



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

Processo n° 10825.722785/2015-10
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-003.388 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de fevereiro de 2019
Matéria Irpj
Recorrente MULTIÓLEOS ÓLEOS E FARELOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO.

Não se encontram presentes no feito elementos ensejadores de nulidade, seja por motivos de competência da autoridade lançadora, seja por violação a preceitos constitucionais.

PROVAS LÍCITAS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO PRÉVIO À AUTUAÇÃO FISCAL. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO.

É lícita a utilização de provas colhidas em investigação criminal, obtidas por meio de autorização judicial, para subsidiar a apuração de caráter tributário.

Não há previsão legal para sobrestamento do processo administrativo até a decisão judicial definitiva quanto à licitude das provas obtidas em investigação criminal.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. AFRFB. COMPETÊNCIA.

Nos termos do artigo 121 do Código Tributário Nacional o sujeito passivo da obrigação tributária compreende os contribuintes e responsáveis. Inquestionável, portanto, a competência da autoridade tributária para imputação da responsabilidade solidária, no momento da constituição do crédito tributário.

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.

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.

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.

MULTA QUALIFICADA.

Mantém-se a qualificação da multa se resultar evidente a intenção de reduzir os tributos devidos.

GRUPO ECONÔMICO DE FATO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Demonstrada a existência de um grupo econômico de fato, integrado por diversas pessoas jurídicas formalmente independentes, porém com administração única, estrutura e atuação operacional comum e confusão patrimonial, procedente a atribuição de responsabilidade solidária prevista no art. 124, I do CTN.

RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS. ART. 135 DO CTN.

Nos termos do art. 135 do CTN, responde pelos tributos devidos pela pessoa jurídica o administrador por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, o que resta caracterizado pela comprovação da atividade essencialmente ilícita do empreendimento da fiscalizada.

ADMINISTRADORES DE FATO. GRUPO ECONÔMICO. INTERESSE COMUM. INFRAÇÃO À LEI. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

O interesse comum nas situações que constituíram os fatos geradores dos tributos lançados, bem assim, a prática de infrações à lei ou contrato social, enseja a atribuição de responsabilidade pessoal aos administradores de fato da pessoa jurídica, nos termos dos arts. 124, I, e 135, III, do CTN.

MANDATÁRIOS. INTERESSE COMUM. INFRAÇÃO À LEI VINCULADA AOS FATOS GERADORES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA.

A falta de comprovação do interesse comum, do poder de gestão sobre a pessoa jurídica atuada e da prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei ou contrato social, vinculados aos fatos geradores das obrigações tributárias, afasta a imputação da responsabilidade tributária.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA SUMULADA NO CARF.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, em negar provimento aos recursos voluntários quanto à exigência e à aplicação da multa qualificada; e, ainda, quanto à imputação de responsabilidade solidária; por unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos de Maria de Fátima Butara Ferreira Adul Massih, Andrea Ferreira Abdul Massih, Simon Nemer Ferreira Adul Massih e Nembr Adul Massih, votando pelas conclusões os conselheiros Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias e Luiz Tadeu Matosinho Machado; por maioria de votos, em negar provimento ao recurso do responsável solidário Sr. Dario Aprígio da Silva, vencidos Maria Lúcia Miceli, Gustavo Guimarães da Fonseca e Luiz Tadeu Matosinho Machado, votando pelas conclusões os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Ailton Neves da Silva, Rogério Aparecido Gil e Flávio Machado Vilhena Dias; e, por maioria, em dar provimento ao recurso dos srs. Luiz Alberto Panaro, José Agostinho Miranda Simões, Nabil Akl Adul Massih e Paulo Roberto dos Santos Mina, vencido o conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (relator); por unanimidade em dar provimento ao recurso do sr. João Shoiti Kaku; e, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso das pessoas jurídicas: Dov Óleo Vegetais Ltda, Farelo Comércio Prod. Alimentícios Ltda, FAS Empreend. E Incorporação Ltda, FN Assessoria Empresarial Ltda .EPP, Sina Com e Exp. Prod Alimentícios Ltda, Sina Industria de Alimentos Ltda e Sina Industria de Óleo Vegetais Ltda, votando pelas conclusões os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa - Relator.

(assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (Relator), Ailton Neves da Silva (Suplente Convocado), Rogério Aparecido Gil, Maria Lucia Miceli, Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias, e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Para a devida síntese do processo em exame, transcrevo o relatório da DRJ/SPO, complementando-o ao final:

Trata-se de autos de infração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), fls. 2/33, de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), fls. 34/65, de Contribuição para o PIS/PASEP, fls. 66/85, e de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), fls 86/105, referentes aos anos-calendário 2011 e 2012. Lançados os tributos discriminados no quadro a seguir, bem como multa qualificada de 150%.

Trimestre	IRPJ	CSLL	PIS/PASEP	COFINS
AC 2011 (fls. 32, 64, 84 e 78)				
1º	1.299.474,28	587.463,43	-	-
2º	2.901.107,33	1.308.198,30		
3º	2.766.921,23	1.247.814,56		
4º	2.629.490,55	1.185.970,75		
AC 2012 (fls. 32, 64, 84 e 78)				
1º	2.638.191,60	1.189.886,22	-	-
2º	2.799.754,58	1.262.589,56		
3º	1.924.468,17	868.710,68		
4º	1.005.550,60	455.197,77		
Totais	17.964.958,34	8.105.831,27	4.877.207,45	22.510.366,52

Dos Fatos

Dos Fatos

No Termo de Verificação Fiscal (fls. 106/125) 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 400 e 350 milhões de reais, respectivamente. Constatado ainda que a DIPJ ano-calendário 2011 contém apenas dados cadastrais e a receita total de vendas e que não foi entregue à RFB, a DIPJ AC 2012. Apresentadas apenas as DACON e DCTF relativas aos meses de janeiro a março de 2011, com valores declarados bastante inferiores aos que seriam devidos em razão das notas fiscais eletrônicas emitidas no biênio 2011 e 2012 (fls. 126/623).

Após a intimação do início do procedimento fiscal, constatou-se que a contribuinte ocupava um pequeno estabelecimento, com três funcionários, duas empregadas e o terceiro, Carlos Eduardo Tadeu Craveiro, contador da pessoa jurídica. Requerido, via postal, prazo de 180 dias para a manifestação da contribuinte porque a documentação fora apreendida pela Sefaz-SP. Posteriormente, em julho de 2014, foram apresentados 8 livros fiscais em meio papel, com dados da

matriz e nenhuma informação relativa à filial. Entre outubro de 2014 e fevereiro de 2015 outros livros contábeis e fiscais relativos à matriz e à filial, também incompletos, foram entregues.

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 especificamente, dos Lalur, dos Livros de Registro de Inventário e dos Fcont (Controle Fiscal Contábil de Transição) dos anos-calendário 2011 e 2012.

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. 126/623), 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 confessou em DCTF qualquer valor devido nem de imposto de renda (lucro presumido) nem da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) 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 ínfimos nos meses de janeiro a março de 2011, como indicado a seguir, observando-se que em março de 2012 as Dacon transmitidas apresentavam os campos relativos a estes tributos zerados.

Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Mês Calendário	Número da Declaração DACON	Valor Declarado em DACON	Valor confessado em DCTF
01/2011	0000200201103269940	1.832.205,08	Omissa
02/2011	0000200201103615681	523.107,59	5.831,42
03/2011	0000200201105051707	1.790.255,19	Omissa

Programa de Integração Social (PIS).

Mês Calendário	Número da Declaração DACON	Valor Declarado em DACON	Valor confessado em DCTF
01/2011	0000200201103269940	397.781,36	Omissa
02/2011	0000200201103615681	113.569,41	1.302,10
03/2011	0000200201105051707	388.673,82	Omissa

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

Ano-Calendário	Receita Bruta Declarada em DIPJ	Receita Bruta de Vendas das Nfes	Diferença Nfe X DIPJ
2011	0,00	400.874.724,73	400.874.724,73
2012	Omissa	349.665.206,02	349.665.206,02

Tabela 06 – Receita Bruta de Vendas Declarada em DACON X Calculada pel Notas Fiscais eletrônicas.

Mês Calendário	Receita bruta declarada em DACON	Receita Bruta de Vendas de Nfes	Diferença Nfe X DACON
01/2011	23.955.777,69	23.955.777,69	0,00
02/2011	6.882.994,65	6.882.994,65	0,00
03/2011	23.555.989,30	23.555.989,32	0,02
04/2011	Omissa	32.719.321,87	32.719.321,87
05/2011	Omissa	52.304.909,38	52.304.909,38
06/2011	Omissa	36.105.240,80	36.105.240,80
07/2011	Omissa	36.312.380,34	36.312.380,34
08/2011	Omissa	40.097.484,90	40.097.484,90
09/2011	Omissa	39.128.519,51	39.128.519,51
10/2011	Omissa	38.122.057,30	38.122.057,30
11/2011	Omissa	51.599.446,53	51.599.446,53
12/2011	Omissa	20.090.602,44	20.090.602,44
01/2012	Omissa	27.161.598,03	27.161.598,03
02/2012	Omissa	51.153.085,38	51.153.085,38
03/2012	0,00	31.859.966,59	31.859.966,59
04/2012	Omissa	39.622.607,30	39.622.607,30
05/2012	Omissa	45.795.865,72	45.795.865,72
06/2012	Omissa	31.487.967,93	31.487.967,93
07/2012	Omissa	23.793.716,22	23.793.716,22
08/2012	Omissa	32.593.341,55	32.593.341,55
09/2012	Omissa	24.049.115,87	24.049.115,87
10/2012	Omissa	11.226.170,33	11.226.170,33
11/2012	Omissa	17.685.518,13	17.685.518,13

Estas tabelas demonstram que a pessoa jurídica além de omitir diversas declarações, ora não confessou qualquer receita tributável em DCTF, ora informou nos Dacon valor muito aquém do apurado via notas fiscais eletrônicas (tabela 6).

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, inegavelmente, 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 imponível por parte da autoridade administrativa, ainda faz supor que aquele 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 Multióleos e Farelos 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: Faroleo Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. (CNPJ 05.055.406/0001-40); DOV Óleos Vegetais Ltda (CNPJ 05.262.304/0001-40); Multioleos 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 afastaram 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. 431/511), 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).

MULTIOLEO – 2011 E 2012		
Tributo	Devido (1)	Confessado
IRPJ	17.964.958,34	-
CSLL	8.105.831,27	-
PIS	4.878.509,55	1.302,10
COFINS	22.516197,94	5.831,42
Totais	53.465.497,10	7.133,52

(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).

Enfim, detectou-se, nos anos-calendário 2011 e 2012, quanto à contribuinte, os responsáveis/solidários pelos créditos tributários lançados indicados no quadro a seguir.

Responsável/Solidário	Qualidade	CPF/CNPJ	CTN
Megisitis S.A.	sócio	07.946.453.0001-54	124 I
Dario Aprígio da Silva (1)	sócio administrador	126.945.118-99	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
Faroleo Comércio Prod Alimentícios Ltda.	PJ do grupo	05.055.406/0001-95	124 I
Dov Óleos Vegetais Ltda	PJ do grupo	05.262.304/000140	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

(1) Também procurador da sócia Megisitis

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.)
Dario Aprígio da Silva	sócio administrador	8247/8267
Megisitis S.A.	sócio	8515/8518

(continua)

Responsável/Solidário	Qualidade	Termo Sujeição (fls.)
Andréa Ferreira Abdul Massih	real administrador	8170/8242
Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih	real administrador	8284/8459
João Shoiti Kaku	real administrador	8464/8514
Nemr Abdul Massih	real administrador	8592/8788
Simon Nemer Ferreira Abdul Massih	real administrador	8820/8883
Paulo Roberto dos Santos Mina	mandatário	8519/8541
José Agostinho Miranda Simões	mandatário	8542/8564
Nabil Akl Abdul Massih	mandatário	8569/8591
Luiz Alberto Panaro	mandatário	8793/8815
Cromais Distrib. Prod. Industrializados Ltda.	PJ do grupo	8243/8246
Dofar Distribuidora de Rações e Farelo Ltda	PJ do grupo	8268/8271
Dov Óleos Vegetais Ltda	PJ do grupo	8272//8275
Faroleo Comércio Prod Alimentícios Ltda.	PJ do grupo	8276/8279
FAS- Empreendimentos e Incorporações Ltda.	PJ do grupo	8280/8283
FN Assessoria Empresarial Ltda. EPP	PJ do grupo	8460/8463
Modena Agrop. Inc. Empreend. Imob. Ltda.	PJ do grupo	8565/8568
Orted Óleos e cereais Ltda.	PJ do grupo	8789/8792
Petry Com., Imp. & Exportação Ltda.	PJ do grupo	8816/8819
Sina Indústria de Alimentos Ltda.	PJ do grupo	8884/8887
Sina Com. e Exp. Produtos Alimentícios Ltda.	PJ do grupo	8888/8891
Sina Indústria de Óleos Vegetais Ltda.	PJ do grupo	8892/8895
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. 96/146). 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 Multióleos Óleos e Farelos Ltda., intimada do lançamento por edital (fl. 9533) apresenta impugnação (fls. 9877/9905), e, alega, inicialmente, que provará que detinha documento/dados suficientes para a realização de uma trabalho de fiscalização correto, portanto sem necessidade de arbitramento. A própria fiscalização afirma ter recebido a contabilidade da impugnante, e sem razão não a utiliza. Esta documentação dá lastro a crédito tributário total de R\$ 9.091.536,04, e o Fisco Federal apurou R\$ 53.465.497,06 (demonstração ilustrativa).

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. 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.

Aduz 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.

Responsável/Solidário	Qualidade	CPF/CNPJ	Impugnação (fls)
Megisitis S.A.	sócio	07.946.453.0001-54	Não apresentada
Dario Aprígio da Silva	sócio administrador	126.945.118-99	9685/9715
Maria de Fátima B. Ferreira Abdul Massih	real administrador	032.308.458-38	9840/9871
Andréa Ferreira Abdul Massih	real administrador	227.644.348-04	9579/9611
Simon Nemer Ferreira Abdul Massih	real administrador	292.680.168-85	9614/9644
João Shoití Kaku	real administrador	634.844.988-20	9974/10024
Nemr Abdul Massih	real administrador	824.535.198-91	10037/10068
Paulo Roberto dos Santos Mina	mandatário	146.988.888-24	9559/9576
Nabil Akl Abdul Massih	mandatário	214.334.278-00	9505/9526
José Agostinho Miranda Simões	mandatário	038.123.388-07	9536/9556
Luiz Alberto Panaro	mandatário	303.492.828-97	9947/9958
FN Assessoria Empresarial Ltda. EPP	PJ do grupo	04.350.935/0001-59	10069/10116
FAS- Empreend. e Incorporações Ltda.	PJ do grupo	03.752.053/0001-57	9796/9827
Faroleo Comércio Prod Alimentícios Ltda.	PJ do grupo	05.055.406/0001-95	9647/9682
Dov Óleos Vegetais Ltda	PJ do grupo	05.262.304/000140	10119/10154
Sina Indústria de Óleos Vegetais Ltda.	PJ do grupo	06.348.804/0002-43	9718/9748
Sina Com. e Exp. Prod. Alimentícios Ltda.	PJ do grupo	09.374.458/0001-85	9758/9793
Sina Indústria de Alimentos Ltda.	PJ do grupo	10.156.658/0001-40	9908/9944
Modena Agrop. Inc. Empreend. Imob. Ltda.	PJ do grupo	10.637.365/0001-85	10169/10188
Dofar Distribuidora de Rações e Farelo Ltda	PJ do grupo	06.247.822/0001-58	Não apresentaram impugnação
Cromais Distrib. Prod. Industrializados Ltda.	PJ do grupo	11.326.673/0001-52	
W.A.S. Comércio de Alimentos Ltda.	PJ do grupo	12.369.189/0001-73	
Orted Óleos e cereais Ltda.	PJ do grupo	14.041.985/0001-08	
Petry Com., Imp. & Exportação Ltda.	PJ do grupo	14.465.186/0001-69	

Dário Aprígio da Silva (fls. 9685/9715), sócio administrador 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 imponible, 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.

Reais administradores da Multióleos

Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih (fls. 9840/9871), Andréa Ferreira Abdul Massih (fls. 9579/9611), Simon Nemer Ferreira Abdul Massih (9614/9644), e Nembr Abdul Massih (fls. 10037/10068) apresentam impugnações com o mesmo teor da de Dário Aprígio da Silva, sócio administrador 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 Multióleos, representado por procurador (fls. 10023/10024), em sua impugnação (fls. 9974/10022), 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 Multióleos, 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 Multióleos 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 autuada, 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 anulação do Termo de Sujeição Passiva e da responsabilização tributária, e 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. 9559/9576), 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. 9505/9515 e 9518) representado por procurador (fls. 9516/9517) 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. 9536/9556) 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. 9947/9958) 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 Faroleo Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. (fls. 9647/9677); Sina Indústria de Óleos Vegetais Ltda. (fls. 9718/9748); Sina Comércio Importação e Exportação de Produtos Alimentícios Ltda. (fls. 9758/9788); FAS - Empreendimentos e Incorporações Ltda. (fls. 9796/9827); Sina Indústria de Alimentos Ltda. (fls. 9908/9938); FN Assessoria Empresarial Ltda. EPP (fls. 10096/10099) e Dov Óleos Vegetais Ltda (fls. 10119/10154), apresentam impugnações bastante similares à de Dário Aprígio da Silva (fls. 9685/9715), sócio administrador da Multióleos, já relatada em parágrafos anteriores (fl 10223).

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 Multióleos Óleos e Farelos 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. Inexistente no processo administrativo qualquer prova de que as empresas tenham qualquer ligação, vínculo administrativo ou gerencial com a Multióleos. 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 Multióleos. 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 Megistis S/A bem com as seguintes empresas integrantes do grupo: Dofar Distribuidora de Rações 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.

Após análise dos argumentos lançados pela fiscalização, pelo contribuinte e pelos responsáveis, a DRJ exarou o seguinte acórdão:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 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.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformados com a referida decisão, alguns dos responsáveis, bem como o contribuinte, interpuseram recursos voluntários, nos quais, em síntese, reafirmaram os argumentos expendidos em sede de impugnação. Tais pontos serão detalhados quando da análise dos referidos recursos, por questão de economia processual.

O contribuinte principal – MULTIOLEOS E FARELOS LTDA, argumentou, em síntese, a ilegalidade da utilização de prova emprestada, oriunda de interceptação telefônica advinda de processo criminal.

Alegou, ainda, que não se poderia investigar a empresa antes da constituição do crédito tributário.

Por fim, aduz que o agravamento da multa não cabe no presente caso, por entender não haver provas de sonegação.

Na mesma linha, seguem os Recursos Voluntários de Andrea Ferreira Abdul Massih, Dario Aprigio da Silva, Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih, Nembr Abdul Massih, Simon Nemer Ferreira Abdul Massih, Faroleo Comercio de Produtos Alimentícios Ltda, FAS – Empreendimentos e Incorporações LTDA, FN Assessoria Empresarial Ltda EPP, Sina Comércio e Exportação de Produtos Alimentícios Ltda, Sina Industria de Alimentos Ltda, Sina Industria de Óleos Vegetais Ltda e DOV Óleos Vegetais Ltda.

Os citados no parágrafo anterior acrescentaram, em sua defesa, a tese de que não teriam responsabilidade sobre o crédito tributário. As pessoas jurídicas aduziram, em síntese, não ter qualquer ligação com os fatos geradores. Já as pessoas físicas alegaram não terem praticado atos de gerência e Administração.

Os senhores(a) Paulo Roberto dos Santos Mina, Luiz Alberto Panaro, José Agostinho Miranda Simões, Nabil Akl Abdul Massih, apresentaram defesas semelhantes, argumentando, em resumo, que não possuíam poderes de gestão. Pelo tanto, aduziram pela sua ilegitimidade passiva.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa – Relator.

Da admissibilidade

A tabela a seguir indica as pessoas imputadas que apresentaram recurso voluntário. Vejamos:

INTERESSADO	INTIMADO	RECURSO
-------------	----------	---------

Multióleos óleos e farelos Ltda	06/04/2017	25/04/2017 - TEMPESTIVO
Dov Óleo Vegetais Ltda	05/04/2017	25/04/2017 - TEMPESTIVO
Andreia Ferreira Abdul Massih	24/03/2017	25/04/2017 - TEMPESTIVO
Dario Aprigio da Silva	25/03/2017	25/04/2017 - TEMPESTIVO
Farelo Comércio Prod. Alimentícios Ltda	24/03/2017	25/04/2017 - TEMPESTIVO
FAS Empreend. E Incorporação Ltda	28/03/2017	24/04/2017 - TEMPESTIVO
FN Assessoria Empresarial Ltda .EPP	24/03/2017	25/04/2017 - TEMPESTIVO
João Shoiti Kaku	27/03/2017	25/04/2017 - TEMPESTIVO
José Agostinho Miranda Simões	27/03/2017	26/04/2017 - TEMPESTIVO
Luiz Alberto Panaro	28/03/2017	24/04/2017 - TEMPESTIVO
Maria de Fátima b. Ferreira Abdul Massih	24/03/2017	25/04/2017 - TEMPESTIVO
Nemr Abdul Massih	24/03/2017	25/04/2017 - TEMPESTIVO
Paulo Roberto dos Santos Mina	24/03/2017	24/04/2017 - TEMPESTIVO
Simon Nemer Ferreira Abdul Massih	24/03/2017	25/04/2017 - TEMPESTIVO
Sina Com e Exp. Prod Alimentícios Ltda	24/03/2017	25/04/2017 – TEMPESTIVO
Sina Industria de Alimentos Ltda	24/03/2017	25/04/2017 - TEMPESTIVO
Sina Industria de Óleo Vegetais Ltda	24/03/2017	25/04/2017 - TEMPESTIVO
Nabil Akl Abdul Massih	09/05/2017	02/05/2017 - TEMPESTIVO

E ainda, não apresentaram impugnação a sócia Megistis S/A bem com as seguintes empresas integrantes do grupo: Dofar Distribuidora de Rações, 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.

Feitas essas considerações, conheço dos recursos voluntários conforme a tabela acima.

Das preliminares

Do Cerceamento do Direito de Defesa. Possibilidade de Utilização de Prova Emprestada Advinda de Processo Criminal

Inicialmente, cumpre enfrentar a nulidade arguida nos Recursos Voluntários.

Os recorrentes insurgem-se quanto às provas relacionadas ao Relatório da Operação Yellow (Sefaz-SP), investigação criminal, cujo conteúdo e procedimento estão sendo discutidos judicialmente, entendendo que houve constrangimento ilegal e agressão à segurança jurídica, quando seria dever da fiscalização (Fazenda Pública Federal) caracterizar e provar a infração lançada.

Aqui, cabe registrar que o lançamento tomou como base as receitas brutas de vendas declaradas ao Fisco Estadual embasadas nas notas fiscais relacionadas no Anexo I (fls. 126/623) do Termo de Verificação Fiscal. Contudo, como corretamente apresentado no acórdão atacado, não assiste razão aos recorrentes.

A decisão recorrida assim se debruça sobre o tema, *verbis*:

Observa-se ainda que informações foram obtidas pela RFB mediante convênio entre as Fazendas Estadual e Federal, observando-se que o art. 199 do Código Tributário Nacional permite a mútua assistência entre as entidades da Federação (Estado e União), em matéria de fiscalização de tributos, autorizando a permuta de informações, desde que observada a forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio. Há ainda o entendimento jurisprudencial (STF) de que não se pode negar valor probante à prova emprestada, colhida mediante a garantia do contraditório, o que ocorreu no caso em concreto.

E é justamente no referido art. 199 do CTN, combinado com o art. 7º do mesmo diploma legal, que se fundamenta o Termo de Cooperação Técnica (convênio), firmado em 22/05/2013 (fls. 1121/1125), pela União, por intermédio da Secretaria da Receita Federal do Brasil, com o Estado de São Paulo, representado por sua Secretaria da Fazenda e publicado no DOU - Seção 3 (fl. 1126) cujos objetos são o intercâmbio de informações econômico-fiscais e a prestação de mútua assistência na fiscalização dos tributos que administram.

Portanto, perfeitamente legal a “prova emprestada” e inexistente qualquer ilicitude na sua utilização. Tampouco é cabível discutir a legitimidade e a licitude das notas fiscais eletrônicas, base do lançamento, emitidas pela empresa. Incabível ainda questionar, sem qualquer elemento probatório, que o trabalho fiscal realizado não foi bastante para detectar eventual infração tributária.

A questão da utilização da prova emprestada é plenamente aceita pelos tribunais pátrios, e matéria já consolidada no CARF. Nesse sentido, vejamos:

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP.
PRELIMINARES. NULIDADE.**

As causas de nulidade são aquelas previstas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972.

PRELIMINARES. VÍCIO NO MPF.

O MPF é instrumento de controle interno da administração, qualquer irregularidade formal apurada não é causa de nulidade.

**PRELIMINARES. PROVA EMPRESTADA.
ADMISSIBILIDADE.**

É lícito ao Fisco valer-se de informações e provas colhidas em outros processos, desde que guardem pertinência com os fatos cuja prova se pretenda oferecer.

*CRÉDITOS DO REGIME NÃO CUMULATIVO.
INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÕES. IMPOSSIBILIDADE.*

Deve ser glosado o crédito de COFINS apurado pelo contribuinte decorrente de compra de mercadorias e prestação de serviço quando ficar demonstrado que estas operações não ocorreram.

*MULTA QUALIFICADA. FRAUDE. CONSTATAÇÃO.
POSSIBILIDADE.*

Constatando-se que as glosas dos créditos decorrem da contabilização que não ocorreram de fato e foram documentadas apenas possibilitar a tomada de créditos, comprova-se a fraude e mantém-se a qualificação da multa.

*RECURSO DE OFÍCIO. DESISTÊNCIA DO RECURSO EM
RELAÇÃO AOS DÉBITOS. NÃO CONHECIMENTO.*

Não se conhece do recurso de ofício tendo em vista que o contribuinte desistiu da contestação dos débitos do processo que estavam abrangidos pelo recurso de ofício. (Acórdão nº 1401-003.102 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária)

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA
FÍSICA - IRPF*

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

*NÃO CONHECIMENTO. RAZÕES E DOCUMENTOS
JUNTADOS APÓS PRAZO DE INTERPOSIÇÃO DE
RECURSO VOLUNTÁRIO.*

Em observância à legislação regente do processo administrativo fiscal federal e ao princípio da preclusão, não se conhece de razões e documentos juntados após o prazo de interposição do recurso voluntário, mormente quando não havia impeditivo para sua colação anterior, e não se tratando de fato ou direito superveniente.

NULIDADE. DECISÃO DRJ. FUNDAMENTAÇÃO.

Estando devidamente circunstanciadas na decisão de primeiro grau as razões de fato e de direito que a fundamentam, e não verificado cerceamento de defesa, não há motivos para decretação de sua nulidade, devendo ser as questões relacionadas à valoração das provas analisadas quando do exame do mérito das razões recursais.

**UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA
POSSIBILIDADE. RESPEITO AO PRINCÍPIO DO**

**CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.
COLABORAÇÃO PREMIADA.**

A disponibilização de conjunto probatório produzido em processo criminal ao qual a fiscalização obteve acesso mediante autorização judicial, está de acordo com o ordenamento jurídico, podendo ser utilizado para caracterizar a existência de fato gerador de imposto de renda pessoa física.) A colaboração premiada, negócio jurídico processual, não se aplicam os eventuais efeitos da sentença judicial no âmbito administrativo.

IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. FATO GERADOR ANUAL. DECADÊNCIA. MULTA QUALIFICADA.

Desde o advento da Lei nº 8.134/90, o imposto de renda pessoa física, ainda que devido mensalmente, tem fato gerador anual que se aperfeiçoa ao final do respectivo ano-calendário, regendo-se o prazo decadencial, no caso de lançamento de ofício com imposição de multa qualificada, pelo art. 173, inciso I, do CTN.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. PREPONDERÂNCIA DE ATUAÇÃO ILÍCITA. RECLASSIFICAÇÃO DE RECEITA TRIBUTADA NA PESSOA JURÍDICA PARA RENDIMENTOS DE PESSOA FÍSICA.

Estando demonstrado que os pagamentos recebidos pelo contribuinte, via pessoa jurídica interposta, foram essencialmente fundamentados em atuação ilícita e pessoal, indistinguível de circunstancial prestação de serviços daquela derivada, deve imposto de renda ser apurado considerando tais pagamentos como rendimentos daquele, real beneficiário dos valores recebidos.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. HIPÓTESES DE SONEGAÇÃO E FRAUDE. POSSIBILIDADE.

A omissão de rendimentos na declaração de ajuste anual, comprovada a ocorrência de sonegação e fraude, hipóteses previstas nos arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502/64, autoriza a qualificação da multa de ofício.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

PERDA DE RECURSOS EM COLABORAÇÃO PREMIADA.

A perda de recursos em colaboração premiada é evento posterior ao fato gerador do imposto de renda, e que não se confunde com pagamento de tributo.

RECLASSIFICAÇÃO DA RECEITA TRIBUTADA NA PESSOA JURÍDICA PARA RENDIMENTOS DE PESSOA FÍSICA. COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS PAGOS NA PESSOA JURÍDICA.

Devem ser compensados na apuração do crédito tributário os valores arrecadados sob códigos de tributos exigidos da pessoa jurídica, cuja receita foi reclassificada e reconhecida como rendimentos de pessoa física, base de cálculo do lançamento de ofício. (Acórdão nº 2202-004.869 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária)

(grifo nosso)

Também não restam dúvidas da possibilidade de existir investigação criminal antes da constituição do crédito tributário. As decisões judiciais acostadas pelos recorrentes se encontram há muito superadas. O atual entendimento do Supremo Tribunal Federal é o exposto no seguinte julgado:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIMES FISCAIS. QUADRILHA. CORRUPÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DENÚNCIA ANÔNIMA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DE TRIBUTOS TIDOS COMO SONEGADOS. 1. *Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional.* 2. *Notícias anônimas de crime, desde que verificada a sua credibilidade por apurações preliminares, podem servir de base válida à investigação e à persecução criminal.* 3. *Apesar da jurisprudência desta Suprema Corte condicionar a persecução penal à existência do lançamento tributário definitivo (Súmula vinculante nº 24), o mesmo não ocorre quanto à investigação preliminar.* 4. *A validade da investigação não está condicionada ao resultado, mas à observância do devido processo legal. Se o emprego de método especial de investigação, como a interceptação telefônica, foi validamente autorizado, a descoberta fortuita, por ele propiciada, de outros crimes que não os inicialmente previstos não padece de vício, sendo as provas respectivas passíveis de ser consideradas e valoradas no processo penal.* 5. *Fato extintivo superveniente da obrigação tributária, como*

o pagamento ou o reconhecimento da invalidade do tributo, afeta a persecução penal pelos crimes contra a ordem tributária, mas não a imputação pelos demais delitos, como quadrilha e corrupção. 6. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito, mas com concessão da ordem, em parte, de ofício. (HC 106152, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 29/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 23-05-2016 PUBLIC 24-05-2016)

Não há o que se falar quanto a cerceamento de defesa, posto que não se configurou nenhuma das nulidades previstas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72.

Logo, não procede o pedido de nulidade do feito, devendo a preliminar arguida ser rejeitada.

Da ausência de intimação no curso do procedimento fiscal

O Recorrente João Shoiti Kaku, a exemplo do que já fizera na Impugnação, sustenta a nulidade dos autos de infração lavrados, posto que, *"em nenhum momento o Recorrente, incluído como devedor solidário do crédito tributário, foi notificado e chamado a prestar esclarecimentos durante a fase investigativa a fim de averiguar a efetiva existência de vínculo com a empresa Autuada, ou alguma parcela de culpa pelas supostas irregularidades atribuídas a ela, bem como checar se realmente prospera o rótulo dado ao Recorrente de 'verdadeiro dono do negócio' do Grupo"*.

A decisão recorrida rejeitou a alegação, sob o fundamento de que *"somente a partir da lavratura do auto de infração é que se instaura o litígio entre o fisco e o contribuinte, podendo-se, então, falar em contraditório e ampla defesa"*.

Assim, a ausência de ciência e intimação aos responsáveis durante o procedimento fiscal *"não significa cerceamento do direito de defesa, porque concedida aos responsáveis solidários, na fase de impugnação, a oportunidade de contestar as imputações, conforme demonstra as contestações apresentadas tempestivamente, ora analisadas"*.

A conclusão do julgador é, no meu entender, irretocável. Não assistindo razão ao Recorrente.

Como sabido, a análise das nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal deve ser realizada à luz do art. 59, inciso I e II, do Decreto nº 70.235, de 1972:

"Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

A questão, portanto, sempre vai se cingir à avaliação da competência das autoridades que praticam os autos ou da preterição do direito de defesa dos sujeitos passivos.

No caso sob análise, os autos de infração e os Termo de Sujeição Passiva Solidária foram lavrados pela autoridade competente e não se vislumbra qualquer prejuízo à defesa da Recorrente, que pudesse ensejar a aplicação do art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972,

já que, como pontuado pela DRJ, os procedimentos anteriores ao lançamento constituem apenas fase inquisitorial, sendo a ampla defesa garantida aos contribuintes a partir exatamente da ciência da lavratura do auto de infração, momento no qual se estabelece a fase de apresentação dos recursos, assegurado o contraditório e a ampla defesa aos Recorrentes.

Não se acolhe, portanto, a preliminar invocada.

Da ausência de documentos essenciais

O Recorrente João Shoiti Kaku alega, ainda, a nulidade do lançamento, por suposta violação ao art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, uma vez que não teriam sido juntadas aos autos "*quaisquer obrigações acessórias e/ou notas fiscais eletrônicas a fim de que o Recorrente possa aferir se realmente procedem os números apontados pelos AFRFB*".

O Julgador *a quo* entendeu que "*nos autos de infração, há a descrição da infração imputada e da fundamentação legal que baseou a autuação, bem como de todos os valores e cálculos considerados para determinar a matéria tributada e o cálculo do imposto a pagar. Os impugnantes, portanto, tiveram conhecimento pleno da motivação da ação fiscal, sem dar margem a dúvidas quanto às matérias tidas como infringidas, inexistindo, assim, qualquer embaraço ao exercício do seu direito de defesa. Enfim, no procedimento fiscal que deu origem aos lançamentos de tributos e multas, ora impugnados, a autoridade fiscal agiu com estrita observância aos princípios norteadores da administração pública, entre os quais, legalidade, motivação, ampla defesa e contraditório*".

De fato, a observação dos documentos constantes do processo administrativo revelam não proceder a alegação do sujeito passivo, posto que as autoridades responsáveis pela constituição do crédito tributário foram extremamente cuidadosas na reunião e organização do acervo probatório, permitindo, com clareza solar, aos autuados o conhecimento das acusações formuladas, e dos elementos que comprovam os ilícitos apurados.

Quanto, especificamente, às declarações apresentadas pelo sujeito passivo principal, não é verídica a afirmação de que não constam dos autos,

Por fim, em relação às notas fiscais eletrônicas (NFe) que embasaram a apuração das receitas auferidas e dos montantes devidos, embora não constem dos autos cópias impressas de tais documentos, no Anexo I do Termo de Verificação Fiscal, há a descrição minuciosa de todos os dados constantes nas NFe, inclusive, com as chaves de acesso, que permitem ao sujeito passivo a consulta aos documentos.

Inexiste, portanto, como alegado qualquer prejuízo ao direito de defesa do Recorrente, razão pela qual rejeito também esta alegação de nulidade.

Da nulidade da imputação de responsabilidade

O Recorrente João Shoiti Kaku sustenta a nulidade do Termo de Sujeição Passiva Solidária, uma vez que apenas a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional deteria a competência para a imputação da referida responsabilidade.

A alegação não foi acatada pelo Acórdão da DRJ, uma vez que "*conforme dispõe o art. 142 do CTN e o art. 10 do PAF, o auditor é a autoridade administrativa competente para constituir o crédito tributário em todos os seus aspectos*".

A competência do Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB) para a constituição do crédito tributário é indubitável e provém do referido art. 142 do CTN, combinado com o art. 6º da Lei nº 10.593, de 2002.

Neste sentido, importa examinar o dispositivo do Código Tributário Nacional:

*"Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, **identificar o sujeito passivo** e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível."* (Destacou-se)

Como se constata, dentre os aspectos envolvidos na constituição do crédito tributário está o aspecto pessoal, com a identificação do sujeito passivo, o que, indubitavelmente, conforme literalidade do art. 121 do CTN, envolve tanto o contribuinte (sujeito passivo principal ou direto), quanto o responsável (sujeito passivo indireto).

Assim, não há qualquer sentido em se negar a competência do AFRFB para, no momento da constituição do crédito tributário, realizar a imputação da responsabilidade.

A competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), como até mesmo o Recorrente afirma será para *"redirecionar a responsabilidade pela assunção da dívida, num cenário onde esteja tramitando executivo fiscal"*.

Ou seja, no instante do lançamento, compete ao AFRFB a identificação e imputação do responsável, até para que este tenha direito pleno ao contencioso fiscal. Após a constituição do crédito tributário, em especial, durante a execução fiscal, será de competência da PGFN o redirecionamento.

O julgado do CARF trazido pelo Recorrente, para subsidiar a sua tese, data de outubro de 2011, tratando-se de entendimento, há muito, superado, seja na esfera administrativa seja na esfera judicial.

É que, durante algum tempo, de fato, uma série de dúvidas envolveu o procedimento de imputação da responsabilidade solidária, existindo aqueles que defendiam que se tratava de matéria adstrita à execução fiscal, inclusive negando aos responsáveis o direito ao contraditório.

Hoje, a matéria está pacificada, conforme atestam os seguintes julgados, inclusive, da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

"INCOMPETÊNCIA DA FISCALIZAÇÃO PARA IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Nos termos do artigo 121 do Código Tributário Nacional o sujeito passivo da obrigação tributária compreende os contribuintes e responsáveis. Inquestionável, portanto, a competência da autoridade fiscal para imputação da

responsabilidade solidária." (Acórdão CARF nº 1201-002.092, 1ª Seção / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Relator Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado, julgado em 15 de março de 2018)

"IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA A TERCEIROS. ATIVIDADE INCLUÍDA ENTRE AQUELAS DE COMPETÊNCIA DOS AUDITORES FISCAIS.

A autoridade fiscal lançadora tem perfeita competência legal para imputar responsabilidade tributária a terceiros. Ela não só pode como deve identificar corretamente o sujeito passivo da obrigação tributária, tanto na condição de contribuinte, quanto na condição de responsável." (Acórdão CSRF nº 9101-003.427, 1ª Turma, Relator Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, julgado em 06 de fevereiro de 2018)

Além disso, a Súmula CARF nº 71 tem como corolário que o Auditor-Fiscal possui a competência para a imputação da responsabilidade:

"Todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade."

Assim, também não há respaldo para acatar as alegações do recorrente neste ponto.

Do mérito

O Contribuinte alegou no mérito a improcedência da ação fiscal em razão do arbitramento de lucro realizado, por entender que teria acarretado em um lançamento desproporcional.

Na mesma linha, seguem os Recursos Voluntários de Andrea Ferreira Abdul Massih, Dario Aprigio da Silva, Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih, Nembr Abdul Massih, Simon Nemer Ferreira Abdul Massih, Faroleo Comercio de Produtos Alimenticios Ltda, FAS – Empreendimentos e Incorporações LTDA, FN Assessoria Empresarial Ltda EPP, Sina Comércio e Exportação de Produtos Alimentícios Ltda, Sina Industria de Alimentos Ltda, Sina Industria de Óleos Vegetais Ltda e DOV Óleos Vegetais Ltda.

Os citados no parágrafo anterior acrescentaram, em sua defesa, a tese de que não teriam responsabilidade sobre o crédito tributário. As pessoas jurídicas aduziram, em síntese, não ter qualquer ligação com os fatos geradores. Já as pessoas físicas alegaram não terem praticado atos de gerência e Administração.

Os(A) senhores(a) Paulo Roberto dos Santos Mina, Luiz Alberto Panaro, José Agostinho Miranda Simões, Nabil Akl Abdul Massih, apresentaram defesas semelhantes, argumentando, em resumo, que não possuíam poderes de gestão. Pelo tanto, aduziram pela sua ilegitimidade passiva.

As questões levantadas pelos demais responsáveis solidários que apresentaram Recurso Voluntário, notadamente no que se refere a aplicação do artigo 124, I e art. 135 do CTN ao presente caso, serão apreciadas em momento posterior do presente voto.

Não há reparos a fazer a decisão de 1ª instância quanto as questões acima suscitadas.

Assim, nos termos do art. 57, §3º, do RICARF, adoto as razões de decidir da DRJ que abaixo transcrevo, *verbis*:

(...)

Cabe ainda registrar que todos os atos normativos regularmente editados gozam de presunção de legitimidade e legalidade. Ademais, devido a este pressuposto de legalidade, resta ao agente da Administração Pública aplicar os atos vigentes. Neste contexto, as autoridades administrativas, por força de sua vinculação ao texto da norma legal, e ao entendimento que a ele dá o Poder Executivo, deve limitar-se a aplicá-la, sem emitir qualquer juízo de valor acerca da sua validade. Em verdade, o julgamento administrativo, segundo o sistema de autocontrole da legalidade dos atos administrativos, consiste em examinar se os lançamentos fiscais são consentâneos com as normas legais vigentes.

Destaque-se que, nos autos de infração, há a descrição da infração imputada e da fundamentação legal que baseou a autuação, bem como de todos os valores e cálculos considerados para determinar a matéria tributada e o cálculo do imposto a pagar. Os impugnantes, portanto, tiveram conhecimento pleno da motivação da ação fiscal, sem dar margem a dúvidas quanto às matérias tidas como infringidas, inexistindo, assim, qualquer embaraço ao exercício do seu direito de defesa. Enfim, no procedimento fiscal que deu origem aos lançamentos de tributos e multas, ora impugnados, a autoridade fiscal agiu com estrita observância aos princípios norteadores da administração pública, entre os quais, legalidade, motivação, ampla defesa e contraditório.

A respeito da requerida apresentação posterior de elementos de prova, registre-se que, o Decreto n 70.235, de 06/03/1972, dispendo sobre o Processo Administrativo Fiscal específica, no art. 16, inciso III, que a impugnação deve mencionar “os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir” e a prova documental deve ser apresentada quando da sua interposição (art. 16, § 4º), precluindo o direito dos impugnantes fazê-lo em outro momento processual.

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 (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.

Quanto à alegada injustiça das punições aplicadas, cabe observar que a multa aplicada está prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sendo exigida, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. A exclusão da multa ou sua redução somente ocorre com suporte na legislação tributária.

A Lei nº 9.430, de 1996, no inciso II do art 44, transcrito a seguir, prevê a aplicação do percentual de 150% para ilícitos dessa natureza:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido 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.

Por sua vez, a Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, assim define fraude:

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 características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

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

Os artigos 1º e 2º, inciso I, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, assim dispõem:

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

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendária;

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

III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo a operação tributável.

Art. 2º- Constitui crime da mesma natureza:

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

Registre-se que a aplicação da multa qualificada, no percentual de 150%, está prevista no artigo 44, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996, e, na medida em que a contribuinte, visando impedir ou retardar, total ou parcialmente, que a autoridade fazendária tomasse conhecimento da ocorrência do fato gerador, não apresentou a DIPJ ano-calendário 2012, e confessou em DCTF valores insignificantes de tributos, quando o total das NFe emitidas totalizou cerca de R\$ 400 e R\$ 350 milhões (receita bruta de vendas nos anos-calendário 2011 e 2012). Tal procedimento evidencia tanto o intuito doloso como o objetivo de sonegação de tributos, previsto no artigo 71 da Lei nº 4.502, de 1964, evidenciando a prática de crime contra a ordem tributária.

(...)

A sujeição passiva que foi constatada durante o procedimento fiscal, instrumentalizado com os autos de infração, não significa cerceamento do direito de defesa, porque concedida aos responsáveis solidários, na fase de impugnação, a

oportunidade de contestar as imputações, conforme demonstram as contestações apresentadas tempestivamente, ora analisadas.

Ademais, antes da impugnação não há litígio, não há contraditório e o procedimento é levado a efeito, de ofício, pela Administração Fazendária. O ato do lançamento é privativo da autoridade, e não uma atividade compartilhada com os sujeitos passivos (CTN, art.142).

No que diz respeito à alegada nulidade da responsabilização tributária das impugnantes, ou ao menos do relatório da operação Yellow, mais uma vez registra-se que os termos de Sujeição Passiva não foram lavrados por pessoa incompetente, nem houve preterição do direito de defesa dos impugnantes, que puderam apresentar suas contestações.

Ressalte-se que as informações obtidas pela RFB, como anteriormente, observado, decorrem de convênio entre as Fazendas Estadual e Federal, que permite, inclusive, a permuta de informações. Há ainda o entendimento jurisprudencial (STF) de que prova emprestada, colhida mediante a garantia do contraditório, vale como prova porque inexistente qualquer ilicitude na sua utilização.

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 Multióleos; 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.

Alguns dos responsáveis solidários alegam que seria incabível a sua responsabilização quanto à multa de ofício, assim como questiona o percentual, que a torna confiscatória. Registre-se que a solidariedade abarca tanto os tributos como a multa de ofício e os juros moratórios. A Responsabilidade Tributária tratada no Capítulo V do CTN diz respeito ao crédito tributário, conforme explicitado nos art 128 e 135.

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

(...)

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

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

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.

Quanto à exclusão da multa em razão de seu caráter confiscatório, como já explicitado anteriormente, ela está especificada no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, sendo aplicável, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos art. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. A multa é devida pela falta de pagamento ou recolhimento, ou, em outras palavras, pelo descumprimento da obrigação principal, independentemente de quem seja o sujeito passivo ou de sua intenção. O aspecto subjetivo, qual seja, a intenção dolosa, é causa tão somente de qualificação da multa, o que também ocorreu no presente caso. Enfim, a exclusão da multa ou sua redução somente pode ocorrer com suporte na legislação tributária.

Cabe ressaltar que, as questões levantadas pelos demais responsáveis solidários que apresentaram Recurso Voluntário, notadamente no que se refere a aplicação do artigo 124, I e art. 135 do CTN ao presente caso, serão apreciadas em momento posterior do presente voto.

Assim, nego provimento aos Recursos Voluntários.

Da responsabilidade tributária

Segundo a DRJ a responsabilidade solidária resta caracterizada pelos seguintes motivos, *litteris*:

“A fiscalização fundamentou a responsabilidade solidária dos sócios, dos reais administradores e das empresas do grupo, na prática de sonegação, enquadrando a sujeição passiva no art. 124, I, combinado com o art. 135, III, do CTN, no caso das dez pessoas físicas (sócio, administrador, reais administradores e mandatários):

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

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

(...)

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

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

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, Multióleos Óleos e Farelos 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 Faroleo 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.

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

Detectada a infração à lei, sonegação fiscal, há a responsabilidade dos sócios e dos administradores da empresa, ao tempo do fato gerador,

segundo as disposições do art. 135, III, do CTN, dada a infração de lei, a qual acarretou a falta de recolhimento do tributo devido, pela ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Com efeito, a pessoa jurídica é uma ficção da lei, sendo incapaz, portanto, de implementar suas ações por si própria, mas sim por meio da atuação dos seus diretores, gerentes e representantes ou dos seus mandatários, prepostos e empregados, pessoas que demonstram capacidade de expressar vontade, elemento subjetivo necessário para caracterizar o ato ilícito, do qual resulta a responsabilidade.”

Em brevíssimo resumo, as pessoas imputadas e as quais tiverem o recurso voluntário conhecido, alegaram em síntese, não haver interesse nem comum nem relação com o fato gerador, não sendo possível a aplicação do art. 124, I, CTN.

Alegam ainda a inexistência de qualquer relação jurídica ou efetiva entre elas, recorrentes, pessoas físicas e jurídicas, e os fatos geradores apontados pela fiscalização.

No caso em análise, resta configurada a responsabilidade tributária.

Vejamos:

Em relação à responsabilidade prevista no artigo 135, enquadram-se os senhores José Agostinho Miranda Simões, Dario Aprigio da Silva, Paulo Roberto dos Santos Mina, Nakil Abdul Massih e Luiz Alberto Panaro.

Estes atuaram como procuradores, mandatários e sócios administradores, de forma a fraudar a lei, como perfeitamente detalhado nos autos, em especial, no Termo de Verificação Fiscal e no Termo de Sujeição Passiva.

Já em relação aos reais administradores, quais sejam, os senhores Simon Nemer Ferreira Abdul Massih, Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih, Andréa Ferreira Abdul Massih, Nemr Abdul Massih e João Shoití Kaku, também cabe incidir a responsabilização tributária.

A fiscalização demonstrou sobremaneira que estes eram os verdadeiros administradores do grupo econômico, através de farta documentação, que indicou ordens diretas vindo destes, tomadas de decisões estratégicas, e clara intenção em praticar os autos que resultaram no dano ao erário público.

Desta feita, correta a aplicação do artigo 135, III, para caracterizar a responsabilidade tributária das pessoas físicas indicadas. Nesse sentido, toma-se por base trecho do acórdão recorrido:

Dario Aprígio da Silva, assim como, Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih, Andréa Ferreira Abdul Massih, Simon Nemer Ferreira Abdul Massih (9614/9644) e Nemr 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 Faroleo, 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 (fls. 8523/8540), a exemplo de procuração da Multióleos para a FN, que por sua vez, substabeleceu todos os poderes a ela conferidos pela Multióleos, 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 Multióleos para a FN (fl. 8797 e 8801), que por sua vez, substabeleceu (fl. 8798 e 8800) todos os poderes a ela conferidos pela Multióleos, 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 (fl. 9251), data posterior ao período fiscalizado.

José Agostinho Miranda Simões busca eximir-se da responsabilidade solidária, alegando que agia para cumprir ordens de seu chefe, proprietário da FN, Nemr Abdul Massih, entretanto, além de ser formalmente funcionário da FN, assim como outro mandatário, Paulo Roberto dos Santos Mina, ele agia perante instituições financeiras por ordem dos reais administradores, mesmo que em nome de pessoas do grupo, utilizando procurações da DOV para a FN que substabeleceu todos os poderes a ela conferidos pela DOV, ao impugnante, entre os quais estão contratar, emitir Cédulas de Crédito, abrir e movimentar contas correntes (fls. 8546/8563).

Enfim, mantidas a responsabilização solidária do sócio pessoa física da Multióleos, dos reais administradores (cinco) e dos mandatários (quatro).

Noutra banda, a redação do art. 124 do CTN é expresso ao vincular apenas os casos de responsabilidade solidária “de direito”, objeto do inciso II, à necessidade de designação por lei.

Acerca do alcance da expressão “interesse comum”, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de cuja ementa extrai-se:

O instituto está previsto no art. 124 do CTN, em que o inciso determina a solidariedade quando os sujeitos estão na mesma relação obrigacional.

Deve ocorrer interesse comum das pessoas que participam da situação que origina o fato gerador. Conseqüentemente, passam à condição de devedores solidários. (AgRg nos Edcl Resp n. 375.769/RS, Rel. Min.Humberto Martins, 2ª Turma, j. 04/12/2007, DJ 14/12/2007).

Também interpretando o interesse comum, o CARF já entendeu pela possibilidade de responsabilização solidária da pessoa física na condição de verdadeira sócia da pessoa jurídica, com fundamento no artigo 124, I do CTN:

“RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – Comprovado nos autos os verdadeiros sócios da pessoa jurídica, pessoas físicas, acobertados por terceiras pessoas (laranjas) que apenas emprestavam o nome para que eles realizassem operações em nome da pessoa jurídica, da qual tinham ampla procuração para gerir seus negócios e suas contas correntes bancárias, fica caracterizada a hipótese prevista no art. 124, I do Código Tributário Nacional, pelo interesse comum na situação que constituía o fato gerador da obrigação principal.” (Processo nº 13603.002869/200301, Recurso nº 148917, Sessão de 16 de agosto de 2006, Acórdão nº: 10708692)

Nesse sentido, segue decisão do CARF:

Processo nº 10932.720133/201442

Recurso nº Voluntário

Acórdão nº 1302002.293

– 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária

Sessão de 22 de junho de 2017

Matéria IRPJ e CSLL

*Recorrente SPARTACO INDÚSTRIA E
COMÉRCIO DE METAIS LTDA.*

Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2009

INEXISTÊNCIA DE NULIDADE NO PROCEDIMENTO

Quando no Termo de Verificação Fiscal estão contidas todas as informações a respeito dos valores apurados das infrações, as quais lhe foram imputadas, bem como a maneira como foram extraídas as informações, as quais deram ensejo ao presente Auto de Infração, acompanhada da capitulação legal das irregularidades detectadas no curso da fiscalização, não há que se falar em nulidade do procedimento.

INEXISTÊNCIA DE NULIDADE NO PROCESSO

De fato, o erro de aplicação do direito; ou a contradição; ou o cerceamento do direito de defesa tanto no procedimento quanto do processo administrativo fiscal; não se amoldam ao rol de hipóteses aptas a gerar a nulidade do ato administrativo. Observa-se que a causa de pedir do contribuinte e responsáveis, ou seja, os fatos por eles descritos cumulados à fundamentação que entendem aplicável ao caso concreto, é que não implicam na nulidade do auto de infração e/ou nulidade do acórdão de primeira instância. Isto porque, reforça-se, nenhum dos fatos se coaduna com a previsão do art. 59 do Decreto lei n.º 70.235/72.

CUSTOS. FIRMA INIDÔNEA. GLOSA. ART. 217 DO RIR/99

Restou comprovada a inexistência das operações de aquisição de mercadorias, à evidência da situação irregular da suposta fornecedora das mercadorias. Nesse sentido, o art. 217 do RIR/99 dispõe que não produzirá efeitos tributários, em favor de terceiros interessados, o documento emitido por pessoa jurídica cuja inscrição no CNPJ tenha sido considerada ou declarada inapta.

*MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.
CONSTATAÇÃO DE HIPÓTESE DE DOLO,
FRAUDE OU SIMULAÇÃO.*

Da análise de todo o aparato probatório, fica claro não se tratar de uma simples apuração de omissão de receita, pois foi procedida de forma ardilosa com emissão de cheques que revelavam uma falsa operação aos olhos dos Fiscos Estadual e Federal; bem como nos autos deste processo restou clara a comprovação de simulação das operações.

*DECADÊNCIA. HIPÓTESE DE DOLO, FRAUDE
OU SIMULAÇÃO. INÍCIO DA CONTAGEM DO
PRAZO*

A existência de dolo, fraude ou simulação, afasta a possibilidade de homologação do pagamento de que trata o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional e remete a contagem do prazo decadencial para a regra geral prevista no art. 173, inc. I, do mesmo diploma legal, qual seja, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado

*INFORMAÇÕES BANCÁRIAS.
FORNECIMENTO À ADMINISTRAÇÃO
TRIBUTÁRIA PELAS INSTITUIÇÕES
FINANCEIRAS*

O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. (STF, RE 601314/SP, Sessão de 24/02/2016 Repercussão Geral).

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Comprovado nos autos os verdadeiros sócios da pessoa jurídica, pessoas físicas, acobertados por terceiras pessoas (laranjas) que apenas emprestavam o nome para que eles realizassem operações em nome da pessoa jurídica, da qual tinham ampla procuração para gerir seus negócios e suas contas correntes bancárias, fica caracterizada a hipótese prevista no art. 124, I do Código Tributário Nacional, pelo interesse

comum na situação que constituía o fato gerador da obrigação principal.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Aplica-se aos lançamentos decorrentes ou reflexos o decidido sobre o lançamento que lhes deu origem, por terem suporte fático comum.

Neste ponto, entendo que deve ser aplicada a responsabilização as pessoas físicas Simon Nemer Ferreira Abdul Massih, Maria de Fátima Butara Ferreira Abdul Massih, Andréa Ferreira Abdul Massih, Nemr Abdul Massih, José Agostinho Miranda Simões, Dario Aprigio da Silva, Paulo Roberto dos Santos Mina, Nabil Abdul Massih e Luiz Alberto Panaro com base no art. 124, I e 135, III do CTN.

Em quem pese o entendimento deste Relator, a maioria dos conselheiros me acompanharam pelas conclusões, por entenderam que no presente caso a responsabilidade de Dario Aprigio da Silva é a prevista no art. 135, III do CTN, haja vista não estar caracterizado o interesse comum exigido pelo art. 124 do CTN.

Da responsabilidade da pessoa jurídica

Relativamente à formação do grupo econômico, a autoridade fiscal apurou o seguinte:

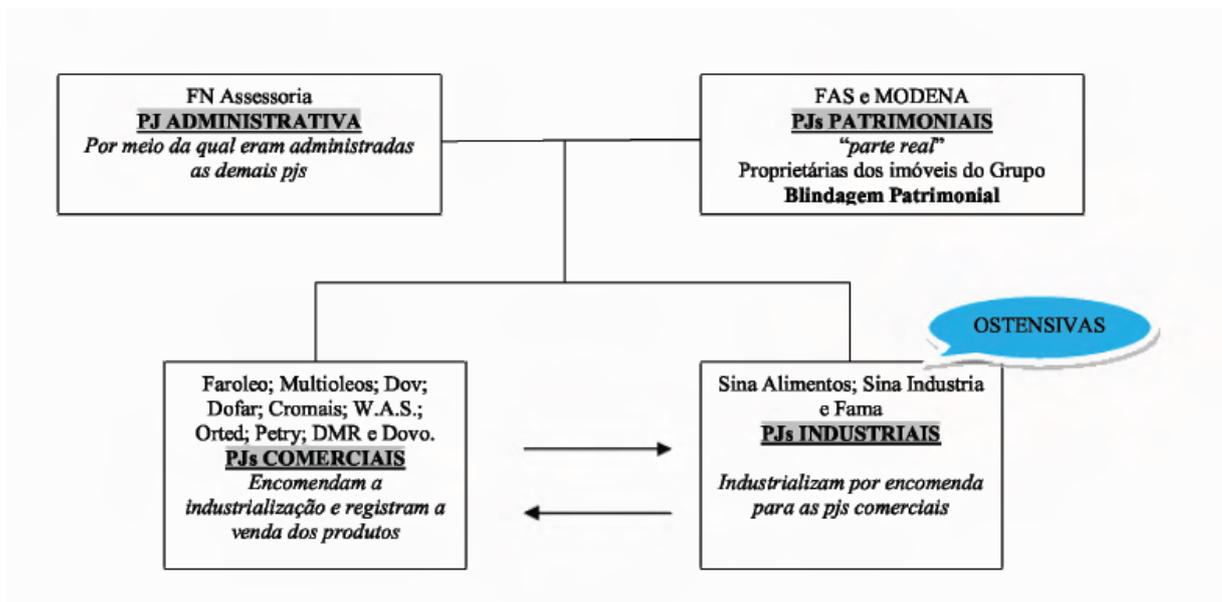
*Durante os trabalhos, evidenciou-se que tais pessoas jurídicas integravam um **grupo econômico de fato**, o qual denominamos Grupo FN, atuando em dois grandes ramos econômicos: processamento de oleaginosas (grãos - principalmente soja) e processamento de ovos.*

(...)

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

(...)

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



Os pilares possuem, dentro do Grupo, atividades precípua (especificadas abaixo), as quais, reciprocamente, se complementam para a realização das situações configuradoras dos fatos geradores dos tributos lançados: a) aquisição de renda (IRPJ); b) auferimento de lucros (CSLL); e c) auferimento de receita (Cofins e PIS).

Não se pode perder de vista que a caracterização do interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária é condição imprescindível à configuração da responsabilidade solidária em corolário do disposto em lei, isto é, no art. 124, I, CTN.

Isto porque, o direito tributário impõe à administração fiscal a obediência aos primados da tipicidade e estrita legalidade tributária, máxime no que tange à cobrança dos tributos.

A jurisprudência desse tribunal entende que a existência de grupo econômico, por si só, não é suficiente a ensejar a responsabilidade tributária.

Só com a efetiva comprovação de fraude perpetrada pelos responsáveis solidários é que atrai a atribuição de responsabilidade tributária a todos os “angariadores” dos negócios do devedor principal.

Conforme orienta Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 17ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p.317), a expressão interesse comum, sendo vaga, “*não é um roteiro seguro para a identificação do nexa que se estabelece entre os devedores da prestação tributária*”, ou seja, para efeito da solidariedade deve prevalecer o critério de que duas ou mais pessoas estejam colocadas sob uma mesma hipótese de incidência tributária, como ocorre no caso do IPTU incidente sobre um mesmo imóvel, pertencente a várias pessoas”.

Em outras palavras, não basta que haja um suposto interesse genérico, mas sim um interesse jurídico, no qual há direitos e deveres comuns entre as pessoas situadas em um mesmo lado da relação jurídica que constitua o fato gerador da obrigação tributária.

Logo, a solidariedade que se refere o inciso I, do art. 124, do CTN pressupõe que não haja bilateralidade no centro do fato jurídico tributário, ou seja, pressupõe que os partícipes do fato tributado não estejam em posições contrapostas, com objetivos antagônicos.

No caso em análise, a fiscalização demonstrou de forma robusta que todas as pessoas jurídicas inseridas no grupo econômico de “fato”, atuaram ativamente no tocante à fraude tributária.

O Termo de Sujeição Passiva demonstra cabalmente que o citado grupo já foi alvo de diversas investigações, e que por vezes, desconstitui um grupo econômico e forma outro, na única tentativa de fraudar o fisco.

Ainda conforme demonstrado pela fiscalização, o Grupo FN atuava, nos períodos auditados, como uma única grande EMPRESA (por segmento) - entendida esta como atividade econômica organizada.

Assim, sob comando único, com objetivos e estruturas comuns e com intercomunicação patrimonial, o Grupo realizava as situações configuradoras dos fatos geradores dos tributos lançados: a) aquisição de renda (IR); b) auferimento de lucros (CSLL); e c) auferimento de receita (Cofins e PIS), valendo-se de uma estrutura jurídica composta por diversas pessoas jurídicas formalmente independentes.

Nessa estrutura, a empresa FN Assessoria Empresarial LTDA EPP funciona como a real administradora das demais empresas do grupo, o “centro de comando”.

A pessoa jurídica FAS atua como PJ patrimonial, que possui todos os imóveis do grupo.

Abaixo delas, PJs industriais – elencadas no quadro acima -, que, embora sendo as principais geradoras de riqueza do Grupo, são tratadas como prestadoras de serviços. Por fim, temos as PJs comerciais, também já elencadas. Há ainda a Sina Exportação, responsável por tais atividades.

A documentação acostada delinea o esquema fraudulento:

- a) Por meio da FN, os reais administradores – evitando se exporem diretamente e procurando afastar suas responsabilidades, concentravam a gestão administrativa, comercial, financeira e trabalhista das demais pessoas jurídicas do grupo;
- b) Paralelamente, as pessoas jurídicas do Grupo (por meio dos sócios *testas-de-ferro* ou representantes das sócias *offshore*), ainda outorgavam procurações com amplos poderes de gestão (especialmente para movimentação bancária) à FN, com cláusula de substabelecimento;

Há diversos documentos nos autos em especial no Relatório de Sujeição Passiva, que demonstra que o comando das pessoas jurídicas do grupo era centralizado.

A FAS por sua vez tinha como única função praticar a blindagem patrimonial de imóveis e instalações industriais do Grupo, com o intuito de afastá-los de débitos financeiros das demais pessoas jurídicas deste. Uma vez mais, há robustas provas disso, advindas da operação Yellow. Logicamente, os parques industriais atuavam em imóveis do

Grpo. Logo, as PJs responsáveis pela produção e comercialização não tinham patrimônio próprio, para responder aos seus vultosos débitos tributários.

A ligação da FAS com o grupo econômico é pormenorizada nesse trecho do Relatório de Sujeição Passiva:

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

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

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

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

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

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

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

c) ora, ainda, servindo ao Grupo com empréstimos diretos, formalizados através de contratos de mútuos, dos quais são exemplos os empréstimos prestados para a DOV (4 milhões), FAROLEO (3,5 milhões) e MULTIOLEOS (2 milhões) - todos datados de 22/12/2009 e todos com vencimento em 21/12/2013. ANEXO 40: “A quantia pecuniária ora emprestada (...) deverá ser devolvida (...) no prazo de quarenta e oito (48) meses, ou seja, no dia 21/12/2013 (...).”

Em relação às pessoas jurídicas industriais e comerciais, resta caracterizado que estas eram as responsáveis pelas fontes geradoras de renda do Grupo.

Restavam protegidas de execuções fiscais, posto que, como demonstrado, seu patrimônio integrava outra pessoa jurídica, a FAS, caracterizando claro intuito fraudulento.

A receita bruta das pessoas jurídicas comerciais auditadas foi extraída das Notas Fiscais Eletrônicas – NFEs, individualizadas nas planilhas constantes nos autos.

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

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

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

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

Citando elucidador trecho do Relatório da Sujeição Passiva, resta demonstrando a existência do “objetivo comum”, elemento indicado pelo artigo 124, I, CTN, apto a ensejar a responsabilidade solidária:

Como já salientado, as pessoas jurídicas auditadas se dedicavam, preponderantemente, às mesmas atividades econômicas (por segmento: industrialização e venda de derivados de grãos e/ou industrialização e venda de derivados de ovos), conforme bem ilustra os seguintes fragmentos extraídos dos excertos acima expostos:

“(…) O Grupo Sina atua no setor alimentício e químico, atendendo os mercados nacionais e internacionais. Especializada em esmagamento de grãos, produção de derivados e produção de formulações especiais para indústria, varejo e food service, a Sina tem como objetivo levar o melhor para a mesa e para a vida das pessoas (…)

*Sina consolidava sua presença no mercado especializando-se em esmagamento de **grãos** e produção de derivados (…)*

*O Grupo adquire a unidade de Diadema e lança a Fama Ovos para atuar no seguimento de pasteurização de **ovos**. Com esta planta a Sina passou a ser uma das maiores produtoras do país, com capacidade de processamento de 80 mil caixas de ovos*

por mês (…)”.

Desta maneira, juntas, tais pessoas jurídicas combinavam recursos e esforços para realizarem seus objetivos comuns, todos voltados ao empreendimento de derivados de grãos ou ovos.

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

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

Como expresso no acórdão recorrido, o “interesse comum”, estabelecido no art. 124, I, do CTN, como dito anteriormente, está demonstrado no Relatório de Solidariedade, 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.

Como se sabe, somente é possível sustentar a responsabilidade solidária por interesse comum (art. 124, I do CTN) nos lançamentos fiscais se a Autoridade Fiscal demonstrar que os sujeitos passivos praticaram conjuntamente o fato gerador ou desfrutaram de seus resultados em caso de fraude, situação evidenciada no presente caso.

Nesse sentido é o entendimento do STJ (Resp. 884.845/SC). Vejamos a Ementa:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. A solidariedade passiva ocorre quando, numa relação jurídico-tributária composta de duas ou mais pessoas caracterizadas como contribuintes, cada uma delas está obrigada pelo pagamento integral da dívida. Ad exemplum, no caso de duas ou mais pessoas serem proprietárias de um mesmo imóvel urbano, haveria uma pluralidade de contribuintes solidários quanto ao adimplemento do IPTU, uma vez que a situação de fato - a co-propriedade - é-lhes comum.

2. A Lei Complementar 116/03, definindo o sujeito passivo da regra-matriz de incidência tributária do ISS, assim dispõe: "Art. 5º. Contribuinte é o prestador do serviço." 6. Deveras, o instituto da solidariedade vem previsto no art. 124 do CTN, verbis: "Art. 124. São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II - as pessoas expressamente designadas por lei."

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.*

8. *Segundo doutrina abalizada, in verbis: "... o interesse comum dos participantes no acontecimento factual não representa um dado satisfatório para a definição do vínculo da solidariedade. Em nenhuma dessas circunstâncias cogitou o legislador desse elo que aproxima os participantes do fato, o que ratifica a precariedade do método preconizado pelo inc. I do art 124 do Código. Vale sim, para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado, como, por exemplo, na incidência do IPTU, em que duas ou mais pessoas são proprietárias do mesmo imóvel. Tratando-se, porém, de ocorrências em que o fato se consubstancie pela presença de pessoas em posições contrapostas, com objetivos antagônicos, a solidariedade vai instalar-se entre sujeitos que estiveram no mesmo pólo da relação, se e somente se for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação. É o que se dá no imposto de transmissão de imóveis, quando dois ou mais são os compradores; no ICMS, sempre que dois ou mais forem os comerciantes vendedores; no ISS, toda vez que dois ou mais sujeitos prestarem um único serviço ao mesmo tomador." (Paulo de Barros Carvalho, in Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 8ª ed., 1996, p. 220)*

9. *Destarte, a situação que evidencia a solidariedade, quanto ao ISS, é a existência de duas ou mais pessoas na condição de prestadoras de apenas um único serviço para o mesmo tomador, integrando, desse modo, o pólo passivo da relação. Forçoso concluir, portanto, que o interesse qualificado pela lei não há de ser o interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas o interesse jurídico, vinculado à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato imponible.*

10. *"Para se caracterizar responsabilidade solidária em matéria tributária entre duas empresas pertencentes ao mesmo conglomerado financeiro, é imprescindível que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, sendo irrelevante a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela outra empresa coligada ou do mesmo grupo econômico." (REsp 834044/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 15/12/2008).*

11. *In casu, verifica-se que o Banco Safra S/A não integra o pólo passivo da execução, tão-somente pela presunção de solidariedade decorrente do fato de pertencer ao mesmo grupo econômico da empresa Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil. Há que se considerar, necessariamente, que são*

peças jurídicas distintas e que referido banco não ostenta a condição de contribuinte, uma vez que a prestação de serviço decorrente de operações de leasing deu-se entre o tomador e a empresa arrendadora.

12. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

13. Recurso especial parcialmente provido, para excluir do pólo passivo da execução o Banco Safra S/A.

(Grifei)

Como se pode observar por tudo já exposto, as pessoas jurídicas do grupo cumpriram tais requisitos, posto que participaram ativamente os atos que levaram a ocorrência do fato gerador, e se beneficiaram da fraude perpetrada.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos voluntários das pessoas jurídicas.

Da responsabilidade de João Shoiti Kaku

A configuração da responsabilidade tributária do referido contribuinte é realizada no Termo de Sujeição Passiva Solidária, a partir dos seguintes fatos:

a) documentos apreendidos na "Operação Yellow" mostram o Sr. João como Diretor Financeiro do Grupo FN;

b) interceptações telefônicas revelam que o Sr. João conhecia com profundidade a forma de organização do citado Grupo, inclusive o modo de relacionamento entre as pessoas jurídicas, bem como a atuação da FAS, na blindagem patrimonial;

c) mensagens eletrônicas mostram intenso contato do Sr. João com instituições bancárias na condição de responsável pela decisões financeiras do Grupo FN;

d) interceptações telefônicas e mensagens eletrônicas expõem a atuação do Sr. João atuando na supervisão de demonstrações contábeis das pessoas jurídicas e do próprio Grupo FN, inclusive, pessoalmente, promovendo alterações nas mesmas, de acordo com os interesses do referido Grupo.

Os elementos de prova reunidos demonstram, de fato, o poder de gestão do Sr. João Kaku em relação à área financeira e contábil do Grupo FN.

Tal fato, contudo, a meu ver não é suficiente para a configuração do interesse comum necessário à responsabilização com base no art. 124, inciso I, do CTN, uma vez que, diferentemente dos responsáveis anteriores, não há a comprovação de qualquer envolvimento do Sr. João Kaku nas decisões de cunho operacional das pessoas jurídicas do Grupo, o que o vincularia aos fatos geradores das obrigações tributárias.

Por igual modo, apesar de, em tese, o material apreendido revelar a prática de infrações à lei praticadas pelo contribuinte em questão, não há provas da prática de infrações diretamente relacionadas aos créditos tributários constituídos nos presentes autos, como se exige para a imputação da responsabilidade com base no art. 135, inciso III, do CTN.

Deste modo, entendo que o Sr. João Shoiti Kaku deve ser excluído do rol dos responsáveis solidários, no presente caso.

Da responsabilidade pela multa de ofício

As pessoas físicas e jurídica cuja responsabilidade foi mantida, alegam em seus recursos voluntários, que a solidariedade do art. 124, inciso I, não envolveria a multa de ofício.

Pela sua argumentação, apenas a obrigação principal, conforme a literalidade do mencionado dispositivo.

A questão é solucionada pelo próprio texto do art. 121 do CTN, segundo o qual o "*sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária*".

Ou seja, não há dúvidas de que a obrigação tributária, que é de que trata a solidariedade do art. 124 do CTN, inclui não apenas o tributo, mas também a penalidade pecuniária (da qual é espécie a multa de ofício).

O próprio argumento dos Recorrentes, portanto, ao limitarem a solidariedade à obrigação principal, serve para fundamentar que a multa de ofício aí está incluída.

Estranhamente, os Recorrentes alega, ainda, que o dispositivo do art. 137 do CTN também não respaldaria a responsabilização pela referida multa. Contudo, tal dispositivo, em nenhum momento é invocado pelas autoridades responsáveis pelo procedimento fiscal, não merecendo ser apreciado tal argumento.

Caso se entenda que os Recorrentes desejavam se referir à responsabilidade do art. 135 do CTN, mais uma vez não lhes assiste razão, uma vez que esta abrange "*os créditos correspondentes a obrigações tributárias*", não havendo como se entender que as multas pecuniárias, uma vez que compõem o conceito de obrigação tributária principal (art. 128) e o crédito tributário decorre desta e tem a mesma natureza desta (art. 139 do CTN).

Por tudo isto, rejeito a alegação dos Recorrentes.

Da Multa Qualificada

O Recorrente João Shoiti Kaku sustenta a inconstitucionalidade da multa de ofício aplicada, que violaria a vedação de utilização de tributo com efeito de confisco, constante do art. 150, inciso IV, da Constituição Federal.

Neste ponto, cabe invocar a Súmula CARF nº 2 (de observância obrigatória pelos membros do CARF, nos termos do Art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015), que dispõe que "*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*".

Também não se poderia simplesmente deixar de aplicar a referida multa, já que prevista em lei plenamente vigente, posto que tal conduta contraria o Art. 62 do Anexo II do RI/CARF:

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

O descumprimento do referido preceito, inclusive, constitui causa de perda do mandato de Conselheiro junto ao CARF, conforme Art. 45, inciso VI, do RI/CARF.

Conclusão

De todo exposto, voto por:

1) rejeitar as preliminares suscitadas, para, no mérito, NEGAR PROVIMENTO aos Recursos Voluntários dos abaixo enumerados:

INTERESSADO
Multióleos óleos e farelos Ltda.
Dov ÓleoVegetais Ltda
Andreia Ferreira Abdul Massih
Dario Aprigio da Silva
Farelo Comércio Prod. Alimenticios Ltda
FAS Empreend. E Incorporação Ltda
FN Assessoria Empresarial Ltda .EPP
José Agostinho Miranda Simões
Luiz alberto Panaro
Maria de Fátima b. Ferreira Abdul Massih
Nemr Abdul Massih
Paulo Roberto dos Santos Mina
Simon Nemer Ferreira Abdul Massih
Sina Com e Exp. Prod Alimenticios Ltda
Sina Industria de Alimentos Ltda
Sina Industria de Óleo Vegetais Ltda
Nabil Akl Abdul Massih

2) Dar Provimento Parcial ao Recurso Voluntário do sujeito passivo João Shoiti Kaku, afastando a responsabilidade tributária a ele imputada com base nos arts. 124, inciso I, e 135, inciso III, do CTN;

Destaco que além dos referidos sujeitos passivos, permanecem as responsabilidades dos demais solidários que não apresentaram impugnação, bem com daqueles que não interpuuseram recurso voluntário.

É como voto.

Processo nº 10825.722785/2015-10
Acórdão n.º **1302-003.388**

S1-C3T2
Fl. 11.639

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa

Voto Vencedor

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo - Redator designado

Em que pese o Voto proferido pelo Relator, com o seu usual brilhantismo, cabe discordar parcialmente das suas conclusões, no que fui acompanhado pela maioria dos meus pares.

A divergência se volta, exclusivamente, ao vínculo de responsabilidade tributária atribuído aos contribuintes Luiz Alberto Panaro, José Agostinho Miranda Simões, Nabil Akl Adul Massih e Paulo Roberto dos Santos Mina.

A defesa dos referidos responsáveis foi sintetizada pelo Relator, nos seguintes termos:

"Os(A) senhores(a) Paulo Roberto dos Santos Mina, Luiz Alberto Panaro, José Agostinho Miranda Simões, Nabil Akl Abdul Massih, apresentaram defesas semelhantes, argumentando, em resumo, que não possuíam poderes de gestão. Pelo tanto, aduziram pela sua ilegitimidade passiva."

O Relator fundamentou, então, a manutenção do vínculo, do modo a seguir:

"Estes atuaram como procuradores, mandatários e sócios administradores, de forma a fraudar a lei, como perfeitamente detalhado nos autos, em especial, no Termo de Verificação Fiscal e no Termo de Sujeição Passiva."

E, após transcrever parte dos referidos documentos, concluiu pela imputação da responsabilidade tanto com base no art. 135, inciso II, do CTN, quanto do art. 124, inciso I, daquele Código.

Com a devida vênia, entendo que a análise mais aprofundada dos elementos contidos nos autos conduz a conclusão diversa.

Em primeiro lugar, a imputação de responsabilidade a cada um dos referidos responsáveis foi realizada no respectivo Termo de Sujeição Passiva Solidária, sob a seguinte justificativa (o teor é o mesmo, alterando-se apenas o nome do responsável):

*"7 - Neste contexto, quando do surgimento das obrigações tributárias do sujeito passivo MULTIOLEO, 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 **MULTIOLEO**, especialmente junto a instituições financeiras. Tais poderes foram substabelecidos pela pessoa jurídica F.N. Assessoria Empresarial, conforme documentos anexos.*

*8 - Desta maneira, restou evidente a existência de solidariedade/responsabilidade tributária do mesmo, pelos tributos devidos pela pessoa jurídica **Multioleos Oleos e Farelos Ltda**, nos termos dos artigos 124, I e 135, II do CTN:"*

Não há, no referido documento, nem no Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 106 a 125, qualquer fato que comprove especificamente o envolvimento das pessoas físicas em questão quanto aos fatos geradores das obrigações tributárias de que tratam os autos de infração sob exame (de modo a demonstrar o interesse comum exigido para a responsabilização na forma do art. 124, inciso I), nem, ainda, qualquer comprovação de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, na condição de mandatários (exigência para a responsabilidade de que trata o art. 135, inciso II).

No TVF, a referência é genérica ao grupo "Procuradores", onde foram inseridos os Recorrentes:

"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:

(...)

*procuradores (que cediam seus nomes para assumirem os compromissos das pessoas jurídicas), para cometer, em **conluio**, as diversas infrações legais.*

(...)

*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"*

Por fim, o TVF remete o detalhamento das condutas dos responsáveis ao Relatório de Solidariedade Tributária das Pessoas Jurídicas Integrantes do Grupo FN (fls. 703 a 784).

No referido Relatório, aponta-se o substabelecimento de procuração emitida pela Multióleos em favor da pessoa jurídica FN, para os "Procuradores" (dentre os quais os Recorrentes), que receberam "*amplos poderes de gestão e agiam ostensivamente frente a terceiros, especialmente instituições financeiras, mantendo ocultos os reais administradores*".

As demais referência no citado documento aos Recorrentes se prestam apenas a comprovar o comando dos "reais administradores" sobre eles. Tratam de instruções para a prática de atos ordinários da gestão da pessoas jurídicas integrantes do grupo econômico.

Ora, o mero fato de as pessoas físicas terem sido mandatários da pessoa jurídica autuada, sem que se comprove os elementos exigidos pela legislação, conforme acima apontados, não pode ser vir, ao meu julgar, para a atribuição do vínculo de responsabilidade.

Qual o interesse comum dos referidos senhores nos fatos geradores das obrigações tributárias que embasaram o lançamento? Em que fatos geradores específicos estiveram eles envolvidos? Quais os atos praticados por eles, com excesso de poderes ou infração a lei, contrato social ou estatuto?

Não há nenhuma comprovação nos autos.

Nem a autoridade fiscal, nem os julgadores *a quo*, nem o Relator conseguem identificar.

Veja-se que os fundamentos trazidos pela decisão recorrida, para a manutenção da responsabilidade são genéricos, referindo-se sempre a práticas do Grupo FN e dos procuradores, sem qualquer delimitação.

O único ponto mais concreto apontado é exatamente o substabelecimento recebido pelos Recorrentes, nos quais se incluem os poderes de "*contratar, emitir Cédulas de Crédito, abrir e movimentar contas correntes*".

Nada há de ilegal em relação ao exercício dos referidos poderes, os quais são consentâneos com a condição de pessoas que atuavam no Grupo Econômico sob subordinação aos seus efetivos proprietários.

Deste modo, entendo que deve ser DADO PROVIMENTO AOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS de Luiz Alberto Panaro, José Agostinho Miranda Simões, Nabil Akl Adul Massih e Paulo Roberto dos Santos Mina, de modo a excluí-los do rol de responsáveis pelos créditos tributários constituídos nos presentes autos.

(assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo