



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10882.723438/2016-19
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº **1401-006.916 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 08 de abril de 2024
Recorrentes SUPER MIX COMÉRCIO DE PRODUTOS DE PERFUMARIA LTDA E
OUTROS
FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2011, 2012, 2013

NULIDADE.

Descabe a arguição de nulidade quando se verifica que os Autos de Infração foram lavrados por pessoa que detém a respectiva competência e em consonância com a legislação vigente.

PEDIDO DE PERÍCIA.

Devem ser negadas as solicitações de perícia consideradas desnecessárias à solução do litígio e as que não atendam aos requisitos previstos na legislação de regência.

DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. INOCORRÊNCIA.

Diante da presença de dolo, a contagem do prazo decadencial se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito, ou seja, tanto para os tributos com fatos geradores trimestrais, ocorridos nos três primeiros trimestres de 2011, quanto para aqueles com fatos geradores mensais, ocorridos de janeiro a novembro de 2011, que poderiam ter sido lançados ainda em 2011, o prazo teve início em 01/01/2012 e se encerraria apenas em 31/12/2016, quando todos os sujeitos passivos já tinham sido cientificados dos lançamentos, assegurando, assim, que a decadência não se operou.

GRUPO ECONÔMICO DE FATO

Caracteriza-se grupo econômico quando duas ou mais empresas, juridicamente independentes, mantendo direção e patrimônio próprios, sujeitam-se a uma coordenação geral, de sentido econômico (não formal), visando a um objetivo comum, sendo que os grupos econômicos de fato não possuem estrutura organizacional, prescindem de critérios legais e podem ser definidos pelas relações jurídicas de interesses comuns, subordinação, aceitando-se, quase sempre, presunções da sua existência.

SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. INTERESSE JURÍDICO COMUM. COMPROVAÇÃO.

São solidariamente obrigadas ao pagamento do crédito tributário lançado contra o contribuinte as demais pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico ou ainda as que tenham participado das práticas ilícitas apuradas, desde que comprovado o interesse jurídico comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, cabendo, entretanto, afastar a imputação de solidariedade nos casos de ausência de provas capazes de configurar o necessário interesse comum.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE ADMINISTRADORES. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. INFRAÇÃO À LEI.

Comprovada a existência de atos praticados com infração de lei, é correto atribuir aos administradores, de direito ou de fato, tanto da empresa autuada como de outras do mesmo grupo econômico, que tenham atuado em conjunto na realização de tais práticas ilícitas, responsabilidade solidária pelo crédito tributário apurado de ofício, durante o período em que detinham poder de gerência.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. ESCRITA NÃO APRESENTADA RECEITA BRUTA.

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 presente, e em sua maior parte, nas notas fiscais de vendas emitidas pelo próprio contribuinte, bem como em créditos bancários cuja origem não foi comprovada.

OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Caracterizam receitas omitidas os valores depositados em conta corrente mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais a pessoa jurídica, quando regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. DOLO. SONEGAÇÃO.

A omissão deliberada e sistemática das receitas auferidas, nas DIPJ e nos Dacon, bem como dos débitos apurados, nas respectivas DCTF, aliada à total falta de pagamento dos tributos, configura procedimento doloso, visando a impedir ou retardar que a autoridade fazendária tome conhecimento da ocorrência do fato gerador e demonstra o objetivo de sonegar tributos, sujeitando a pessoa jurídica à multa de ofício qualificada, no percentual de 150%.

AGRAVAMENTO DA MULTA DE OFÍCIO. FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO. DESCABIMENTO.

Descabe o agravamento da multa de ofício quando não perfeitamente caracterizada a recusa do sujeito passivo em atender às intimações, mormente quando esta falta de apresentação motivou o arbitramento do lucro da pessoa jurídica por parte da autoridade tributária e não resultou em efetivo prejuízo ao procedimento fiscal.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CABIMENTO. RETROATIVIDADE BENÉFICA. LEI N. 14.689/2023. REDUÇÃO DE 150% PARA 100%.

Cabível a imposição da multa qualificada, prevista no artigo 44, inciso I, §1º, da Lei nº 9.430/1996, restando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo se enquadra na hipótese tipificada nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. Na hipótese de existência de processo pendente de julgamento, seja administrativa ou judicialmente, tendo como origem auto de infração ora lavrado com base na regra geral de qualificação, a nova regra mais benéfica (art. 8º da Lei 14.689/2023) deve ser aplicada retroativamente, nos termos do artigo 106, II, “c” do CTN, in casu, reduzida ao patamar máximo de 100% do valor do tributo cobrado.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS/Pasep Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins Confirmada, quando da apreciação do lançamento principal, a ocorrência dos fatos geradores que deram causa aos lançamentos decorrentes, há que se dar a estes igual entendimento, ressaltando-se que a Impugnante não logrou comprovar que teria auferido receitas provenientes da comercialização de algumas mercadorias sujeitas, em função do regime monofásico, à alíquota zero, o que determinaria a exclusão de tais receitas da base de cálculo do PIS e da Cofins.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE DE NORMAS. SÚMULA CARF N. 2.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de normas.

APLICAÇÃO DO ART. 114 § 12º, INC. I DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. DECLARAÇÃO DE CONCORDÂNCIA COM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. FACULDADE DO JULGADOR.

Plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que a Recorrente não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, não conhecer do Recurso Voluntário da responsável DIAGEO; vencido o Conselheiro André Severo Chaves que reconhecia a nulidade da respectiva sujeição solidária; Por unanimidade de votos, (i) superar a nulidade aventada e dar provimento ao Recurso Voluntário da empresa BACARDI para afastar a sua responsabilização solidária; (ii) conhecer e negar provimento dos demais Recursos Voluntários; (iii) negar provimento ao recurso de ofício; (iv) reconhecer de ofício a retroatividade benigna da multa qualificada, determinando a sua redução para o patamar de 100%.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Daniel Ribeiro Silva (Vice-Presidente), Cláudio de Andrade Camerano, Andre Severo Chaves, Fernando Augusto Carvalho de Souza e Andre Luis Ulrich Pinto.

Relatório

Trata-se de Recursos Voluntários e de Ofício interpostos em face do Acórdão proferido pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador/BA, que julgou procedente em parte as impugnações apresentadas pelo contribuinte e pelos responsáveis solidários contra o Auto de Infração de fls. 2/248, lavrado com o objetivo de constituir crédito tributário referente a IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, referentes ao ano-calendário de 2011 a 2013, no valor histórico de R\$ 255.684.922,53.

Tendo tomado ciência acerca do lançamento, o contribuinte apresentou Impugnação (fls. 1.028/1.084), o que fez com base nas seguintes alegações:

- a) Alega que inexistente o “grupo econômico” apontado pela Fiscalização no Auto de Infração, cujo comando supostamente seria exercido pelo Sr. Charif Saleh, e que não foram acostados nos autos qualquer comprovação do quanto alegado pela fiscalização;
- b) Que o artigo 265 da Lei no 6.604/76 prevê expressamente a figura do grupo econômico convencional, o qual deve ser constituído pela manifestação formal de vontade de seus integrantes, com a intenção de unir esforços para o bem comum das sociedades envolvidas, e que mesmo no grupo econômico constituído nos termos do referido artigo há independência jurídica entre as empresas;
- c) Que também são considerados grupos econômicos aqueles nos quais o arranjo de sociedades apresenta preponderância nas deliberações sociais e

o poder de eleger a maioria dos administradores, sendo o controle decisório elemento essencial para caracterizar a ideia de grupo econômico;

- d) Que no presente caso, nenhum dos requisitos encontra-se presente, conforme o que segue:

Laviga Comércio Atacadista EIRELI: o vínculo existente entre o Impugnante e a Laviga decorre apenas da identidade do sócio administrador em seus respectivos quadros societários, o que, contudo, por si só, não caracteriza a existência de interesse jurídico comum nos fatos geradores dos tributos devidos por quaisquer delas, e que o fato de duas empresas estabelecerem entre si relações comerciais não autoriza o reconhecimento de grupo econômico e tampouco serve como indício da existência de interesse jurídico comum.

Além disso, alega que a própria fiscalização reconheceu o pagamento realizado pela Impugnante à Laviga, no importe de R\$ 63.135.336,06, de modo que o Fisco reconhece, ao menos parcialmente, a realização das operações comerciais realizadas entre as partes, bem como consigna que a diferença entre o referido importe, e o total das operações realizadas no período autuado – no valor de R\$ 130.666.583,70 – decorre do fato de que parte dos pagamentos eram realizados com base em uma sistemática de débitos e créditos efetuados dentro de uma conta corrente comum, conforme firmado em contrato.

Salientou ainda que a celebração do referido contrato teve como objetivo unir forças e poder de negociação financeira e comercial de ambas as empresas, melhorar o fluxo de caixa dos pagamentos e demais obrigações de cada uma delas, visando a uma otimização de gestão financeira, e que a Impugnante somente foi a responsável por assumir a gestão do caixa único, em razão de esta ter maior tradição e solidez no mercado.

Multimarcas Comércio e Atacado de Produtos Industrializados Ltda: nenhuma das alegações trazidas pela fiscalização acerca da Multimarcas – (i) entrega de declarações zeradas, (ii) localização no mesmo endereço da Supermix Comércio Atacadista e Distribuição de Produtos Industrializados Ltda, e (iii) a empresa Laviga seria fornecedora da Multimarcas, e que esta seria fornecedora do contribuinte – tem o condão de comprovar a existência de uma unidade diretiva comum, com o controle comprovado de uma empresa pela outra;

Fite Distribuidora de Bebidas e Gêneros Alimentícios Ltda-ME: o vínculo existente entre o Impugnante e a Fite decorre apenas da identidade do sócio administrador em seus respectivos quadros societários, o que, contudo, por si só, não caracteriza a existência de interesse jurídico comum nos fatos geradores dos tributos devidos por quaisquer delas, e que a transferência de recursos financeiros entre elas, por si, não tem o condão de caracterizar a existência de um grupo econômico;

Ipanema Sul Comércio Distribuição e Logística de Produtos Alimentícios Ltda e Mega Comércio Atacadista De Produtos Alimentícios Eireli – ME: a mera ocorrência de transferências de recursos financeiros entre pessoas jurídicas, por si só, não tem o condão de caracterizar a existência de um grupo econômico, e que eventuais descumprimentos de obrigações tributárias principais e acessórias por essa empresa, assim como o fato de ela ter sido declarada inapta, não guarda qualquer relação com a Impugnante e tampouco com os fatos alegados no presente trabalho fiscal;

707 Auto-Serviço de Alimentos Ltda: referida empresa é autônoma e distinta do Impugnante, e que possuem entre si apenas relações comerciais, sendo fornecedoras e clientes uma da outra, e que a 707 sempre efetua o pagamento das compras que realiza da ora Impugnante, sua fornecedora, através das instituições financeiras ou em espécie, sendo certo que as mercadorias adquiridas saem, inclusive fisicamente, do

estabelecimento da Impugnante. Ademais, salienta que, em diversos casos, houve emissão de boletos com vencimento na mesma data, e que no extrato bancário, conta o valor total correspondentes aos boletos pagos na mesma data;

Grandes Indústrias (Nestlé, Procter & Gamble, Diageo, Mondelez e Bacardi): O Fisco não demonstra uma única ação por parte de qualquer dessas empresas, que fosse ilegal, irregular, fraudulenta ou ilícita, e que estas somente foram arroladas nos autos no intuito meramente arrecadatório, já que elas possuem inegável capacidade contributiva;

Grandes Atacadistas (Dipalma, Roldão e Sendas, sucessora, por incorporação, da Barcelona): o Fisco em momento algum deixa de reconhecer a efetividade das operações comerciais realizadas entre a Impugnante e tais empresas, e apenas indaga as razões pelas quais elas teriam preferido comprar da Impugnante e não diretamente das "grandes indústrias", em cabal ofensa ao princípio constitucional do livre exercício da atividade econômica.

- e) Que o Fisco, ao construir esse imaginário “esquema fraudulento”, o Fisco não se preocupou em colacionar provas redundantes de sua real existência, mantendo-se no campo das meras presunções, não havendo, portanto, nenhuma comprovação dos fatos sustentados pela Fiscalização;
- f) Que o ordenamento jurídico brasileiro repudia o lançamento baseado em meras presunções, consoante estabelece o artigo 9º do Decreto nº 70.235/72;
- g) Que o Fisco classificou como “receita” da Impugnante - presumidamente omitida - valores que se referem a transferências e depósitos realizados entre contas bancárias de sua mesma titularidade, os quais, obviamente, não podem ser considerados como faturamento e receita da pessoa jurídica, sob pena de ofensa ao princípio da verdade material, bem como que, em sua resposta à fiscalização, teria demonstrado a origem de tais recursos, tendo sido suas razões ignoradas pelo fisco, que preferiu a facilidade da presunção estabelecida no art. 42 da Lei n.º 9.430/96;
- h) Que vários ingressos de valores em suas contas bancárias, questionados pelo Fisco, se referiam à meras transferências entre contas bancárias de titularidade da própria Impugnante, assim como valores que se referem a contratos de empréstimos para capital de giro;
- i) Que mesmo havendo a possibilidade da Administração arbitrar o valor do tributo a ser cobrado, baseando-se em elementos idôneos de que dispuser, deve fazê-lo de forma razoável, não podendo confundir ARBITRAMENTO com ARBITRARIEDADE;
- j) Que o Fisco não deduziu da base de cálculo dos tributos exigidos os valores referentes às vendas canceladas, devoluções e descontos concedidos incondicionalmente, assim como as várias operações de bonificações que arbitrariamente foram incluídas na apuração das bases de cálculo dos lançamentos do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS ora hostilizados;

- k) Que os pontuados equívocos incorridos pelo Fisco, além de majorarem indevidamente o crédito tributário, onerando de forma ilegal o Impugnante, ainda trazem implícito outro vício: a iliquidez do crédito tributário, decorrente da impossibilidade de retificação do lançamento por parte da Autoridade Julgadora, sem que haja afronta ao artigo 142 do Código Tributário Nacional;
- l) Que também foram desconsideradas a existência de mercadorias sujeitas à retenção monofásica do PIS e da COFINS, tais como, energéticos, sucos, refrescos em pó, assim como produtos de perfumaria, toucador e higiene pessoal, tais como creme dental, desodorante, dentre outros, sendo forçoso reconhecer que os Autos de Infração lavrados relativos ao PIS e à COFINS estão a exigir indevidamente valores sobre operações tributadas à alíquota zero, em nítida afronta ao princípio da legalidade;
- m) Que no presente caso seria inaplicável a incidência da multa qualificada, já que o lançamento foi realizado com base em mera presunção, enquanto a aplicação da referida multa depende que o Fisco identifique e comprove a ocorrência do dolo, fraude ou simulação, bem como que seria descabido o agravamento da multa de ofício, sob a justificativa de falta de exibição de livros e documentos fiscais, por força do princípio da vedação ao bis in idem, já que a falta de entrega de tais documentos já enseja o arbitramento do lucro;
- n) Por fim, alega que a multa no patamar de 150% revela-se confiscatória, de modo que também por essa razão ela deve ser cancelada;

Das 15 (quinze) pessoas jurídicas apontadas nos Autos de Infração como responsáveis solidários, 12 (doze) apresentaram impugnação e acostaram documentação comprobatória, o mesmo acontecendo em relação a 6 (seis) das 10 (dez) pessoas físicas igualmente responsabilizadas solidariamente pelo crédito tributário lançado. Todas as pessoas físicas e jurídicas impugnantes solicitaram, exclusivamente, seu afastamento do rol de sujeitos passivos discriminados nos “Demonstrativos de Responsáveis Solidários”, às fls. 08 a 42.

As pessoas jurídicas impugnantes foram as seguintes: 1) “Dipalma” (fls. 1.134 a 3.539); 2) “Roldão” (fls. 3.561 a 3.620); 3) “Nestlé Brasil” (fls. 3.625 a 4.010); 4) “Newred” (fls. 4.016 a 4.394); 5) “707 – Auto-Serviço” (fls. 4.399 a 8.488); 6) “Mondelez” (fls. 8.494 a 8.927); 7) “Ipanema” (fls. 8.931 a 8.947); 8) “Procter & Gamble” (fls. 8.952 a 9.429); 9) “Multimarcas” (9.495 a 9.523); 10) “Fite” (fls. 9.527 a 9.531); 11) “Laviga” (fls. 9.598 a 9.915) e 12) “Sendas”, incorporadora da “Barcelona” (fls. 9.919 a 10.141).

Impugnaram os lançamentos as seguintes pessoas físicas: 1) Ali Charif Saleh, sócio-administrador da “Super Mix” e da “Laviga” (fls. 3.543 a 3.557); 2) Anuar Khaled Saleh, sócio-administrador da “Ipanema” (fls. 9.433 a 9.443); 3) Jamal Kaled Omram, sócio-administrador da “Multimarcas” (fls. 9.446 a 9.460); 4) Allan Sanchez Saleh, sócio-administrador “de fato” da “707 – Auto-Serviço” (fls. 9.463 a 9.492); 5) Karin Philipp, administradora “de direito” da “707 – Auto-Serviço” (fls. 9.533 a 9.555); e 6) Nassif Mourad, sócio-administrador da “Multimarcas” (fls. 9.558 a 9.575).

Considerando que as impugnações compartilham muitos dos argumentos, as razões da defesa serão sintetizadas abaixo de forma conjunta, e quando houver algum ponto específico de determinado sujeito passivo, haverá menção expressa sobre o autor da alegação. Não serão levadas em consideração as alegações tecidas pelos responsáveis tributários cuja responsabilização já restou excluída pela DRJ. Dito isso, os fundamentos da exclusão dos responsáveis do polo passivo, foi feita com base nas seguintes alegações:

- a) Que a solidariedade de que trata o inciso I do art. 124 do CTN, demanda que todos os devedores tenham um interesse focado na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária, ou seja, somente pode existir entre sujeitos que figurem no mesmo polo da relação obrigacional, de modo que ambos os sujeitos passivos tenham executado em concurso o fato gerador do tributo;
- b) Que não é possível atribuir a participação em grupo econômico a empresas que apenas possuem entre si, relações comerciais, sem exclusividade, e que possuem escrituração contábil e fiscal própria, à disposição da Fiscalização;
- c) Que não basta, para caracterizar um grupo econômico de fato, as empresas possuírem similitude do objeto social e terem sido, em algum momento, administradas por membros da mesma família, e que a presença de familiares nos quadros societários de diversas empresas não é indício de nada, quanto mais prova, sendo um completo descabimento imaginar que tal fato seja suficiente para comprovar qualquer fraude;
- d) Que a responsabilização dos sócios administradores das empresas pertencentes ao grupo econômico deve ser precedida da comprovação da prática de atos com dolo, fraude, excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, o que não se verifica nos presentes autos;
- e) Que não tendo a prova indiciária o condão de apontar efetivamente a autoria da infração, subsiste alegação de ilegitimidade passiva, e que no presente caso, por haver dúvidas quanto a legitimidade dos corresponsáveis, deve-se interpretar a legislação de forma mais favorável aos mesmos, em decorrência do princípio *in dubio pro* contribuinte, insculpido no art. 112 do CTN;
- f) Que não é possível atribuir os efeitos do arbitramento do lucro do devedor principal a terceiros e pela impossibilidade de imposição de multa qualificada com agravamento à terceiro responsabilizado solidariamente, uma vez que realizado com base em movimentações financeiras individualizadas e tendo em vista que os mesmos não possuem qualquer ingerência no atendimento das intimações fiscais recebidas pelo contribuinte, bem como no cumprimento das obrigações acessórias por este, sob pena de ofensa ao princípio da personalização da pena, previsto no inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal de 1988;

- g) Que a 707 Auto-Serviço de Alimentos Ltda jamais poderia ser responsabilizada, em razão de ter figurado no polo oposto da relação, já que praticou operações de compra e venda com o Impugnante, em operações realizadas de maneira absolutamente legal e regular, conforme comprovado pelas Notas Fiscais e comprovantes de pagamento anexados aos autos, tanto que tais notas foram utilizadas na composição do arbitramento, razão pela qual o adquirente de boa-fé não pode ser responsabilizado por eventuais irregularidades praticadas pelo vendedor das mercadorias;
- h) Que a 707 Auto-Serviço de Alimentos Ltda não pode ser considerada o braço varejista do contribuinte, posto que as aquisições de mercadorias deste, referem-se apenas à uma parcela da totalidade das aquisições realizadas pela 707, e que o Sr. Ali Charif Saleh jamais foi sócio ou administrador, seja de direito ou de fato da 707, sendo absurdo e inverídico se cogitar que esta estaria sob o seu comando;
- i) Que mesmo que fosse possível atribuir a responsabilidade tributária à 707, ainda assim o conteúdo econômico das suas relações comerciais com a empresa devedora principal Super Mix, daria ensejo apenas a uma pequena parcela dos tributos em exigência, mas nunca a totalidade;
- j) Que o Sr. Ali Chariff não pode ser responsabilizado por atos supostamente praticados pelas empresas das quais é sócio (Super Mix, Lavidá e Fite) posto que a pessoa física do sócio e a respectiva pessoa jurídica possuem personalidade e patrimônio próprios e independentes, pelo que não se confundem;
- k) Que o disposto no inciso III do art. 135 do CTN não se aplica ao Sr. Ali Chariff, posto que este não exerceu o comando do imaginário grupo econômico, bem como porque não exerceu, no período fiscalizado, qualquer ato de administração, gestão ou gerência das sociedades mencionadas no Auto de Infração;
- l) Que a imputação do Sr. Allan Sanchez como sócio administrador de fato das empresas 707, mostra-se descabida, tendo em vista que ele nunca figurou no quadro societário da referida empresa, e tampouco foi nomeado como administrador ou mesmo nunca lhe foi outorgado qualquer instrumento de mandato com poderes gerenciais;
- m) Que a única ligação que o Sr. Allan possui com a 707, decorre do fato de ter hipotecado alguns dos imóveis de sua propriedade como garantia de dívida assumida pela 707 no banco Santander, e que isso decorreu apenas da relação familiar que possui com a sócia administradora da 707 (tia de sua esposa), e que na própria cédula de crédito, consta expressamente que a garantia se formalizou mediante imóveis de terceiro, entranho ao contrato e à empresa devedora;

- n) Que a Sra. Karin Philipp jamais integrou o quadro societário do contribuinte, assim como jamais foi a sua mandatária, gerente, diretora ou procuradora;
- o) Que a mera identidade de sócios entre o contribuinte e a Fite e a Laviga não é condição suficiente para a comprovação de existência de grupo econômico, de modo que a responsabilização dessas últimas demandaria a comprovação de existência de uma unidade diretiva comum, com o controle comprovado de uma empresa pela outra, e, ainda, a comprovada confusão patrimonial entre as empresas, o que não se verifica no trabalho fiscal;
- p) Que a Fite efetuou com o contribuinte, operações comerciais, e que tais transferências foram realizadas a título de adiantamento à sua principal fornecedora, sendo uma prática comercial absolutamente comum;
- q) Que não teria procedência, a alegação de que a Multimarcas estaria localizada no mesmo endereço da Supermix Comércio Atacadista e Distribuição de Produtos Industrializados Ltda, já que a multimarcas estaria localizada na Estrada do Alvarenga, no. 1398, bairro Mar Paulista, Município de São Paulo - SP, CEP. 04.462-000, enquanto a Supermix possui endereço na Rua Coronel Antônio Inojosa, no 31, bairro Jardim Pedreira, cep 04462-000, São Paulo/SP.

Posteriormente, a 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador/BA, proferiu o Acórdão n.º 15-43.703 (fls. 10.340/10.419), cancelando parcialmente o lançamento em questão, bem como foi excluída parcialmente a responsabilidade solidária de determinadas pessoas arroladas no Auto de Infração, quais sejam: Dipalma Comércio Distribuição e Logística de Produtos Alimentícios Ltda., CNPJ n.º 07.721.579/0001-20; Roldão Auto Serviço Comércio de Alimentos Ltda., CNPJ n.º 05.800.256/0001-05; Barcelona Comércio Varejista e Atacadista S/A, CNPJ n.º 07.170.943/0001-01, incorporada por Sendas Distribuidora S/A, CNPJ n.º 06.057.223/0001-71; Procter & Gamble Industrial e Comercial Ltda., CNPJ n.º 01.358.874/0001-88; Mondelez Brasil Ltda., CNPJ n.º 33.033.028/0001-84; e Nestlé Brasil Ltda., CNPJ n.º 60.409.075/0001-52.

Tendo sido interpostos Recursos Voluntários pelo contribuinte diversos dos responsáveis remanescentes, os autos foram remetidos para apreciação em segunda instância, tendo sido proferido o Acórdão 1402-003.854 (fls. 11.418/11.466), julgando nula a decisão de primeiro grau, tendo em vista que as impugnações de *Laviga Comércio Atacadista Eireli* e *Fite Distribuidora de Bebidas e Gêneros Alimentícios Ltda* não foram apreciadas, de modo que os autos retornaram à origem para nova decisão.

Após o retorno dos autos, a 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador/BA, proferiu o Acórdão n.º 15-47.617 (fls. 11.564/11.650) abaixo ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

NULIDADE.

Descabe a arguição de nulidade quando se verifica que os Autos de Infração foram lavrados por pessoa que detém a respectiva competência e em consonância com a legislação vigente.

PEDIDO DE PERÍCIA.

Devem ser negadas as solicitações de perícia consideradas desnecessárias à solução do litígio e as que não atendam aos requisitos previstos na legislação de regência.

IMPUGNAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VÍNCULO DE RESPONSABILIDADE.

A impugnação tempestiva apresentada por um dos autuados suspende a exigibilidade do crédito tributário em relação aos demais, ressalvada a hipótese em que a impugnação versar exclusivamente sobre o vínculo de responsabilidade, caso em que só produzirá efeitos em relação ao impugnante.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. INOCORRÊNCIA.

Diante da presença de dolo, a contagem do prazo decadencial se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito, ou seja, tanto para os tributos com fatos geradores trimestrais, ocorridos nos três primeiros trimestres de 2011, quanto para aqueles com fatos geradores mensais, ocorridos de janeiro a novembro de 2011, que poderiam ter sido lançados ainda em 2011, o prazo teve início em 01/01/2012 e se encerraria apenas em 31/12/2016, quando todos os sujeitos passivos já tinham sido cientificados dos lançamentos, assegurando, assim, que a decadência não se operou.

GRUPO ECONÔMICO DE FATO

Caracteriza-se grupo econômico quando duas ou mais empresas, juridicamente independentes, mantendo direção e patrimônio próprios, sujeitam-se a uma coordenação geral, de sentido econômico (não formal), visando a um objetivo comum, sendo que os grupos econômicos de fato não possuem estrutura organizacional, prescindem de critérios legais e podem ser definidos pelas relações jurídicas de interesses comuns, subordinação, aceitando-se, quase sempre, presunções da sua existência.

SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. INTERESSE JURÍDICO COMUM. COMPROVAÇÃO.

São solidariamente obrigadas ao pagamento do crédito tributário lançado contra o contribuinte as demais pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico ou ainda as que tenham participado das práticas ilícitas apuradas, desde que comprovado o interesse jurídico comum na situação que constitui o

fato gerador da obrigação principal, cabendo, entretanto, afastar a imputação de solidariedade nos casos de ausência de provas capazes de configurar o necessário interesse comum.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE ADMINISTRADORES. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. INFRAÇÃO À LEI.

Comprovada a existência de atos praticados com infração de lei, é correto atribuir aos administradores, de direito ou de fato, tanto da empresa autuada como de outras do mesmo grupo econômico, que tenham atuado em conjunto na realização de tais práticas ilícitas, responsabilidade solidária pelo crédito tributário apurado de ofício, durante o período em que detinham poder de gerência.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

ARBITRAMENTO DO LUCRO. ESCRITA NÃO APRESENTADA RECEITA BRUTA.

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 presente, e em sua maior parte, nas notas fiscais de vendas emitidas pelo próprio contribuinte, bem como em créditos bancários cuja origem não foi comprovada.

OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Caracterizam receitas omitidas os valores depositados em conta corrente mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais a pessoa jurídica, quando regularmente intimada, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. DOLO. SONEGAÇÃO.

A omissão deliberada e sistemática das receitas auferidas, nas DIPJ e nos Dacon, bem como dos débitos apurados, nas respectivas DCTF, aliada à total falta de pagamento dos tributos, configura procedimento doloso, visando a impedir ou retardar que a autoridade fazendária tome conhecimento da ocorrência do fato gerador e demonstra o objetivo de sonegar tributos, sujeitando a pessoa jurídica à multa de ofício qualificada, no percentual de 150%.

AGRAVAMENTO DA MULTA DE OFÍCIO. FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO. DESCABIMENTO.

Descabe o agravamento da multa de ofício quando não perfeitamente caracterizada a recusa do sujeito passivo em atender às intimações, mormente quando esta falta de apresentação motivou o arbitramento do lucro da pessoa jurídica por parte da autoridade tributária e não resultou em efetivo prejuízo ao procedimento fiscal.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS/Pasep Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins Confirmada, quando da apreciação do lançamento principal, a ocorrência dos fatos geradores que deram causa aos lançamentos decorrentes, há que se dar a estes igual entendimento, ressaltando-se que a Impugnante não logrou comprovar que teria auferido receitas provenientes da comercialização de algumas mercadorias sujeitas, em função do regime monofásico, à alíquota zero, o que determinaria a exclusão de tais receitas da base de cálculo do PIS e da Cofins.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Inicialmente, a DRJ consignou que não verificou qualquer nulidade no presente lançamento, tendo em vista que nos termos do inciso I do art. 59 do Decreto n.º 70.235/72, a única hipótese de nulidade do Auto de Infração seria o caso de o lançamento ter sido lavrado por autoridade incompetente, o que não é o caso.

Em seguida, sustenta que a caracterização de grupo econômico ocorre quando duas ou mais empresas estão sob a direção, o controle ou a administração de outra, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, ainda que cada uma delas tenha personalidade jurídica própria, de modo que o que configura um grupo econômico é o fato de existirem diversas sociedades juridicamente independentes, com personalidade jurídica e patrimônio próprio, contudo economicamente unidas, mediante controle ou direção unitários, voltados para um interesse comum.

Segue aduzindo que os grupos econômicos podem ser divididos entre aqueles constituídos “de direito” e “de fato”, sendo que, com relação a estes últimos, podem ser definidos pelas relações jurídicas de interesses comuns, subordinação, com constituição probatória, sendo aceitas, na maioria das vezes, presunções da sua existência, sendo irrelevante que as empresas se intitulem como grupo econômico.

No presente caso, a DRJ atesta a existência de um grupo de fato, capitaneado pelo Sr. Ali Charif Saleh – sócio administrador e detentor de 100% do capital social da “Super Mix” – , em torno de quem gravitavam diversas outras pessoas físicas e jurídicas, integrantes do mesmo grupo econômico, todas do mesmo ramo de atividade da Autuada, atuando conjunta e complementarmente, de forma coordenada, com objetivos comuns, quais sejam os de auferir ganhos financeiros significativos, às custas de um esquema de sonegação fiscal executado com continuidade e contumácia, no qual cada uma delas, quase sempre na condição de fornecedora, funcionava como um elo da cadeia comercial, desde o momento da aquisição das mercadorias junto a grandes indústrias até seu destino final, no comércio varejista.

Sustenta que tais empresas agiam de forma idêntica, apresentando ao Fisco Federal suas respectivas e obrigatórias declarações fiscais completamente zeradas e deixando de recolher os tributos correspondentes aos resultados obtidos com suas atividades comerciais, a despeito dos expressivos recursos financeiros movimentados. Cita o exemplo do contribuinte, que emitiu notas fiscais eletrônicas de vendas, nos anos-calendário de 2011, 2012 e 2013, no

montante total de R\$ 965.848.436,00, sem recolher, no período, um tostão sequer aos cofres públicos.

No mérito propriamente dito, a DRJ explana que o lançamento foi realizado por meio do arbitramento do lucro, tendo em vista que o contribuinte, embora devidamente intimado a apresentar os livros e documentos de sua escrituração contábil e fiscal, deixou de fazê-lo, bem como que a base de cálculo do imposto foi apurada mediante a aplicação do percentual de 9,60% sobre a receita bruta conhecida, composta pelo somatório das receitas da atividade de revenda de mercadorias, conforme notas fiscais eletrônicas (NF-e), constantes do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), com as receitas omitidas oriundas de créditos (depósitos) bancários de origem não comprovada, de acordo com a presunção legal estabelecida pelo artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

Com relação aos depósitos bancários de origem não comprovada, esclarece que a tributação incidiu apenas sobre as parcelas mensais que excederam os valores das NF-e de vendas emitidas em cada mês. Ademais, foram expurgados valores relativos a cheques devolvidos, lançamentos de estorno, redução de saldo devedor, etc, além das transferências entre contas de mesma titularidade, para impedir o cômputo de valores em duplicidade.

Consignou que em nenhum momento foi colacionado aos autos documentos suficientes a comprovar a origem dos depósitos objeto da autuação, e que caberia ao contribuinte efetuar dita comprovação, hábil a afastar a presunção legal de omissão de receitas.

No que tange às “bonificações” mencionadas pelo contribuinte, esclareceu que as empresas optantes pelo lucro presumido ou aquelas submetidas ao lucro arbitrado não fazem jus à dedutibilidade de tais dispêndios, e que mesmo a existência dessas bonificações não foi comprovada pelo contribuinte.

Com relação à alegação de que teriam sido desconsideradas a existência de mercadorias sujeitas à retenção monofásica do PIS e da COFINS, a DRJ menciona que apesar de alguns dos produtos relacionados pelo contribuinte realmente terem suas alíquotas do PIS e da Cofins reduzidas a zero, o contribuinte não logrou comprovar que no total da receita bruta tomada como base de cálculo para apuração do lucro arbitrado estariam receitas auferidas em operações de venda dos aludidos produtos, nem mesmo consta a comprovação de que eles foram comercializados no período autuado.

No que se refere à qualificação da multa de ofício, esta se deu em razão de terem sido plenamente atendidos os pressupostos do artigo 44, I e §1º, da Lei n.º 9.430/96, já que no período autuado, o contribuinte apresentou as DIPJ e os Dacon inteiramente zerados, enquanto no ano-calendário de 2013 apresentou Declaração Simplificada de Pessoa Jurídica – Inativa, embora tenha realizado suas atividades comerciais normais, vindo a adquirir, de diversos fornecedores, grande quantidade de mercadorias para revenda e auferido receitas, conforme Notas Fiscais Eletrônicas emitidas, no vultoso valor total de R\$ 965.848.436,63.

Além disso, também apresentou DCTF relativas aos mesmos exercícios, omitindo todos os débitos correspondentes ao IRPJ, à CSLL, à contribuição para o PIS e à Cofins, além de não ter recolhido qualquer importância a título de tributos federais.

À propósito do agravamento da multa, entendeu a DRJ que este não se justifica, na medida em que embora a pessoa jurídica não tenha entregado toda a documentação solicitada pelo Fisco no prazo determinado, observa-se que algumas respostas, mesmo que insatisfatórias, foram apresentadas, não restando perfeitamente configurada a hipótese de recusa intencional a atender às intimações, bem como registrou que a jurisprudência administrativa considera inaplicável o agravamento da multa de ofício pela falta de atendimento à intimação fiscal para apresentação dos livros contábeis e documentação fiscal, na hipótese em que tal omissão já tenha servido para justificar o arbitramento do lucro da empresa, além de não ter trazido qualquer prejuízo ao Fisco, na quantificação da matéria tributável, como veio a ocorrer.

Após concluído a análise da impugnação do contribuinte, passou a DRJ a analisar a responsabilidade imputada às pessoas jurídicas arroladas no Auto de Infração, atribuída com base no art. 124, inciso I, do CTN, ressaltando que a responsabilidade solidária não decorre, exclusivamente, da demonstração da formação de grupo econômico como fato isolado, mas demanda também a comprovação de prática conjunta da qual decorre o fato gerador.

Considerando a Laviga, foi demonstrado que esta servia para que, ao final, mediante utilização de benefícios fiscais do ICMS e sonegação fiscal, revendesse produtos para grandes atacadistas a valores inferiores àqueles que seriam praticados caso os produtos fossem adquiridos diretamente das grandes indústrias, posto que estando localizada no Estado do Espírito Santo, adquiria as mercadorias das grandes indústrias das Regiões Sul e Sudeste, com redução de alíquota de ICMS, e em seguida, revendia as mercadorias para empresas do grupo localizadas no Estado de São Paulo, praticamente sem que fosse auferido lucro ou com lucro diminuto, sem recolher os tributos devidos, sendo que houve vezes em que o transporte das mercadorias entre a indústria e a "Laviga" e entre esta e a atuada teria ocorrido no mesmo dia.

Considerando a Newred, verificou que não apresentou nenhum livro contábil ou fiscal, e que além de estar obrigada à retenção do ICMS operações interestaduais de vendas para a "Multimarcas", em São Paulo, na condição de Substituta Tributária, sem que o tenha feito, ainda emitia Notas Fiscais com o CFOP 5405, apropriado apenas para as operações que envolvem Substituição Tributária na etapa anterior, informando um ICMS no valor zero, como se estivesse na condição de "contribuinte substituída". Assim, nenhuma das duas empresas recolheu o tributo devido. Além disso, o papel da Newred seria idêntico ao da laviga.

Considerando a Multimarcas, constatou que seu modus operandi semelhante ao das demais empresas do grupo, movimentando quantias consideravelmente elevadas na aquisição e revenda de mercadorias, emitindo notas fiscais de venda em valores vultosos, bem como também volumosos foram os numerários ingressados em suas contas bancárias, ao mesmo tempo em que não recolheu tributo algum, nos anos de 2011 a 2013, e apresentou suas declarações fiscais inteiramente zeradas.

Ademais, a alegação de que seu endereço não é o mesmo das empresas "Supermix Atacadista" não passa de mero sofisma, já que ambas as empresas ficam em um mesmo prédio, de esquina, cada uma delas virada para uma das duas vias. Fora isso, foi constatado que no endereço da "Multimarcas" encontra-se um galpão vazio ainda que este mesmo endereço continue constando do cadastro da Receita Federal e seja também o informado pela própria Impugnante em sua peça de defesa.

Considerando a Ipanema, menciona que comporta da mesma forma que as demais empresas do grupo, ou seja, não entregou sua DIPJ, ao menos desde 2011; emitiu notas fiscais em valores bem altos, assim como recebeu recursos financeiros também elevados em suas contas bancárias, mas sonegou todos os tributos devidos; o patrimônio dos sócios não é compatível com o porte da empresa, que demonstra incapacidade operacional.

Seguiu mencionando que a residência do Sr. Anuar Khaled Saleh, sócio-administrador da “Ipanema”, foi informada como sendo a Rua Coronel Antônio Inojosa, nº 31, que é o endereço de diversas empresas do grupo e foi utilizado, por longo tempo, como endereço da “Supermix Atacadista”, e que no período fiscalizado, a empresa adquiriu mercadorias no total de R\$ 14.910.238,33, sendo cerca de metade dessas foram feitas junto à “Multimarcas”, e que no mesmo período, consta que a Ipanema vendeu o total de R\$ 4.454.958,73, sendo R\$ 961.844,00 para a Supermix. Contudo, foi constatado que a Supermix efetuou transferências à Ipanema, no montante de R\$ 69.038.436,20.

Considerando a 707, a DRJ evidenciou que 100% do capital social é detido pela pessoa da Sra. Karin Philipp, e que esta foi sócia do Sr. Allan Sanchez Saleh na empresa LDS Participações Ltda. Ademais, o Sr. Allan hipotecou alguns dos seus imóveis para garantir uma dívida da 707 no valor de R\$ 2.930.000,00, sendo que este é marido da sobrinha da Sra. Karin e filho do Sr. Ali Charif, comandante do grupo econômico.

Ademais, até 24/04/2014, o endereço de Allan Sanchez Saleh era Estrada do Alvarenga, nº 1.394, o mesmo de várias empresas do grupo econômico, assim como de alguns dos sócios-administradores dessas empresas, e que se tratava de um galpão vazio. Também não foi possível considerar as Notas e os comprovantes de pagamento juntados aos autos, posto que não houve a demonstração da correlação entre tais documentos.

Por fim, constatou que a 707 funcionava como o braço varejista do grupo, tendo como sua principal fornecedora a “Super Mix”, de quem efetuou compras, de 2011 a 2013, em montante superior a R\$85 milhões, embora o valor comprovadamente pago à “707 Auto-Serviço” tenha sido de apenas R\$17.983.411,12, conforme extratos bancários da “Super Mix”, representando 21% do valor das notas fiscais emitidas.

Considerando a Fite Distribuidora, restou comprovado a partir da fiscalização que a referida empresa não possui capacidade operacional, apresentou grande volume de vendas sem recolher tributos e entregava sua DIPJ “zerada”, e que sua função no grupo econômico era o de servir de elo para as vendas destinadas à atacadista Barcelona, o que era feito da seguinte forma: as mercadorias saíam das grandes indústrias, iam para o Espírito Santo, retornavam a São Paulo para uma das empresas do grupo (“Super Mix” ou “Multimarcas”), e eram “vendidas” para a Fite Distribuidora, e desta partiam para a atacadista “Barcelona”.

Com relação às empresas consideradas como “grandes atacadistas” (“Dipalma”, “Roldão” e “Sendas”, sucessora, por incorporação, da “Barcelona”), que figuravam como adquirentes dos produtos comercializados pelo grupo, afastou sua responsabilidade por entender que ainda que se possa conjecturar se tais empresas pudesse tem conhecimento acerca dos procedimento ilícitos em comento, não há comprovação efetiva nos autos, além de não ser possível acusar tais empresas de buscarem entre os seus fornecedores, aqueles que ofereçam os melhores preços e condições de pagamento.

No tocante às “grandes industriais” (Nestlé, Procter & Gamble, Diageo, Mondelez e Bacardi), aponta que apenas apresentaram impugnações as empresas “Nestlé Brasil”, “Mondelez” e “Procter & Gamble”, e que sobre estas deve ser afastada a responsabilidade, tendo em vista que os argumentos apresentados pelas autoridades fiscais para incluir as indústrias multinacionais como responsáveis tributários solidários, comuns a todas as indústrias responsabilizadas, foram de natureza ainda mais genérica do que aqueles suscitados em relação às empresas atacadas.

Em seguida, passou a analisar a responsabilização das pessoas físicas, o que foi feito com base no art. 135 do CTN, evidenciando que, para fins de responsabilização, a lei infringida não precisa ser, necessariamente, tributária, bastando apenas que as consequências se dêem na área tributária. No caso presente, como já enfatizado, não se olvida ter havido infração de lei com repercussão no âmbito tributário, dada a ocorrência da subtração de rendimentos à tributação, por meio da sonegação, a qual implicou, inclusive, a qualificação da penalidade.

Ademais, considerou aplicável a todas as pessoas físicas arroladas, o entendimento de que a prática de sonegação fiscal seria infração à lei suficiente para ensejar a responsabilização dos mesmos.

Considerando o Sr. Ali Charif, evidenciou que este é sócio-administrador do contribuinte, detendo 100% do seu capital social, além de ser sócio-administrador das empresas Fite e Laviga, e que todos os atos fraudulentos evidenciados no presente processo, teriam ocorrido com a participação ou consentimento do mesmo, o qual teria agido, no mínimo, com culpa, devendo, portanto, ser responsabilizado solidariamente.

Considerando os Srs. Jamal Kaled Omram e Nassif Mourad, sócios-administradores da “Multimarcas”, consignou que estes permaneceram na sociedade em períodos distintos, de modo que a responsabilidade de cada um deve estar adstrita ao período em que detinham poderes de controle. Por tal razão, manteve a responsabilidade do Sr. Jamal apenas nos fatos geradores correspondentes aos quatro trimestres do ano-calendário de 2011 e aos dois primeiros trimestres do ano-calendário de 2012, enquanto a responsabilidade do Sr. Nassif deve estar restrita aos quatro trimestres dos anos-calendário de 2012 e 2013.

Considerando o Sr. Anuar Khaled, a Sra. Karin Philipp e o Sr. Allan Sanchez Saleh (sócio de fato da “707”), considerou-os solidariamente responsável pelos débitos tributários, pelo fato de as pessoas jurídicas envolvidas em grupos econômicos de fato serem, na verdade, integrantes de uma mesma sociedade em sentido lato.

Considerando especificamente a Sra. Karin Philipp e o Sr. Allan Sanchez Saleh, esclareceu que embora o grau de parentesco entre ambos não tenha sido o motivo determinante para sua responsabilização, é certo que o fato representou mais um indício da flagrante ligação da empresa “707 Auto-Serviço” e de sua sócia-administradora, Sra. Karin Philipp, com o Sr. Ali Charif Saleh, pai do esposo de sua sobrinha – Sr. Allan Sanchez Saleh – e comandante do grupo econômico fraudulento.

Ciente da decisão do Acórdão, o contribuinte SUPER MIX interpôs Recurso Voluntário (fls. 12.575/12.627), assim como alguns dos responsáveis solidários (fls. 12.001/12.013 - BACARDI, 12.095/12.107 - IPANEMA, 12.114/12.214, - ALLAN SANCHEZ SALEH, 12.140/12.151 - ANUAR KHALED SALEH, 12.151/12.163 - ALI CHARIF SALEH,

12.164/12.180 - NASSIF MOURAD, 12.181/12.202 - KARIN PHILIPP, 12.203/12.214 - JAMAL KALED OMRAM, 12.218/12.243 – 707 AUTO-SERVIÇO, 12.247/12.325 - DIAGEO, 12.635/2.653 – LAVIGA COMÉRCIO, 12.656/12.669 – FITE DISTRIBUIDORA e 12.672/12.689 – MULTIMARCAS COMÉRCIO), em que basicamente reiteram os argumentos tecidos na defesa, e apresentam documentação adicional, à exceção dos responsáveis solidários Barcardi e Diageo, que não haviam impugnado o lançamento, mas que interpuseram Recurso Voluntário, sob os seguintes fundamentos:

Bacardi

- a) Alegou que inexistente interesse comum no fato gerador, entre a Bacardi e o contribuinte, pois este demandaria que ambas as partes estivessem no mesmo polo da relação jurídica, não abrangendo pessoas que se encontram em posições diversas da relação (comprador e vendedor), o que se deu no presente caso;
- b) Que este fato é incontroverso, pois o próprio Termo de Verificação Fiscal afirma que os tributos exigidos decorrem da venda de mercadorias pela “Super Mix” em etapas de circulação posteriores àquelas das quais participou a Recorrente, que se limitou a vender produtos de sua fabricação às distribuidoras “Laviga” e “Newred”, com o regular pagamento dos tributos devidos nesta operação;
- c) Que à época em que realizadas as vendas, a “Laviga” e a “Newred” estavam regulares perante o Fisco de seu Estado, e que a Bacardi não pode ser responsabilizada por eventuais desvios de condutas cometidos por seus clientes;
- d) Que ainda que se pudesse admitir a responsabilização da Bacardi, a cobrança deveria ser cancelada, tendo em vista que a autoridade lançadora deixou de “calcular o montante do tributo devido” e “propor a aplicação da penalidade cabível”, em decorrência das operações realizadas pela autuada (“Super Mix”) com os produtos vendidos pela Recorrente à “Laviga” e à “Newred”;
- e) Que é possível perceber, a partir do TVF que as vendas feitas pela Bacardi representariam cerca de 6% do volume global (R\$ 479.413.579,91) movimentado pelas distribuidoras que teriam revendido os produtos objeto do Auto de Infração à “Super Mix” (autuada), de modo que a responsabilidade da Bacardi somente poderia se restringir aos tributos não recolhidos pela “Super Mix”, relativamente à parcela dos produtos da marca “Bacardi” adquiridos da “Laviga” e da “Newred”;
- f) Que o Fisco deixou de demonstrar qual o volume de produtos “Bacardi” adquirido e comercializado pela “Super Mix” e também qual o montante dos tributos que teria deixado de ser recolhido sobre tais mercadorias, o que implica na iliquidez e incerteza do TVF;

- g) Que acaso a fiscalização tivesse efetuado um trabalho de modo sério, na busca pela verdade material, teria constatado, inicialmente, que a proporção das vendas da Bacardi à “Laviga” e “Newred” são irrelevantes perto de seu faturamento total, posto que as vendas para a “Laviga” correspondem a meros 0,58% do seu faturamento, enquanto para a “Newred” equivalem a 2,63%, bem como teria constatado que os preços praticados nas operações realizadas obedeceram os preços normais de mercado, praticado com outras distribuidoras/atacadistas;
- h) Que por tal razão, evidente que não haveria qualquer vantagem que justificasse, sequer em tese, a participação da Bacardi no suposto “esquema” objeto da autuação;
- i) Por fim, que a decisão da DRJ foi precisa ao identificar não apenas a natureza genérica dos fundamentos utilizados no Termo de Verificação Fiscal (no sentido de que o objetivo com o “esquema” seria obter lucros e desequilibrar a concorrência), como também a mais absoluta ausência de provas, tanto que afastou a responsabilização da Nestlé Brasil, Mondelez e Procter & Gamble, devendo o mesmo entendimento ser aplicado no caso da Bacardi, posto estar na mesma situação das demais empresas mencionadas.

Diageo

- a) Alega que a solidariedade não se presume, era imprescindível a demonstração de que a Diageo preencheria os requisitos previstos no artigo 124, I, do CTN (efetiva da participação do devedor solidário na ocorrência do fato gerador), para que pudesse figurar como devedora solidária da acusação fiscal em questão, mas que nenhuma prova nesse sentido foi trazida pela D. Fiscalização, que se limitou a sustentar fatos e fundamentos imprecisos e precários para tentar justificar a solidariedade, sem trazer qualquer prova com relação à participação da Recorrente no esquema de fraude fiscal em comento;
- b) Que a Recorrente não é, e nunca foi parte, do Grupo SUPERMIX, tal como atestou o próprio TVF, sendo que a Recorrente apenas realizou operações de vendas de mercadoria para a empresa NEWRED, e que eventual benefício econômico jamais poderia ser utilizado para ensejar o interesse comum de que trata o inciso I do art. 124 do CTN;
- c) Que não houve prova por parte da D. Fiscalização em relação ao benefício econômico que a Recorrente teria auferido com a inadimplência da SUPERMIX no pagamento do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, bem como não foi elaborado qualquer comparativo de preços dos produtos que eram vendidos pela Recorrente à NEWRED, em contrapartida aos produtos que eram comercializados para outros clientes localizados também no Estado do Espírito Santo (ou outra localidade) ou, ainda, algum benefício/motivação, o que poderia, em tese, justificar uma suposta participação;

- d) Que o seu direito ao contraditório e à ampla defesa foi violado, na medida em que a Recorrente não foi intimada, durante a fiscalização, a apresentar documentos ou esclarecimentos acerca das operações de venda realizadas com as empresas que compõem o grupo econômico do contribuinte;
- e) Que se a D. Fiscalização tivesse se preocupado em identificar a fundo a ocorrência das operações para fins de imputação de solidariedade, como determina o artigo 142 do CTN, certamente não teria incluído a Recorrente como sujeito passivo da acusação fiscal de que ora se trata;
- f) Que a prova da ocorrência do nascimento da obrigação tributária, com a perfeita subsunção do fato à norma geral e abstrata, bem como dos fatos que conduziriam à imputação da responsabilidade solidária da Recorrente, é ônus da Administração Pública, o que não foi feito no presente caso, tanto que a DRJ afastou a responsabilidade da Nestlé Brasil, Mondelez e Procter & Gamble, entendimento que deve ser aplicado também com relação à Recorrente;
- g) Que os fundamentos de ordem econômica e relacionados ao direito concorrencial não poderiam ser indicados como justificativa para a imputação de solidariedade à Recorrente considerando que a D. Fiscalização estaria extrapolando a sua competência legal, já que qualquer infração de ordem econômica ou concorrencial deve ser previamente apurada pelo órgão responsável, no caso, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE);
- h) Que a Recorrente destaca que não contribuiu para qualquer cenário de prejuízo dos seus concorrentes. Tanto isso é verdade, que os seus concorrentes obtiveram destaque no mercado econômico no período autuado;
- i) Que a Recorrente não tem qualquer interesse ou benefício de participar supostas operações interestaduais simuladas, ameaçando sua reputação e credibilidade perante mercado nacional e internacional;
- j) Que a empresa NEWRED não detinha exclusividade territorial ou área de atuação pré-determinada, com vários concorrentes no Estado do Espírito Santo, também clientes da Recorrente;
- k) Que as vendas realizadas para a NEWRED eram pouco representativas em comparação com o total de faturamento global da Recorrente, e que os preços praticados com a NEWRED eram os mesmos estipulados pela Recorrente com outros clientes localizados tanto no Estado do Espírito Santo quanto nos demais Estados da Federação, e que qualquer oscilação no preço se dava em razão da política de concessão de desconto em razão de forma de pagamento escolhida, bem como pela incidência do ICMS na operação;

- l) Que a Recorrente possui clientes com representatividade muito mais expressiva no mercado paulista, e não teria o menor interesse em prejudicá-los;
- m) Que além de não ter concorrido para a prática de qualquer simulação de operação interestadual, a Recorrente operou com toda a lisura e a boa-fé exigíveis, e não pode ser responsabilizada por ilegalidades eventualmente cometidas pela empresa NEWRED e demais terceiros (empresas do Grupo SUPERMIX), especialmente porque na época das operações o cadastro da NEWRED estava regular perante o fisco;
- n) Que a jurisprudência, tanto judicial como administrativa, já consolidou o seu entendimento no sentido de que o contribuinte de boa-fé que não poderá ser punido vendedor a responsabilidade por irregularidades relativas ao momento posterior da tradição das mercadorias;
- o) Que ainda que fosse possível responsabilizar a Recorrente ao pagamento do crédito tributário, ela deveria ser responsabilizada apenas pelo recolhimento do IRPJ/CSLL/PIS/COFINS incidente sobre a receita de venda da SUPERMIX dos produtos que foram por ela fabricados;
- p) Que o arbitramento do lucro não poderia ser considerado no presente caso, pelo simples fato de que a D. Fiscalização tinha conhecimento das operações que foram realizadas e dos respectivos valores recebidos pela SUPERMIX nas referidas operações, tendo condições de apurar os valores que seriam devidos pela SUPERMIX a título de IRPJ/CSLL/PIS/COFINS sem ter que arbitrar o lucro, bem como que se a D. Fiscalização verificou a realização de depósitos bancários e a origem desses valores, tanto que contrastou com as notas fiscais de venda emitidas, não subsiste a presunção legal de omissão de receita, já que se conhece a natureza das operações realizadas e dos respectivos valores que teriam sido recebidos pela SUPERMIX;
- q) Por fim, que da análise das planilhas acostadas pela D. Fiscalização como suporte dos Autos de Infração em questão (“Entradas e Saídas” das empresas do Grupo SUPEMIX – arquivos não pagináveis), verifica-se que foram consideradas operações com produtos sujeitos à tributação monofásica do PIS e da COFINS, e que a Recorrente ressalta que está alcançado por esse regime de tributação do PIS e da COFINS a cerveja de malte, que é por ela fabricada e comercializada com a marca Guinness - CERVEJA GUINNESS 24/440ML mencionada no demonstrativo do autuante.

É o relatório do essencial.

Fl. 22 do Acórdão n.º 1401-006.916 - 1ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10882.723438/2016-19

Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, Relator.



Observo que as referências a fls. feitas no decorrer deste voto se referem ao e-processo.

Do Recurso Voluntário da Responsável DIAGEO – Não Conhecimento

Inicialmente, antes de adentrar à análise dos demais recursos voluntários apresentados pela contribuinte e solidários, no que se refere ao recurso apresentado pela solidária DIAGEO BRASIL LTDA entendo que o mesmo não deve ser conhecido. Isto porque, como é inconteste, a respectiva solidária apesar de regularmente intimada não apresentou Impugnação.

Conforme se verifica da fl. 979 a Solidária foi regularmente intimada em 28/11/2016, conforme comprova o AR anexado aos autos:

SP OSASCO DRF FL 979

AVISO DE RECEBIMENTO - AR		ETIQUETA CÓDIGO DE BARRAS/ Nº DE REGISTRO DO OBJETO	
ETIQUETA OU INDICAÇÃO MÃO PROPRIA	DATA DA POSTAGEM	UNIDADE DE POSTAGEM	
ENDEREÇO PARA DEVOLUÇÃO DESTE AR		USO EXCLUSIVO DOS CORREIOS	
DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM TAUBATÉ		TENTATIVAS DE ENTREGA	
RUA MARECHAL ARTHUR DA COSTA E SILVA, 730 - CENTRO			
CEP: 12.010-900 TAUBATÉ - SP			
SAFIS		INFORMAÇÃO	
AUTO DE INFRAÇÃO- IRPJ, AUTO DE INFRAÇÃO- CSLL, AUTO DE INFRAÇÃO- COFINS, AUTO DE INFRAÇÃO- PIS, ORIENTAÇÕES AO SUJEITO PASSIVO, DEPOSITOS NÃO COMPROVADOS UTILIZADOS NOS AUTOS DE INFRAÇÃO, TERMO DE ENCERRAMENTO, SVA.		CARIMBO DA UNIDADE DE DESTINO	
AFRFB - LUIZ CLAUDIO NOGAROTO AMARAL			
DESTINATÁRIO		<input type="checkbox"/> Ausente <input type="checkbox"/> Mudou-se <input type="checkbox"/> Desconhecido <input type="checkbox"/> Inf. Porteiro/Sindico <input type="checkbox"/> End. Ins. Faltou <input type="checkbox"/> Recusado <input type="checkbox"/> Desconhecido <input type="checkbox"/> Outros	
DIAGEO BRASIL LTDA			
RUA OLIMPIADAS, Nº 205 - ANDAR 14, CONJ. 141			
BAIRRO: VILA OLIMPIA			
CEP: 04.551-000 SÃO PAULO/SP			
NOME E ASS. RECEBEDOR		DATA DO RECB.	RUBRICA E MATRÍCULA DO EMPREGADO
 Daniel Ribeiro Silva RG: 41.962.111-1		28/11	 Julio Cortes Matr.: 85263985

Tal fato não passou despercebido desde o primeiro julgamento da DRJ, através do Acórdão 15-43.703, em 18/10/2017:

As pessoas jurídicas “Bacardi”, “Diageo”, “Fite”, “Laviga” e “Mega”, como também as pessoas físicas Said Ibrahim Mansur, Eliedabes Costa Pereira, Ricardo Lúcio Corteletti, e Sandra da Penha Corteletti não impugnam a responsabilidade solidária que lhes foi atribuída. Entretanto, nos termos do artigo 7º, caput, da Portaria RFB nº 2.284, de 29/11/2010, “a impugnação tempestiva apresentada por um dos autuados suspende a exigibilidade do crédito tributário em relação aos demais”. Isso significa que a impugnação apresentada pela Contribuinte “Super Mix” foi bastante para suspender a exigibilidade do crédito tributário atribuído a todos os sujeitos passivos indicados no Auto de Infração (Contribuinte e Responsáveis), mesmo àqueles que não ingressaram com impugnação

Do referido Acórdão a DIAGEO foi devidamente intimada através do seu DTE conforme termo de registro de mensagem à fl. 10484:

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - RFB**

PROCESSO/PROCEDIMENTO: 10882.723438/2016-19
INTERESSADO: 02696867000159 - SUPER MIX COMERCIO DE
PRODUTOS DE PERFUMARIA LTDA

DESTINATÁRIO: 62166848000142 - DIAGEO BRASIL LTDA.

**TERMO DE REGISTRO DE MENSAGEM DE ATO OFICIAL NA
CAIXA POSTAL DTE**

O destinatário recebeu mensagem com acesso aos documentos relacionados abaixo por meio de sua Caixa Postal, considerada seu Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) perante a RFB, na data de 14/11/2017 10:38:17.

Acórdão de Impugnação
Documentos Diversos - Outros - Intimação - Diageo
Demonstrativos de Débitos do Processo
Darf

A data da ciência, para fins de prazos processuais, será a data em que o destinatário efetuar consulta à mensagem na sua Caixa Postal ou, não o fazendo, o 15º (décimo quinto) dia após a data de entrega acima informada.

E o responsável abriu a respectiva intimação no próprio dia 14/11/2017, conforme comprova o termo de ciência à fl. 10524:

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - RFB**

PROCESSO/PROCEDIMENTO: 10882.723438/2016-19
INTERESSADO: 02696867000159 - SUPER MIX COMERCIO DE
PRODUTOS DE PERFUMARIA LTDA

DESTINATÁRIO: 62166848000142 - DIAGEO BRASIL LTDA.

TERMO DE CIÊNCIA POR ABERTURA DE MENSAGEM

O destinatário teve ciência dos documentos relacionados abaixo por meio de sua Caixa Postal, considerada seu Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) perante a RFB, na data de 14/11/2017 11:44:57, data em que se considera feita a intimação nos termos do art. 23, § 2º, inciso III, alínea 'b' do Decreto nº 70.235/72.

Data do registro do documento na Caixa Postal: 14/11/2017
10:38:17

Mesmo assim, nesse primeiro momento a responsável sequer apresentou Recurso Voluntário defendendo qualquer vício no ato de intimação de justificasse a não apresentação da impugnação.

Ato contínuo este CARF através do Acórdão 1402-003.854 de 15/04/2019 anulou a decisão da DRJ determinando o retorno dos autos para prolação de novo Acórdão apreciando as impugnações juntadas pelos sujeitos passivos LAVIGA e FITE.

Por sua vez em 22 de agosto de 2019 foi proferido novo Acórdão 15-47.617 pela DRJ, suprimindo a nulidade apontada e proferindo novo julgamento onde, novamente, reforçou que a DIAGEO não impugnou o lançamento.

Contra esta decisão é que a referida solidária vem aos autos originariamente contestar o lançamento fiscal, através de Recurso Voluntário protocolado em 30/10/2019 em que apenas defende a tempestividade do recurso, omitindo-se de qualquer fundamento atinente à não impugnação do lançamento.

O fato de os demais responsáveis, em situações alegadamente semelhantes, terem impugnado tempestivamente e questionado a responsabilidade solidária não valida ou reabre a possibilidade da parte de quedou-se inerte e não impugnou o lançamento.

De fato, a decisão favorável pode ter efeitos aos responsáveis solidários (mesmo que não impugnarem), mas logicamente, apenas no que se refere à manutenção ou não do crédito tributário. A análise dos fatos e fundamentos que ensejaram a responsabilização solidária são matérias de mérito e que não podem ser conhecidas de ofício.

Subverter uma regra processual tão clara como essa seria abrir margem a discussões administrativas intermináveis.

Ora, nos termos do que dispõe o art. 14 do RPAF é a impugnação que instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo fiscal e, não tendo sido apresentada pela solidária, não instaurou-se o litígio e, portanto, o Recurso Voluntário não deve ser conhecido.

Outrossim, não tratando-se de nenhuma das hipóteses de nulidade previstas no art. 59 do RPAF, bem como não se tratando de matéria de ordem pública, tal matéria não pode ser conhecida de ofício por este julgador.

Assim, deixo de conhecer o Recurso Voluntário apresentado pela DIAGEO BRASIL LTDA.

OS. O RECURSO NÃO TRATA ABSOLUTAMENTE NADA SOBRE A POSSIBILIDADE DE RECORRER SE ALGUM SOLIDÁRIO IMPUGNAR, SEQUER TOCA NO FATO DE NÃO TER IMPUGNADO. EM AUDIENCIA OS ADVOGADOS SUSCITARAM ESSA TESE, ENTAO ACHANDO QUE VAI SER OBJETO DE SUSTENTAÇÃO JÁ REBATI.

Do Recurso Voluntário da Responsável BACARDI – Nulidade da intimação do lançamento – Superação para dar provimento do mérito

Já no que se refere ao Recurso Voluntário apresentado pela BACARDI MARTINI DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, apesar de também não ter apresentado

impugnação, além de defender que a ilegitimidade passiva seria questão de ordem pública, defende a nulidade da intimação por edital realizada e a aplicação do §3º do art. 59 do RPAF.

Pois bem, quanto à primeira tese defensiva entendo não assistir razão à Recorrente pelos próprios fundamentos já manifestados quando da análise do Recurso Voluntário da DIAGEO, isto porque entendo que a ilegitimidade passiva é questão de mérito que não poderia ser arguida de ofício.

Entretanto, quanto a alegação de nulidade da intimação do lançamento entendo assistir razão à Recorrente, que de forma bastante didática comprovou a regularidade da sua mudança de domicílio. Senão vejamos:

De fato, a intimação do Auto foi enviada ao endereço **antigo, já desativado** da Recorrente situado na Rua Martini, n. 292, São Bernardo do Campo, SP, em **29/11/2016**, como demonstra o AR de fl. 944. Uma vez infrutífera a intimação, procedeu-se à expedição de edital (fl. 945).

A documentação anexa (doc. 01) evidencia que, em **16/11/2016** – antes, portanto, do envio da intimação por AR – a Recorrente havia alterado o endereço de sua sede para a Rua Gomes de Carvalho, n. 1.510, 6º andar, São Paulo, SP, tendo em vista que o estabelecimento fabril de São Bernardo do Campo havia sido **desativado**, com a respectiva comunicação aos órgãos competentes (como demonstra, p.ex., a “Solicitação de Encerramento de Atividade” entregue à CETESB).

Dentro do prazo de 30 dias legalmente previsto (Lei n. 8.934/94³), houve o respectivo registro na Junta Comercial, observando-se que, nos termos da citada lei

(art. 36), *“os documentos referidos no inciso II do art. 32 deverão ser apresentados a arquivamento na junta, dentro de 30 (trinta) dias contados de sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento; fora desse prazo, o arquivamento só terá eficácia a partir do despacho que o conceder.”* (destacamos).


A própria regulamentação à época vigente no âmbito da Receita Federal (IN n. 1.634/16) previa no art. 24 que *“a entidade está obrigada a atualizar o CNPJ qualquer alteração referente aos seus dados cadastrais até o último dia do mês subsequente ao de sua ocorrência”*, acrescentando o §1º que *“no caso de alteração sujeita a registro, o prazo a que se refere o caput é contado a partir da data do registro da alteração no órgão competente.”* (destacamos), observando-se que, em **21/12/2016**, antes do “último dia útil do mês subsequente” da formalização da alteração de endereço no contrato social (que ocorreu em 16/11/2016), a Recorrente comunicou a Receita Federal acerca da modificação havida.

A Recorrente, portanto, cumpriu rigorosamente o quanto disposto na legislação e não pode ser prejudicada pelo fato de que a intimação do Auto ocorreu, justamente, no intervalo de 30 dias previsto em lei (cujo efeito, de qualquer modo, é retroativo).

A autoridade fiscal deveria ter tido a cautela de, antes de proceder à intimação via edital, verificar se não havia, justamente naquele período, procedimento de alteração de endereço em curso.

De fato, a Recorrente conseguiu fazer prova da alteração do endereço comercial e do cumprimento de todos os prazos e formalidades de comunicação perante a Receita Federal.

Ocorre que, infelizmente, a devolução do AR com a informação de que a empresa teria se mudado e a publicação do Edital ocorreram dentro do prazo que a empresa tinha para informar a alteração perante a Receita Federal, e cujos efeitos retroagem à data da alteração societária, qual seja 16 de novembro de 2016. Senão vejamos:

AVISO DE RECEBIMENTO - AR			ETIQUETA CÓDIGO DE BARRAS/ Nº DE REGISTRO DO OBJETO	
ETIQUETA OU INDICAÇÃO MÃO PRÓPRIA	DATA DA POSTAGEM	UNIDADE DE POSTAGEM	JR 86425393 1 BR	
ENDEREÇO PARA DEVOLUÇÃO DESTE AR			USO EXCLUSIVO DOS CORREIOS	
DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM TAUBATÉ RUA MARECHAL ARTHUR DA COSTA E SILVA, 730 - CENTRO CEP: 12.010-900 TAUBATÉ - SP			TENTATIVAS DE ENTREGA	
SAFIS			INFORMAÇÃO	
AUTO DE INFRAÇÃO- IRPJ, AUTO DE INFRAÇÃO- CSLL, AUTO DE INFRAÇÃO- COFINS, AUTO DE INFRAÇÃO- PIS, ORIENTAÇÕES AO SUJEITO PASSIVO, DEPÓSITOS NÃO COMPROVADOS UTILIZADOS NOS AUTOS DE INFRAÇÃO, TERMO DE ENCERRAMENTO, SVA.			CARIMBO DA UNIDADE DE DESTINO	
AFRFB - LUIZ CLAUDIO NOGAROTO AMARAL			<input type="checkbox"/> Ausente <input checked="" type="checkbox"/> Mudou-se <input type="checkbox"/> Desconhecido <input type="checkbox"/> Inf. Porteiro/Sindico <input type="checkbox"/> End. Ins. Faltou..... <input type="checkbox"/> Recusado <input type="checkbox"/> Desconhecido <input checked="" type="checkbox"/> Outros: <i>L.R.S.A.M.A. 20</i>	
DESTINATÁRIO				
BACARDI MARTINI DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA RUA MARTINI, Nº 292 BAIRRO: RUDGE RAMOS CEP: 09.623-030 SÃO BERNARDO DO CAMPO/SP				
NOME E ASS. RECEBEDOR	R.G. RECEBEDOR	DATA DO RECB	RUBRICA E MATRÍCULA DO EMPREGADO	

Edital n° 001978792, de 30/11/2016

SP OSASCO DRF

Fl. 945



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL
DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SAO BERNARDO DO CAMPO - SP

Número do Edital Eletrônico: 001978792

Data de Publicação: 30/11/2016

Data de Ciência: 15/12/2016

Nome: BACARDI MARTINI DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

CNPJ: 59.104.737/0001-05

Pelo presente edital, com fundamento no art. 7º, §2º, e no art. 23, § 1º, inciso I, e § 2º, inciso IV, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pelas Leis nº 11.196, de 21 de novembro de 2005 e nº 11.941, de 27 de maio de 2009, fica o contribuinte acima identificado **CIENTIFICADO**, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da data da publicação, do Termo de Encerramento de Ação Fiscal, Relatórios Fiscais e Autos de Infração relativos ao processo:

10882.723438/2016-19

Na data de ciência indicada neste edital, o contribuinte será considerado cientificado para todos os efeitos.

Os documentos supracitados estão à disposição do contribuinte no endereço: Delegacia da Receita Federal do Brasil em Osasco, situada à Rua Avelino Lopes, 170, centro, no município de Osasco/SP, CEP 06.090-902.

MARIO BENJAMIN BARTOS
DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL
Matrícula - 388

Tal nulidade, inclusive, já deveria e poderia ter sido tratada e saneada quando da prolação do Acórdão 1402-003.854 de 15/04/2019 que anulou a decisão da DRJ determinando retorno dos autos para novo julgamento.

Assim, tal nulidade da intimação, a princípio, acarretaria no retorno dos autos para saneamento do vício, intimando-se a recorrente para apresentar impugnação e para que novo julgamento fosse procedido pela DRJ.

Entretanto, no caso concreto, levando em consideração que as arguições de mérito da recorrente resumem-se ao afastamento da responsabilidade solidária, e entendendo que a mesma tem razão, e entendendo que seu recurso, no mérito, deve ser provido, entendo ser aplicável o §3º do art. 59 do RPAF:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

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

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

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Quanto ao mérito, entendo que a responsabilidade solidária do recorrente deve ser afastada e seu recurso integralmente provido no mérito.

A bem da verdade, se o contribuinte tivesse sido regularmente intimado e apresentado impugnação, certamente já teria tido a responsabilização afastada pelos mesmos critérios que a DRJ usou para afastar a responsabilização de outras empresas em situação idêntica à da recorrente. Senão vejamos os argumentos da decisão recorrida:

O que se observa é que os argumentos apresentados pelas autoridades fiscais para incluir as indústrias multinacionais como responsáveis tributários solidários, comuns a todas as indústrias responsabilizadas, foram de natureza ainda mais genérica do que aqueles suscitados em relação às empresas atacadas. Atribuiu-se às empresas fabricantes à obtenção de ganhos relevantes, em decorrência das ilicitudes praticadas pelo grupo econômico fraudulento do qual participa a “Super Mix” e diversas outras empresas, todas elas sonegando tributos federais e estaduais, implicando o envolvimento das primeiras – que, segundo os Autuantes, não tinham como ignorar esses fatos – em questões relacionadas a abuso de poder econômico, concorrência desleal, dominação irregular dos mercados, etc, consoante retórica de alto grau de

subjetividade que, nada obstante, não corresponde a provas efetivas capazes de sustentá-la.

Nesse contexto, e por absoluta falta de comprovação dos fundamentos que ensejaram a imputação fiscal, afasta-se a responsabilidade tributária solidária conferida às empresas “Nestlé Brasil”, “Mondelez” e “Procter & Gamble”.

Nesse ponto entendo ser aplicável o próprio fundamento da decisão da DRJ para afastar a responsabilização solidária da Recorrente, razão pela qual oriento meu voto por conhecer e, nos termos do §3º do art. 59 do RPAF superar a nulidade apontada e dar integral provimento ao Recurso Voluntário para afastar a responsabilização solidária da BACARDI MARTINI DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Dos demais Recursos Voluntários do contribuinte e responsáveis solidários

Os demais recursos são tempestivo e preenchem os requisitos de admissibilidade, por isso deles conheço.

No mais, da análise dos autos é fácil constatar que os Recursos Voluntários apresentados, constituem-se basicamente em reprodução das impugnações cujos argumentos foram detalhadamente apreciadas pelo julgador *a quo*.

No mais, cumpre ressaltar a faculdade garantida ao julgador pelo inc. I, § 12º do Art. 114 do novo Regimento Interno do CARF (aprovado pela Portaria n. 1.634 de 21 de dezembro de 2023):

Art. 114. As decisões dos colegiados, em forma de acórdão ou resolução, serão assinadas pelo presidente, pelo relator, pelo redator designado ou por conselheiro que fizer declaração de voto, devendo constar, ainda, o nome dos conselheiros presentes, ausentes e impedidos ou sob suspeição, especificando-se, se houver, os conselheiros vencidos, a matéria em que o relator restou vencido e o voto vencedor.

§ 1º O relator deverá formalizar o acórdão no prazo de quinze dias, contado da movimentação dos autos para essa atividade.

(...)

§12. A fundamentação da decisão pode ser atendida mediante:

I - declaração de concordância com os fundamentos da decisão recorrida; e

II - referência a súmula do CARF, devendo identificar seu número e os fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento a eles se ajusta.

Da análise do presente processo, entendo ser plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

Assim, desde já proponho a manutenção da decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos, nas partes que se aplicam, considerando-se como se aqui transcrito integralmente o voto da decisão recorrida:

Voto

Preliminarmente, em relação à arguição de nulidade dos lançamentos fiscais, cabe destacar que a única hipótese prevista de nulidade dos atos processuais, entre os quais se incluem os autos de infração, está perfeitamente definida no inciso I do artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, e refere-se ao caso em que a lavratura tenha sido feita por pessoa incompetente, o que não veio a ocorrer na situação presente.

Ademais, a Impugnante não deixou claro o motivo pelo qual suscita a nulidade do feito fiscal, uma vez que, embora no título dos tópicos II.2 e II.5 da peça de defesa mencione a “nulidade das autuações fiscais”, nulidade essa também solicitada no item III da impugnação, toda a argumentação expendida converge, no entanto, para sustentar a alegada improcedência dos lançamentos, e não sua nulidade.

A Impugnante requer a “produção de prova pericial contábil”, pedido este que deve ser indeferido, visto que, no presente caso, a realização de perícia é prescindível, pois os elementos constantes do processo são suficientes para a formação da livre convicção do julgador, conforme o disposto no artigo 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal – PAF, in verbis:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.

Além disso, a Impugnante não expôs os motivos que justificassem sua realização, não formulou os quesitos referentes aos exames desejados, como também não indicou o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito, não atendendo ao disposto no artigo 16, inciso IV, do Decreto nº 70235, de 1972, implicando considerar-se não formulada a solicitação.

Contesta a Impugnante a existência do que chama de “Grupo Econômico arbitrariamente presumido pelo Fisco Federal”, sem qualquer prova. Tratando do tema, refere-se à constituição de grupo de sociedades que se obrigam à realização dos seus respectivos objetos ou a participar de atividades comuns, configurando um grupo econômico convencional, como previsto no artigo 265 da Lei nº 6.604, de 1976, e transcreve doutrina que ressalta a independência jurídica de tais empresas, aduzindo que também se considera grupo econômico aquele em que o controle decisório seja essencial para caracterizá-lo. Conclui, dizendo que a tentativa de considerar sociedades distintas como integrantes de um grupo econômico deve ser precedida de análise minuciosa, o que não aconteceu no caso em tela, não se comprovando uma unidade diretiva comum, o controle de uma empresa pela outra, nem confusão patrimonial entre as empresas.

Prossegue, dizendo que o Fisco sustenta fazerem parte de um mesmo grupo econômico, classificado como fraudulento, as empresas “Laviga”, “Multimarcas”, “Fite”, “Ipanema”, “Mega” e “707 – Auto-Serviço”. Em seguida, passa a rechaçar as questões

específicas postas pelo Fisco para evidenciar a participação de cada uma delas no grupo econômico, questões essas que serão melhor examinadas mais adiante, quando da apreciação das impugnações relativas ao vínculo de responsabilidade conferido a diversas pessoas jurídicas e físicas, no presente lançamento de ofício.

A propósito, caracteriza-se grupo econômico quando duas ou mais empresas estão sob a direção, o controle ou a administração de outra, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, ainda que cada uma delas tenha personalidade jurídica própria. Logo, o que configura um grupo econômico é o fato de existirem diversas sociedades juridicamente independentes, com personalidade jurídica e patrimônio próprio, contudo economicamente unidas, mediante controle ou direção unitários, voltados para um interesse comum.

Assim, os argumentos que seriam utilizados para afastar a caracterização de grupo econômico, quais sejam patrimônio distinto e personalidade jurídica própria, não são suficientes para tanto, pois a individualidade das empresas permanece intacta nos grupos societários.

A doutrina divide os grupos econômicos em grupos de fato e de direito. A Lei 6.404/76 adotou este modelo, chamado de dual, regulando, em seu capítulo XX, as sociedades coligadas, controladas e controladoras, enquanto no capítulo XXI há disciplina para os grupos de direito, constituídos mediante convenção. Portanto, no capítulo XX está o que a doutrina rotula de grupos econômicos de fato e, no XXI, os grupos de direito.

Os grupos de direito são constituídos mediante convenção grupal firmada pelas pessoas jurídicas que o integrarão, enquanto os grupos de fato decorrem do mero exercício do poder de controle, direta ou indiretamente, pela empresa controladora sobre as controladas. Neste último caso, conforme já mencionado, as sociedades participantes conservam suas personalidades jurídicas e são tratadas juridicamente como autônomas.

Nos termos da legislação das sociedades anônimas os grupos econômicos de fato são formados por sociedades que mantêm, entre si, laços empresariais através de participações acionárias, sem necessidade de se organizarem juridicamente, mantendo-se isoladas e relacionando-se sob a forma de coligadas, controladas e controladoras, sem necessidade de maior estrutura organizacional.

Pode-se concluir então que grupo econômico é um grupo de empresas, cada qual mantendo direção própria para a sua atividade, mas todas sujeitas à coordenação geral, de sentido econômico (não formal), visando um objetivo comum.

Em outras palavras, a característica de um grupo econômico é de haver pluralidade de empresas, personalidade jurídica e direção interna próprias de cada empresa, interesse econômico integrado e direção geral, ou coordenação do interesse econômico comum, disseminado nas empresas. Construiu-se, então, o conceito de que grupo econômico é o conjunto de sociedades empresariais ou empresários que, sob controle político de um indivíduo ou grupo, atuem em sincronia para lograr maior eficiência em suas atividades.

Em verdade, não há, no âmbito do direito tributário, uma definição legal de grupo econômico. A disciplina jurídica existente limita-se ao artigo 494 da IN RFB nº 971/2009, que prescreve que “quando duas ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica”, estaria configurado o grupo. Contudo, ainda que abrangente, esta classificação não alcança todas as relações jurídicas existentes, pois exclui as relações jurídicas informais.

Os grupos econômicos de fato prescindem de critérios legais e podem ser definidos pelas relações jurídicas de interesses comuns, subordinação, com constituição probatória, sendo aceitas, na maioria das vezes, presunções da sua existência. Grupos

que não se intitulam como tal, mas se organizam dessa forma, ou que possuem influência indireta, oculta ou informal, também são incluídos nesta categoria.

No caso concreto, observa-se plenamente configurada a existência de um grupo econômico fraudulento capitaneado pelo Sr. Ali Charif Saleh – sócio-administrador e detentor de 100% do capital social da “Super Mix” –, em torno de quem gravitavam diversas outras pessoas físicas e jurídicas, integrantes do mesmo grupo econômico, todas do mesmo ramo de atividade da Autuada, atuando conjunta e complementarmente, de forma coordenada, com objetivos comuns, quais sejam os de auferir ganhos financeiros significativos, às custas de um esquema de sonegação fiscal executado com continuidade e contumácia, no qual cada uma delas, quase sempre na condição de fornecedora, funcionava como um elo da cadeia comercial, desde o momento da aquisição das mercadorias junto a grandes indústrias até seu destino final, no comércio varejista.

Nesse sentido, tais empresas agiam de forma idêntica, apresentando ao Fisco Federal suas respectivas e obrigatórias declarações fiscais completamente zeradas e deixando de recolher os tributos correspondentes aos resultados obtidos com suas atividades comerciais, a despeito dos expressivos recursos financeiros movimentados. A “Super Mix”, por exemplo, emitiu notas fiscais eletrônicas de vendas, nos anos-calendário de 2011, 2012 e 2013, no montante total de R\$965.848.436,00, sem recolher, no período, um tostão sequer aos cofres públicos.

Participavam e se beneficiavam também da referida cadeia comercial clientes das empresas do grupo econômico do Sr. Ali Charif Saleh, todos igualmente grandes atacadistas do ramo de alimentos e bebidas, que adquiriam das empresas integrantes do grupo econômico, por encomenda, mercadorias a um preço abaixo do custo, o que só era possível em face da sonegação fiscal praticada pelas empresas do grupo, permitindo-lhes, assim, uma lucratividade maior do que aquela que alcançariam se adquirissem as mesmas mercadorias diretamente das próprias empresas industriais.

Cumprido salientar ainda que a existência do grupo econômico fraudulento comandado pelo Sr. Ali Charif Saleh já havia sido suficientemente esmiuçada nos autos do processo administrativo fiscal nº 10882.722077/2014-13, referente a procedimento de fiscalização instaurado contra outra empresa do grupo, a “Supermix Atacadista”, no qual foram identificados diversos ilícitos cometidos, entre os quais, sonegação e fraude fiscal, inclusive, praticados pela agora autuada, “Super Mix”, que, naquela ocasião, foi distinguida como responsável solidária por tais infrações, juntamente com outros responsáveis, de conformidade com vigorosos elementos de prova produzidos e coligidos à época.

No mérito propriamente dito, a Impugnante insurge-se contra o lançamento, não contestando, de forma específica, o arbitramento do lucro, mas sim a natureza das receitas utilizadas para compor a base de cálculo dos tributos lançados. Argumenta que teria comprovado a origem dos depósitos bancários, fato este desconsiderado pelo Fisco, que inverteu o ônus da prova e que sequer teria expurgado das receitas presumidamente omitidas valores que não correspondem a efetivo ingresso de receita, tais como transferências entre contas de mesma titularidade e empréstimos para capital de giro. Reclama que o Fisco não deduziu da base de cálculo os valores referentes às vendas canceladas, devoluções e descontos incondicionais, entre os quais as bonificações, que são vantagens concedidas aos compradores mediante a entrega de maior quantidade dos produtos vendidos. Acrescenta que também não foram excluídos das bases de cálculo do PIS e da Cofins as receitas decorrentes da venda de mercadorias (diversas bebidas frias) sujeitas ao regime de retenção monofásica, com incidência de alíquota zero.

O lançamento fiscal, relativo aos anos-calendário de 2011, 2012 e 2013, foi realizado pelo regime do lucro arbitrado (nos anos-calendário de 2011 e 2012 a empresa tinha optado pelo lucro presumido e no ano-calendário de 2013 e apresentou Declaração

Simplificada de Pessoa Jurídica – Inativa), uma vez que a Contribuinte, embora devidamente intimada a apresentar os livros e documentos de sua escrituração contábil e fiscal, deixou de fazê-lo, consoante o disposto no artigo 530, inciso III, do RIR/1999, verbis:

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; (...).

Em suma, a Contribuinte não apresentou ao Fisco os documentos e livros de sua escrituração contábil, ou o Livro Caixa, relativos aos anos-calendário de 2011, 2012 e 2013, sujeitando-se, portanto, ao arbitramento do lucro do período, como prescreve o artigo 530, inciso III, do RIR/1999, acima reproduzido.

A base de cálculo do imposto (lucro arbitrado) foi apurada mediante a aplicação do percentual de 9,60% sobre a receita bruta conhecida, composta pelo somatório das receitas da atividade de revenda de mercadorias, conforme notas fiscais eletrônicas (NF-e), constantes do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), com as receitas omitidas oriundas de créditos (depósitos) bancários de origem não comprovada, de acordo com a presunção legal estabelecida pelo artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

No caso dos depósitos bancários cuja origem não foi comprovada, vale frisar, a tributação incidiu apenas sobre as parcelas mensais que excederam os valores das NF-e de vendas emitidas em cada mês.

Primeiramente, destaque-se que a Contribuinte foi intimada, de acordo com Termo de Intimação Fiscal nº 0012015, às fls. 614 a 616, cientificado em 05/02/2015, a comprovar a origem dos recursos que ingressaram em suas contas de depósitos e investimentos mantidas em instituições financeiras, durante os anos-calendário de 2011, 2012 e 2013, conforme os extratos bancários que a própria empresa forneceu e planilha individualizada anexa (fls. 617 e 618), elaborada pelos auditores-fiscais, e a juntar a respectiva documentação comprobatória dos esclarecimentos a serem prestados.

Em resposta, à fl. 623, a pessoa jurídica informou que estava apresentando demonstrativo contendo a comprovação da origem dos aludidos ingressos, tendo anexado, o documento de fl. 625, que faz referência, tão-somente, a 18 dos 58 depósitos listados pelo Fisco e, mesmo assim, nada comprovou, uma vez que se limitou a registrar em uma coluna chamada “Comprovações/Explicações”, ao lado de cada operação, informações tais como: “Transferência entre contas – Liberação de conta cobrança”; “Transferência entre contas – Liberação de conta garantida”, ou “Transferência entre contas – Liberação de empréstimo da conta garantida”. Assim, além de não se manifestar sobre a maior parte das operações relacionadas pelo Fisco, também não explicou com clareza a natureza das poucas operações a que se reportou, não declinou a conta bancária da qual teria se originado cada uma das alegadas “transferências” e nem apresentou documentação que as respaldasse.

Consoante descrito no Termo de Verificação Fiscal (fls. 250 a 309), diante da insuficiência das informações prestadas pela Contribuinte, a Fiscalização solicitou a emissão de Requisições de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF), que foram encaminhadas às instituições financeiras nas quais a empresa mantinha contas bancárias e, de posse dos respectivos extratos bancários, verificou um ingresso de recursos nessas contas no montante de R\$1.112.004.731,30.

Para evitar que fossem incluídos numerários que não representam receitas efetivamente auferidas, foram expurgados valores relativos a cheques devolvidos, lançamentos de estorno, redução de saldo devedor, etc, além das transferências entre contas de mesma titularidade, para impedir o cômputo de valores em duplicidade, resultando substancial

redução no montante dos depósitos a crédito nas contas bancárias da Interessada, que passou a totalizar R\$682.267.978,46.

A Fiscalizada foi então novamente intimada, em 02/12/2015, para, no prazo de 20 dias, comprovar, de forma individualizada, a origem do montante remanescente após os citados expurgos, por meio das explicações necessárias, devidamente acompanhadas de documentação hábil e idônea, conforme nova planilha que seguiu juntamente com o Termo de Intimação Fiscal n.º 27112015, de fls. 798 a 800. O prazo inicial concedido foi prorrogado por mais 60 dias, em atendimento a pedido feito pelo sujeito passivo, mas até o dia 21/11/2016, data da lavratura dos Autos de Infração, transcorrido quase um ano da intimação, nada foi apresentado ou comprovado.

As autoridades fiscais valeram-se então de uma presunção legal de omissão de receitas, instituída pelo artigo 42 da Lei n.º 9.430, de 1996. A partir de 1º de janeiro de 1997, a não comprovação da origem dos recursos depositados em contas bancárias, por meio de documentação hábil e idônea, após regular intimação nesse sentido, caracteriza omissão de receitas. Trata-se de uma presunção legal contra qual a Impugnante pode produzir provas capazes de elidi-la.

A propósito, convém reproduzir o citado dispositivo legal:

(...)

Portanto, o legislador estabeleceu, a partir da referida data, uma presunção de omissão de receitas, cabendo ao titular comprovar a origem dos créditos existentes em suas contas bancárias. Caso contrário, tem-se a autorização para considerar ocorrido o fato gerador, ou seja, para presumir que os recursos depositados traduzem receitas do sujeito passivo mantidas à margem da escrituração contábil. Há a inversão do ônus da prova, característica própria das presunções legais. Logo, a Interessada é quem deve demonstrar que o numerário creditado não é receita tributável. Assim, configurado o fato indiciário, o dispositivo legal que autoriza a aludida presunção não estabelece qualquer condição restritiva para sua aplicação automática e imediata, a não ser a prova em contrário produzida pelo sujeito passivo, ou seja, a comprovação da origem dos recursos utilizados em cada operação bancária questionada. Nesse sentido, não basta à Impugnante alegar que a Fiscalização incluiu na base de cálculo dos tributos exigidos todos os créditos bancários, sem distinguir sua natureza: se concernentes a receitas da venda de mercadorias/produtos, demais receitas ou mesmo se provenientes de outras fontes. Seria necessário apresentar as provas de suas alegações, para efeito de afastar de tributação qualquer valor relacionado pelo Fisco.

Aliás, como comentado anteriormente, os próprios agentes fiscais já expurgaram do total dos créditos efetuados na conta bancária da Contribuinte aqueles que conseguiram identificar como valores não tributáveis.

Portanto, caberia ao sujeito passivo, quando regularmente intimado, comprovar a origem e a natureza dos depósitos bancários discriminados pela Fiscalização, mediante a apresentação de documentos hábeis e idôneos, capazes de vinculá-los aos ingressos de numerários, bem como, no caso destes se constituírem em receita auferida, a prova de seu oferecimento à tributação, o que efetivamente não foi feito, tanto durante o desenrolar do procedimento fiscal como na fase impugnatória.

Diante dos fatos narrados acima, bem como de todos os elementos que compõem os autos do processo, conclui-se que não assiste razão à Impugnante, quando afirma que comprovou a origem dos depósitos bancários e, tampouco, quando diz que o Fisco não excluiu do total das receitas omitidas as transferências entre contas de mesma titularidade, empréstimos obtidos, devoluções de vendas, vendas canceladas, descontos incondicionais, bonificações, entre outros valores que não correspondem a efetivas receitas auferidas. Trata-se, tão-somente, de meras alegações não comprovadas.

Apenas a título de ilustração, no que tange às “bonificações” mencionadas pela Requerente, assim compreendidas como as mercadorias/produtos fornecidos pela empresa em quantidade maior do que a efetivamente adquirida pelo comprador, sem aumento do preço total, em função de promoções, fidelidade comercial, incentivo a vendas, etc, o entendimento da Receita Federal, esposado na Solução de Consulta nº 212 – Cosit, de 05/08/2015, trazido à colação pela própria Impugnante, é de que as bonificações concedidas são consideradas despesas operacionais dedutíveis, para efeito de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, desde que demonstrada a estrita conexão dos gastos com a atividade exercida, devendo as despesas ser necessárias, usuais e normais à empresa, nos termos do que estabelece o artigo 299 do RIR/1999. Nessa linha, as empresas optantes pelo lucro presumido ou aquelas submetidas ao lucro arbitrado não fazem jus à dedutibilidade de tais dispêndios, admitida apenas para as empresas tributadas com base no lucro real.

De outro lado, ainda que se considere que as bonificações possuem a mesma natureza dos descontos incondicionais concedidos pelos vendedores aos compradores, transformando-se em parcelas redutoras do preço de venda, não gerando receitas tributáveis, faz-se necessário que constem destacadamente na nota fiscal de venda e não dependam de evento posterior à emissão desse documento. Contudo, a Impugnante não comprovou sequer a existência das bonificações e nem seu destaque nas notas fiscais de vendas.

Reclama ainda a Impugnante que o Fisco não teria excluído das bases de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins as receitas decorrentes da venda de algumas mercadorias (bebidas) sujeitas à alíquota zero, em função do regime monofásico, que determina que a tributação ocorra de forma concentrada na saída do estabelecimento industrial ou da empresa importadora. Elaborou o seguinte demonstrativo, contendo as bebidas que diz comercializar e os respectivos códigos NCM (classificação fiscal) da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI, que estariam entre aqueles indicados no artigo 58-A da Lei nº 10.833, de 2003, introduzido pela Lei nº 11.727, de 2008, cujas alíquotas de PIS e Cofins foram reduzidas a zero:

(...)

Nesse sentido, vale transcrever alguns dispositivos da Lei nº 10.833, de 2003, introduzidos pela Lei nº 11.727, de 23/06/2008:

(...)

Ressalte-se que, tal como previsto no artigo 58-U da Lei nº 10.833, de 2003, acima transcrito, os artigos 58-A a 58-T dessa lei foram regulamentados pelo Decreto nº 6.707, de 23/12/2008. À primeira vista, observa-se que alguns dos produtos relacionados pela Impugnante na tabela anterior realmente tiveram suas alíquotas do PIS e da Cofins reduzidas a zero, por força dos artigos 58-A e 58-B da Lei nº 10.833, de 2003. É exatamente o caso da “Cerveja de malte”, código 22.03.00.00, visto que o artigo 58-A abrange todos os produtos da posição 22.03. O produto “Refrigerante”, código 22.02.10.00, também foi alcançado pela redução a zero de alíquota, conforme os artigos 58-A e 58-B da Lei nº 10.833, de 2003, confirmado pelo artigo 58-V da citada lei. O mesmo acontece quanto ao item “Energético”, código 22.02.90.00, que não faz parte das Exceções 01 e 02 e está relacionado no item 58-V.

O produto “Refresco em pó” não se encontra entre os consignados na Exceção 02 do código 21.06.90.10, não sendo, portanto, alcançado pela alíquota zero. Também a “Bebida láctea”, código 22.02.90.00, não faz jus à alíquota zero, pois ainda que não esteja incluída nas Exceções 01 e 02 do referido código, não consta do artigo 58-V. Já a “Bebida alimentar à base de soja”, do mesmo código 22.02.90.00, igualmente não foi alcançada pela alíquota zero, uma vez que consta da Exceção 01 ao mencionado código, além de não integrar o artigo 58-V.

Entretanto, a despeito das considerações referentes à classificação fiscal na Tabela TIPI dos produtos discriminados pela Contribuinte e dos benefícios fiscais relativos à redução a zero das alíquotas do PIS e da Cofins, dos quais alguns desses produtos poderiam usufruir, em face da legislação tributária mencionada, a Impugnante não logrou comprovar suas alegações, no sentido de que no total da receita bruta tomada como base de cálculo para apuração do lucro arbitrado estariam receitas auferidas em operações de venda dos aludidos produtos. E mais, nem mesmo restou comprovado nos autos que a Interessada os comercializou, nos anos-calendário de 2011, 2012 e 2013.

Desse modo, nenhum reparo há que ser feito em relação ao total das receitas omitidas, sejam elas as decorrentes de presunção legal, com base nos créditos (depósitos) bancários de origem não comprovada, quanto aquelas oriundas de sua atividade de comércio atacadista, consoante notas fiscais eletrônicas de vendas.

Nunca é demais repetir que a maior parte da receita tributada adveio das NF-e emitidas pela empresa, enquanto as receitas presumidas foram incluídas na base de cálculo apenas quando os depósitos bancários excederam os montantes mensais correspondentes às notas fiscais dos respectivos meses, fato este ocorrido somente nos meses de julho e setembro de 2012 e setembro de 2013, caso em que a receita bruta considerada foi o somatório da receita (omitida) da atividade fim com a diferença entre esta e a proveniente dos depósitos de origem não comprovada.

A apuração da base de cálculo do lucro arbitrado (receita bruta conhecida) está perfeitamente demonstrada em tabela constante do Termo de Verificação Fiscal, mais precisamente às fls. 297 e 298, bem como a base de cálculo do IRPJ (lucro arbitrado) foi apurada de conformidade com Demonstrativo de Apuração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica, às fls. 46 a 57, que integra o respectivo Auto de Infração.

Quanto aos demais Autos de Infração (CSLL, PIS e Cofins), decorrentes dos mesmos fatos geradores apontados no Auto de IRPJ, deve ser observado, no que couber, o que foi decidido para este último. Assim, uma vez mantidos os valores tributáveis que deram causa a cada um desses lançamentos, impõe-se-lhes igual desígnio.

A Impugnante contesta a aplicação da multa de ofício qualificada, de 150%, que estaria sustentada em lançamento fundamentado na presunção prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, e não na comprovação da prática de dolo, fraude ou simulação. Reclama também do agravamento da multa, em função da falta de apresentação de livros e documentos fiscais, sob pena de bis in idem, pois já teria motivado o arbitramento do lucro. Diz que com isso a multa chegou a 225%, configurando seu caráter confiscatório, afrontando artigo 150, IV, da Constituição Federal. Pede que, ao menos, a multa tenha como limite o valor do tributo exigido, nos termos de decisões emanadas do STF, com seu efeito vinculante e eficácia erga omnes.

A propósito, vale transcrever o artigo 44, I e §1º, da Lei nº 9.430, de 1996, in verbis:

(...)

Verifica-se que é equivocada a alegação da Impugnante, uma vez que a qualificação da multa de ofício aplicada não foi motivada pela constatação de omissão de receita com base na presunção estabelecida no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, mas sim por terem sido plenamente atendidos os pressupostos do artigo 44, I e §1º, da mesma Lei nº 9.430. Senão vejamos: nos anos-calendário de 2011 e 2012, a Autuada apresentou as DIPJ e os Dacon inteiramente zerados, enquanto no ano-calendário de 2013 apresentou Declaração Simplificada de Pessoa Jurídica – Inativa, embora tenha realizado, nos três períodos de apuração, suas atividades comerciais normais, vindo a adquirir, de diversos fornecedores, grande quantidade de mercadorias para revenda e auferido receitas, conforme Notas Fiscais Eletrônicas emitidas, no vultoso valor total de R\$965.848.436,63.

Da mesma forma, apresentou DCTF relativas aos mesmos exercícios, omitindo todos os débitos correspondentes ao IRPJ, à CSLL, à contribuição para o PIS e à Cofins, além de não ter recolhido qualquer importância a título de tributos federais. Em acréscimo, sobrevêm as irregularidades perfeitamente descritas nos autos, envolvendo um esquema fraudulento levado a efeito pelo grupo econômico no qual se insere a Autuada, com a finalidade precípua de sonegar tributos, ilícitos esses que, por si só, já justificariam plenamente a qualificação da multa de ofício aplicada.

Ao adotar tais procedimentos, a Contribuinte visava a impedir, ou retardar, que a autoridade fazendária tomasse conhecimento da ocorrência dos fatos geradores das obrigações tributárias, promovendo, deliberada e sistematicamente, a ocultação das receitas auferidas, que deveriam ser devidamente informadas em DIPJ e Dacon e, ao mesmo tempo, dos débitos correspondentes, que também deixaram de ser declarados nas respectivas DCTF, configurando prática dolosa, com o objetivo de sonegação de tributos, prevista no artigo 71 da Lei nº 4.502, de 1964, razão esta mais do que suficiente para justificar a aplicação da multa qualificada, no percentual de 150%, prevista no artigo 44, I e §1º, da Lei nº 9.430, de 1996, e que ora se mantém.

Quanto ao agravamento da multa de ofício, já qualificada, que elevou seu percentual para 225%, por não atendimento de intimação para apresentar sua escrituração contábil e fiscal, no caso os arquivos e sistemas de processamento eletrônico de dados, vale conferir o previsto no artigo 44, §2º, II, da Lei nº 9.430, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488, de 2007, in verbis:

(...)

Alegou a Impugnante que a não apresentação de livros e documentos contábeis e fiscais já causou o arbitramento do lucro, não podendo fundamentar também o agravamento da multa de ofício.

Cabe destacar, em princípio, que não se pode confundir “falta de atendimento a intimação” com “falta de apresentação de todos os livros, documentos e esclarecimentos solicitados na intimação”.

A propósito, a Interessada respondeu algumas das intimações, pediu prorrogações dos prazos estipulados para atendimento, justificando os motivos de tais solicitações, e chegou a apresentar alguns documentos requisitados pela Fiscalização, tais como cópia de ficha cadastral na JUCESP, contendo breve relato das alterações, planilha com a relação das notas fiscais de entrada, de 2011 a 2013, extratos bancários (parciais) relativos aos mesmos períodos, etc.

Desse modo, embora a pessoa jurídica não tenha entregue toda a documentação solicitada pelo Fisco, no prazo determinado, observa-se que algumas respostas, mesmo que insatisfatórias, foram apresentadas, não restando perfeitamente configurada a hipótese de recusa intencional a atender às intimações.

Registre-se ainda que a jurisprudência administrativa considera inaplicável o agravamento da multa de ofício pela falta de atendimento à intimação fiscal para apresentação dos livros contábeis e documentação fiscal, na hipótese em que tal omissão já tenha servido para justificar o arbitramento do lucro da empresa, além de não ter trazido qualquer prejuízo ao Fisco, na quantificação da matéria tributável, como veio a ocorrer.

Assim, não se justifica o agravamento da multa aplicada, no percentual de 225%, nos termos do artigo 44, §2º, II, da Lei nº 9.430, cabendo sua redução para 150%.

Quanto à alegada natureza confiscatória da multa de ofício aplicada, cabe destacar que, no desempenho de suas funções, as Delegacias de Julgamento da Receita Federal do Brasil carecem de competência para pronunciar-se a respeito de conformidade de lei ou

ato normativo com preceitos emanados da Constituição Federal, por ser matéria reservada exclusivamente ao Poder Judiciário.

A respeito do efeito vinculante e da eficácia erga omnes das decisões proferidas pelo STF em ações diretas de inconstitucionalidade, convém salientar que a ADI n.º 551/RJ, citada pela Impugnante, juntamente com a ADI n.º 1.075-1/DF e o Rext n.º 582.461/SP, como “precedentes que teriam fundamentado o entendimento de que a multa de ofício não pode exceder o montante do tributo cobrado”, a ADI n.º 551/RJ foi ajuizada pelo próprio governador do Estado do Rio de Janeiro, arguindo a inconstitucionalidade dos §§2º e 3º do artigo 57 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição daquele Estado, que aqui se transcrevem:

(...)

A ADI 551/RJ foi julgada procedente pelo STF, ou seja, os §§2º e 3º do artigo 57 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, reproduzidos acima, foram declarados inconstitucionais. É exatamente o que consta do Extrato da Ata do Julgamento e do respectivo acórdão, datado de 24/10/2002, proferido pelo Tribunal Pleno do STF e publicado no DJ de 14/02/2003. Os aludidos dispositivos declarados inconstitucionais estampavam vício legislativo flagrante, decorrente da fixação de percentuais mínimos na própria Constituição Estadual, e não por meio de lei do Poder Executivo, além de os percentuais estabelecidos – tanto pela falta de recolhimento quanto pela sonegação – se mostrarem manifestamente desarrazoados. Acrescente-se que não existe no acórdão mencionado qualquer disposição no sentido de determinar um teto de 100% para as multas. O outro “precedente” é fundado em Medida Cautelar deferida na ADI n.º 1.075-1/DF, que suspendeu a eficácia de lei (n.º 8.846/1994, artigo 3º e seu parágrafo único) que estabelecia a obrigatoriedade de emissão de nota fiscal para fins de imposto de renda e proventos de qualquer natureza, no momento da venda de mercadoria ou prestação de serviço, cominando, no caso de descumprimento, multa de 300% sobre o valor do bem objeto da operação ou do serviço prestado. Tratava-se, portanto, de penalidade específica decorrente do inadimplemento de obrigação acessória, cujo percentual foi considerado excessivo, além de recair sobre o valor do próprio bem ou do serviço, e não do imposto incidente sobre a obrigação principal. Já o Rext n.º 582.461/SP, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, igualmente, não guarda qualquer relação com a discussão sobre o caráter confiscatório ou não das multas punitivas e sobre qual seria o percentual máximo admitido. Nele, tratou-se de três assuntos distintos, a saber: 1) Taxa Selic; 2) ICMS (inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo; e 3) Multa moratória (no patamar de 20%). Conforme acórdão e Extrato da Ata do Julgamento – aqui citados apenas como ilustração –, os ministros do STF, em Sessão Plenária de 18/05/2011, resolveram, com repercussão geral, negar provimento ao recurso extraordinário, considerando constitucionais as três questões examinadas.

Assim sendo, não existe limite máximo para o percentual de multa de lançamento de ofício assentado pelo STF, com efeito vinculante e eficácia erga omnes, relativamente a todos os órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, como sugerido pela Requerente.

Ademais, a propósito de Decisões Vinculantes do STF e do STJ, cumpre reproduzir o artigo 19 da Lei n.º 10.522, de 19/07/2002:

(...)

O disposto nos §§4º, 5º e 7º do artigo 19 da Lei n.º 10.522/2002 (alterado pela Lei n.º 12.844/2013), os quais prevêm a vinculação da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) às decisões judiciais desfavoráveis à Fazenda Nacional proferidas em Recursos Extraordinários com Repercussão Geral (STF) ou em Recursos Especiais Repetitivos (STJ), após expressa manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN)

foram regulamentados pela Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1, de 12/02/2014, nos seguintes termos:

(...)

Portanto, a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1/2014 regulamentou alguns dispositivos do artigo 19 da Lei nº 10.522/2002, os quais prevêm a vinculação da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) às decisões judiciais desfavoráveis à Fazenda Nacional proferidas em Recursos Extraordinários com Repercussão Geral (STF) ou em Recursos Especiais Repetitivos (STJ), após expressa manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). Determina o artigo 3º da referida Portaria que a manifestação da PGFN dar-se-á por meio de notas explicativas, que conterão a delimitação da matéria decidida e os esclarecimentos e/ou orientações sobre questões suscitadas pela RFB. Consoante o caput da Portaria, não haverá a vinculação da RFB nas matérias em que a PGFN decidir continuar contestando e recorrendo, mesmo tendo havido julgamento desfavorável à Fazenda Nacional sob os ritos da Repercussão Geral ou dos Recursos Especiais Repetitivos. Nessas hipóteses, também será emitida uma Nota Explicativa pela PGFN, explicitando os motivos da não vinculação.

Vale aduzir que entre as Notas Explicativas já emitidas pela PGFN, referentes a decisões desfavoráveis em Recursos Extraordinários com Repercussão Geral ou a Recursos Especiais Repetitivos, proferidos, respectivamente, pelo STF e pelo STJ, com efeito vinculante, incluídas da lista publicada no sítio da RFB na Internet, nenhuma se refere a qualquer dos julgados trazidos à colação pela Impugnante.

Em relação às diversas citações e transcrições de ementas de julgados do CARF, a simples leitura de tais ementas, ou mesmo de fragmentos de acórdãos, não permite estabelecer ligação imediata ao caso específico que se pretende examinar, dadas as peculiaridades de cada caso. Ademais, cumpre observar que as decisões daquele colegiado não constituem normas complementares da legislação tributária, não se estendendo, genericamente, a outros casos e somente se aplicam sobre a questão concretamente analisada, vinculando apenas as partes envolvidas naqueles litígios.

Por fim, resta apreciar as impugnações apresentadas por 12 (doze) das 15 (quinze) pessoas jurídicas também relacionadas como sujeitos passivos, nos respectivos Autos de Infração, na condição de responsáveis tributários solidários pelo crédito tributário constituído, com base no artigo 124, I, do CTN, bem como as impugnações apresentadas por 6 (seis) das 10 (dez) pessoas físicas igualmente elencadas e responsabilizadas solidariamente, estas com base no artigo 135, III, do CTN, em função de estarem investidas da condição de administrador da própria Fiscalizada ou de outras empresas do mesmo grupo econômico.

As pessoas jurídicas “Bacardi”, “Diageo” e “Mega”, como também as pessoas físicas Said Ibrahim Mansur, Eliedabes Costa Pereira, Ricardo Lúcio Corteletti, e Sandra da Penha Corteletti não impugnaram a responsabilidade solidária que lhes foi atribuída. Entretanto, nos termos do artigo 7º, caput, da Portaria RFB nº 2.284, de 29/11/2010, “a impugnação tempestiva apresentada por um dos atuados suspende a exigibilidade do crédito tributário em relação aos demais”. Isso significa que a impugnação apresentada pela Contribuinte “Super Mix” foi bastante para suspender a exigibilidade do crédito tributário atribuído a todos os sujeitos passivos indicados no Auto de Infração (Contribuinte e Responsáveis), mesmo àqueles que não ingressaram com impugnação.

Já as pessoas jurídicas “Dipalma”, “Roldão” e “Sendas”, esta incorporadora da “Barcelona”, (atacadistas e clientes da “Super Mix”), “Nestlé Brasil”, “Procter & Gamble” e “Mondelez” (grandes indústrias multinacionais), “707 – Auto-Serviço”, “Ipanema”, “Fite”, “Laviga” e “Multimarcas” (integrantes do mesmo grupo econômico da “Super Mix”) e “Newred”, além das pessoas físicas Ali Charif Saleh, Allan Sanches Saleh, Anuar Khaled Saleh, Jamal Kaled Omram, Karin Philipp e Nassif Mourad, apresentaram impugnações próprias, contestando o vínculo de responsabilidade, que

serão agora analisadas. No caso das pessoas jurídicas, a responsabilidade foi imputada com fundamento no artigo 124, inciso I, do CTN, verbis:

(...)

Inicialmente, quanto à atribuição de responsabilidade solidária, cabe fazer algumas considerações acerca do direito probatório. Na busca pela verdade material – princípio este informador do processo administrativo fiscal –, a comprovação material de uma dada situação fática pode ser feita, em regra, por uma de duas vias: ou por uma prova única, direta, concludente por si só, ou por um conjunto de elementos/índícios que, se isoladamente nada atestam, agrupados têm o condão de estabelecer a certeza daquela matéria de fato. Não há, em sede de processo administrativo, uma hierarquização pré-estabelecida dos meios de prova, sendo perfeitamente regular o estabelecimento da convicção a partir do cotejamento de elementos de variada ordem, desde que estejam estes, por óbvio, devidamente juntados ao processo. É a consagração da chamada prova indiciária, de largo uso no direito. A comprovação fática do ilícito raramente é passível de ser produzida por uma prova única, isolada. Aliás, isso só seria possível, praticamente, a partir de uma confissão expressa do infrator, circunstância que, como é possível inferir, dificilmente se terá, por mais evidentes que sejam os fatos. Desta forma, as provas indiretas – indícios e presunções simples – podem ser instrumentos coadjuvantes do convencimento da autoridade julgadora quando da apreciação do conjunto probatório do processo administrativo tributário. As presunções legais ou absolutas independem de prova, assim como a ficção jurídica. As presunções relativas admitem prova em contrário. As presunções simples devem reunir requisitos de absoluta lógica, coerência e certeza para lastrear a conclusão da prova da ocorrência do fato gerador de tributo.

Alberto Xavier, em “Do lançamento. Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário”, Ed. Forense, 2ª ed., 1998, pág. 133, ao tratar das PRESUNÇÕES E DA VERDADE MATERIAL, assim se pronuncia:

(...)

Feitas essas considerações, vale aduzir que, quanto à atribuição de responsabilidade solidária com base no art. 124, I, do CTN, tem-se que se trata de solidariedade de fato, na qual uma pessoa é solidária quando realiza conjuntamente com outra, ou outras pessoas, a situação que constitui o fato gerador, ou que, em comum com outras, esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio que dá origem à tributação. Segundo Luciano Amaro (Direito Tributário Brasileiro, 12ª ed., Saraiva, p. 314), há solidariedade passiva quando duas ou mais pessoas podem apresentar-se na condição de sujeito passivo da obrigação tributária, cada um obrigando-se por toda a dívida, o que dá ao sujeito ativo a prerrogativa de exigir-la de qualquer um dos devedores até a realização integral da obrigação. À luz do que preceitua a regra antes referida, significa dizer que, para se caracterizar a solidariedade – que a doutrina denomina solidariedade de fato –, é necessário que exista interesse comum na situação jurídica constitutiva do fato gerador da obrigação, isto é, uma atitude voltada ao atendimento de uma necessidade (econômica, moral, social, etc.), em que as pessoas interessadas são vinculadas por circunstâncias externas formadoras de solidariedade (consciência de grupo), conforme acentua Marcos Vinícius Neder (artigo “Solidariedade de Direito e de Fato – Reflexões acerca de seu Conceito”, publicado no livro Responsabilidade Tributária, Dialética, 2007, p. 21). Não obstante, é, sem dúvida, controversa a extensão que deve ser dada à expressão “interesse comum” contida no artigo 124, do CTN: se mais abrangente ou restritiva. A aplicação da solidariedade prevista no aludido dispositivo legal, em relação às empresas que compõem um grupo econômico tem suas limitações. Conforme o entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), o simples fato, isoladamente considerado, de as empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico não é suficiente para resultar na solidariedade de todas as empresas do grupo quanto ao pagamento de tributo devido por uma delas. A interpretação é no sentido de que o interesse comum prescrito na norma seria o interesse jurídico, que surge a partir da

existência de direitos e deveres comuns entre pessoas que, pelo esforço conjunto e articulado, mesmo que informal, se situam do mesmo lado de uma relação jurídica privada que constitua o fato jurídico tributário, não o mero interesse de fato. Segundo esse raciocínio, para se considerar a responsabilidade de um grupo econômico, é necessária a real participação de cada uma das empresas no fato gerador em si, não apenas o interesse econômico. Desse modo, poderia haver a responsabilidade individualizada de cada empresa e não de todo o grupo econômico, automaticamente, como uma unidade. Desse modo, a jurisprudência do STJ reconhece o interesse comum previsto no artigo 124, I, do CTN, como o interesse jurídico comum dos sujeitos passivos na relação obrigacional tributária, que existe nas hipóteses em que os sujeitos realizam conjuntamente a situação que constitui o fato gerador. Assim, a responsabilidade solidária não decorre, exclusivamente, da demonstração da formação de grupo econômico como fato isolado, mas demanda também a comprovação de prática conjunta da qual decorre o fato gerador. A compreensão desses limites contribui para um cenário de maior segurança jurídica.

Pode-se dizer que, quanto aos Grupos Econômicos, a jurisprudência do STJ possui interpretação restritiva do artigo 124, inciso I, pois entende que o interesse comum só ocorre se as empresas realizam a mesma atividade (REsp 834.044). Em razão disso, para caracterizar o interesse comum, a Fiscalização deve demonstrar a existência de um liame entre as atividades desempenhadas pelos integrantes do grupo econômico, explicitando que, apesar da aparência de unidades autônomas, a atuação das empresas é complementar; ou então, no caso em que ficar caracterizada confusão patrimonial, vinculação gerencial, coincidência de sócios e administradores, enfim, em todos os casos em que há abuso da forma entre as empresas integrantes do agrupamento. Enquadram-se nessa hipótese as pessoas jurídicas que são sócias, de fato, de sociedade formalmente constituída, porquanto configuram um grupo econômico de fato.

A Justiça do Trabalho estabelece que a responsabilidade solidária recai sobre grupos de empresas constituídos formal ou informalmente, sendo que neste último caso o grupo é identificado a partir da análise da relação entre a empresa empregadora e as demais. Segundo a doutrina majoritária, tomando por exemplo Rubens Gomes de Souza in Compêndio de Legislação Tributária – 3ª edição, RJ, Ed Financeiras, 1964, p. 67, é solidária a pessoa, física ou jurídica, que realiza, conjuntamente com outra ou outras pessoas, a situação que constitui o fato gerador, ou que, em comum com outras pessoas, esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio que dá origem à tributação, ou seja, todas as pessoas que tiram uma vantagem econômica do ato, fato ou negócio tributado. Na Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, denominada como “Nova Lei do CADE”, também há menções aos Grupos Econômicos, destacando-se o artigo 33, mais abrangente, que imputa responsabilidade solidária às sociedades formadoras de Grupo Econômico pelas infrações à ordem econômica tanto aos Grupos de Fato como aos de Direito:

Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica. No âmbito da Receita Federal, o entendimento quanto à matéria encontra-se explicitado no Parecer Normativo Cosit/RFB nº 04, de 10 de dezembro de 2018, publicado no DOU de 12/12/2018, cuja ementa segue reproduzida:

(...)

Prossegue-se com o exame individualizado das impugnações apresentadas pelos responsáveis solidários.

A empresa "Laviga" impugnou, às fls. 9.598 a 9.915, o vínculo de responsabilidade que lhe foi atribuído, alegando ser parte ilegítima para figurar no rol de responsáveis tributários solidários. Suscita que a mera identidade de sócios não é suficiente para a caracterização de grupo econômico, conforme jurisprudência que transcreve. Alega que para a configuração de um grupo econômico é indispensável a prova consistente da

existência de uma unidade diretiva comum, com o controle comprovado de uma empresa por outra e comprovada confusão patrimonial entre as empresas. Prossegue a Impugnante afirmando que mesmo existindo o grupo econômico, não poderia ser responsabilizada pelos débitos da Autuada, com fulcro no art. 124, I, do CTN. Ressalta que mesmo quando uma sociedade participante de grupo econômico tenha interesse no sucesso econômico das demais, o que é natural, não significa que ela comungue da realização da materialidade dos fatos geradores descritos na forma jurídica ou que partilhe a posição jurídica do contribuinte que realizou o fato gerador. Sobre o tema, transcreve excerto da doutrina. Cita julgado do Superior Tribunal de Justiça, constando o entendimento de que a solidariedade não se extrai de maneira natural pela simples existência de grupo econômico.

Aduz que para caracterizar a solidariedade é imprescindível a comprovação da prática conjunta do fato gerador pelas empresas integrantes do grupo.

Afirma a Impugnante que o próprio Fisco reconhece as operações comerciais efetivamente realizadas entre ela e a empresa autuada, pois admite a comprovação dos pagamentos efetuados pela Impugnante à Autuada, no total de R\$ 63.135.336,06. Informa que foi celebrado, em 10 de julho de 2011, um contrato de conta corrente e gestão de caixa único com a empresa autuada, cópia anexa (transcreve algumas cláusulas na sua defesa), no qual as partes convencionam entre si fazer remessas de valores e se comprometem a registrá-los contabilmente como débitos e créditos não exequíveis de pronto. Ressalta que se trata de uma sistemática estabelecida entre duas pessoas jurídicas comumente utilizada para registrar a movimentação de recursos que transitam reciprocamente entre dois patrimônios e tem como intuito melhorar as condições de negociação e captação de dinheiro no mercado. Pontua que não existe dívida de uma parte com a outra ao longo do contrato, surgindo a obrigação de pagamento no momento de seu encerramento e em relação ao valor da diferença apurada no fechamento dos saldos. Acrescenta a informação de ter sido convencionado entre as partes que várias das operações realizadas pela Impugnante junto a seus fornecedores seriam pagas através do caixa único e que esta negativação no seu saldo da conta corrente era compensada com as operações de vendas realizadas para a empresa autuada. Alega que a diferença indicada no Termo de Verificação Fiscal entre o valor das notas fiscais de venda emitidas para a empresa autuada, no aporte de R\$ 130.666.583,70, e o somatório dos valores pagos diretamente das suas contas bancárias, no montante de R\$ 63.235.336,06, foi quitada através das compensações dos débitos e créditos das empresas, autorizados pelo contrato de conta corrente e gestão de caixa único celebrado pelas partes.

A "Laviga" alega que para sustentar a tese de que promovia a venda de produtos para a empresa autuada a um valor menor que o valor pago, o Fisco apresenta apenas dois únicos exemplos de operações em que excepcionalmente teria havido venda em um inexpressivo valor a menor daquele pago na aquisição. Pontua que a excepcionalidade decorre de descontos concedidos, após intensas negociações. Apresenta o seguinte exemplo, com a finalidade retratar as operações comerciais por ela realizadas:

(...)

A impugnante alega que é inverídica a alegação fiscal de inviabilidade logística em suas operações. Para contrapor a alegação do Fisco, informa estar anexando aos autos, por amostragem e de forma exemplificativa, inúmeros Conhecimentos de Transporte que comprovam a real circulação física das mercadorias adquiridas pela Impugnante até o seu próprio estabelecimento e a efetiva circulação física das mercadorias vendidas pela Impugnante à empresa autuada, saindo do estabelecimento daquela no Espírito Santo, com a entrega no estabelecimento físico da autuada. Acrescenta que a responsabilidade solidária não se presume, competindo ao Fisco a prova dos fatos que sustentam o lançamento. Aduz que para ser utilizado como meio de prova, o indício, juntamente com a presunção dele decorrente, deve gerar a convicção de que não existe nenhuma

outra alternativa razoável que não aquela indicada pelo indício. Pugna pela aplicação do disposto no art. 112, III, do CTN. Cita decisão do CARF.

Primeiramente, importa ressaltar que a existência de grupo econômico já foi amplamente analisada e confirmada quando da análise da impugnação da empresa autuada. Vale ressaltar a importância do papel da "Laviga" no esquema capitaneado pelo Sr. Ali Charif Saleh, para que o grupo ao final, mediante utilização de benefícios fiscais do ICMS e sonegação fiscal, revendessem produtos para grandes atacadistas a valores inferiores àqueles que seriam praticados caso os produtos fossem adquiridos diretamente das grandes indústrias. A "Laviga", por estar localizada no Estado do Espírito Santo, adquiria as mercadorias das grandes indústrias das Regiões Sul e Sudeste com redução de alíquota de ICMS, depois revendia as mercadorias para empresas do grupo econômico localizadas em São Paulo, sem recolher os tributos devidos. Posteriormente, estas mercadorias eram revendidas a grandes atacadistas a preços mais competitivos, prática esta viabilizada pelo benefício de redução da alíquota de ICMS e pela sonegação de tributos pelas empresas do grupo econômico.

Quanto à aplicação, ao caso concreto, da solidariedade tributária prevista no inciso I do artigo 124 do CTN, ela depende, única e fundamentalmente, de estar caracterizada, nas práticas e procedimentos adotados pela Autuada e demais integrantes do seu grupo econômico, ou seja, no seu modus operandi, a presença do "interesse comum" na situação constituidora do fato gerador da obrigação principal, tal como pressupõe a norma.

Como comentado anteriormente, a adequação do emprego do artigo 124, I, nos casos de responsabilidade tributária, especialmente no que respeita ao alcance da sentença "interesse comum", desperta certa polêmica e comporta mesmo alguns entendimentos diversos, embora, nos dias de hoje, seja possível dizer que já se tenha chegado a um posicionamento consensual a respeito, que se encontra refletido nas opiniões, conceitos e jurisprudências expostos acima.

Para justificar a diferença indicada no Termo de Verificação Fiscal entre o valor das notas fiscais de venda emitidas para a empresa autuada, no aporte de R\$ 130.666.583,70, e o somatório dos valores pagos diretamente das suas contas bancárias, no montante de R\$ 63.235.336,06, a Impugnante cita compensações dos débitos e créditos das empresas, autorizadas pelo contrato de conta corrente e gestão de caixa único celebrado pelas partes. Decerto, seria necessária uma auditoria na conta corrente e caixa único das empresas para confirmar a assertiva da Impugnante; contudo, a comprovação do efetivo pagamento dos valores constantes das notas fiscais de venda não é de relevância para a análise da responsabilidade, cujo cerne está na participação da empresa no esquema perpetrado pelo grupo econômico e a caracterização do interesse comum. Frise-se que a Impugnante não consegue rebater o fato de ter adquirido mercadorias de Estados da Região Sul e Sudeste para que o grupo aproveitasse indevidamente do benefício fiscal de redução de alíquota do ICMS, haja vista que as mercadorias retornavam para São Paulo por empresas do próprio grupo econômico, para serem revendidas a grandes atacadistas. Tampouco consegue justificar o porquê das mercadorias serem revendidas dentro das empresas do grupo praticamente sem que seja auferido lucro ou com lucro diminuto. Da análise conjunta de todas as operações de compra e venda de mercadorias, desde a aquisição das grandes indústrias até a venda para os grandes atacadistas, percebe-se que as únicas justificativas para os preços praticados junto a estes atacadistas são a fruição do benefício fiscal do ICMS e a sonegação de impostos.

A Impugnante intenta ainda desqualificar as conclusões da fiscalização de venda a autuada de produtos a preços inferiores aos de aquisição e de inviabilidade logística de algumas operações. Para tanto junta aos autos diversos conhecimentos de transportes e traz exemplo de revenda de mercadorias à autuada a preço maior do que o de aquisição. Informa que a venda relatada pela fiscalização decorreu de intensas negociações.

Percebe-se que a Impugnante não explica a revenda de mercadorias à autuada com prejuízo, pois não é razoável que negociações desvirtuem o objetivo da empresa de obtenção de lucro. Note-se que mesmo no exemplo trazido aos autos pela Impugnante o lucro, assumamos que exista, seria bastante diminuto, tendo em vista o pequeno acréscimo no preço da mercadoria a ser revendida, da ordem de 1,5%.

Quanto à questão logística, mais uma vez a Impugnante não refuta o exemplo trazido à baila pela fiscalização, onde o transporte das mercadorias entre a indústria e a "Laviga" e entre esta e a autuada teria ocorrido no mesmo dia; limita-se a trazer conhecimentos de transporte com a finalidade de comprovar que ocorreu o efetivo transporte de mercadorias em determinadas operações. Embora a fiscalização tenha questionado a viabilidade logística em alguns casos, fato não refutado especificamente pela Impugnante, repise-se que o cerne da responsabilização encontra-se no papel da "Laviga" no grupo econômico, não descaracterizando sua responsabilização mesmo que comprovasse a efetiva entrada e saída das mercadorias que comprava das grandes indústrias e revendia, em sua maior parte, para a autuada.

Nesse contexto, e diante de todos os fatos narrados, resta caracterizada, e deve ser mantida, a responsabilidade solidária da empresa "Laviga", na forma prevista no artigo 124, I, do CTN, posto que participava, em conjunto e coordenada parceria, com a Autuada e demais integrantes de um grupo econômico de fato, comandado pelo Sr. Ali Charif Saleh, e até por isso descabe sua pretensão de que seja aplicado ao caso o disposto no artigo 112, III, do CTN. Todos partícipes do grupo econômico estavam igualmente ligados à materialidade do fato gerador da obrigação principal e, portanto, com interesse comum na sua ocorrência, interesse este decorrente da unidade de interesse jurídico das várias pessoas físicas e jurídicas associadas.

A empresa "Newred" alega, às fls. 4.016 a 4.037, que a principal acusação que teria motivado a sua responsabilização tributária, com base no interesse comum exigido pela legislação (art. 124, I, do CTN), foi que as operações destinadas à "Super Mix" e à "Multimarcas", em São Paulo, não eram lucrativas, o que não seria verdade. As operações tinham abrigo em incentivo fiscal concedido pelo Estado do Espírito Santo (art. 530-L-R-B do RICMS-ES/2002), que reduz a carga tributária nas operações interestaduais para 1%, apesar do destaque na nota fiscal de venda ser de 12%. Para comprovar, junta planilha mensal de cálculo do ICMS, com as operações interestaduais relativas aos meses 04, 05, 06, 08 e 09/2012, e Extrato da SEFAZ-ES, contendo os recolhimentos de ICMS referentes aos meses de 04 a 09/2012.

Diz que em todas as operações, como as exemplificadas pelo Fisco, as mercadorias deram entrada em seu estabelecimento e foram imediatamente revendidas, "tipo carga fechada", para empresas de São Paulo, entre elas a "Multimarcas". O ganho na operação era pequeno, mas, por ser regular e contínuo, proporcionava ótima lucratividade mensal. As mercadorias adentraram o Espírito Santo com frete CIF (vendedor assume os encargos) e foram vendidas (a maior parte) com frete FOB (comprador assume riscos e custos do transporte). Declara que não é verídica a informação de que sonegaria todos os tributos incidentes nas operações. Nesse sentido, junta demonstrativos de apuração do PIS/Cofins dos meses 01 a 12/2012 e IRPJ e CSLL dos 2º e 3º trimestres de 2012, além de comprovantes de pagamentos colhidos no Sistema da RFB, dos meses 04 a 09/2012. Anexa ainda relatórios indicando a quantidade de produtos adquiridos da "Mondelez", da "Diageo" e da "Nestlé Brasil" e a quantidade vendida para a "Multimarcas". Afirma que não existe o citado Convênio entre os Estados de São Paulo e Espírito Santo, mas apenas um Protocolo celebrado entre esses Estados, assim como entre todos os Estados da Federação.

Assim, não caberia à "Newred" reter o ICMS devido, antes da operação de venda, até porque, ao tempo das operações, as mercadorias vendidas não eram tributadas por substituição tributária pelo Estado de São Paulo. E ainda que fossem, não havia obrigação de antecipação pelo remetente. A Defendente não reteve imposto para São Paulo e não declarou retenção em nenhuma nota fiscal emitida, pois isso só seria feito a

partir da entrada da mercadoria naquele Estado, o que estaria fora de seu controle, em razão da venda FOB, como dito anteriormente. Em razão de um “documento” que teria sido emitido pela empresa “Procter & Gamble”, contendo dados do destinatário de uma possível venda, os autuantes arrastaram a “Newred” para os autos, em razão do nome de seu sócio constar em endereço de e-mail. Primeiro, não é o nome da Defendente que está no e-mail, mas o de seu sócio, cuja vida pessoal só a ele interessa. A Defendente não compra e nunca comprou da “Procter & Gamble”, não tendo cadastro na empresa. Assim como os agentes fiscais, estranhou a ocorrência, mas não pode ser acusada, pois não tem relação comercial com a “Procter & Gamble”. A fim de esclarecer o fato de seu e-mail constar no cadastro relativo a outra empresa (“Laviga”), o sócio gerente e seu advogado consultaram a “Procter & Gamble”, que respondeu: “Checamos o cadastro deste CNPJ e nele não consta seu e-mail”. Não satisfeito, o advogado remeteu para a “Procter & Gamble” o print referenciado pelo Fisco e obteve a resposta: “Não consigo identificar nesse print que o cadastro foi realizado pela P&G”. “Desconheço esse print”. Logo, o documento deve ser desconsiderado, pois além de não se saber a autoria, contém informação incorreta em relação ao sócio-gerente da empresa.

Em seguida, alega que, sob o aspecto jurídico, a acusação também não procede, pois não se comprovou o interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação. Termina, tentando estabelecer uma diferenciação entre as regras relativas à cobrança do tributo (art. 124, I, do CTN), que chama de “regra-matriz de incidência tributária”, e as regras relativas à aplicação de sanção pelo cometimento de ato ilícito (art. 135, III, do CTN), denominada “regra-matriz de responsabilidade tributária”. Assim, mesmo considerando ter comprovado sua não participação no fato gerador concreto da obrigação, diz que a solidariedade prevista no artigo 124, I, seria aplicável apenas à obrigação solidária de pagar o crédito tributário em sentido estrito, enquanto, no caso de sócio que cometesse ato ilícito, sua punição se daria com base na responsabilização tributária do artigo 135, III, não se podendo responsabilizar solidariamente outras pessoas, com apoio no artigo 124, I, porque tenham interesse comum na situação que constitua o fato ilícito.

Primeiramente, cabe esclarecer que a aplicação, ao caso concreto, da solidariedade tributária prevista no inciso I do artigo 124 do CTN depende, única e fundamentalmente, de restar caracterizada, nas práticas e procedimentos adotados pela Autuada e demais integrantes do seu grupo econômico, ou seja, no seu modus operandi, a presença do “interesse comum” na situação constituidora do fato gerador da obrigação principal, tal como pressupõe a norma.

Como comentado anteriormente, a adequação do emprego do artigo 124, I, nos casos de responsabilidade tributária, especialmente no que respeita ao alcance da sentença “interesse comum”, desperta certa polêmica e comporta mesmo alguns entendimentos diversos, embora, nos dias de hoje, seja possível dizer que já se tenha chegado a um posicionamento consensual a respeito, que se encontra refletido nas opiniões, conceitos e jurisprudências expostos acima.

Desse modo, a tese esposada pela Impugnante (“Newred”), no sentido de que seria descabida a responsabilidade solidária que lhe foi imputada, com base no artigo 124, I, do CTN, tendo em vista que o citado dispositivo trataria de mera hipótese de incidência tributária, ou seja, versaria, tão-somente, sobre a coobrigação de recolher o tributo, e não de responsabilidade tributária decorrente de punição por ato ilícito cometido, representa apenas mais uma interpretação dada à matéria, por sinal, bastante providencial aos interesses da Requerente, mas, no entanto, bem pouco convincente, não se mostrando capaz de alcançar o objetivo a que se propõe.

Quanto às operações de revenda, imediata, das mercadorias adquiridas de estabelecimentos industriais em São Paulo e Rio de Janeiro, para empresas do grupo econômico da Autuada, também localizadas em São Paulo, a lucratividade, segundo os Autuantes, teria sido praticamente nenhuma. Ainda que se considere que o ICMS sobre essas vendas tenha sido calculado à generosa alíquota incentivada de 1,1% – embora,

estranhamente, o imposto destacado nas notas fiscais referentes a tais operações correspondesse a uma alíquota de 12% –, e que o frete tenha ficado a cargo da adquirente (a “Multimarcas”), assim como também teria sido assumido pelas indústrias que lhe venderam as mercadorias, o lucro obtido pela empresa foi inegavelmente pequeno; e isso sem ter em conta os demais custos e despesas correntes certamente incorridos nessas operações.

A “Newred”, que durante o procedimento de fiscalização não apresentou nenhum livro contábil ou fiscal, trouxe agora, para comprovar tais alegações, apenas uma planilha relativa a alguns poucos meses do ano de 2012 e 6 (seis) notas fiscais emitidas pela “Nestlé do Brasil”, nos dias 30 e 31/03/2012. Assiste razão a Impugnante quando declara que existe, sim, um “Protocolo” firmado entre os Estados de São Paulo, onde se localizam tanto a “Super Mix” quanto a “Multimarcas”, e do Espírito Santo, domicílio da “Newred”, e não um “Convênio”, fato este, contudo, nada relevante ao caso. Mais importante do que saber se caberia (como informam os agentes fiscais) ou não à “Newred” (que diz que não tinha essa obrigação) a retenção do ICMS incidente quando das operações interestaduais de vendas para a “Multimarcas”, em São Paulo, na condição de Substituta Tributária daquela, é constatar que apesar de a “Newred” não ter se responsabilizado pelo ICMS das etapas posteriores, a ser destinado ao Estado de São Paulo, em substituição à “Multimarcas”, esta, por sua vez, ao dar saídas nas mesmas mercadorias, no momento da revenda para a “Super Mix”, usou o código fiscal (CFOP) 5405, apropriado apenas para as operações que envolvem Substituição Tributária na etapa anterior, informando um ICMS no valor zero, como se estivesse na condição de “contribuinte substituída”. Assim, nenhuma das duas empresas recolheu o tributo devido.

A situação descrita demonstra muito bem a forma de agir, coordenada, integrada e complementar, das empresas que compõem o grupo econômico idealizado pelo Sr. Ali Charif Saleh com a “Newred”, visando sempre reduzir substancialmente o preço das mercadorias comercializadas, ainda que artificialmente, fazendo-as chegar às grandes atacadistas do Estado de São Paulo a preços ainda menores do que os oferecidos pelas próprias fabricantes multinacionais, viabilizando, assim, a participação dessas empresas atacadistas paulistas na cadeia comercial em evidência.

Para tanto, expedientes de toda ordem foram utilizados, alguns deles, inclusive, ilícitos, como sonegação de tributos, fraude na utilização de CFOP irregular, diferente da operação verdadeiramente realizada, etc, para ludibriar os Fiscos Estadual e Federal. Com o intuito de alcançar o objetivo desejado, é importante e estratégica a participação efetiva na cadeia comercial das empresas com sede no Espírito Santo, como é o caso da “Laviga”, que integra o referido grupo econômico, e da “Newred”, parceira regular do grupo, visto que a alíquota do ICMS para as operações interestaduais, entre São Paulo e Espírito Santo é de apenas 7%, ou seja, bem inferior aos 18% exigidos nas transações dentro das fronteiras do Estado de São Paulo. Isso sem contar os incentivos fiscais instituídos pelo Governo Estadual do Espírito Santo, que podem, por exemplo, reduzir a carga tributária do ICMS para incríveis 1,1%, como referiu a própria Impugnante.

E aqui cabe um parêntese para recordar notícia veiculada nos meios de comunicação, e citada no Termo de Verificação Fiscal, a respeito da chamada “Operação Sanguinelo”, deflagrada pelo Ministério Público do Espírito Santo (MPES), a partir de outubro de 2013, que investigou fraude no comércio atacadista de bebidas e culminou, dois anos depois, com denúncia oferecida pelo MPES contra 31 pessoas investigadas, entre as quais o casal Ricardo e Sandra Corteletti, sócios-administradores da “Newred”, que estariam à frente de uma quadrilha acusada de sonegar impostos da ordem de R\$230 milhões e chegaram a ser presos durante a operação, que contou com a colaboração das Receitas Estaduais do Espírito Santo e de Minas Gerais, do Ministério Público de Minas Gerais, bem como das Polícias dos dois Estados. Os denunciados irão responder por associação criminosa, falsidade ideológica e crimes contra a ordem econômica.

Apurou-se ainda que a empresa “Newred” emitia documentos fiscais para acobertar a venda de mercadorias para Brasília/DF e outros estados da Federação. No entanto, esses produtos eram descarregados em Minas Gerais, em empresas localizadas na região do Ceasa, onde ficariam os reais beneficiários do esquema criminoso. Para justificar a entrada das mercadorias e acertar o estoque, os verdadeiros destinatários valiam-se de notas fiscais “emitidas” por empresas fictícias, a maioria delas de Itaúna/MG. A estratégia permitia que o ICMS incidente nas operações fosse assumido por essas empresas de fachada, constituídas em nome de “laranjas”.

Retornando a análise do caso concreto, as empresas capixabas “Laviga” e “Newred” cumpriam papéis semelhantes na cadeia comercial, adquirindo grande quantidade de mercadorias das indústrias localizadas no sul e no sudeste do país, e as revendiam, imediatamente, por preço inferior ao de mercado, para empresas de um mesmo grupo econômico, localizadas em São Paulo, entre elas a Autuada, todas atuando no mesmo ramo de atividade, sendo que a “Laviga” e a “Super Mix” têm como titular e administrador o Sr. Ali Charif Saleh, mentor desse grupo econômico.

Fato extremamente relevante para comprovar o vínculo estreito entre essas duas empresas (“Laviga” e “Newred”) foi a descoberta feita pela Fiscalização de um documento emitido pela “Procter & Gamble”, reproduzido nos autos, referente a uma operação de venda realizada por essa empresa para a “Laviga”, no qual consta como endereço de correio eletrônico dessa última o seguinte e-mail: ricardocorteletti@newred.com.br. Frise-se que o Sr. Ricardo Corteletti não é nada menos do que sócio-administrador da “Newred”.

A ora impugnante (“Newred”), tentando minimizar os efeitos de tal informação, alega que o endereço incluído no e-mail não é seu, mas de seu sócio e que se trata apenas de uma questão pessoal do referido sócio, que só a ele interessa, embora também tenha estranhado a situação. Diz que não tem cadastro junto à “Procter & Gamble”, que nunca manteve relações comerciais com essa empresa e que seu sócio, e seu advogado, buscando esclarecer os fatos, solicitaram, por duas vezes, informações daquela empresa, inclusive, exibindo o print do citado documento. Como as respostas da “Procter & Gamble” foram no sentido de que não consta no cadastro da “Laviga” aquele endereço de e-mail e de que desconheciam o print, a “Newred” concluiu que o documento deve ser desconsiderado, por conter informação incorreta sobre seu sócio.

Primeiramente, é necessário dizer que o documento em foco foi colhido pelos Autuantes junto ao acervo de documentos fiscais relativos às operações realizadas pela “Laviga”, e que aquele, especificamente, reporta-se ao cadastro da “Laviga” quando se encontrava na condição de destinatária, em uma operação de venda realizada pela empresa “Procter & Gamble”. Assim, o documento espelhava os dados cadastrais da “Laviga”, tal como se apresentavam registrados em seu cadastro junto à “Procter & Gamble”.

Portanto, trata-se de um documento hábil e idôneo, mostrando-se eficaz como elemento probante, não havendo razão alguma para que seja desprezado, como reivindica a Impugnante. Ademais, não surpreende que tanto a “Procter & Gamble”, como a “Newred” e um de seus sócios-administradores, Sr. Ricardo Lúcio Corteletti, todos apontados como responsáveis solidários pelo crédito tributário ora discutido, não tenham apresentado explicação satisfatória para o fato de o e-mail do Sr. Ricardo Corteletti constar dos dados da “Laviga” no cadastro da empresa “Procter & Gamble”.

E que fique bem claro que não se trata de um e-mail particular do sócio, como quer fazer crer a Impugnante, mas sim de um e-mail corporativo, pois no próprio endereço (ricardocorteletti@newred.com.br) consta tanto o nome do sócio como também a identificação da empresa. Na verdade, o que se observa é que o nome do Sr. Ricardo Corteletti, sócio-administrador da “Newred”, constava no cadastro da “Procter & Gamble” como sendo o contato da empresa “Laviga”.

Nesse contexto, e diante de todos os fatos narrados, resta caracterizada, e deve ser mantida, a responsabilidade solidária da empresa “Newred”, na forma prevista no artigo 124, I, do CTN, posto que participava, em conjunto e coordenada parceria, com a Autuada e demais integrantes de um grupo econômico de fato, comandado pelo Sr. Ali Charif Saleh, todos igualmente ligados à materialidade do fato gerador da obrigação principal e, portanto, com interesse comum na sua ocorrência, interesse este decorrente da unidade de interesse jurídico das várias pessoas físicas e jurídicas associadas.

Em sua impugnação de fls. 9.495 a 9.511, a empresa “Multimarcas” alega, basicamente, que foi incluída como responsável solidária, com base no artigo 124, I, do CTN, sem que tenha ficado provado o interesse comum da Impugnante com os fatos geradores das obrigações tributárias que resultaram na lavratura dos Autos de Infração.

Questiona os motivos invocados pela Fiscalização para apontá-la como partícipe do “grupo econômico fraudulento de Ali Charif Saleh”. Senão vejamos: seu suposto modus operandi não se presta sequer como indício de sua participação. Seu endereço não é o mesmo das empresas “Supermix Atacadista” e “Ila Participações”, como afirmou o Fisco, e eventual proximidade não teria o condão de considerá-las como integrantes de um mesmo grupo econômico. A própria Fiscalização reconhece que a Autuada fez pagamentos à ora Impugnante, no valor de R\$124.625.357,82, pelas compras realizadas, sendo que esse montante se refere apenas à parcela identificada através de extratos bancários, não alcançando os pagamentos sem identificação, aqueles realizados em espécie e os mediante cessão de créditos. É certo que não foi apurada qualquer irregularidade fiscal cometida pela Impugnante, sendo arbitrária sua responsabilidade apenas por figurar como fornecedora da Autuada.

A suposta prática de venda com prejuízo também não restou comprovada, decorrendo essa equivocada presunção, de distorções no trabalho fiscal. Diz que, para caracterizar uma empresa como integrante de um grupo econômico, seria preciso unidade de direção e intercomunicação patrimonial, não bastando a existência de simples relação comercial. Ainda que se admitisse tal participação, cada empresa que compõe o grupo responderia isoladamente por suas obrigações, incluindo aí seus débitos, ou seja, nem assim a empresa estaria sujeita à responsabilidade solidária prevista no artigo 124, I, do CTN, uma vez que o interesse comum jurídico deve ser comprovado e não presumido. Nesse sentido, transcreve julgado do STJ. Conclui, sugerindo a aplicação do princípio in dubio pro contribuinte, previsto no artigo 112 do CTN.

A propósito da participação da “Multimarcas” no aludido grupo econômico, os fatos já narrados até aqui não deixam qualquer dúvida quanto a isso. A despeito de no direito tributário não haver uma definição legal e cristalina para “grupo econômico”, a doutrina, a jurisprudência e o senso comum são unânimes na conclusão de que resta configurada a existência de um grupo econômico, de fato ou de direito, quando duas ou mais sociedades, juridicamente independentes, com patrimônios próprios, direção autônoma, mantêm-se economicamente unidas, sujeitando-se a uma coordenação geral, visando sempre um objetivo comum. Com relação aos grupos econômicos de fato, como ocorre no presente caso, não existe, obviamente, a necessidade de uma maior estrutura organizacional, já que as relações jurídicas e os laços empresariais são informais, prescindindo de critérios legais, embora mantenham sincronia de atuação.

Ao contrário do que alega a Impugnante, seu modus operandi semelhante ao das demais empresas do grupo, movimentando quantias consideravelmente elevadas na aquisição e revenda de mercadorias, emitindo notas fiscais de venda em valores vultosos, bem como também volumosos foram os numerários ingressados em suas contas bancárias, ao mesmo tempo em que não recolheu tributo algum, nos anos de 2011 a 2013, e apresentou suas declarações fiscais inteiramente zeradas, revela muito mais do que um simples indício de sua participação no grupo econômico fraudulento do Sr. Ali Charif Saleh.

A alegação de que seu endereço não é o mesmo das empresas “Supermix Atacadista” (empresa do mesmo grupo econômico fraudulento e também autuada pelo Fisco por sonegação fiscal) e “Ila Participações” (igualmente do mesmo grupo e cujo capital social é 100% detido pelo próprio Sr. Ali Charif Saleh) não passa de mero sofisma.

A Fiscalização não só esteve no local como juntou aos autos duas fotografias, à fl. 276, assaz reveladoras. Apesar de a Impugnante se localizar na Estrada Alvarenga, n.º 1.398 e a “Supermix Atacadista” na Rua Coronel Antônio Inojosa, n.º 31, ambas ficam em um mesmo prédio, de esquina, cada uma delas virada para uma das duas vias citadas. A fotografia 1, batida da Rua Coronel Antônio Inojosa, mostra o n.º 31 (endereço da “Supermix Atacadista”), sendo que, na mesma parede, consta o n.º 1.398, enquanto a fotografia 2, voltada para a Estrada do Alvarenga, mostra o n.º 1.398 (endereço da “Multimarcas”), além de uma faixa com a inscrição “Multimarcas com. Atacado Est. Alvarenga n.º 1.398”. A empresa “Ila Participações” fica logo ao lado.

Relataram os auditores-fiscais que no endereço da “Multimarcas” encontra-se um galpão vazio, o que confere com a informação constante na correspondência remetida para a empresa e devolvida pelos Correios, com os seguintes dizeres: “mudou-se” e “imóvel vago para alugar”, ainda que este mesmo endereço continue constando do cadastro da Receita Federal e seja também o informado pela própria Impugnante em sua peça de defesa.

Outro fato importante apurado pelo Fisco é que a maior parte das mercadorias (91,35%) adquiridas das empresas do Espírito Santo (“Laviga” e “Newred”), pela “Multimarcas”, de 2011 até outubro de 2012, eram revendidas para a “Super Mix”. A partir daí, as empresas capixabas passaram a comercializar tais mercadorias diretamente com a “Super Mix”, sem passar pela “Multimarcas”, o que mostra que sua participação na cadeia comercial era perfeitamente dispensável, servindo, tão-somente, para atender interesses do grupo econômico fraudulento, como, por exemplo, dificultar possíveis ações fiscais, reduzir artificialmente o preço final das mercadorias oferecidas no mercado varejista, por meio da revenda desses produtos, para a “Super Mix”, com prejuízo, conforme dados extraídos de planilhas contendo as entradas e saídas em 2011 e 2012, prática comum às empresas que cumprem apenas tarefas de intermediação nos grupos econômicos.

A Impugnante nega que apure prejuízo em suas operações comerciais de compra e venda de produtos, mas não se pronunciou a respeito do exemplo narrado pela Fiscalização, no Termo de Verificação Fiscal, sobre a aquisição, da “Newred”, em 28/06/2012, de 1.344 caixas do produto “Bombom Especialidades Nestlé”, por R\$199.584,00, totalmente revendido para a “Super Mix”, no dia seguinte, 29/06/2012, pelo montante de R\$190.512,00, apurando, somente nessa operação, um prejuízo da ordem de R\$9.072,00. Ademais, a Impugnante não traz aos autos um documento sequer para comprovar suas alegações, e chega a surpreender quando argumenta que os agentes fiscais reconheceram que a “Super Mix” pagou à “Multimarcas” a importância de R\$124.625.357,82 pelas compras realizadas, de 2011 a 2013, quantia essa bem inferior aos R\$282.398.714,02 apurados com base nas notas fiscais emitidas, mas não levaram em conta, entre outros pagamentos, aqueles realizados “em espécie”, esquecendo-se que seria incogitável, nos dias de hoje, a existência de transações comerciais envolvendo cifras tão grandiosas sendo feitas “em espécie”, além do quê sem qualquer comprovação.

Desse modo, a efetiva participação da “Multimarcas” nos fatos aqui expostos e sobejamente demonstrados – e até por isso descabe sua pretensão de que seja aplicado ao caso o disposto no artigo 112, III, do CTN –, conjuntamente com a Autuada e demais integrantes do mesmo grupo econômico, configura o interesse comum, jurídico e econômico, na situação constituinte do fato gerador da obrigação principal e implica a manutenção da responsabilidade solidária da referida pessoa jurídica, de conformidade com o previsto no artigo 124, I, do CTN.

A empresa “Ipanema” impugnou, às fls. 8.931 a 8.942, o vínculo de responsabilidade que lhe foi atribuído, alegando ilegitimidade passiva. Cita os artigos 121, 122 e 146 do CTN e diz que, como a omissão de receita teve origem no descumprimento da obrigação acessória de declarar receitas, o tributo e a penalidade competem apenas a quem auferiu as receitas, não se estendendo a terceiros. Este seria o caso da presunção legal de omissão de receita prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96 (junta ementas de acórdãos do CARF). Afirma não ser verdade que participa do grupo econômico de Ali Charif Saleh, o que lhe foi imputado por mera presunção, já que não há prova robusta nesse sentido. Argumenta que o interesse comum previsto no artigo 124, I, do CTN, refere-se ao interesse jurídico, e não interesse econômico, como teria se baseado o agente fiscal, e que o dispositivo deve ser interpretado de acordo com o estabelecido no artigo 121, I, do CTN (junta mais algumas ementas do CARF). Conclui, dizendo que não participou da realização do fato gerador, sendo descabida sua responsabilização com base no artigo 124, I, do CTN, e pedindo sua exclusão do rol dos responsáveis solidários. Sucessivamente, requer o afastamento dos valores devidos em função da omissão de receitas por presunção legal, que só podem ser exigidos do titular da conta bancária, que dispunha informações sobre a origem dos depósitos.

A intimação encaminhada para a “Ipanema” retornou dos Correios com a informação “mudou-se”. Foi então intimada por edital, mas não se manifestou e nem justificou seu silêncio. A “Ipanema” compõe o grupo econômico comandado pelo Sr. Ali Charif Saleh e se comporta da mesma forma que as demais empresas do grupo, ou seja, não entregou sua DIPJ, ao menos desde 2011; emitiu notas fiscais em valores bem altos, assim como recebeu recursos financeiros também elevados em suas contas bancárias, mas sonegou todos os tributos devidos; o patrimônio dos sócios não é compatível com o porte da empresa, que demonstra incapacidade operacional.

A residência do Sr. Anuar Khaled Saleh, sócio-administrador da “Ipanema”, foi informada como sendo a Rua Coronel Antônio Inojosa, nº 31, que é o endereço de diversas empresas do grupo e foi utilizado, por longo tempo, como endereço da “Supermix Atacadista”, importante empresa do grupo de Ali Charif Saleh, já autuada pelo Fisco, como dito anteriormente, conforme processo administrativo fiscal nº 10882.722077/2014-13, por praticar sonegação fiscal e por formação de grupo econômico fraudulento. Nos autos do mencionado processo, o sócio-administrador da “Ipanema” foi qualificado como responsável, em face de sua atuação gerencial no grupo econômico fraudulento de Ali Charif Saleh.

A Fiscalização constatou que a empresa adquiriu, no período fiscalizado, mercadorias no total de R\$14.910.238,33. Cerca de metade dessas compras foi feita junto à “Multimarcas”. A “Ipanema” vendeu, no mesmo período, o total de R\$4.454.958,73, sendo que para a Autuada, “Super Mix”, as vendas foram de apenas R\$961.844,00. No entanto, consoante análise dos extratos bancários da “Super Mix”, verificou-se que esta realizou transferências bancárias da ordem de R\$ 69.038.436,20.

Acertadamente, os auditores-fiscais concluíram que a “Ipanema” foi utilizada pelo grupo econômico para a retirada de recursos financeiros do esquema fraudulento, visto que não houve qualquer justificativa para tais recebimentos, que implicaram o ingresso de tamanho volume financeiro nas contas bancárias da empresa “Ipanema”.

Portanto, a participação inequívoca da “Ipanema”, de forma conjunta e planejada, com a Autuada e todos os outros integrantes do grupo econômico liderado pelo Sr. Ali Charif Saleh, comprova o interesse comum, jurídico e econômico, na materialização do fato gerador da obrigação principal, autorizando a responsabilidade tributária imposta à empresa “Ipanema”, aqui mantida, com fulcro no artigo 124, inciso I, do CTN.

Às fls. 4.399 a 4.428, a empresa “707 Auto-Serviço” defende-se, utilizando argumentos que vão na mesma linha das impugnantes que lhe antecederam. Fala em ilegitimidade passiva, visto que o interesse comum reportado no artigo 124, I, do CTN não é o interesse econômico, mas sim o jurídico, e que é necessário que o devedor solidário seja

contribuinte na mesma relação tributária, em relação à parte da obrigação, ou seja, a solidariedade prevista no dispositivo citado exige a prática conjunta do fato gerador por duas ou mais pessoas que sejam contribuintes. Nesse sentido, transcreve excertos de julgados do CARF. Diz que as aquisições realizadas, tendo a “Super Mix” como fornecedora, são legais e regulares e que a documentação que apresenta, por amostragem, em especial as notas fiscais de saída emitidas pela “Super Mix” e os respectivos comprovantes de pagamento afastam a alegação fiscal de que apenas 21% das aquisições teriam sido quitadas. O fato de o auditor fiscal ter identificado nos extratos bancários da fornecedora o pagamento de R\$17.983.411,12, já validaria a efetividade das operações. Afirma, por outro lado, que como a Impugnante tem forte atuação no setor varejista, recebe grande volume em dinheiro (espécie) pelo pagamento de suas vendas no varejo. Isso leva a Impugnante a pagar seus fornecedores também em dinheiro, e não por intermédio das instituições financeiras. Por óbvio, o Fisco jamais identificaria tais recebimentos nos extratos bancários da devedora principal. Anexa documentação (recibos) que comprovaria tais operações em espécie, na qual a fornecedora dá quitação a várias notas fiscais de vendas. Em vista dessa documentação, diz que resta afastada a presunção relativa fiscal. Prossegue, reclamando que o suposto grau de parentesco aventado pelo Fisco, além de inexistente é irrelevante para efeito de responsabilização de terceiros. Alega que sempre agiu de boa-fé e que não pode ser atingida por qualquer ilícito praticado pela “Super Mix” (transcreve jurisprudência dos TRF). Levanta a hipótese de nulidade, por vício material. Acrescenta que está sendo responsabilizado apenas com base em prova indiciária e que diante da dúvida, pede a aplicação do artigo 112, III, do CTN, em consonância com o “princípio do in dubio pro contribuinte”. Declara que o fato que ensejou o agravamento e a qualificação da multa é situação vinculada à pessoa jurídica autuada, que não se comunica com o responsável tributário. Como nunca participou do quadro societário da devedora principal, na condição de terceiro, não pode responder por multa decorrente de infração que não cometeu e não tinha como evitar, sob pena de ofensa ao Princípio da Personalização da Pena, previsto no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal.

A Impugnante, também integrante do multicitado grupo econômico, é uma empresa, basicamente, varejista e tem como sua principal fornecedora a “Super Mix”, de quem efetuou compras, de 2011 a 2013, em montante superior a R\$85 milhões, embora o valor comprovadamente pago à “707 Auto-Serviço” tenha sido de apenas R\$17.983.411,12, conforme extratos bancários da “Super Mix”, representando 21% do valor das notas fiscais emitidas.

Os sócios da “707 Auto-Serviço” são a Sra. Karin Philipp e a pessoa jurídica “KNPP Participações”, da qual a Sra. Karin Philipp detém 100% do capital social, ou seja, ela possui 100% do capital da social da Impugnante (parte, indiretamente). A Fiscalização constatou que Mariane Philipp Saleh, sobrinha da Sra. Karin Philipp, é casada com Allan Sanchez Saleh, que, segundo informação contida nos autos do PAF nº 10882.722077/2014-13, que trata de autuação contra a empresa “Supermix Atacadista”, é sócio, de fato, da “707 Auto Serviço”. O Sr. Allan Sanchez Saleh é filho de Ali Charif Saleh, comandante do grupo econômico.

No ano de 2010, Karin Philipp e Allan Sanchez Saleh foram sócios da empresa LDS Participações Ltda. Verificou-se também que o Sr. Allan Sanchez Saleh hipotecou alguns de seus imóveis ao Banco Santander S/A, em garantia de uma dívida assumida por meio de empréstimo concedido à “707 Auto-Serviço”, em 29/01/2013, no valor de R\$2.930.000,00, em que figurou como avalista a própria Sra. Karin Philipp. Até 24/04/2014, o endereço de Allan Sanchez Saleh era Estrada do Alvarenga, nº 1.394, exatamente o mesmo de várias empresas do grupo econômico, assim como de alguns dos sócios-administradores dessas empresas. É o mesmo imóvel já citado acima, de esquina, voltado tanto para Estrada do Alvarenga como para a Rua Coronel Antônio Inojosa, onde a Fiscalização encontrou um galpão vazio.

Diante de todos esses fatos, os agentes fiscais não tiveram dúvida sobre o vínculo mantido entre as empresas “Super Mix” e “707 Auto-Serviço”, bem como da participação efetiva desta no grupo econômico, ficando a seu cargo a venda a varejo das mercadorias recebidas de outras empresas do conglomerado, atuando, sobretudo, sob a gerência informal de Allan Sanchez Saleh, filho de Ali Charif Saleh e sócio, de fato, da “707 Auto-Serviço”.

A propósito das alegações sobre a ilegitimidade passiva e de que o interesse comum reportado no artigo 124, I, do CTN é o interesse jurídico e não o econômico, destaque-se que tais questionamentos já foram suficientemente esclarecidos quando da apreciação de outras impugnações de empresas igualmente responsabilizadas solidariamente, uma vez que as empresas do grupo econômico em realce operam seus negócios ilícitos de forma bastante assemelhada.

O fato de ter adquirido, da Super Mix”, mercadorias em montante superior a R\$85 milhões, entre 2011 e 2013, ao tempo em que só houve a comprovação do efetivo pagamento de valor inferior a R\$18 milhões é bastante significativo.

Convém frisar que transações comerciais entre pessoas jurídicas realizadas com “dinheiro vivo” consistem de prática bastante inusual, mesmo considerando, como argumenta a Impugnante, que, por se tratar de empresa varejista, muitos de seus clientes pagam suas compras em espécie, dinheiro esse que a empresa utilizaria na aquisição de mercadorias.

O que se observa é que foram anexados à impugnação mais de 1.200 cópias de recibos contendo carimbo da “Super Mix”, além de 297 cópias de outros documentos, sendo uma parte composta de comprovantes de pagamentos realizados via transferências bancárias, ingressos esses que, por certo, já foram computados nos valores comprovados, e outra parte composta de boletos bancários para pagamento de títulos, quitados, que não guardam relação com os referidos recibos, e nem a Impugnante buscou estabelecer qualquer correspondência entre eles.

Diz a Impugnante que esses recibos totalizam cerca de R\$40 milhões. Ainda que os considerássemos como documentos hábeis e suficientes para comprovar os pagamentos, somando-se esses R\$40 milhões com os quase R\$18 milhões tidos como comprovados pelos extratos bancários, o total não chegaria a R\$58 milhões, valor ainda bem inferior aos R\$85 milhões referentes às mercadorias efetivamente comercializadas pela “Super Mix” para a “707 Auto-Serviço”, consoante as notas fiscais emitidas pela primeira.

O grau de parentesco entre o Sr. Allan Sanchez Saleh e a Sra. Karim Philipp, sócia-administradora da “707 Auto-Serviço” (ele é casado com sua sobrinha), e entre o mesmo Sr. Allan Sanchez Saleh e o Sr. Ali Charif Saleh, sócio-administrador da Autuada e mentor do grupo econômico em destaque (o primeiro é filho do segundo), não é “suposto” e muito menos “inexistente”, embora, evidentemente, não tenha sido esse o único ou o principal motivo pelo qual a Impugnante foi incluída no rol dos responsáveis tributários solidários indicados nos Autos de Infração.

A Impugnante suscita a hipótese de nulidade por vício material, mas sequer esclarece o porquê de tal pretensão. Da mesma forma, não cabe aqui a aplicação do artigo 112 do CTN, que se refere ao Princípio do in dubio pro contribuinte, porquanto não se vislumbra a alegada dúvida. Quanto à inexigibilidade da multa de ofício agravada e qualificada, com relação à Impugnante, em função da aplicação do Princípio da Personalização da Pena, previsto no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, que não permite que a penalidade cominada à contribuinte se estenda aos responsáveis tributários, cumpre ressaltar que se trata de regra exclusiva do Direito Penal, aplicável aos casos de sucessão da pena, o que não se confunde com a situação presente, além do que questões relacionadas à interpretação de normas insculpidas na Constituição Federal estão restritas ao Poder Judiciário.

Ademais, no caso concreto, os Autos de Infração foram lavrados contra 26 sujeitos passivos, sendo a empresa “Super Mix”, na condição de Contribuinte, e mais 25 pessoas físicas e jurídicas, todas elas na condição de responsáveis solidárias pelo crédito tributário constituído, assim entendido tanto os tributos como os acréscimos pertinentes, entre os quais as multas de ofício lançadas. Nesse sentido, o artigo 121 do CTN dispõe:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. (...)

Portanto, ao pagamento das penalidades estão obrigados tanto os contribuintes como os responsáveis. O dever de pagá-las caracteriza uma obrigação tributária principal e não acessória, como sugere, de forma inapropriada, a Impugnante.

Em suma, como a empresa “707 Auto-Serviço” participava de negócios comerciais, em conjunto com as demais empresas integrantes do grupo econômico envolvido nos ilícitos anteriormente elencados, nele incluída a empresa autuada, vale dizer, estavam ligados à materialidade do fato gerador da obrigação principal e, portanto, tinham interesse comum, jurídico e econômico na sua ocorrência, resta caracterizada a responsabilidade solidária que lhe foi atribuída, na forma prevista no artigo 124, I, do CTN.

A empresa “Fite” impugnou, às fls. 9527 (arquivo não paginável contendo doze páginas) e 9528 a 9531, o vínculo de responsabilidade que lhe foi atribuído, sob a alegação de ilegitimidade passiva. Aduz que, ao contrário do entendimento fiscal, a mera identidade de sócios não é suficiente para a caracterização do grupo econômico. Cita jurisprudência com este entendimento. Destaca a impugnante que para a configuração de grupo econômico é indispensável a prova consistente da existência de uma unidade diretiva comum, com o controle comprovado de uma empresa por outra, e confusão patrimonial entre as empresas, o que não se verifica, sob sua ótica, no trabalho fiscal.

Prossegue a Impugnante afirmando que mesmo existindo o grupo econômico, o que admite por amor ao debate, não poderia ser responsabilizada pelos débitos da Autuada, com fulcro no art. 124, I, do CTN. Ressalta que mesmo quando uma sociedade participante de grupo econômico tenha interesse no sucesso econômico das demais, o que é natural, não significa que ela comungue da realização da materialidade dos fatos geradores descritos na forma jurídica ou que partilhe a posição jurídica do contribuinte que realizou o fato gerador. Sobre o tema, transcreve excerto da doutrina. Cita julgado do Superior Tribunal de Justiça, constando o entendimento de que a solidariedade não se extrai de maneira natural pela simples existência de grupo econômico. Aduz que para caracterizar a solidariedade é imprescindível a comprovação da prática conjunta do fato gerador pelas empresas integrantes do grupo. Afirma ainda a Impugnante que o próprio Fisco reconhece as operações comerciais efetivamente realizadas entre ela e a empresa autuada, pois admite a comprovação dos pagamentos efetuados pela Impugnante à Autuada, no total de R\$ 156.057.367,55, montante superior ao somatório dos valores das notas fiscais. Alega que o valor recolhido a maior foram transferidos a título de adiantamento à sua principal fornecedora. Acrescenta que em razão da imputação de responsabilidade tributária solidária à Impugnante ter sido baseada em meras presunções e indícios, patente é a sua ilegitimidade passiva. Solicita a aplicação do disposto no art. 112, III, do CTN. Cita decisão do CARF.

Como restará corroborado nos parágrafos seguintes, os fatos narrados pela fiscalização não deixam dúvidas da participação da Impugnante no aludido grupo econômico. A despeito de no direito tributário não haver uma definição legal e cristalina para “grupo econômico”, a doutrina, a jurisprudência e o senso comum são unânimes na conclusão de que resta configurada a existência de um grupo econômico, de fato ou de direito, quando duas ou mais sociedades, juridicamente independentes, com patrimônios próprios, direção autônoma, mantêm-se economicamente unidas, sujeitando-se a uma coordenação geral, visando sempre um objetivo comum. Com relação aos grupos

econômicos de fato, como ocorre no presente caso, não existe, obviamente, a necessidade de uma maior estrutura organizacional, já que as relações jurídicas e os laços empresariais são informais, prescindindo de critérios legais, embora mantenham sincronia de atuação.

A "Fite", que tinha como sócio administrador Ali Charif Saleh, detentor de 98% do capital social e mentor do esquema fraudulento, vendeu no triênio fiscalizado 98,6% de suas mercadorias à atacadista Barcelona Comércio Varejista e Atacadista S/A, utilizando-se de modus operandi semelhante ao das demais empresas do grupo. Conforme constatado no Termo de Verificação Fiscal a "Fite" não possui capacidade operacional, apresentou vultoso volume de vendas sem recolher qualquer tributo e entregava sua DIPJ "zerada". A Impugnante era utilizada como o elo do grupo econômico nas vendas para a atacadista "Barcelona". As mercadorias saíam das grandes indústrias, iam para o Espírito Santo, retornavam a São Paulo para uma das empresas do grupo ("Super Mix" ou "Multimarcas"), eram "vendidas" para a "Fite", e desta partiam para a atacadista "Barcelona". As mercadorias iniciavam sua jornada no grupo econômico quando da aquisição destas de grandes indústrias pelas empresas "Laviga" e "Newred", localizadas no Espírito Santo e sonegadas contumazes, que usufruíam do benefício de redução de alíquota de ICMS em operações de compras realizadas de empresas localizadas nos estados das regiões Sul e Sudeste.

Quanto à alegação de que as mercadorias adquiridas da empresa autuada foram efetivamente pagas, importa frisar que o efetivo pagamento, como alega, das mercadorias adquiridas da "Super Mix" ou da "Multimarcas", não descaracteriza o modus operandi do grupo econômico, visto que em todas as operações encontram-se presentes as seguintes características: entrega de DIPJ zeradas, sonegação de tributos, compra das mercadorias de grandes indústrias por empresas do grupo localizadas no Espírito Santo com benefício fiscal, trânsito das mercadorias por diversas empresas do grupo, dificultando a fiscalização, e revenda das mercadorias para os grandes atacadistas a preço inferior ao de mercado.

Desse modo, a efetiva participação da "Fite" nos fatos aqui expostos e sobejamente demonstrados – e até por isso descabe sua pretensão de que seja aplicado ao caso o disposto no artigo 112, III, do CTN –, conjuntamente com a Autuada e demais integrantes do mesmo grupo econômico, configura o interesse comum, jurídico e econômico, na situação constituinte do fato gerador da obrigação principal e implica a manutenção da responsabilidade solidária da referida pessoa jurídica, de conformidade com o previsto no artigo 124, I, do CTN.

Parte-se agora para o exame, em conjunto, das impugnações apresentadas pelas pessoas jurídicas tidas como "grandes atacadistas" e clientes da Autuada ("Dipalma", "Roldão" e "Sendas", sucessora, por incorporação, da "Barcelona") que, segundo a Fiscalização, estariam atuando conjuntamente com a "Super Mix" e com as demais integrantes do grupo econômico.

A "Dipalma" impugnou a responsabilidade que lhe foi conferida, às fls. 1.134 a 1.167, alegando que não tem e jamais teve relação societária com a "Super Mix", mas apenas relação comercial, pautada pela oportunidade do mercado, relativamente ao menor preço e maior prazo de pagamento. Diz que no TVF não consta qualquer análise individualizada sobre a Impugnante, como ocorre quanto a outras empresas, a não ser a diferença entre os valores recebidos nas contas bancárias da "Super Mix", oriundos da "Dipalma", e os valores das notas fiscais faturadas como vendas para a Impugnante, o que caracterizaria "meras movimentações contábil-financeiras", pois não teriam ocorrido efetivamente. Declara que anexou à impugnação as referidas notas fiscais, além dos comprovantes dos pagamentos, e refuta a alegação de que teria havido "encomenda" de mercadorias a preços abaixo do seu custo, pois "encomenda" pressupõe fornecimento exclusivo, cuja produção decorre de demanda do cliente. Comprava da "Super Mix" quando seus preços eram mais atrativos. Caso contrário, comprava de terceiros.

Argúi a nulidade da autuação por cercear seu direito de defesa, porque ausente uma descrição detalhada da conduta pretensamente infratora da Impugnante e dos normativos que teriam sido violados, causando prejuízo à apresentação de sua defesa.

Tentando identificar as razões que poderiam conduzir à sua inclusão dentre os responsáveis solidários, as suspeitas recaem sobre dois “elementos” citados no TVF. O primeiro é que a Impugnante teria adquirido itens da “Super Mix” em valores por volta de R\$107 milhões, mas teria pago apenas R\$392 mil, indicando algum procedimento irregular. O segundo é que os preços praticados pela “Super Mix” eram inferiores aos praticados diretamente pelos fabricantes, o que somente seria possível em face de a “Super Mix” atuar à margem de suas obrigações fiscais. Para comprovar que todas as aquisições foram integralmente pagas, anexa os comprovantes de pagamento e as respectivas notas fiscais. Quanto ao segundo ponto, as diferenças de preços entre os praticados pela “Super Mix” e pelos Fabricantes não eram tão grandes que permitissem concluir estar-se diante de ilegalidades. Apresenta uma tabela que não só confirmaria esse fato como comprovaria que vários itens foram comprados de outros fornecedores, demonstrando que comprava de quem oferecesse melhores condições econômicas. Enumera uma série de razões pelas quais um distribuidor pode ofertar preços mais favoráveis que o industrial, para contrapor a afirmação de que tal situação só poderia derivar de sonegação fiscal. Diz que nunca teve conhecimento de irregularidades fiscais levadas a efeito pela “Super Mix” e reitera que jamais houve “encomenda” de produtos, ao menos no sentido de que elas significariam que a Impugnante dependia dos produtos oferecidos pela “Super Mix” para desenvolver suas atividades.

No plano jurídico, o “interesse comum” a que se referem os autos de infração se dá no sentido de “auferir renda”, o que não atende ao espírito do artigo 124, I, do CTN, que trata de um interesse comum jurídico e concreto, implicando que os responsáveis solidários participem conjuntamente do fato gerador, que estejam no mesmo pólo da relação obrigacional e que haja confusão patrimonial. Nada disso aconteceu na relação entre a ora Impugnante e a “Super Mix”. Se a Autuada cometeu infrações, durante muitos anos, a RFB, que tem os meios para promover esse controle, falhou ao não fiscalizá-la, por todos esses anos, além de permitir que ela ficasse com o CNPJ “apto”, o que teria feito com que a Impugnante e demais clientes cessassem suas compras daquela empresa, de imediato, mas não o fez. Não se pode aceitar que agora venha dizer que a Impugnante “sabia” ou “deveria saber” desses fatos, no relacionamento comercial com a “Super Mix”. A “Dipalma” invoca ainda, subsidiariamente, o postulado da proporcionalidade e o princípio da capacidade contributiva. Subsidiariamente, também, requer seja excluída da cobrança das multas, em consonância com o artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, que diz que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Termina, protestando pela realização de novas provas, inclusive por perícia técnica e juntada de outros documentos que se fizerem necessários. Em sua impugnação, às fls. 3.561 a 3.588, a empresa “Roldão” declara, em síntese, que lhe foi atribuída responsabilidade solidária, nos termos do artigo 124, I, do CTN, pelo simples fato de ter adquirido mercadorias da Fiscalizada, por supostos preços abaixo do mercado, sem qualquer prova nesse sentido, com base em mera presunção. No TVF há apenas menções isoladas à ora Impugnante. Não existe irregularidade alguma em se comprar de uma distribuidora de produtos e não da indústria. Com efeito, a ilação de que a “Roldão” teria ciência da suposta prática de sonegação fiscal pela “Super Mix”, para a obtenção de preços vantajosos, decorre de simples presunção da Fiscalização. Diante dos fatos, requer, preliminarmente, que o termo lavrado pelo auditor-fiscal contra a Impugnante, de responsabilidade solidária, seja considerado nulo. Para caracterizar o interesse jurídico comum, previsto no artigo 124, I, do CTN, é necessário que as partes figurem no mesmo pólo da relação jurídico-tributária e que tenham atuado conjuntamente na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, enquanto aqui ocorreu o contrário, visto que as duas empresas figuram em pólos opostos da relação jurídica. Fica evidente que a autuação se pautou na suposta presença de interesse econômico e social das empresas tidas como responsáveis solidárias, dentre elas a Impugnante. As afirmações contidas no TVF dizem respeito exclusivamente ao grupo

econômico administrado pelo Sr. Ali Charif Saleh, do qual jamais participou ou possuiu qualquer ingerência. Desconhecia os fatos ali registrados, não havendo qualquer prova que envolva a Impugnante no apontado esquema de sonegação de tributos ou que ligue suas atividades às do mencionado grupo econômico. Conclui, pedindo, preliminarmente, a nulidade dos Autos de Infração e, no mérito, que sejam julgados improcedentes, no intuito de afastar a sujeição passiva solidária imposta à Impugnante, uma vez que não existe o interesse jurídico comum, nos termos do artigo 124, I, do CTN.

No plano jurídico, o “interesse comum” a que se referem os autos de infração se dá no sentido de “auferir renda”, o que não atende ao espírito do artigo 124, I, do CTN, que trata de um interesse comum jurídico e concreto, implicando que os responsáveis solidários participem conjuntamente do fato gerador, que estejam no mesmo pólo da relação obrigacional e que haja confusão patrimonial. Nada disso aconteceu na relação entre a ora Impugnante e a “Super Mix”. Se a Autuada cometeu infrações, durante muitos anos, a RFB, que tem os meios para promover esse controle, falhou ao não fiscalizá-la, por todos esses anos, além de permitir que ela ficasse com o CNPJ “apto”, o que teria feito com que a Impugnante e demais clientes cessassem suas compras daquela empresa, de imediato, mas não o fez. Não se pode aceitar que agora venha dizer que a Impugnante “sabia” ou “deveria saber” desses fatos, no relacionamento comercial com a “Super Mix”. A “Dipalma” invoca ainda, subsidiariamente, o postulado da proporcionalidade e o princípio da capacidade contributiva. Subsidiariamente, também, requer seja excluída da cobrança das multas, em consonância com o artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, que diz que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Termina, protestando pela realização de novas provas, inclusive por perícia técnica e juntada de outros documentos que se fizerem necessários. Em sua impugnação, às fls. 3.561 a 3.588, a empresa “Roldão” declara, em síntese, que lhe foi atribuída responsabilidade solidária, nos termos do artigo 124, I, do CTN, pelo simples fato de ter adquirido mercadorias da Fiscalizada, por supostos preços abaixo do mercado, sem qualquer prova nesse sentido, com base em mera presunção. No TVF há apenas menções isoladas à ora Impugnante. Não existe irregularidade alguma em se comprar de uma distribuidora de produtos e não da indústria. Com efeito, a ilação de que a “Roldão” teria ciência da suposta prática de sonegação fiscal pela “Super Mix”, para a obtenção de preços vantajosos, decorre de simples presunção da Fiscalização. Diante dos fatos, requer, preliminarmente, que o termo lavrado pelo auditor-fiscal contra a Impugnante, de responsabilidade solidária, seja considerado nulo. Para caracterizar o interesse jurídico comum, previsto no artigo 124, I, do CTN, é necessário que as partes figurem no mesmo pólo da relação jurídico-tributária e que tenham atuado conjuntamente na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, enquanto aqui ocorreu o contrário, visto que as duas empresas figuram em pólos opostos da relação jurídica. Fica evidente que a autuação se pautou na suposta presença de interesse econômico e social das empresas tidas como responsáveis solidárias, dentre elas a Impugnante. As afirmações contidas no TVF dizem respeito exclusivamente ao grupo econômico administrado pelo Sr. Ali Charif Saleh, do qual jamais participou ou possuiu qualquer ingerência. Desconhecia os fatos ali registrados, não havendo qualquer prova que envolva a Impugnante no apontado esquema de sonegação de tributos ou que ligue suas atividades às do mencionado grupo econômico. Conclui, pedindo, preliminarmente, a nulidade dos Autos de Infração e, no mérito, que sejam julgados improcedentes, no intuito de afastar a sujeição passiva solidária imposta à Impugnante, uma vez que não existe o interesse jurídico comum, nos termos do artigo 124, I, do CTN.

Primeiramente, a “Dipalma” alega que a nulidade teria ocorrido por cerceamento do direito de defesa, em face da falta de uma descrição mais detalhada tanto de sua conduta, tida como ilícita, como dos dispositivos infringidos, o que teria causado prejuízo a defesa; a “Roldão” sustenta que a nulidade ocorreu em função da inexistência do interesse comum que pudesse justificar a imputação de responsabilidade solidária, com base no artigo 124, I, do CTN; enquanto a “Sendas”, sucessora da “Barcelona”,

pede que a nulidade seja reconhecida em razão do erro na apuração da base de cálculo, uma vez que o Fisco deveria ter utilizado como base de cálculo do arbitramento apenas os depósitos bancários de origem não comprovada e não os valores das notas fiscais, que não foram escriturados e nem compuseram a apuração que resultou em lucro tributável declarado em DCTF.

Com relação ao cerceamento do direito de defesa da “Dipalma”, diga-se que os Autos de Infração, bem como o Termo de Verificação Fiscal, parte integrante daquele, descrevem farta e minuciosamente os fatos que subsidiaram os respectivos lançamentos, que alcançaram a Contribuinte, “Supermix”, e diversos Responsáveis, entre os quais a “Dipalma”, que deles foi devidamente cientificada. Especificamente, quanto à participação da ora Impugnante nos ilícitos apontados pela Fiscalização, que fundamentaram sua responsabilização solidária, cumpre destacar que uma possível descrição dos fatos imperfeita ou incompleta, longe de prejudicar a pessoa jurídica responsabilizada, facilitaria sua defesa, na medida em que fragilizaria a peça exordial, dela retirando o vigor e o poder de convencimento necessários e suficientes à manutenção de seus propósitos e finalidades.

No concernente à referida ausência de interesse comum da “Roldão”, na situação que tenha constituído o fato gerador da obrigação principal, ressalte-se que, caso se confirmasse tal alegação, a consequência seria a falta de motivação para atribuir à Impugnante a solidariedade prevista no artigo 124, I, do CTN, ou seja, seria declarada a improcedência de sua inclusão no rol de responsáveis pelo crédito tributário apurado, mas não a nulidade do ato. Quanto ao fundamento trazido à colação pela “Sendas”, para arguir a nulidade da sujeição passiva conferida a sua incorporada “Barcelona”, tem-se que o arbitramento do lucro da Autuada decorreu, conforme artigo 530, III, do RIR/1999, da falta de apresentação dos livros e documentos de sua escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, em se tratando de optante pelo lucro presumido, e não pela inexistência de escrituração ou mesmo por falhas, vícios ou fraudes nela contidos. No que diz respeito à base de cálculo do lucro arbitrado, considera-se como receita bruta conhecida aquela que se consiga identificar, por qualquer meio possível, esteja ela escriturada ou não, declarada ou não. No caso presente, a Fiscalização detectou a existência de receitas omitidas – tributando-as de acordo com o artigo 537 do RIR/1999 – tanto com base nas notas fiscais de vendas emitidas pela Autuada como amparada na presunção legal estabelecida pelo artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Assim, não cabe qualquer diferenciação entre as receitas tomadas pelo Fisco para compor a base de cálculo do lucro arbitrado. Portanto, restam superados todos os argumentos trazidos pelas Impugnantes (clientes atacadistas) para suscitar a nulidade dos lançamentos fiscais.

Ainda em sede preliminar, a empresa “Sendas”, sem razão, como veremos adiante, argui a decadência de parte do crédito tributário lançado. Tendo em vista a inexistência de qualquer pagamento, por parte da Autuada, dos tributos em comento (IRPJ, CSLL, PIS e Cofins), nos períodos-base fiscalizados e, principalmente, em função da observância de dolo e fraude, tal como previsto no artigo 150, §4º, do CTN, aplica-se, para efeito de contagem do prazo decadencial, a regra prescrita no inciso I do artigo 173 do CTN, in verbis:

(...)

Tanto os tributos com fatos geradores trimestrais (IRPJ e CSLL), relativos aos três primeiros trimestres de 2011, quanto aqueles com fatos geradores mensais (PIS e Cofins), ocorridos de janeiro a novembro de 2011, poderiam ter sido lançados no próprio ano calendário de 2011, fato este que leva o início da contagem do prazo decadencial para o dia 01/01/2012 e seu final para o dia 31/12/2016. Como todos os sujeitos passivos da obrigação tributária foram cientificados em 2016, pode-se assegurar que a decadência não se operou, não só em relação “à empresa “Barcelona”, sucedida pela “Sendas”, como para nenhuma das demais pessoas físicas e jurídicas solidariamente responsabilizadas.

No mais, as três Impugnantes contestam o vínculo de responsabilidade que, segundo afirmam, lhes foi conferido, genericamente, atribuindo-se a todas elas um procedimento comum, sem que houvesse uma descrição mais individualizada sobre seu efetivo envolvimento nos fatos tidos como irregulares que teriam motivado a autuação, já que, no relatório fiscal, as citações particularizadas foram feitas de forma bastante pontual.

Compulsando o Termo de Verificação Fiscal, constata-se que a principal acusação contra as empresas chamadas “grandes atacadistas” é a de se beneficiarem da sonegação e fraude fiscal – das quais seriam sabedoras – praticadas pelas empresas integrantes do grupo econômico fraudulento arquitetado pelo Sr. Ali Charif Saleh, para delas adquirirem, sob encomenda, mercadorias a preços inferiores aos ofertados pelas indústrias multinacionais.

Por mais que se possa conjecturar que essas empresas atacadistas pudessem ter tido conhecimento dos procedimentos ilícitos adotados pela Autuada e demais partícipes de seu grupo econômico, tal percepção é de veras subjetiva e, como alegam as Impugnantes, sem comprovação efetiva nos autos.

É verdade que, em tese, não parece razoável que mercadorias vendidas por determinada indústria, depois de passarem por três ou quatro empresas intermediárias, sejam adquiridas por uma empresa atacadista a preços inferiores aos que esta mesma empresa obteria caso adquirisse as mercadorias diretamente da empresa fabricante. No entanto, não é possível assegurar que as Impugnantes conhecessem os pormenores e as circunstâncias em que se deram as etapas anteriores da cadeia comercial.

Por outro lado, também não se pode acusar as Impugnantes de buscar entre seus fornecedores aqueles que estivessem praticando os menores preços e as melhores condições de pagamento, permitindo assim que os produtos fossem revendidos a seus clientes por preços mais atraentes, proporcionando-lhes uma maior lucratividade, fato este que, evidentemente, faz parte da essência dos negócios privados.

Quanto às menções específicas a cada empresa, no caso da “Dipalma”, a principal delas foi de que a empresa adquiriu itens da “Super Mix” em valores por volta de R\$107 milhões, mas teria pago apenas R\$392 mil, denotando que a maior parte dessas operações não teriam ocorrido de fato. Para efeito de comprovação, a Impugnante anexou, às fls. 2.662 a 3.411, as notas fiscais relativas às compras efetuadas de 2011 a 2013, emitidas pela “Super Mix”, além dos comprovantes dos pagamentos, às fls. 1.186 a 2.661, cujo total atinge milhões de reais, ou seja, valor muito superior aos R\$392 mil referidos pelo Fisco.

Em relação à “Roldão”, nas raras vezes em que a empresa é citada, o motivo é exatamente o mesmo, referindo-se sempre às compras efetuadas junto à “Super Mix”, e não diretamente das fabricantes multinacionais.

No caso da “Sendas”, a empresa elaborou demonstrativo para comprovar que adquire mercadorias de diversos fornecedores, e não apenas da Autuada, fato este considerado como absolutamente dentro da normalidade, não representando, a princípio, qualquer ilicitude, até porque não foi possível concluir que fosse de seu conhecimento a prática, por parte da “Super Mix”, das irregularidades apontadas pelo Fisco.

Portanto, sob qualquer ângulo que se analise a participação dessas três empresas atacadistas na cadeia comercial utilizada pela “Super Mix” e demais empresas integrantes do mesmo grupo empresarial, quando da realização de suas operações de compra e venda de mercadorias, não se vislumbra a existência de elementos probantes hábeis e suficientes para estabelecer um vínculo de responsabilidade capaz de justificar a solidariedade pelo crédito tributário constituído em nome da Contribuinte “Super Mix”, que lhes foi imputada no lançamento fiscal. Desse modo, é de se afastar do rol de responsáveis tributários solidários as empresas “Dipalma”, “Roldão” e “Sendas”, esta na condição de sucessora da “Barcelona”.

Das 5 (cinco) empresas industriais também responsabilizadas, 3 (três) impugnam esse vínculo de responsabilidade solidária: a “Nestlé Brasil” (fls. 3.625 a 3.637), a “Mondelez” (fls. 8.494 a 8.633) e a “Procter & Gamble” (fls. 8.952 a 9.010).

Primeiramente, foi dito que esses fabricantes obtêm vantagem econômico financeira, na medida em que seus produtos chegam ao consumidor final a um valor artificialmente menor. Questionam também o fato deles não terem estranhado que os grandes atacadistas não estavam adquirindo, diretamente, seus produtos, embora continuassem a vendê los. Concluem então que eles estariam agindo em concordância com as empresas do grupo econômico de Ali Charif Saleh, beneficiando-se do esquema de sonegação fiscal implantado pelo aludido grupo e, assim, alavancando seus lucros e prejudicando sensivelmente seus concorrentes.

A “Nestlé Brasil” afirma, às fls. 3.625 a 3.637, que não se verifica qualquer liame jurídico que autorize a imputação de responsabilidade solidária, já que não participou da situação que constitui o fato gerador dos tributos lançados contra a “Super Mix”. Diz que o próprio TVF prova que tais tributos decorrem da venda de mercadorias pela “Super Mix” em etapa posterior a que participou a Impugnante, que se limitou a vender produtos de sua fabricação para a “Newred”, com o pagamento dos tributos devidos em cada operação, conforme comprovam as notas fiscais juntadas como exemplo. Por fim, ressalta tratar-se de afirmações levianas as insinuações feitas pela Fiscalização quanto ao interesse da Impugnante no esquema de sonegação, para obter vantagens indevidas. Bastaria analisar os documentos fiscais que a empresa emitiu no período fiscalizado para constatar que ela vendeu o mesmo tipo de produto para outras distribuidoras, no total de cerca de R\$1 bilhão comercializados entre 2011 e 2012, sendo que somente R\$26 milhões foram vendidos à “Newred”. Se compararmos então com todas as vendas da “Nestlé Brasil” no mesmo período, de pouco mais de R\$165 bilhões, isso representa cerca de 0,1% do faturamento da empresa no Brasil, não havendo vantagem que justificasse, sequer em tese, sua participação no suposto “esquema” objeto da autuação.

A “Mondelez” apresentou impugnações separadas para cada um dos tributos lançados, às fls. 8.494 a 8.633. Começou aventando a nulidade dos lançamentos, por falta de precisão na descrição do fato e da disposição legal infringida, conforme artigo 10, III e IV, do Decreto nº 70.235, de 1972, e declarando que não se pode impor a responsabilidade solidária prevista no artigo 124, I, do CTN com base em meros indícios ou presunções, exigindo-se, entre outros pressupostos, o “interesse comum” quanto ao fato gerador, o que não ocorreu. Diz que apenas manteve relações comerciais com a “Newred” e a “Laviga”, realizadas nas mesmas condições aplicadas aos demais clientes atacadistas, e que não tinha como saber que suas clientes não recolhiam os tributos devidos. Afirma que nunca apresentou nenhuma atitude anticompetitiva e abusiva e que as vendas para “Newred” e a “Laviga” não representaram, nos anos de 2011 a 2013, nem 1% do faturamento total da empresa.

Já a “Procter & Gamble”, às fls. 8.952 a 9.010, argui a nulidade do feito, citando o artigo 9º do Decreto nº 70.235/72. Alega a inexistência de qualquer prova de que ela teria interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal e que justificasse a solidariedade imposta com base no artigo 124, I, do CTN. O TVF se limita a fazer suposições acerca de supostas vantagens que a Impugnante teria obtido com as operações autuadas. Em seguida, fala de suas atividades comerciais, das formas utilizadas para distribuir seus produtos e de sua relação comercial com a empresa “Laviga”, antecedida pela verificação de sua regularidade fiscal junto ao Estado do Espírito Santo (Sintegra/ICMS) e à RFB (CNPJ), que não indicaram qualquer ressalva ou irregularidade no cadastro da “Laviga”. Nesse contexto, se infrações tributárias foram cometidas por essa empresa, pela “Super Mix” e pelas demais empresas do grupo, como alegado pelo Fisco, esse fato não era visível para a Impugnante, que sequer poderia desconfiar das supostas práticas ilícitas do grupo “Super Mix”. Não há nos autos qualquer acusação de que a Impugnante teria deixado de pagar os impostos de sua responsabilidade e, inclusive, as autoridades reconheceram no TVF, ao relatar uma

operação de venda realizada pela “Procter & Gamble” para a “Laviga”, que “sobre o custo do produto está contido o valor do ICMS com alíquota de 7%, do PIS e da Cofins, recolhidos pela “Procter & Gamble” e embutidos no valor de venda”. Afirmar ainda que é equivocada a premissa da Fiscalização de que, com a redução dos custos dos produtos através da sonegação fiscal praticada por terceiros, os preços de venda aos consumidores também seriam reduzidos, resultando em aumento das vendas e da participação da Impugnante no mercado, o que lhe permitiria obter lucros mais expressivos. Isso porque, se, por um lado, a venda aos consumidores por um preço reduzido poderia, em tese, expandir a participação da Impugnante no mercado, por outro lado implicaria redução nas margens de lucro. Logo, um preço final mais baixo poderia não só reduzir os ganhos como até resultar em prejuízo para a Impugnante, pois seus custos seriam iguais, mas sua margem de lucro diminuiria. Ademais, ainda que os atacadistas tivessem adquirido os produtos do grupo da “Super Mix” a um custo mais baixo, essa redução não seria, necessariamente, repassada aos consumidores finais, uma vez que os atacadistas poderiam manter os preços, aumentando sua própria margem de lucros. Se assim fosse, a Impugnante não conseguiria expandir sua participação nos mercados em que atua e, por consequência, não conseguiria obter lucros expressivos, ou seja, o contrário do afirmado pela Fiscalização.

O que se observa é que os argumentos apresentados pelas autoridades fiscais para incluir as indústrias multinacionais como responsáveis tributários solidários, comuns a todas as indústrias responsabilizadas, foram de natureza ainda mais genérica do que aqueles suscitados em relação às empresas atacadistas.

Atribuiu-se às empresas fabricantes à obtenção de ganhos relevantes, em decorrência das ilicitudes praticadas pelo grupo econômico fraudulento do qual participa a “Super Mix” e diversas outras empresas, todas elas sonegando tributos federais e estaduais, implicando o envolvimento das primeiras – que, segundo os Autuantes, não tinham como ignorar esses fatos – em questões relacionadas a abuso de poder econômico, concorrência desleal, dominação irregular dos mercados, etc, consoante retórica de alto grau de subjetividade que, nada obstante, não corresponde a provas efetivas capazes de sustentá-la.

Nesse contexto, e por absoluta falta de comprovação dos fundamentos que ensejaram a imputação fiscal, afasta-se a responsabilidade tributária solidária conferida às empresas “Nestlé Brasil”, “Mondelez” e “Procter & Gamble”.

Passa-se, agora, à análise das impugnações apresentadas pelas pessoas físicas de Ali Charif Saleh, Allan Sanches Saleh, Anuar Khaled Saleh, Jamal Kaled Omram, Karin Philipp e Nassif Mourad.

Às fls. 3.543 a 3.553, o Sr. Ali Charif Saleh, sócio-administrador, com 100% do capital social da “Super Mix”, diz que a Fiscalização traz inúmeras alegações relativas a situações ocorridas entre a atuada principal e outras pessoas jurídicas, algumas das quais sequer o Impugnante era sócio ou exercia a administração, fugindo às hipóteses que poderiam justificar a sua responsabilidade, nos termos do art. 135, III, do CTN. Declara que a pessoa física do sócio e a respectiva pessoa jurídica possuem personalidade e patrimônio próprios e independentes, pelo que não se confundem, sendo vedado ao legislador ou ao Fisco estabelecer tal confusão. Alega que, além de não ser mentor e nem chefe de um imaginário grupo econômico responsável por práticas de sonegação fiscal, não exerceu qualquer ato de administração, gestão ou gerência da sociedade atuada de forma ilegal, irregular ou com excesso de poder, enquanto o citado dispositivo exige a comprovação pelo Fisco de que a obrigação tributária exigida decorre de ato praticado com dolo, fraude, simulação, excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto. Inexiste qualquer prova nos autos de que o contribuinte tenha contribuído para a omissão de receitas supostamente apurada no período fiscalizado. A responsabilidade pessoal e solidária não pode ser presumida, cabendo à Fiscalização comprová-la. Requer sua exclusão do pólo passivo dos Autos de Infração lavrados.

Inicialmente, releva ressaltar que a responsabilização solidária dos administradores da pessoa jurídica se insere no tema das garantias do crédito tributário e visa, desde logo, carrear as provas necessárias para caracterizar a responsabilidade de terceiros, assegurando-lhes a apresentação de suas razões de impugnação e, por conseguinte, o exercício do direito constitucional da ampla defesa no processo administrativo, dispensando a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional de requerer o redirecionamento da execução fiscal contra sujeito passivo não incluído na Certidão de Dívida Ativa.

Conforme consignado acima, alegou o Impugnante que, para a imputação da responsabilidade pelos débitos, na forma do artigo 135, inciso III, do CTN, deveria haver a comprovação de fraude à lei ou ato com abuso de poder, que pressuponha o dolo do sócio em suas condutas, o que, além de não ter existido, não teria sido demonstrado pela Fiscalização. Veja-se a dicção do referido dispositivo legal:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: (...); III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Ora, somente o fato de o Sr. Ali Charif Saleh, detentor de 100% do capital social da “Super Mix”, estar investido, à época dos períodos-base fiscalizados, da condição de sócio-administrador da empresa autuada, contra a qual foi constituído crédito tributário que inclui multa de lançamento de ofício qualificada – apreciada e mantida no presente julgado –, em função dos diversos ilícitos acima descritos, cujo objetivo era impedir, ou retardar, que a Fazenda Pública tomasse conhecimento da ocorrência dos fatos geradores das obrigações tributárias, caracterizando a prática dolosa de sonegação de tributos, nos termos do artigo 71 da Lei nº 4.502, de 1964, já seria suficiente para autorizar sua responsabilização solidária, com fundamento no artigo 135, III, do CTN.

Com efeito, a pessoa jurídica é uma ficção da lei, não sendo capaz, portanto, de implementar suas ações por si própria, mas sim por meio da atuação dos seus diretores, gerentes e representantes, ou seja, de quem demonstra capacidade de expressar vontade, elemento subjetivo necessário para caracterizar o ato ilícito, do qual resulta a responsabilidade. Permite-se então deduzir que tais atos praticados pela contribuinte “Super Mix”, à época dos fatos objetos de autuação, o foram com a participação ou consentimento de seu sócio-administrador, Sr. Ali Charif Saleh, o qual teria agido, no mínimo com culpa, conforme se pode depreender do item 59 do Parecer PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009, in verbis:

(...)

Registre-se que a lei infringida não precisa ser, necessariamente, tributária, bastando apenas que as consequências se dêem na área tributária. No caso presente, como já enfatizado, não se olvida ter havido infração de lei com repercussão no âmbito tributário, dada a ocorrência da subtração de rendimentos à tributação, por meio da sonegação, a qual implicou, inclusive, a qualificação da penalidade. Assim, constatados fatos que ensejam a qualificação da multa de ofício, tal como de sonegação fiscal, há responsabilidade dos sócios administradores da empresa, ao tempo do fato gerador, segundo as disposições do art. 135, III, do CTN, dada a infração de lei, a qual acarretou a falta de recolhimento do tributo devido, pela ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Os atos irregulares praticados pelo administrador não eximem o contribuinte da responsabilidade, a menos que exista expressa disposição de lei neste sentido, já que o primeiro agiu em nome da pessoa jurídica. Permanecendo o contribuinte como sujeito passivo da relação, sua responsabilidade é solidária em relação ao sócio.

De fato, os administradores respondem solidariamente, perante a sociedade e terceiros prejudicados, inclusive a Fazenda Pública, por culpa no desempenho de suas funções,

ou seja, pelos fatos decorrentes de sua má gestão, consoante novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

Entende-se por culpa no desempenho das funções a negligência, imprudência ou imperícia, dado o dever da pessoa que exerce o cargo de diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica em zelar pela observância da boa prática de administração, enquanto contratualmente investida em tais funções. Consigne-se ainda que a prática de sonegação fiscal constitui prova irrefutável de infração à lei. Analisando o artigo 135, III, do CTN, afirma o professor Antônio Carlos Diniz Murta, em sua obra “Responsabilidade Tributária dos Sócios: Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada”, que, “em não existindo ressalva no artigo estudado quanto à sua eficácia, não se limita a responsabilidade destes terceiros apenas ao crédito tributário, englobando também quaisquer penalidades e obrigações acessórias”. Ademais, restou caracterizada a existência de um grupo econômico de fato, cujo mentor e comandante é o Sr. Ali Charif Saleh, formado por várias pessoas jurídicas que exploram a mesma atividade da “Super Mix” e atuam de forma conjunta e complementar, visando o mesmo objetivo, qual seja o de obter lucros expressivos, apoiados em um forte esquema de sonegação fiscal, facilmente identificado pelo fato de que todas essas empresas se utilizavam do mesmo modus operandi, que consistia na entrega ao Fisco de suas declarações inteiramente zeradas, ou então em deixar de entregá-las, ainda que movimentassem vultosos recursos financeiros decorrentes da comercialização de mercadorias, sem o recolhimento de qualquer tributo.

Nesse sentido, importa acrescentar que, consoante os autos do aqui já mencionado processo administrativo fiscal nº 10882.722077/2014-13, que trata de ação fiscal implementada contra a empresa “Supermix Atacadista”, nos quais se encontram devidamente identificadas diversas ilicitudes, entre as quais a prática de grupo econômico fraudulento (o mesmo grupo apontado no presente processo e do qual faz parte a “Super Mix”), interposição de pessoas e sonegação e fraude fiscal, foram relatados os seguintes fatos:

- 1) a sócia-administradora da “Supermix Atacadista” é a Sra. Mounira Charif Saleh, irmã do Sr. Ali Charif Saleh. Seu endereço constante do cadastro da RFB é Rua Coronel Inojosa, 31, São Paulo/SP, ou seja, o mesmo endereço da citada empresa, bem como de outros titulares e sócios-administradores de outras empresas do mesmo grupo econômico;
- 2) a empresa “Atacadão”, cliente da então Fiscalizada, bem como outras empresas diligenciadas no âmbito daquele procedimento fiscal, entre elas a “Dipalma” (empresa atacadista também citada no presente processo), declararam que a pessoa responsável pelas negociações realizadas pela “Supermix Atacadista” era o Sr. Ali Charif Saleh;
- 3) em diligência efetuada junto à “Barcelona” (outra atacadista também citada no presente processo), esta apresentou contrato de fornecimento de mercadorias realizado entre a Diligenciada e a Fiscalizada, no qual o Sr. Ali Charif Saleh atua como diretor/presidente da “Supermix Atacadista”;
- 4) em diligência realizada na empresa “Sudeste”, no âmbito daquele procedimento fiscal, foi obtido o contrato firmado com a empresa “Supermix Atacadista”, para prestação de serviço de armazenagem de mercadorias, no qual consta o nome do Sr. Ali Charif Saleh como responsável pela “Supermix Atacadista”.

Some-se a tudo isso o fato de que o Sr. Ali Charif Saleh, além de ser sócio administrador da “Super Mix”, e deter 100% do seu capital social, é também sócio da empresa “Ila Participações” (com 100% de seu capital social), sócio-administrador da empresa “Fite”, da qual detém 98% do capital social, e sócio-administrador, desde 04/04/2011, da empresa “Laviga”, localizada no Espírito Santo.

Portanto, diante de todos os fatos expostos, é de se manter a responsabilidade tributária solidária imputada ao Sr. Ali Charif Saleh, nos termos do artigo 135, III, do CTN.

O Sr. Jamal Kaled Omram, responsabilizado solidariamente, na condição de sócio-administrador, da empresa “Multimarcas”, integrante do grupo econômico da “Super Mix”, nos termos do art. 135, III, do CTN, argui, às fls. 9.446 a 9.457, sua ilegitimidade passiva para figurar no pólo passivo da obrigação tributária, dizendo-se ex-sócio da “Multimarcas”, visto que, a partir de maio de 2012, retirou-se da sociedade, transferindo suas cotas para o outro sócio, que passou a ocupar, de forma exclusiva, o cargo de sócio administrador da empresa, conforme se extrai da ficha cadastral no site da Jucesp, cabendo sua exclusão do rol dos coobrigados aos respectivos Autos de Infração. Diz que somente o sócio administrador da Autuada, que comprovadamente tenha praticado ato com excesso de poderes, abuso ou infração de lei, contrato social ou estatuto pode ser responsabilizado solidariamente. Ocorre que o Impugnante nunca figurou no quadro societário da “Super Mix” nem lhe foi outorgado poder de representação ou gestão dessa empresa. Assim, resta clara a ilegalidade de sua inclusão como coobrigado do lançamento fiscal. Verifica-se ainda que, no caso em tela, cabe a aplicação do princípio do in dubio pro contribuinte, previsto no art. 112 do CTN.

Às fls. 9.558 a 9.572, o Sr. Nassif Mourad, também responsabilizado como sócio-administrador da “Multimarcas”, argui a nulidade dos Autos de Infração, invocando a falta de motivação para sua inclusão na qualidade de responsável solidário, com base no art. 135, III, do CTN, e diz que não há qualquer indicação de que ele seria sócio de outras empresas supostamente pertencentes ao “grupo econômico de Ali Charif Saleh” ou mesmo de que teria se beneficiado com a alegada fraude fiscal praticada pela fiscalizada, mas apenas de ser sócio de uma terceira empresa totalmente estranha à Autuada. Somente se admitiria a responsabilidade do sócio da “Super Mix”, e se comprovado que ele agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, o que não aconteceu. Solicita também que seja aplicado o artigo 112 do CTN (princípio in dubio pro contribuinte). Requer sua exclusão do pólo passivo dos Autos de Infração e, sucessivamente, como só passou a exercer a administração da “Multimarcas” em 28/03/2012, requer que só a partir daí possa ser responsabilizado, na forma solidária, pelos tributos lançados, visto que parte do crédito tributário corresponde a fatos geradores ocorridos em períodos anteriores.

Primeiramente, não há razão alguma para se cogitar da hipótese de nulidade, por falta de motivação para a inclusão dos sócios no pólo passivo, como responsáveis solidários. Tanto o Sr. Nassif Mourad quanto o Sr. Jamal Kaled Omram se encontravam, pelo menos durante parte dos períodos-base fiscalizados, na condição de sócio-administrador da empresa “Multimarcas”, empresa esta integrante do grupo econômico fraudulento cuja existência já foi corroborada em análise anterior.

Ressalte-se também, como já comentado anteriormente, que também não é o caso de se aplicar o artigo 112 do CTN, uma vez não pairarem as dúvidas aqui levantadas pelos Impugnantes.

Convém lembrar que os atos da empresa são sempre praticados através da vontade de seus dirigentes, e assim é inegável a solidariedade destes em relação às obrigações que contraem em nome daquela.

Nesse contexto, os referidos administradores participaram dos atos ilícitos executados pela “Multimarcas”, conjuntamente com a “Super Mix” e demais empresas do grupo, com a finalidade de sonegar tributos, o que motivou a qualificação da multa de ofício aplicada, caracterizando, automaticamente, a prática de infração à lei e a consequente responsabilização solidária desses sócios-administradores, conforme o disposto no artigo 135, III, do CTN.

Deve-se observar, contudo, o período em que cada um dos Impugnantes detinha poderes de administração da empresa “Multimarcas”, visto que o administrador não responde

pelas obrigações tributárias surgidas em período em que não detinha os poderes de gestão.

Examinando os dados cadastrais da empresa e de seus sócios, constata-se que o Sr. Jamal Kaled Omram permaneceu como sócio-administrador da “Multimarcas”, no período de 10/07/2007 a 25/05/2012, cabendo a manutenção da responsabilidade solidária que lhe foi atribuída, apenas sobre o crédito tributário correspondente aos quatro trimestres do ano calendário de 2011 e aos dois primeiros trimestres do ano-calendário de 2012.

Já o Sr. Nassif Mourad foi incluído como sócio-administrador da mesma pessoa jurídica em 28/03/2012, ou seja, ainda durante o primeiro trimestre de 2012. Logo, mantém-se a responsabilidade a ele conferida, no período-relativo aos quatro trimestres dos anos-calendário de 2012 e 2013.

O Sr. Anuar Khaled Saleh, sócio-administrador da empresa “Ipanema”, que integra o multicitado grupo econômico, impugnou a responsabilidade solidária que lhe foi conferida, às fls. 9.433 a 9.441, dizendo que não é possível responsabilizar o sócio administrador da “Ipanema” por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, já que este não é sócio ou administrador da empresa autuada, a “Super Mix”, além de não haver nos autos qualquer comprovação de que o crédito tributário exigido decorra de atos que contaram com sua participação. Alega ainda que a responsabilidade tributária prevista no art. 135, III, do CTN é subsidiária, e não solidária. Pede também a aplicação do art. 112 do CTN e conclui, solicitando sua exclusão do rol dos responsáveis solidários e, sucessivamente, que a sua responsabilidade seja corrigida para responsabilidade subsidiária.

O argumento do Impugnante de que não era administrador da empresa autuada e, assim, não poderia responder solidariamente por qualquer ato praticado com infração de lei, é o mesmo trazido por outros impugnantes e já devidamente analisado e superado, até porque o fato de integrar o grupo econômico fraudulento liderado pelo Sr. Ali Charif Saleh, caracterizado pela sonegação contumaz de tributos, objetivando a majoração ilícita dos lucros de todos os participantes do grupo, que atuaram de forma conjunta, resultou na qualificação da multa aplicada contra a “Super Mix”, o que, por si só, configura infração de lei e justifica a inclusão do sócio-administrador da “Ipanema” entre os responsáveis solidários pelo crédito tributário apurado.

Portanto, ele é solidariamente responsável pelos débitos tributários, pelo fato de as pessoas jurídicas envolvidas em grupos econômicos de fato serem, na verdade, integrantes de uma mesma sociedade em sentido lato. O interesse comum, assim constituído, enseja a responsabilidade solidária, pois decorre da unidade de interesse jurídico das várias pessoas físicas e jurídicas associadas.

Da mesma forma, descabe a aplicação do artigo 112 do CTN, pelos motivos já expostos anteriormente.

Por fim, não assiste razão à Impugnante quanto à alegação de que a responsabilidade prevista no artigo 135, inciso III, do CTN seria de natureza subsidiária, e não solidária.

A despeito de alguns poucos doutrinadores ainda sustentarem tal posição, o entendimento expresso no Parecer PGFN/CRJ/CAT nº 55, de 2009, o qual se fundamenta na jurisprudência largamente dominante Superior Tribunal de Justiça (STJ), é no sentido de que é, sim, solidária a responsabilidade tratada no aludido dispositivo legal, conforme trecho abaixo:

Se o elemento relevante para a caracterização da responsabilidade tributária do artigo 135, III, do CTN fosse a condição de sócio, faria sentido a tese da responsabilidade subsidiária. Deveras, se o terceiro respondesse por ser sócio, seria plenamente razoável que demandasse o esgotamento do patrimônio da sociedade para que só então viesse a

ser chamado a pagar o crédito tributário. Como, porém, não responde por ser sócio, mas porque, na condição de administrador, pratica ato ilícito, não faz o menor sentido que seja facultado a ele esquivar-se da responsabilidade exigindo que, primeiro, responda a sociedade para, só em caso de sua insolvência, seja a ele imposta a sanção pela ilicitude. A concepção de responsabilidade por ato ilícito exclui o caráter de subsidiariedade da obrigação do infrator. Este deve responder imediatamente por sua infração, independentemente da suficiência do patrimônio da pessoa jurídica. Eis o sentido de estar expresso no caput do art. 135 do CTN que são “pessoalmente responsáveis” os administradores infratores da lei. Dessa forma, deve ser excluída a tese da responsabilidade subsidiária em sentido próprio.

Em outro trecho, reza o Parecer PGFN/CRJ/CAT/Nº 55/200921, in verbis:

A solidariedade entre contribuinte e responsável, por sua vez, ocorre quando a obrigação nasce em face do contribuinte, mas, em decorrência de fato posterior, passa um terceiro a responder solidariamente com aquele, sem benefício de ordem. Nesse caso, respondem os dois igualmente, sendo a pretensão fiscal dirigida diretamente contra os dois. Eis a responsabilidade tributária solidária em sentido estrito.

Desse modo, com base no inciso III do artigo 135 do CTN, é de ser mantida a responsabilidade tributária solidária atribuída ao Sr. Anuar Khaled Saleh.

Na condição de sócia-administradora da empresa “707 Auto-Serviço”, a Sra. Karin Philipp impugnou, às fls. 9.533 a 9.551, o vínculo de responsabilidade solidária que lhe foi conferido, alegando ser impossível se cogitar de sua responsabilidade, com base no artigo 135, III, do CTN, por atos praticados com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatutos, sem que o auditor-fiscal comprove a prática de tais atos e, ainda, que eles deram origem aos tributos lançados na empresa devedora principal, na qual nunca participou como gerente ou administradora. Diz que a imputação foi embasada apenas em indícios e presunções, mas que cabia à Fiscalização provar quem é o sujeito passivo da exação com elementos concretos. Fala que o suposto grau de parentesco é irrelevante para fins de responsabilização de terceiros e que, nesse ponto, os lançamentos padecem de vício material, o que impõe sua nulidade. Como pairam dúvidas a respeito de sua responsabilização, feita com base em meras suposições, pleiteia a aplicação do artigo 112, III, do CTN. Afirma que o fato que ensejou o agravamento e a qualificação da multa é situação vinculada à Autuada, não se comunicando com o responsável tributário. Pede, então, sua exclusão como responsável solidário e, sucessivamente, o afastamento das multas qualificada e agravada, em vista do Princípio da Individualização da Pena, previsto no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, e do Princípio da Legalidade, conforme artigo 97 do CTN.

Já o Sr. Allan Sanches Saleh, solidariamente responsabilizado, tendo em vista que lhe foi imputada a condição de “administrador de fato” da “707 Auto-Serviço”, impugnou esse vínculo, às fls. 9.463 a 9.486, alegando que as premissas utilizadas pelo Fisco não justificam a pretendida responsabilidade solidária. Diz que não participava do quadro societário da “Super Mix” ou da “707 Auto-Serviço” e tampouco foi nomeado seu administrador ou lhe foi outorgado qualquer instrumento de mandato com poderes gerenciais. Declara que a única ligação que possui com a “707 Auto-Serviço” decorre da relação familiar com sua sócia-administradora, que é tia de sua esposa, razão pela qual aceitou hipotecar alguns de seus imóveis para que ela conseguisse, junto à instituição financeira, o capital de giro que precisava para alavancar os negócios da empresa. O contrato de empréstimo foi celebrado entre a “707 Auto-Serviço” e o Banco Santander, tendo como avalista somente a Sra. Karin Philipp. Frise-se que o Impugnante não é parte do contrato de empréstimo e que o fato de ter hipotecado um bem imóvel de sua propriedade não implica vinculação jurídica e legal do interveniente garantidor com a referida pessoa jurídica. Considera um descabimento utilizar do grau de parentesco que mantém com o Sr. Ali Charif Saleh para justificar sua responsabilidade solidária, pois isso não é indício de nada, não sendo suficiente para comprovar fraude. Como o lançamento não comporta incertezas, pede a aplicação do artigo 112 do CTN. Requer

sua exclusão do pólo passivo dos respectivos Autos de Infração lavrados, em face de sua cabal ilegitimidade passiva.

Com relação aos questionamentos trazidos pela Sra. Karin Philipp, verifica-se que nada de novo foi acrescentado que já não tenha sido examinado e enfrentado neste Voto. Quanto à alegada irrelevância do grau de parentesco apontado nos autos, para efeito de subsidiar a imputação de responsabilidade solidária, embora não tenha sido este o motivo determinante para sua responsabilização, é certo que o fato representou mais um indício da flagrante ligação da empresa “707 Auto-Serviço” e de sua sócia-administradora, Sra. Karin Philipp, com o Sr. Ali Charif Saleh, pai do esposo de sua sobrinha – Sr. Allan Sanches Saleh – e comandante do grupo econômico fraudulento cujas práticas ilícitas já foram descritas aqui por repetidas vezes, não se observando, assim, qualquer vício material que pudesse fundamentar a pretendida nulidade dos lançamentos fiscais.

A respeito do Princípio da Individualização da Pena, previsto no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, que vedaria a extensão, aos responsáveis tributários, da exigência da multa de ofício agravada e qualificada, ressalte-se que sua aplicação é limitada aos casos de sucessão da pena, além de tratar-se de questão que envolve interpretação de dispositivo constitucional, reservada, exclusivamente, ao Poder Judiciário.

Acrescente-se que, de conformidade com o artigo 121 do CTN, o pagamento, tanto dos tributos quanto das penalidades, a que estão obrigados todos os sujeitos passivos – contribuintes e responsáveis – configura obrigação tributária principal, e não acessória, consoante alegação equivocada da Impugnante.

No mais, não se verifica qualquer ofensa ao artigo 97 do CTN, como também não existe motivo algum, no presente caso, para se cogitar da aplicação do artigo 112 do CTN.

Assim, resta mantida a responsabilidade solidária conferida à Sra. Karin Philipp, fundada no artigo 135, III, do CTN.

Em sua impugnação, alega o Sr. Allan Sanches Saleh que não é sócio da empresa “707 Auto-Serviço” e nem da “Super Mix”. Em verdade, a responsabilidade tributária atribuída pelo artigo 135, III, do CTN alcança os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, ou seja, os administradores, as pessoas que detêm poderes de gestão nas empresas, e não os sócios.

Afirmou também o Impugnante que tampouco foi nomeado administrador pelo contrato social ou lhe foi outorgado qualquer instrumento de mandato com poderes gerenciais. Sim, é verdade. Caso contrário, o Sr. Allan Sanches Saleh não estaria sendo responsabilizado solidariamente por ser administrador “de fato” da “707 Auto-Serviço”, mas sim na condição de administrador “de direito” da referida empresa.

Nesse ponto, saliente-se que o artigo 135, III, do CTN pode ser aplicado para responsabilizar não só o administrador de direito, mas também o administrador de fato da empresa. Assim, ainda que o estatuto ou o contrato social não confira poderes a um dos sócios, ou mesmo a um terceiro, para praticar atos de gerência, sendo este identificado como administrador de fato da pessoa jurídica, como ocorreu no presente caso, deve este administrador informal, mas efetivo, ser responsabilizado pela prática de atos ilícitos.

Outro forte indício do envolvimento do Sr. Allan Sanches Saleh com a empresa “707 Auto-Serviço” diz respeito ao fato de ele ter hipotecado alguns de seus imóveis ao Banco Santander, como garantia de um empréstimo no valor de R\$2.930.000,00, contraído por aquela pessoa jurídica junto ao referido Banco, de acordo com Cédula de Crédito Bancário nº 0033371930000009450 e seu anexo instrumento de constituição de hipoteca, ambos emitidos em 29/01/2013, figurando ainda no título, como avalista, a Sra. Karin Philipp.

Defende-se ainda o Sr. Allan Sanches Saleh, alegando que suas relações com a empresa “707 Auto-Serviço” e com sua sócia-administradora, Karin Philipp, eram meramente familiares, visto que esta é tia de sua esposa, e que aceitou hipotecar seus imóveis atendendo a pedido da família. Importa ressaltar que, de 2010 a 2011, a Sra. Karin Philipp e o Sr. Allan Sanches Saleh foram sócios da empresa LDS Participações Limitada – na qual o Sr. Allan permanece até hoje –, demonstrando que os dois mantinham relações não apenas familiares, como também comerciais e societárias.

Aduziu o Impugnante que não é parte do contrato de empréstimo celebrado entre a “707 Auto-Serviço” e o Banco Santander e que a Cláusula 8 da referida Cédula de Crédito Bancário, (reproduzida às fls. 9.472 a 9.476) indica expressamente que a garantia contratual se formaliza mediante “imóveis de terceiro, estranho ao contrato e à empresa devedora”.

Ora, o Impugnante quando diz que não é parte do contrato, só pode estar querendo dizer que, por óbvio, não se encontra na condição de Emitente, que é a própria empresa “707 Auto-Serviço”, beneficiária do empréstimo, e nem na condição de Credor, na qual está o Banco Santander.

Na Cláusula 8, a título de “Garantia (s)”, consta a expressão “Imóveis de Terceiro”, sem, no entanto, o complemento “estranho ao contrato e à empresa devedora”, acrescentado indevidamente pelo Impugnante. No subitem “8.2 – Descrição da Garantia”, consta apenas: “Conforme instrumento aditivo”. Na “Cláusula 17 – Garantias”, está registrado no subitem 17.1: “Para garantir o cumprimento das obrigações representadas nesta Cédula, são constituídas em favor do Credor as garantias reais no campo 8 do preâmbulo, formalizadas em instrumentos apartados, os quais farão parte integrante desta Cédula”.

Os tais “instrumentos apartados” referem-se justamente ao instrumento de constituição de hipoteca, que integra a Cédula de Crédito Bancário, ou seja, faz parte integrante do contrato de empréstimo. Nesse anexo, estão perfeitamente identificados o Sr. Allan Sanches Saleh, sua esposa Mariane Philipp Saleh, bem como os imóveis hipotecados como garantia de pagamento da dívida assumida através do “empréstimo – capital de giro” pela empresa “707 Auto-Serviço”, sendo esta garantia no valor de R\$1.355.000,00.

Isto significa que o Sr. Allan Sanches Saleh foi realmente o “terceiro” que hipotecou alguns de seus imóveis em garantia do empréstimo concedido pelo Banco Santander à empresa “707 Auto-Serviço”, mas está longe de ser considerado “estranho ao contrato de empréstimo e à empresa devedora”, como argumenta o Impugnante.

Dos autos do processo administrativo fiscal nº 10882.722077/2014-13, já referido aqui por diversas vezes, referente a procedimento fiscal instaurado contra a empresa “Supermix Atacadista”, integrante do mesmo grupo econômico da “Super Mix” e de várias empresas também do grupo, todas envolvidas em sonegação fiscal e outras condutas ilícitas, extraem-se as seguintes informações e conclusões:

1) o Sr. Allan Sanches Saleh, ocupante de posição de destaque no grupo econômico comandado por Ali Charif Saleh, é o principal responsável por desviar recursos da “Supermix Atacadista” para outras empresas do grupo, apurando-se que, na maioria dos cheques emitidos pela citada empresa, consta a inscrição “Conf. Allan”, que a Fiscalização informou tratar-se de autorização dada por Allan Sanches Saleh para a saída de recursos da aludida empresa para outras do mesmo grupo econômico;

2) segundo documentos apresentados pelo Banco Bradesco, a conta bancária de titularidade do Sr. Allan Sanches Saleh foi destinatária de recursos que saíram da conta bancária da “Supermix Atacadista”;

3) à empresa “707 Auto-Serviço” foi destinada a quantia de R\$2.270.000,00, proveniente da “Supermix Atacadista”, sem comprovação da operação que lhe deu origem;

4) além de sócio-administrador, de fato, da empresa “707 Auto-Serviço”, era ele quem fazia o vínculo dessa empresa com a “Supermix Atacadista”;

5) até 24/04/2014, o endereço do Sr. Allan Sanches Saleh (Estrada do Alvarenga, nº 1.394, São Paulo/SP) era o mesmo da “Supermix Atacadista” e de outras empresas e sócios de empresas do grupo econômico, referindo-se à parte lateral de um imóvel de esquina, sendo que a frente do imóvel é voltada para a rua Coronel Antônio Inojosa, nº 31, e também abriga empresas do grupo.

O Impugnante considera um descabro utilizar de seu grau de parentesco com o Sr. Ali Charif Saleh para justificar a responsabilidade solidária que lhe foi imputada. Na realidade, o Sr. Allan Sanches Saleh foi relacionado como responsável solidário em função dos inúmeros e evidentes indícios aqui descritos, entre os quais, sem dúvida, está o fato de ser filho do Sr. Ali Charif Saleh, mentor e comandante do grupo econômico fraudulento do qual também participa o Sr. Allan Sanches Saleh. Descabe também a aplicação do artigo 112 do CTN, tendo em vista a inexistência das alegadas incertezas sugeridas pelo Impugnante.

Portanto, nos termos do artigo 135, III, do CTN, é de se manter a responsabilidade tributária solidária atribuída ao Sr. Allan Sanches Saleh, identificado como sócio-administrador, de fato, da empresa “707 Auto-Serviço”, além de exercer poderes de gerência em outras empresas do grupo econômico em comento.

Diante do exposto, VOTO, preliminarmente, por afastar as arguições de nulidade e decadência, indeferir o pedido de perícia e, no mérito, por considerar PARCIALMENTE PROCEDENTE a impugnação, mantendo os lançamentos relativos ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, no valor de R\$23.256.057,70 (vinte e três milhões, duzentos e cinquenta e seis mil, cinquenta e sete reais e setenta centavos); à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, no valor de R\$10.497.625,94 (dez milhões, quatrocentos e noventa e sete mil, seiscentos e vinte e cinco reais e noventa e quatro centavos); à Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, no valor de R\$6.318.015,48 (seis milhões, trezentos e dezoito mil e quinze reais e quarenta e oito centavos) e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, no valor de R\$29.160.072,09 (vinte e nove milhões, cento e sessenta mil, setenta e dois reais e nove centavos), acrescidos da multa de ofício qualificada, no percentual de 150% (setenta e cinco por cento), visto que seu agravamento foi afastado, e de juros de mora. Observar ainda que foi mantida a responsabilidade tributária solidária em relação às pessoas jurídicas Mega Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios Eireli – ME, CNPJ nº 17.837.869/0001-98; Diageo Brasil Ltda., CNPJ nº 62.166.848/0001-42; e Bacardi Martini do Brasil Indústria e Comércio Ltda., CNPJ nº 59.104.737/0001-05; e em relação às pessoas físicas Said Ibrahim Mansur, CPF nº 105.982.649-65, e Eliedabes Costa Pereira, CPF nº 039.669.525-64, ambos sócios administradores da empresa “Mega”; Ricardo Lúcio Corteletti, CPF nº 024.501.717-89 e Sandra da Penha Corteletti, CPF nº 046.119.027-30, ambos sócios-administradores da empresa “Newred”, que não apresentaram impugnação, como também foi mantida a responsabilidade tributária solidária em relação às pessoas jurídicas impugnantes Laviga Comércio Atacadista Eireli, CNPJ nº 09.109.322/0001-48, Newred Distribuidora Importação e Exportação Ltda., CNPJ nº 02.408.091/0001-24; Ipanema Sul Comércio Distribuição e Logística de Produtos Alimentícios Ltda., CNPJ nº 12.770.701/0001-99; 707 Auto-Serviço de Alimentos, CNPJ nº 12.539.517/0001-32; Fite Distribuidora de Bebidas e Gêneros Alimentícios Ltda. – ME, CNPJ nº 10.602.229/0001-50 e Multimarcas Comércio e Atacado de Produtos Industrializados Ltda. – ME, CNPJ nº 08.965.847/0001-12; e em relação às pessoas físicas impugnantes Ali Charif Saleh, CPF nº 608.822.988-87, sócio-administrador das empresas “Super Mix” e “Laviga”; Anuar Khaled Saleh, CPF nº 322.147.368-08, sócio-administrador da empresa “Ipanema”; Jamal Kaled Omram, CPF

n.º 164.110.108-38, sócio-administrador da empresa “Multimarcas”, quanto ao crédito tributário relativo aos quatro trimestres do ano-calendário de 2011 e aos dois primeiros trimestres do ano-calendário de 2012; Nassif Mourad, CPF n.º 034.873.819-66, sócio-administrador da empresa “Multimarcas”, quanto ao crédito tributário relativo aos quatro trimestres dos anos-calendário de 2012 e 2013; Karin Philipp, CPF n.º 757.901.578-15, sócia administradora “de direito” da empresa “707 Auto-Serviço”; e Allan Sanches Saleh, CPF n.º 248.540.608-16, sócio-administrador “de fato” da empresa “707 Auto-Serviço”. Ao mesmo tempo, foi excluída a responsabilidade tributária solidária em relação às pessoas jurídicas Dipalma Comércio Distribuição e Logística de Produtos Alimentícios Ltda., CNPJ n.º 07.721.579/0001-20; Roldão Auto Serviço Comércio de Alimentos Ltda., CNPJ n.º 05.800.256/0001-05; Barcelona Comércio Varejista e Atacadista S/A, CNPJ n.º 07.170.943/0001-01, incorporada por Sendas Distribuidora S/A, CNPJ n.º 06.057.223/0001-71; Procter & Gamble Industrial e Comercial Ltda., CNPJ n.º 01.358.874/0001-88; Mondelez Brasil Ltda., CNPJ n.º 33.033.028/0001-84; e Nestlé Brasil Ltda., CNPJ n.º 60.409.075/0001-52.

Adicionalmente cumpre ressaltar que, em sede de memoriais apresentados em assentada de julgamento, a responsável solidária 707-Auto Serviço de Alimentos LTDA apresentou o que alega ser laudo pericial que atestaria que mais de 80% das operações realizadas entre as partes teriam sido adimplidas. Neste ponto cumpre ressaltar que, além de o inadimplemento das operações comerciais tenha sido apenas mais um dos elementos fáticos trazidos pela autoridade fiscal (que não afastariam minha conclusão), neste momento processual incabível a apresentação de novo elemento probatório consistente em prova pericial técnica que deveria e poderia ter sido apresentada junto com a impugnação, portanto não pode ser acatada.

Também em sede de Memorial o Sr. Allan Sanchez Saleh alega ter obtido decisão judicial que afastaria a responsabilização solidária no âmbito do PAF 10882.722077/2014-13. Pois bem, além de a referida decisão não vincular o presente julgamento administrativo, chamo atenção que tratam-se de lançamentos relativos a fatos geradores distintos e com fundamentos fáticos próprios. A título de exemplo, a existência de hipoteca de bens pessoais para garantir débitos da empresa 707 não foram enfrentadas pela autoridade judicial, e trata-se de um elemento adicional no presente processo. Pois bem, além de não vincular o presente relator entendo que os elementos fáticos e probatórios são exaustivos e suficientes para comprovar o vínculo que justifica a atribuição da responsabilização solidária.

Da análise dos fatos vê-se que a questão é eminentemente fática e documental, e a as recorrentes permanece com alegações genéricas e não enfrentam concretamente o detalhado trabalho fiscal, bem como a análise perpassada pela DRJ que detalhou as razões para não acolhimento dos documentos apresentados.

Contudo, entendo que a multa qualificada deve ser reduzida ao patamar de 100%.

Isso porque, a Lei n.º 14.689/2023 alterou o dispositivo do §1º, do art. 44, da Lei n.º 9.430/96, que trazia a previsão da multa duplicada. Vejamos a antiga e a nova redação:

Redação dada pela Lei n.º 11.488/2007

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

Redação dada pela Lei nº 14.689, de 2023

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

(...)

VI – 100% (cem por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício; (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

VII – 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício, nos casos em que verificada a reincidência do sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

Como se vê, a nova regra geral da multa de ofício nos casos previsto nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 prevê a majoração ao patamar de 100%, conforme dispõe o inciso IV, §1º, da Lei nº 9.430/96.

Destaca-se que referida lei criou uma nova hipótese de majoração ao patamar de 150%, prevista no inciso VII, mas apenas nos casos em que verificada a reincidência do sujeito passivo. Esta hipótese trata-se da instituição de uma nova penalidade, e que deve ser aplicada apenas aos fatos geradores ocorrida após a vigência da lei, haja vista, ainda, a necessidade de motivação pela autoridade fiscal.

Portanto, considerando o disposto no art. 106, II, alínea “c”, do CTN, tem-se por aplicar a retroatividade benigna, devendo-se a multa de ofício qualificada ser reduzida ao patamar de 100%.

Desta feita, nos termos da faculdade garantida pelo inc. I, § 12º do Art. 114 do Regimento Interno do CARF, adoto a decisão da DRJ como razões de decidir, acrescidas das razões aqui expostas, e voto no sentido de negar provimento aos Recursos Voluntários do contribuinte e demais responsáveis solidários recorrentes.

Do Recurso de Ofício

O recurso de ofício é decorrente do cancelamento do agravamento da penalidade reduzindo-se a multa de 225% para 150% e, também, em função do afastamento da responsabilização solidária das empresas Dipalma Comércio Distribuição e Logística de Produtos Alimentícios Ltda., CNPJ nº 07.721.579/0001-20; Roldão Auto Serviço Comércio de Alimentos Ltda., CNPJ nº 05.800.256/0001-05; Barcelona Comércio Varejista e Atacadista S/A, CNPJ nº 07.170.943/0001-01, incorporada por Sendas Distribuidora S/A, CNPJ nº 06.057.223/0001-71; Procter & Gamble Industrial e Comercial Ltda., CNPJ nº 01.358.874/0001-88; Mondelez Brasil Ltda., CNPJ nº 33.033.028/0001-84; e Nestlé Brasil Ltda., CNPJ nº 60.409.075/0001- 52.

Entendo que o referido recurso não deve ser provido.

No que se refere ao afastamento do agravamento da penalidade, cumpre ressaltar os acertados fundamentos aduzidos pela decisão recorrida:

Quanto ao agravamento da multa de ofício, já qualificada, que elevou seu percentual para 225%, por não atendimento de intimação para apresentar sua escrituração contábil e fiscal, no caso os arquivos e sistemas de processamento eletrônico de dados, vale conferir o previsto no artigo 44, §2º, II, da Lei nº 9.430, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488, de 2007, in verbis:

(...)

Alegou a Impugnante que a não apresentação de livros e documentos contábeis e fiscais já causou o arbitramento do lucro, não podendo fundamentar também o agravamento da multa de ofício.

Cabe destacar, em princípio, que não se pode confundir “falta de atendimento a intimação” com “falta de apresentação de todos os livros, documentos e esclarecimentos solicitados na intimação”.

A propósito, a Interessada respondeu algumas das intimações, pediu prorrogações dos prazos estipulados para atendimento, justificando os motivos de tais solicitações, e chegou a apresentar alguns documentos requisitados pela Fiscalização, tais como cópia de ficha cadastral na JUCESP, contendo breve relato das alterações, planilha com a relação das notas fiscais de entrada, de 2011 a 2013, extratos bancários (parciais) relativos aos mesmos períodos, etc.

Desse modo, embora a pessoa jurídica não tenha entregue toda a documentação solicitada pelo Fisco, no prazo determinado, observa-se que algumas respostas, mesmo que insatisfatórias, foram apresentadas, não restando perfeitamente configurada a hipótese de recusa intencional a atender às intimações.

Registre-se ainda que a jurisprudência administrativa considera inaplicável o agravamento da multa de ofício pela falta de atendimento à intimação fiscal para apresentação dos livros contábeis e documentação fiscal, na hipótese em que tal omissão já tenha servido para justificar o arbitramento do lucro da empresa, além de não ter trazido qualquer prejuízo ao Fisco, na quantificação da matéria tributável, como veio a ocorrer.

Assim, não se justifica o agravamento da multa aplicada, no percentual de 225%, nos termos do artigo 44, §2º, II, da Lei nº 9.430, cabendo sua redução para 150%.

Tais fundamentos estão em consonância com a jurisprudência majoritária deste Conselho, bem como alinhados com o conteúdo das Súmulas 96 e 133:

Súmula CARF nº 96

Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 09/12/2013

A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros.

Súmula CARF nº 133**Aprovada pelo Pleno em 03/09/2019**

A falta de atendimento a intimação para prestar esclarecimentos não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa conduta motivou presunção de omissão de receitas ou de rendimentos.

Assim, acertada a decisão recorrida.

Igual acerto agiu a DRJ ao afastar a responsabilização solidária das empresas indicadas como atacadistas e grandes indústrias.

Com todo o respeito ao trabalho fiscal, absolutamente minucioso e completo, entendo que o agente fiscal falhou ao imputar a responsabilização solidária às referidas empresas. Talvez pelo “sentimento de indignação” face ao grande esquema de sonegação perpetrado pela contribuinte e seu grupo empresarial, que movimentou valores bilionários, mas nada justifica e não existe fundamento jurídico minimamente válido para a imputação de responsabilização feita pelo autuante.

É necessário que a autoridade fiscal sempre atue com cautela a fim de evitar a banalização da imputação da responsabilidade solidária.

Cumprе citar, também, os acertados fundamentos da DRJ:

O que se observa é que os argumentos apresentados pelas autoridades fiscais para incluir as indústrias multinacionais como responsáveis tributários solidários, comuns a todas as indústrias responsabilizadas, foram de natureza ainda mais genérica do que aqueles suscitados em relação às empresas atacadistas. Atribuiu-se às empresas fabricantes à obtenção de ganhos relevantes, em decorrência das ilicitudes praticadas pelo grupo econômico fraudulento do qual participa a “Super Mix” e diversas outras empresas, todas elas sonegando tributos federais e estaduais, implicando o envolvimento das primeiras – que, segundo os Autuantes, não tinham como ignorar esses fatos – em questões relacionadas a abuso de poder econômico, concorrência desleal, dominação irregular dos mercados, etc, consoante retórica de alto grau de subjetividade que, nada obstante, não corresponde a provas efetivas capazes de sustentá-la.

Nesse contexto, e por absoluta falta de comprovação dos fundamentos que ensejaram a imputação fiscal, afasta-se a responsabilidade tributária solidária conferida às empresas “Nestlé Brasil”, “Mondelez” e “Procter & Gamble”.

(...)

Compulsando o Termo de Verificação Fiscal, constata-se que a principal acusação contra as empresas chamadas “grandes atacadistas” é a de se beneficiarem da sonegação e fraude fiscal – das quais seriam sabedoras – praticadas pelas empresas integrantes do grupo econômico fraudulento arquitetado pelo Sr. Ali Charif Saleh, para delas adquirirem, sob encomenda, mercadorias a preços inferiores aos ofertados pelas indústrias multinacionais.

Por mais que se possa conjecturar que essas empresas atacadistas pudessem ter tido conhecimento dos procedimentos ilícitos adotados pela Autuada e demais partícipes de seu grupo econômico, tal percepção é deveras subjetiva e, como alegam as Impugnantes, sem comprovação efetiva nos autos.

É verdade que, em tese, não parece razoável que mercadorias vendidas por determinada indústria, depois de passarem por três ou quatro empresas intermediárias, sejam adquiridas por uma empresa atacadista a preços inferiores aos que esta mesma empresa obteria caso adquirisse as mercadorias diretamente da empresa fabricante. No entanto, não é possível assegurar que as Impugnantes conhecessem os pormenores e as circunstâncias em que se deram as etapas anteriores da cadeia comercial.

Por outro lado, também não se pode acusar as Impugnantes de buscar entre seus fornecedores aqueles que estivessem praticando os menores preços e as melhores condições de pagamento, permitindo assim que os produtos fossem revendidos a seus clientes por preços mais atraentes, proporcionando-lhes uma maior lucratividade, fato este que, evidentemente, faz parte da essência dos negócios privados.

Quanto às menções específicas a cada empresa, no caso da “Dipalma”, a principal delas foi de que a empresa adquiriu itens da “Super Mix” em valores por volta de R\$107 milhões, mas teria pago apenas R\$392 mil, denotando que a maior parte dessas operações não teriam ocorrido de fato. Para efeito de comprovação, a Impugnante anexou, às fls. 2.662 a 3.411, as notas fiscais relativas às compras efetuadas de 2011 a 2013, emitidas pela “Super Mix”, além dos comprovantes dos pagamentos, às fls. 1.186 a 2.661, cujo total atinge milhões de reais, ou seja, valor muito superior aos R\$392 mil referidos pelo Fisco.

Em relação à “Roldão”, nas raras vezes em que a empresa é citada, o motivo é exatamente o mesmo, referindo-se sempre às compras efetuadas junto à “Super Mix”, e não diretamente das fabricantes multinacionais.

No caso da “Sendas”, a empresa elaborou demonstrativo para comprovar que adquire mercadorias de diversos fornecedores, e não apenas da Autuada, fato este considerado como absolutamente dentro da normalidade, não representando, a princípio, qualquer ilicitude, até porque não foi possível concluir que fosse de seu conhecimento a prática, por parte da “Super Mix”, das irregularidades apontadas pelo Fisco.

Portanto, sob qualquer ângulo que se analise a participação dessas três empresas atacadistas na cadeia comercial utilizada pela “Super Mix” e demais empresas integrantes do mesmo grupo empresarial, quando da realização de suas operações de compra e venda de mercadorias, não se vislumbra a existência de elementos probantes hábeis e suficientes para estabelecer um vínculo de responsabilidade capaz de justificar a solidariedade pelo crédito tributário constituído em nome da Contribuinte “Super Mix”, que lhes foi imputada no lançamento fiscal. Desse modo, é de se afastar do rol de responsáveis tributários solidários as empresas “Dipalma”, “Roldão” e “Sendas”, esta na condição de sucessora da “Barcelona”.

Tais fundamentos, ao meu ver, foram absolutamente acertados e são suficientes para negar provimento ao Recurso de Ofício.

Conclusão

Em suma, diante de tudo o quanto exposto, quanto aos Recursos Voluntários oriento meu voto no sentido de: (i) NÃO CONHECER do Recurso Voluntário da responsável DIAGEO; (ii) conhecer e dar provimento ao Recurso Voluntário da empresa BACARDI para afastar a responsabilização solidária e; (iii) de ofício, aplicar a retroatividade benigna da multa qualificada , e; (iv) quanto aos demais Recursos Voluntários, nos termos da faculdade garantida pelo inc. I, § 12º do Art. 114 do Regimento Interno do CARF (aprovado pela Portaria n. 1.634 de 21 de dezembro de 2023), conhecer e negar-lhes provimento.

Em relação ao Recurso de Ofício, voto por negar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva