegetais Ltda, Sina Indústria de Alimentos Ltda, Sina Comércio e Exportação de Produtos Alimentícios Ltda.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa.

Voto Vencedor

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli - Redator Designado

Em que pesem os argumentos expendidos pela Ilustre Presidente e ora Relatora, peço vênica para, respeitosamente, divergir de seu voto no que diz respeito à imputação de responsabilidade às pessoas físicas (mandatárias) Luiz Alberto Panaro, Paulo Roberto dos Santos Mina e Nabil Akl Abdul Massih, que devem ser excluídas da presente lide.

O TVF anexo ao Auto de Infração assim fundamentou a responsabilidade solidária dos mandatários (Procuradores):

"Paralelamente, os trabalhos 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", "off-shore", e/ou procuradores) administravam todo o conjunto empresarial de forma oculta. Eles organizavam toda a atividade do Grupo, decidiam, empreendiam, 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 acima identificadas.

[...]

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

b.1) ora, pessoas físicas, sem estofa 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 - "off-shore" (SAFIs), 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”.

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

Nestas condições, verificou-se que os reais administradores, associados 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:"

No Relatório de Solidariedade Tributária das Pessoas Jurídicas Integrantes do Grupo FN - composto de 81 páginas - os Procuradores em questão foram incluídos no amplo rol de solidários sob a singela justificativa, em dois parágrafos:

5.3. Os procuradores do Grupo FN

Tratam-se de pessoas físicas que recebiam procurações para agirem, especialmente junto a instituições financeiras, em nome de algumas pessoas jurídicas do Grupo, mantendo ocultos os reais administradores;

Sendo eles:

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

Tais procuradores, consoante ficou demonstrado no item 4.2.1, obedeciam a ordens dos reais administradores e agiam, associados a estes, em nome do Grupo, mediante procuração, especialmente junto a instituições bancárias (ANEXO 30 - foram juntadas cópias de vários substabelecimentos, para representação frente a inúmeras instituições financeiras, demonstrando a intensa atividade dos citados procuradores).

No relatório específico de sujeição passiva, emitido para cada uma das pessoas responsabilizadas, assim relata a autoridade fiscal responsável pelos lançamentos:

II – SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIAS

7 - Neste contexto, quando do surgimento das obrigações tributárias do sujeito passivo FAROLEO, ora lançadas, **Nabil Akl Abdul Massih** (sujeito passivo solidário) foi identificado integrando o Grupo na qualidade de procurador, tendo recebido amplos poderes para representar a pessoa jurídica FAROLEO, especialmente junto a instituições financeiras. Tais poderes foram substabelecidos pela pessoa jurídica F.N. Assessoria Empresarial, conforme documentos anexos.

II – SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIAS

7 - Neste contexto, quando do surgimento das obrigações tributárias do sujeito passivo FAROLEO, ora lançadas, **Paulo Roberto dos Santos Mina** (sujeito passivo solidário) foi identificado integrando o Grupo na qualidade de procurador, tendo recebido amplos poderes para representar a pessoa jurídica FAROLEO, especialmente junto a instituições financeiras. Tais poderes foram substabelecidos pela pessoa jurídica F.N. Assessoria Empresarial, conforme documentos anexos.

II – SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIAS

7 - Neste contexto, quando do surgimento das obrigações tributárias do sujeito passivo FAROLEO, ora lançadas, **Luiz Alberto Panaro** (sujeito passivo solidário) foi identificado integrando o Grupo na qualidade de procurador, tendo recebido amplos poderes para representar a pessoa jurídica FAROLEO, especialmente junto a instituições financeiras. Tais poderes foram substabelecidos pela pessoa jurídica F.N. Assessoria Empresarial, conforme documentos anexos.

De plano, nota-se que a motivação para a qualificação da solidariedade de Luiz Alberto Panaro, Paulo Roberto dos Santos Mina e Nabil Akl Abdul Massih restringiu-se ao fato destas pessoas terem figurado como mandatários (Procuradores) com poderes de representação perante determinadas instituições financeiras, e nada mais!

O silogismo empregado foi o seguinte: Luiz Alberto Panaro, Paulo Roberto dos Santos Mina e Nabil Akl Abdul Massih, funcionários da empresa, receberam poderes por meio de Procuções outorgadas pelos "cabeças" do grupo". E como estas procuções permitiram que estas pessoas representassem o interesse do grupo perante instituições financeiras; os procuradores possuem interesse comum e responsabilidade pessoal de gestão.

Não concordo, porém, com esse racional. Segundo penso, há dois graves vícios que comprometem a imputação da responsabilidade solidária aos referidos mandatários: (i) nulidade por falta de motivação dos requisitos do artigo 135 do CTN; e (ii) não caracterização de "interesse comum".

Dispõe o artigo 135 do CTN:

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.

Os pressupostos previstos no *caput* do artigo 135 - prática de ato com excesso de poder ou infração de lei ou contrato social - não foi objeto de nenhum comentário pela fiscalização na imputação da solidariedade aos Procuradores.

Ora, se foi o uso indevido ou abusivo das Procuções a causa da caracterização da responsabilidade solidária, deveria a autoridade ter apontado e motivado qual ato teria sido este, como foi praticado, qual a finalidade, seus efeitos etc, mas nada disso foi feito.

O TVF deveria, para valer sua tese de incidência do artigo 135, II, ter demonstrado em que medida as pessoas qualificadas como mandatárias agiram em infração a lei, ou em contrariedade aos limites do desempenho de sua função de Procurador. Quer a autoridade fiscal ver prevalecer o Termo de Sujeição Passiva Solidária, mister que ela fundamente adequadamente o Auto, bem como comprove a participação direta e consciente daquele que detém poder de representação na realização dos atos alegadamente simulados ou fraudulentos.

A atribuição de responsabilidade tributária não constitui expediente que possa ser utilizado “por atacado” ou “no modo automático”, uma vez que tal instituto exige a comprovação de que os fatos ou atos que geraram o descumprimento de normas tributárias tenham sido praticados conscientemente (isto é, com dolo) pela pessoa qualificada como responsável.

Isso significa dizer que a mera qualificação de Procurador jamais poderia ensejar responsabilidade pessoal ou solidária, ainda mais nesse caso concreto, no qual a própria autoridade fiscal autuante certifica que os Procuradores *obedeciam a ordens dos reais administradores*.

Afasto, portanto, a imputação de responsabilidade prevista no artigo 135 do CTN.

Diferentemente da *responsabilidade tributária* do artigo 135, onde terceiros são chamados a responder pela obrigação tributária, sempre que verificadas as condições postas pela legislação, a *responsabilidade solidária* prevista no artigo 124, I, do CTN - também utilizado como base legal no lançamento -, não se dirige a terceiros, isto é, pessoas estranhas à relação jurídica que dá ensejo à obrigação tributária, mas sim às pessoas que efetivamente participam do fato que constitui a hipótese de incidência tributária.

As partes coobrigadas devem participar de uma única relação jurídica, da qual em um dos polos apenas figuram as duas partes. Trata-se de um pressuposto normativo que não admite restrições.

Como já se posicionou o STJ:

[...] 7. Conquanto a expressão "interesse comum" encarte um conceito indeterminado, é mister proceder-se a uma interpretação sistemática das normas tributárias, de modo a alcançar a ratio essendi do referido dispositivo legal. Nesse

diapasão, tem-se que o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal implica que as pessoas solidariamente obrigadas sejam sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato imponible. Isto porque feriria a lógica jurídico-tributária a integração, no pólo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participação na ocorrência do fato gerador da obrigação (STJ - REsp nº 884.845 – SC).

A responsabilidade solidária constitui meio de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que compõem o polo passivo desde a origem da obrigação. Assim, por exemplo, ocorre com coproprietários de mercadorias que, vendidas, sujeitam-se ao ICMS. Neste caso, existe a solidariedade, pois ambos estão no mesmo polo da relação (são vendedores). Na hipótese, porém, de faltar esta equivalência - caso do usuário final que compra mercadoria com preço abaixo do mercado -, não há que se falar em interesse jurídico e, conseqüentemente, imputar a responsabilidade por interesse comum.

O interesse econômico, reconhecemos, até pode servir de indício para a caracterização de *interesse comum*, mas, isoladamente considerado, não constitui prova suficiente para aplicar a solidariedade. Também a utilização da responsabilidade solidária como espécie de “sanção” a determinada pessoa que teria “contribuído” com dada operação ou estrutura não é cabível do ponto de vista jurídico.

O interesse comum de que trata o artigo 124, inciso I do CTN é, portanto, sempre jurídico, não devendo ser confundido com “interesse econômico”, “sanção”, “meio de justiça” etc.

Não é suficiente que a pessoa tenha tido participação furtiva como interveniente num negócio jurídico, ou mesmo que seja mandatário, acionista, sócio ou administrador da empresa contribuinte, para que a solidariedade seja validamente estabelecida. Pelo contrário, é imprescindível a comprovação de que o sujeito tido por solidário teve interesse jurídico, o que se faz com a demonstração cabal da relação direta e pessoal dele com a prática do ato ou atos que deram azo à relação jurídico tributária.

Do ponto de vista da jurisprudência administrativa, destaca-se a noção correlata entre interesse comum e confusão patrimonial. Assim, quando restar caracterizada a confusão patrimonial entre os dois ou mais sujeitos, cabível a aplicação da responsabilidade solidária.

A expressão “confusão patrimonial” é inerente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica do direito privado. O artigo 50 do Código Civil, por exemplo, assim dispõe:

“em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

Confundir consiste no ato ou efeito de enganar, de iludir, enfim, aparentar ser. Na prática, ocorre a confusão patrimonial quando não é possível uma segregação clara entre as atividades profissionais ou empresarias exercidas por mais de um sujeito. Tal fenômeno costuma se revelar quando os negócios dos sócios se confundem com os da pessoa jurídica; quando há abuso dentro de um mesmo grupo econômico; quando as partes se valem de pessoas interpostas etc.

De acordo com Luiz Carlos de Andrade Júnior¹:

“a confusão patrimonial caracteriza-se pela impossibilidade de distinguir se o uso e a disposição de determinados bens dão-se pela sociedade ou pelos seus membros; ou, melhor dizendo, se o patrimônio é empregado de modo a satisfazer interesses de uma ou de outros. Configura-se, por exemplo, quando a sociedade utiliza imóveis pertencentes aos sócios, emprega veículos destes para o desempenho de suas atividades operacionais ou paga suas contas pessoais. A confusão patrimonial pode, ademais, relacionar-se a uma situação de controle, especialmente nos grupos econômicos de subordinação, em que as sociedades controladas perdem grande parte de sua autonomia de gestão empresarial em razão da atuação “soberana” da sociedade holding”.

A existência ou não de confusão patrimonial depende de cada situação fática, mas é possível identificar alguns indícios comuns que podem levar a esta constatação. São eles, sem prejuízos de eventuais outros: 1 - a capacidade dos sócios; 2 - a coincidência de administradores e/ou procuradores; 3 - gestão única do negócio; 4 - semelhança de atividades; 5 - identidade de endereço; 6 - empregados comuns; estrutura operacional dependente; 7 - incapacidade econômica; 8 - benefício financeiro; e 9 - impacto da carga tributária.

Apenas com a reunião de indícios precisos e convergentes, capazes de caracterizar a confusão patrimonial como um todo, é que estaremos no campo do interesse comum, em seu sentido jurídico e, conseqüentemente, da responsabilidade solidária.

Trazendo essas considerações ao presente caso, afasto a sujeição passiva dos responsáveis solidários Luiz Alberto Panaro, Paulo Roberto dos Santos Mina e Nabil Akl Abdul Massih, uma vez que, não bastasse o vício na motivação, os elementos constantes dos autos não demonstram nenhuma *confusão patrimonial* entre eles e os demais componentes do aludido grupo.

Não há no trabalho fiscal prova ou indício de que essas pessoas teriam auferido qualquer vantagem ou que tenham tido poder de comando na estrutura empresarial. O simples fato dos solidários serem Procuradores perante os bancos não revela qualquer *interesse comum*.

Os mandatários são pessoas que não se confundem com os outorgantes. O Direito assim determina. Admitir o contrário significa violar o "instituto do mandato", sem lei, permitindo uma estranha presunção de confusão patrimonial entre mandatário (procurador) e empresa, o que não se sustenta.

¹ A simulação no direito civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 209.

Conforme orientação do STF², “*não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor descon sideração ex lege e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada*”.

Nesse sentido, voto DAR PROVIMENTO aos RECURSOS VOLUNTÁRIOS das pessoas físicas (mandatárias) Luiz Alberto Panaro, Paulo Roberto dos Santos Mina e Nabil Akl Abdul Massih para afastar a responsabilidade tributária desses recorrentes.

(assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli

² STF. RE 562.276. Plenário, 03/11/2010.