



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

Processo n° 16095.720129/2015-51
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-002.746 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de fevereiro de 2018
Matéria IRPJ - LUCRO ARBITRADO
Recorrente GLOBOPLAST INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS
TERMOPLASTICOS LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

NULIDADE. ILICITUDE DAS PROVAS. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL DEFINITIVA. PROVAS INDEPENDENTES.

A inexistência de decisão judicial definitiva declarando a ilicitude das provas obtidas por meio dos mandados de busca e apreensão, bem assim, a existência de provas independentes obtidas no curso dos procedimentos fiscais hábeis a comprovar as infrações apuradas impedem a decretação de nulidade do procedimento fiscal.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DEFESA. INEXISTÊNCIA. INDEFERIMENTO.

Desnecessária a realização da diligência requerida posto que nos relatórios anexados aos autos é possível identificar a segregação das provas colhidas no curso do procedimento fiscal das obtidas na operação de busca e apreensão com autorização judicial, inexistindo qualquer ofensa ao direito de defesa da recorrente.

SUSPENSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

Na legislação que trata do processo administrativo fiscal inexistente previsão legal para sobrestamento do processo até análise da licitude das provas obtidas em investigação criminal.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

DECADÊNCIA. TRIBUTOS POR HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO. ART. 173, I, CTN.

A ausência de pagamento desloca o prazo decadencial dos tributos sujeitos à homologação para o art. 173, I do CTN, independentemente da existência de dolo, fraude ou simulação.

ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE ESCRITURAÇÃO. PROCEDÊNCIA.

Procede o arbitramento do lucro, nos termos do art. 530, III, do Decreto nº 3.000/99, quando comprovado nos autos que o contribuinte deixou de apresentar à autoridade fiscal os livros e documentos de sua escrituração contábil e fiscal.

GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CARACTERIZAÇÃO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. COMANDO ÚNICO. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

Caracterizada a existência de grupo econômico de fato por meio da confusão patrimonial e comando único das empresas do grupo, respondem solidariamente pelo crédito tributário a pessoa jurídica líder e seus sócios administradores.

MULTA QUALIFICADA. PRÁTICA REITERADA. CONDUTA DOLOSA.

A prática reiterada em não efetuar a entrega da Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, bem assim, a falta de entrega das escriturações contábeis digitais caracteriza a conduta dolosa da recorrente e enseja a aplicação da multa qualificada de 150%.

MULTA AGRAVADA. FALTA DE ATENDIMENTO ÀS INTIMAÇÕES. CABIMENTO.

Cabível o agravamento previsto no § 2º, do art. 44, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/08, face à falta de atendimento à maioria das intimações encaminhadas pela fiscalização à recorrente.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. CSLL, COFINS E PIS.

Aplica-se a mesma solução dada ao litígio principal, IRPJ, em razão do lançamento estar apoiados nos mesmos elementos de convicção.

ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E PIS. EXCLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

Inexiste previsão legal, exceto ns casos de substituição tributária, para exclusão dos valores de ICMS da base de cálculo das contribuições para a COFINS e PIS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e o pedido de diligência, e, no mérito, negar provimento aos recursos voluntários.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(assinado digitalmente)

Milene de Araújo Macedo - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Bianca Felícia Rothschild, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, José Eduardo Dornelas Souza, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo, Nelso Kichel e Roberto Silva Junior.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face do Acórdão nº 11-53.541, proferido pela 3ª Turma da DRJ/REC que, por unanimidade de votos, julgou improcedente as Impugnações apresentadas pela ora recorrente e demais responsáveis solidários, e manteve os autos de infração de IRPJ, CSLL, COFINS e PIS, em que foi efetuado o arbitramento do lucro com base na receita bruta de revenda de mercadorias e aplicada multa de ofício qualificada e agravada de 225%.

Por bem relatar o ocorrido, valho-me do relatório elaborado pelo órgão julgador *a quo*, complementando-o ao final:

"Contra a contribuinte acima qualificada foram lavrados os autos de infração de fls. 775/892, através dos quais foi constituído o crédito tributário referente ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido -CSLL, à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, à Contribuição para o PIS/Pasep e Outras Multas Administradas pela RFB. O crédito tributário total importou em R\$ 60.589.775,12.

De acordo com os autos de infração e com o Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades de fls. 65/82, o lançamento, que se refere aos anos-calendário 2010, 2011, 2012 e 2013, decorreu de "Receita Bruta na Venda de Produtos de Fabricação Própria" e teve enquadramento legal no art. 3º da Lei nº 9.249/1995 e art. 532 do RIR/1999.

Houve arbitramento do lucro tendo em vista que o contribuinte não apresentou, após intimado, os livros e documentos da sua escrituração. Qualificou-se a multa em função da caracterização do evidente intuito de fraude da autuada. Agravou-se a multa em razão do não atendimento às intimações expedidas. Efetuou-se Representação Fiscal para Fins Penais.

Diante da constatação de existência de grupo de fato entre a Dakhia, empresa líder, a autuada e outras empresas, (Grupo Dakhia) foram responsabilizadas solidariamente a Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda, a Polichemicals Comércio de Resinas Plásticas Ltda., a Reer Indústria e Comércio de

Plásticos Ltda. e a Cotermo Comercial de Termoplásticos Ltda, com base no art. 124, inciso I do Código Tributário Nacional, CTN.

Também foram responsabilizados solidariamente por Excesso de Poderes e Infração de Lei, Contrato Social ou Estatuto, art. 135 do CTN, os sócios administradores de direito da Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda, o Sr. Rinaldo Sumi, o Sr. Paulo Fernandes Silva e o Sr. Márcio Paulo Baum.

A contribuinte apresentou impugnação, às fls. 1500/1560, fazendo, em síntese, as seguintes alegações:

DOS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO

- a Receita Federal e a Polícia Federal deram cumprimento à ordem judicial de busca e apreensão de documentos após a sua validade, são ilegais a entrada forçada nas empresas e a apreensão dos documentos;

- em razão do fato citado, o Juiz da 2ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, em 18/01/2015, declarou a nulidade das provas obtidas a partir das diligências de busca e apreensão, determinando a devolução de tudo que foi apreendido;

- a busca e apreensão realizada se equipara à busca e apreensão domiciliar (cita julgado do STF, fl. 1506/1508) assim, se faz necessário ordem judicial que autorize o ingresso da autoridade "policial" no estabelecimento comercial ou industrial, sob pena de violação à Constituição Federal, de 1988, CF/1988;

- no caso, a Ação Cautelar quando deferiu a realização de busca e apreensão emitiu mandados com validade de 30 dias, os quais não foram cumpridos e perderam a validade;

- mesmo após deferimento de novos mandados, com novo prazo de 30 dias, só houve cumprimento em 14/08/2014, um dia após a validade dos mesmos;

- mandado de busca e apreensão com prazo vencido é considerado inexistente pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme ementa transcrita às fls. 1515/1519;

- o autuante se fundamentou em documentos obtidos por meio da Medida Cautelar assim, as provas que fundamentaram os autos são ilegais o que acarreta a nulidade dos Autos de Infração;

- a quebra de sigilo bancário por requisição administrativa, sem intervenção judicial, é ilegal, cita jurisprudência do STF, fls. 1520;

- as provas colhidas na ação cautelar e utilizadas pela autuação não foram especificadas sendo necessário que se converta o julgamento em diligência para que se identifique essas provas sob pena de cerceamento do direito de defesa;

- decadência do IRPJ e seus reflexos com base no art.150, § 4º do CTN, cinco anos contados da data da ocorrência do fato gerador;

- o fato de as empresas terem o mesmo contador não justifica a caracterização da existência de um grupo econômico, a realização de pagamento de alguma conta particular do contador pela empresa não é irregularidade, pode ser encarado como forma de pagamento dos honorários devidos ao profissional;

- o ordenamento jurídico não proíbe a realização de atividades empresariais em endereços similares;
- alegar que o quadro societário é composto por 'laranjas' precisa de provas cabais que não foram trazidas aos autos;
- não há prova da existência de grupo econômico conseqüentemente inexistente responsabilidade solidária.

DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA QUALIFICADA E DO ARBITRAMENTO DO LUCRO

- a Súmula nº 25 do CARF afirma que a simples omissão de receita não dá ensejo à aplicação de multa qualificada;
- o impugnante cumpriu todas as intimações para entrega de documentos, razão pela qual não caberia o agravamento da multa;
- para aplicação da multa qualificada deveria restar provado que a impugnante incorreu em uma das hipóteses dos artigos 71,72 ou 73, da Lei nº 4.502/1964, sonegação, fraude e conluio, nada restou comprovado nos autos sobre a conduta dolosa, sempre foi diligente e entregou todos os documentos solicitados;
- o arbitramento do lucro só ocorre quando o contribuinte deixa de atender às condições do art. 530, do Decreto 3.000/1999, no caso, o fiscal ignora o lucro líquido declarado nos registros fiscais e contábeis, cita jurisprudência do CARF à fl. 1686;
- pede redução da multa aplicada para 20%, nos termos do art. 61, § 2º da Lei nº 9.430/1996.

DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS

- afirma que está sendo imposto o recolhimento das contribuições com a inclusão do valor correspondente ao ICMS em suas bases de cálculo, valor que, por sua própria natureza, não se enquadra no conceito de faturamento ou receita, cita artigos da CF/1988 e descreve sobre a matéria e transcreve jurisprudência do STF às fls. 1544/1551, para ao final requerer o direito líquido e certo de não ser compelida a recolher o PIS e a COFINS com a base de cálculo acrescida do ICMS.

DA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO PACTO FEDERATIVO E DA UNIFORMIDADE

- alega que além da afronta direta a dispositivo constitucional, o fato da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições, também contraria os princípios constitucionais do pacto federativo e da uniformidade tributária, descreve sobre a questão às fls. 1552/1559.
- se refere que em caso de diferenças apuradas entre valores informados o fisco deve intimar o contribuinte a informar os motivos das discrepâncias, concedendo prazo não inferior a 45 dias, para só depois lavrar "Auto de Infração e Imposição de Multa, como determina a Medida Provisória nº 2.158-35 alterada pela Lei nº 12.766, de 2012, art. 57, transcrito à fl. 1556, cita ementa de Acórdão do CARF;
- se refere ao caráter informativo da DIPJ, a qual não tem natureza de confissão de dívida, portanto, não constitui o crédito tributário, ao contrário da DCTF que é confissão de dívida e instrumento suficiente para a exigência.

DO PEDIDO

- conversão do julgamento em diligência para que o autuante especifique quais provas foram obtidas durante o procedimento fiscal e quais foram obtidas nos autos da Ação Cautelar, sob pena de cerceamento de direito de defesa;
- reconhecer o transcurso do lustro decadencial em face da aplicação do art. 150, § 4º do CTN;
- nulidade do Auto de Infração porque apoiado em provas anuladas pelo Poder Judiciário;
- reconhecer a inexistência de grupo econômico por falta de provas vez que fiscalização considerou a existência de grupo econômico por inferência;
- impossibilidade de aplicação da multa qualificada por falta de prova de conduta dolosa por parte da impugnante bem como porque omissão de receitas não acarreta majoração da multa;
- reconhecer a impossibilidade de arbitramento do lucro face a inexistência dos requisitos legais bem como diligência para a impugnante ter a oportunidade de apresentar documentos comprobatórios da regularidade das escritas fiscais;
- reconhecer a impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS;
- reconhecimento do caráter meramente informativo da DIPJ;

Apresentaram impugnações de mesmo teor os responsáveis solidários: Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda, fls. 1069/1100, Sr. Paulo Fernandes Silva, fls. 1216/1246, Sr. Rinaldo Sumi, fls. 1358/1389 e Sr. Márcio Paulo Baum, fls. 930/960, fazendo, em síntese, as seguintes alegações:

PRELIMINARMENTE**A- DA ILEGALIDADE DAS PROVAS QUE SUBSIDIAM A AUTUAÇÃO**

- a execução dos mandados de busca e apreensão só foi cumprida em 14/08/2014, após decorrido o prazo de validade da ordem judicial, ou seja, a medida foi executada sem mandado judicial;
- o juiz da 2ª Vara de São Paulo proferiu sentença declarando a nulidade das provas e determinando a devolução dos materiais apreendidos, houve Recurso de Apelação por parte dos executores dos mandados de busca e apreensão, aceito sem efeitos suspensivo, por força de lei, não julgado até a presente data;
- houve, ainda, mandado de segurança com o objetivo de dotar de efeito suspensivo o Recurso de Apelação, também sem julgamento até a presente data;
- descreve sobre sua tese se referindo a doutrinadores e transcrevendo jurisprudência, fls. 1360/1364;
- requer seja considerado insubsistente o Auto de Infração por ter lastro em provas obtidas por meio ilegal, constantes do Relatório Fiscal-Resultado dos MBAs-Mandados de Busca e Apreensão, fls. 661/774 e do Relatório Fiscal Grupo Econômico-Dakhia, fls. 269/322;

- pede, caso não seja atendido o pleito acima, seja o processo sobrestado até que o Tribunal Regional Federal da Terceira Região emita decisão nos autos da Apelação e do Mandado de Segurança aqui já referidos.

B- DA NULIDADE DA AUTUAÇÃO PELA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA OS ATOS DA FISCALIZAÇÃO

- em momento algum dos autos verifica-se a válida e regular intimação da impugnante para os atos da fiscalização, nos termos do art. 7º, inciso I do Decreto nº 70.235/1972, fato que torna a autuação nula.

DA ILEGITIMIDADE DA IMPUGNANTE PARA FIGURAR COMO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO

- não se insere no conceito de contribuinte, indicado no inciso I do art. 121 do CTN, nem se insere na definição de responsável, prevista no inciso II do mesmo artigo;

-o mesmo ocorre em relação à responsabilidade por sucessão, prevista nos artigos 129 a 133 do CTN, assim, inexistente dispositivo legal que permita inserir a impugnante como responsável tributária pela exigência fiscal em questão;

- mesmo com base no art. 128 do CTN que permite atribuir responsabilidade tributária a terceira pessoa, essa atribuição deve decorrer de lei, e, no caso, não há o vínculo, necessário, da impugnante com o fato jurídico tributário imputado ao sujeito passivo;

- também com base no art. 134 do CTN é ilegítima a inserção da impugnante como responsável tributária.

- não existe subsídio legal para manutenção da impugnante como responsável tributário da autuação.

DO MÉRITO

DO RELATÓRIO FISCAL GRUPO ECONÔMICO - DAKHIA

INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO ENTRE A DAKHIA E AS EMPRESAS REINALDO PAVONE

- o relatório não comprova relação da Dakhia com as outras empresas apenas com a Polichemicals, o quadro à fl. 274 comprova;

- as empresas REER e COTERMO apresentam ligações entre si, o que não se verifica em relação a elas e a Dakhia;

- a fiscalização não comprova a ligação do contador com a Dakhia e as empresas suas clientes;

- o contador é taxativo ao afirmar que o Sr. Reinaldo Pavone era o responsável e sócio administrador das empresas e que fornecia ao contador os documentos para realização das obrigações acessórias das empresas denominadas noteiras e intermediárias;

- os depoimentos afirmam que o real beneficiário das operações é o Sr. Reinaldo Pavoni, no que concerne responsabilidade solidária da Dakhia, a autuação não subsiste.

DOS PROCESSOS TRABALHISTAS E DEPOIMENTOS PARCIALMENTE TRANSCRITOS

- a inclusão de quem quer que seja no pólo passivo de ações trabalhistas, não significa confusão patrimonial nem existência de grupo econômico;

- se insurge contra a prova obtida com base em ações trabalhistas alegando que os empregados usam a tática de indicar no pólo passivo várias empresas do mesmo segmento, mesmo sabendo seu real empregador, como forma de pressionar a possibilidade de um acordo;

- o depoimento de um moto boy, pelas características de ser função externa e independente, não tem o condão de configurar um grupo econômico;

- as alegações de demandante de processo trabalhista são imprestáveis na medida em que ele se insere na condição de testemunha suspeita, nos termos do art. 405, §3º, inciso IV do Código de Processo Civil, CPC, o depoimento deve ser desentranhado dos autos;

- acusa que a fiscalização usou de subterfúgio ao intimar o Sr. Braz Cardoso de Araújo, fl. 283, afrontando princípios constitucionais citados à fl.1371;

- se refere e transcreve partes de vários depoimentos colhidos em diligência, fls. 1371/1372, e acusa a fiscalização de não ter feito qualquer busca processual em relação às empresas noteiras e intermediárias o que apontaria o real beneficiário das operações dessas empresas.

DA CONFUSÃO IMOBILIÁRIA

- todos os negócios envolvendo imóveis, contam com a documentação prevista em lei, contratos de promessa de compra e venda, posterior escritura e emissão de DOI-Declaração de Operações Imobiliárias, o que atesta a inexistência de confusão imobiliária e a ausência de ânimo de ocultar qualquer transação imobiliária;

- do contrário, jamais o imóvel seria dado em caução em contrato de locação firmado pela Dakhia, outras alternativas como fiança bancária, depósito de três alugueis e fiadores, não seriam lançados no registro do imóvel, formas mais indicadas para ocultar;

- por força de sessão de crédito de titularidade de Rinaldo Sumi, que embora sócio da Dakhia, é titular de empresa que atua no ramo de representação comercial, alguns pagamentos foram realizados direto aos vendedores pelas empresas Globoplast e Novoplast, fato que não tem o condão de traduzir a existência de grupo econômico;

- seu devedor Reinaldo Pavone realizou os pagamentos e Rinaldo Sumi, na condição de detentor das comissões, após receber comprovantes dos pagamentos realizados, emitiu as notas fiscais correspondentes e submeteu a regular tributação;

- afirma, quanto a aquisição do terreno, que o Sr. José Batistucci é empresário do ramo de plásticos por meio da Globoplast e titular de uma reserva de mais de 500

lotes residenciais em Jacareí/SP tendo, portanto, capacidade econômica para atuar no segmento de plástico e vender um terreno;

- o Sr. José Batistucci transferiu sua participação societária ao advogado Carlos Alberto Mandotte que solicitou a Rinaldo Sumi garantir a locação citada à fl. 286;

- tais relações atestam a inexistência de grupo econômico, uma vez que a Globoplast detém know how e capacidade econômica para atuar no mercado de plásticos o que afasta a presunção de que a Dakhia se utilizaria da mesma para prática de sonegação.

DAS CIRCULARIZAÇÕES

- se insurge quanto à caracterização da existência de grupo econômico com base nas respostas às intimações das clientes;

- não restou comprovado relacionamento comercial da Dakhia com a Cotermo e com a Reer, cita algumas respostas de clientes, fls. 1374/1375, que demonstram desconhecimento entre a Dakhia e a Cotermo e Reer, concluindo restar frustrada a caracterização de grupo econômico, diante da inexistência de vínculo entre as empresas.

DOS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO

- reitera os termos da preliminar de nulidade arguida.

DA CONFIRMAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DO GRUPO

- se refere ao depoimento de Maria de Lourdes Gomes da Silva que afirma desconhecer algumas das empresas.

DA CONCLUSÃO SEM RESPALDO QUANTO A EXISTÊNCIA DE LARANJAS

- resta sem respaldo a conclusão da fiscalização quanto a existência de 'laranjas', se trata de mera presunção porque os depoimentos não levam a essa conclusão e não foi feito levantamento criterioso a respeito dos sócios das empresas.

DO PERFIL DA GLOBOPLAST

- o Sr. José Batistucci possui capacidade econômica para ser proprietário da Globoplast e transferiu sua participação societária para o Sr. Carlos Alberto Modotte que prosseguiu com a atividade da empresa;

- imprecisa e não categórica a assertiva da fiscalização de que Rinaldo Sumi seria o proprietário da Globoplast ;

- o Sr. Edilson Soglia foi indicado pelo Sr. Rinaldo Sumi para um emprego na Globoplast e sua contratação foi feita pessoalmente pelo Sr. Carlos Alberto Modotte.

DO PERFIL DA COTERMO

- considera que não foram feitas diligências necessária para confirmação do perfil de empresa, a fiscalização limitou-se a dizer que Vera Lúcia de Mello tem baixa capacidade econômica, sem informar a base para tal afirmação;

- também não foi informada a relação da Dakhia ou de seus sócios com a Cotermo.

DO PERFIL DA REER

- depoimento de Jennifer dos Santos Bertoldo, empregada da empresa, afirma não conhecer a Dakhia nem Rinaldo Sumi.

DO PERFIL DA POLICHEMICALS

- a empresa, por meio de Reinaldo Pavone, ofereceu à Dakhia representação comercial de seus produtos;

- após análise da empresa e de seu representante a Dakhia em 25/02/2007, firmou contrato de representação comercial com a Polichemicals, recebendo comissões pela intermediação de vendas, conforme notas fiscais que anexa;

- Reinaldo Pavone não pode ser considerado 'laranja', reside na Vila Olímpia, bairro nobre de São Paulo, a constatação de 'discreta capacidade econômica' se trata de mera presunção sem comprovação pela fiscalização.

DA ANÁLISE DAS EMPRESAS INTERMEDIÁRIAS

- jamais as empresas Polichemicals e Globoplast podem ser tidas como constituídas por interpostas pessoas, seus sócios detém capacidade econômica e intelectual e não podem ser considerados laranjas.

DO REAL BENEFICIÁRIO

- a fiscalização indica que a real beneficiária das irregularidades cometidas por terceiros seria a Dakhia, sem fundamento, os depoimentos, fls. 310/311, desautorizam a conclusão;

- apesar de concluir que a Dakhia é cumpridora de suas obrigações fiscais, fl. 312:

Enquanto as NOTE IRAS e as INTERMEDIÁRIAS se caracterizam por uma completa despreocupação com o Fisco, por não apresentarem recolhimentos compatíveis com a emissão de suas notas fiscais, a empresa DAKHIA, de maneira oposta, se caracteriza por se apresentar ao Fisco como uma empresa cumpridora de suas obrigações, o que na verdade não ocorre conforme as informações constantes da presente representação. Tal empresa seria a principal beneficiária identificada nas operações fraudulentas da organização criminosa em questão.

- a fiscalização a coloca como 'beneficiária' das operações das 'noteiras' e 'intermediárias' sendo que não há um único vínculo da Dakhia com as 'noteiras' e 'intermediárias' REER e COTERMO. Com a Polichemicals o vínculo é de representação comercial já enfatizado;

- no que concerne ao patrimônio do Sr. Rinaldo Sumi, incorre em erro a fiscalização ao atribuir à fl. 313, o valor de R\$ 3.162.714,14 enquanto na fl. 283/286, o total é R\$ 1.968.753,15, o que demonstra o afastamento do princípio da eficiência, pela fiscalização.

DO RELATÓRIO DOS MBAs -MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO

- reafirma a imprestabilidade das provas obtidas pelo MBAs com validade ultrapassada.

COORDENAÇÃO DAS OPERAÇÕES MERCANTIS

- faz as mesmas considerações com relação as conclusões obtidas pela fiscalização durante o procedimento fiscal, acusando de ausência de comprovação da relação da Dakhia com as outras empresas e falta de aprimoramento na investigação.

COMPRA PAGA COM CHEQUES DE TERCEIROS

- às fls. 1383/1384 se insurge contra cada documento de pagamento apresentado como sendo de despesas de outras empresas pagas pela Dakhia ou despesas da Dakhia pagas por terceiros.

INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DO CONTADOR DAS EMPRESAS "NOTEIRAS" E "INTERMEDIÁRIAS" COM A DAKHIA

- não há provas que mostrem a relação entre o contador e a Dakhia, Reinaldo Pavoni era quem gerenciava e operava, determinava os pagamentos e fornecia documentos para contabilização, nenhuma das pessoas ouvidas fez referência à Dakhia;

- as únicas relações comerciais da Dakhia foram estabelecidas com a POLICHEMICALS e com a GLOBOPLAST.

DOS TRIBUTOS RECLAMADOS

- a empresa tomou ciência do Termo de Início de Procedimento fiscal em 28/08/2014, em 29/09/2014 o Termo de Intimação Fiscal nº 1, foi devolvido pelos Correios com a indicação de 'mudou-se', em 22/10/2014 foi requerida dilação de prazo;

- em 30/10/2014 a fiscalização constatou que a empresa não se encontrava mais no endereço cadastrado na Receita Federal e foi publicado edital para ciência das intimações;

- em 12/01/2015 houve novo pedido de dilação de prazo (não há resposta nos autos quanto à concessão de dilação de prazo de qualquer dos pedidos efetuados pela empresa ou seu indeferimento);

- foi informada a impossibilidade de apresentar os documentos em função do Auto Circunstanciado de Busca e "Arrecadação", esse documento instrui o Auto de Infração;

- a empresa não foi localizada no endereço constante da Receita Federal, na mesma data, foi publicado edital de intimação para entrega de livros e documentos fiscais, a fiscalização não providenciou a intimação aos sócios;

- com base em critério desconhecido e mediante quebra de sigilo fiscal, posto que os sócios não foram intimados, a fiscalização concluiu que seriam interpostas pessoas, porque não eram proprietários de imóveis e porque um não possui veículo e outro possui veículo de pequeno valor;

- em razão de não ter sido encontrada a empresa, a documentação contábil não foi entregue e a fiscalização optou por arbitrar o lucro;

-
- o real beneficiário, criador e administrador da Globoplast, Sr. Reinado Pavone, não foi incluído no Auto de Infração;
 - a Globoplast manteve relação comercial com a Dakhia e com Reinaldo Sumi, por sua empresa Reinaldo Sumi Representação Comercial - ME, tal fato não transforma a Dakhia em empresa pertencente ao mesmo grupo econômico da Globoplast, tão pouco Reinaldo Sumi como 'gestor' da empresa;
 - com base na ausência de diligências imprescindíveis à constatação dos reais beneficiários das operações da Globoplast, não subsiste a imputação de responsabilidade solidária à Dakhia e seus sócios.
 - com base em critério desconhecido e mediante quebra de sigilo fiscal, posto que os sócios não foram intimados, a fiscalização concluiu que seriam interpostas pessoas, porque não eram proprietários de imóveis e porque um não possui veículo e outro possui veículo de pequeno valor;
 - em razão de não ter sido encontrada a empresa, a documentação contábil não foi entregue e a fiscalização optou por arbitrar o lucro;
 - o real beneficiário, criador e administrador da Globoplast, Sr. Reinado Pavone, não foi incluído no Auto de Infração;
 - a Globoplast manteve relação comercial com a Dakhia e com Reinaldo Sumi, por sua empresa Reinaldo Sumi Representação Comercial - ME, tal fato não transforma a Dakhia em empresa pertencente ao mesmo grupo econômico da Globoplast, tão pouco Reinaldo Sumi como 'gestor' da empresa;
 - com base na ausência de diligências imprescindíveis à constatação dos reais beneficiários das operações da Globoplast, não subsiste a imputação de responsabilidade solidária à Dakhia e seus sócios.
 - não cabe agravamento da multa posto que a impugnante não estava obrigada a fazer qualquer declaração ao fisco relativa à Globoplast com a qual não mantém vínculo societário, de fato ou de direito;
 - considera insubsistente o auto de infração no que concerne à responsabilização solidária.

DO ARTIGO 112 DO CTN

- nos presentes autos não houve a aplicação do art. 112 do CTN na forma ditada pelos doutrinadores que transcreve.

DAS MULTAS

- discorda da multa porque não concorda com a atribuição de responsabilidade solidária que lhe foi imputada, portanto, não deixou de atender ao fisco, apenas recebeu o Auto de Infração.

DESCABIMENTO DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS

- inexistente nos autos prova da acusação fiscal, o crédito tributário não se encontra definitivamente constituído, o acolhimento da presente impugnação poderá ensejar o reconhecimento da inexistência ou inexigibilidade do tributo em relação a impugnante, que foi arrolada como responsável solidária.

CONCLUSÃO

- requer acolhimento das preliminares arguídas, desconsiderando as provas colhidas sem o válido mandado judicial, desentranhando-as dos autos.

- alternativamente, requer a suspensão do presente processo até que haja o pronunciamento judicial quanto à realização de busca e apreensão sem a válida ordem judicial;

- no mérito, insubsistência do Auto de Infração, determinando-se a exclusão da impugnante em face de sua flagrante ilegitimidade.

Na sessão realizada em 29/06/2016, a 3ª Turma da DRJ/REC julgou improcedentes as impugnações apresentadas, conforme acórdão nº 11-53.541, assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

NULIDADE. REQUISITOS.

Somente são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com cerceamento do direito de defesa.

Tendo o auto de infração preenchido os requisitos legais e o processo administrativo proporcionado plenas condições à interessada de impugnar o lançamento, descabe a alegação de nulidade.

INTIMAÇÃO POR EDITAL. VALIDADE.

É válida a intimação por edital, quando demonstrado que resultou improficua a tentativa de intimação pessoal no endereço cadastral fornecido à administração tributária.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

O processo administrativo fiscal é regido por princípios, dentre os quais o da oficialidade, que obriga a administração a impulsionar o processo até sua decisão final.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. REQUISITOS LEGAIS.

Considera-se não formulado o pedido de diligência que não atende aos requisitos legais estabelecidos para sua formalização.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. IMPUGNAÇÃO.

As Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento não têm competência para apreciar impugnação de representação fiscal para fins penais, por se tratar de ato informativo e obrigatório do servidor que tomar conhecimento de fato que, em tese, caracteriza ilícito penal.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIACÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade de atos regularmente editados.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. MULTA PELA NÃO ENTREGA DA ECD.

Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela interessada.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

DECADÊNCIA. IRPJ E REFLEXOS.

Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, na ausência de pagamentos ou se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, desloca-se a tipificação legal do artigo 150, § 4º, para o artigo 173, inciso I, do CTN.

CONDUTA DOLOSA. MULTA QUALIFICADA.

Caracterizada a conduta dolosa do sujeito passivo, aplica-se a multa qualificada prevista na legislação de regência.

MULTA AGRAVADA. INTIMAÇÃO. NÃO ATENDIMENTO. Comprovado nos autos que o contribuinte não atendeu à intimação para apresentar documentos e prestar esclarecimentos, aplica-se a multa agravada de 225%.

CONFUSÃO PATRIMONIAL. GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Respondem solidariamente pelo crédito tributário as pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico que são administradas pelos sócios de fato como se uma única empresa fossem, com a caracterização de confusão patrimonial e fraudes com intuito de frustrar eventual cobrança de créditos tributários.

SÓCIO ADMINISTRADOR. EXCESSO DE PODERES, INFRAÇÃO DE LEI E CONTRATO SOCIAL. CRÉDITOS RESULTANTES. RESPONSABILIDADE.

O sócio administrador é responsável pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TRIBUTOS. CONTRIBUIÇÕES. MULTA AGRAVADA E QUALIFICADA.

A responsabilidade solidária não se restringe aos tributos e contribuições exigidos, abrangendo também as multas imputadas, inclusive a multa de ofício agravada e qualificada, em vista de sua natureza patrimonial e não pessoal.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS. ARBITRAMENTO DO LUCRO.

O lucro será arbitrado quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o livro Caixa, na hipótese de optante pelo regime de lucro presumido.

LUCRO ARBITRADO. RECEITA DA ATIVIDADE. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Receitas obtidas na atividade da empresa e não escrituradas/declaradas constituem receitas omitidas ao Fisco.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS. COFINS. CSLL.

A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se aos lançamentos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL

A base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento, que corresponde à receita bruta auferida, não havendo previsão legal para exclusão do valor do ICMS que compõe o preço de venda da mercadoria.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido"

Cientificada do Acórdão DRJ/REC nº 11-53.541, em 12/07/2016, conforme AR às fls. 1.629, a recorrente apresentou, em 11/08/2016, recurso voluntário (fls. 1.631 a 1.741) alegando, em síntese, as questões abaixo relacionadas, as quais serão detalhadas por ocasião do voto:

- Preliminarmente, alega a nulidade dos autos de infração por terem sido pautados totalmente em provas obtidas de forma ilícita, com o respaldo do próprio Poder Judiciário, que reconheceu a nulidade das provas colhidas após o vencimento do mandado judicial que determinava a busca e apreensão;

- Requer a conversão do julgamento em diligência para que a autoridade fiscal especifique quais provas foram colhidas no curso do procedimento fiscal e quais foram obtidas na ação judicial, a fim de que possa se defender de cada uma delas, sob pena de cerceamento do direito de defesa;

- Sustenta a impossibilidade de lavratura dos autos de infração, tendo em vista o transcurso do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN;

- Afirma que não há nos autos qualquer prova da existência de grupo econômico e que a conclusão da fiscalização foi feita com base apenas em indícios e falsas inferências, o que não é admitido no ordenamento jurídico pátrio;

- Alega que o arbitramento somente ocorre quando o contribuinte deixa de atender as condições do art. 530 do RIR/99, e que para proceder ao arbitramento é necessário que seja impossibilitado à fiscalização proceder a análise do lucro realmente obtido;

- Refuta a aplicação da multa qualificada e agravada por inexistir nos autos prova de conduta dolosa, bem assim, por ofensa ao princípio de vedação ao confisco dada a exorbitância da multa de 225%;

- Defende o reconhecimento do direito líquido e certo de apurar e recolher a contribuição para o PIS e a COFINS sem a indevida inclusão do ICMS em sua base de cálculo, seja por observância ao arquétipo constitucional do tributo, estabelecido pelo art. 195, I, da CF, seja por obediência aos princípios constitucionais do pacto federativo e da uniformidade tributária;

- Afirma que o único fundamento da autuação é a inconsistência entre as informações prestadas em sua DIPJ e o Livro de Apuração de ICMS, sendo que em nenhum momento foi concedido à recorrente a oportunidade para esclarecer possíveis equívocos. Aduz

que as informações prestadas em DIPJ são meramente informativas, não sendo hábeis a comprovar a falta de recolhimento de tributo nem tampouco a ocorrência do fato gerador; em observância ao conceito de faturamento ou receita, ou em bem assim, por ofensa aos princípios constitucionais do pacto federativo e da uniformidade tributária.

Além do recurso voluntário apresentado pela Globoplast Indústria e Comércio de Produtos Termoplásticos Ltda, foram também apresentados recursos voluntários pelos responsáveis solidários Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda, Rinaldo Sumi, Paulo Fernandes Silva e Marcio Paulo Baum.

Em seu recurso voluntário (fls. 2.031 a 2.050), a coobrigada Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda faz, em síntese as seguintes alegações, as quais serão detalhadas por ocasião do voto:

- Inexistência de provas com relação à vinculação da Dakhia às demais empresas, quer as denominadas "intermediárias" quer as chamadas "noteiras", seja direta ou indiretamente;

- Afirma que a documentação que instrui a ação foi obtida por meio ilícito, posto que a execução dos mandados judiciais se deu após o prazo limite para cumprimento da medida. Por este motivo requer a suspensão do julgamento do processo administrativo até a decisão final a ser proferida pelo TRF/3ª Região, acerca da legalidade das provas.

No recurso voluntário de fls. 1.999 a 2.028, os coobrigados Rinaldo Sumi, Paulo Fernandes Silva e Marcio Paulo Baum, sócios da Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda, requerem a reforma da decisão recorrida para que seja julgado insubsistente os autos de infração, sob os seguintes argumentos:

- Inexiste nos autos prova da vinculação da Dakhia com as empresas "intermediárias" Reer e Cotermo, e com as "noteiras", bem assim, não há indicação da conduta da Dakhia ou de seus sócios que teriam concorrido para que as empresas denominadas "intermediárias" e "noteiras" auferissem seus intentos;

- Aponta que os responsáveis pelas empresas denominadas "noteiras" não foram procurados pela fiscalização, tampouco os titulares das empresas "intermediárias", sendo tal fato inadmissível tendo em vista que o contador das empresas declinou quem o contratou, quem operava e administrava as empresas, Sr. Reinaldo Pavone, porém o Fisco o poupou de todos atos da fiscalização;

- Sustenta a improcedência da atribuição de solidariedade pois não restou provada a vinculação da Dakhia com as empresas alvo da fiscalização, bem assim, porque não é dado ao Fisco suprimir a fase judicial e, ao seu bel prazer, desconsiderar a personalidade da empresa Dakhia;

- Afirma que a documentação que instrui a ação foi obtida por meio ilícito, posto que a execução dos mandados judiciais se deu após o prazo limite para cumprimento da medida. Por este motivo requer, alternativamente, a suspensão do julgamento do processo administrativo até a decisão final a ser proferida pelo TRF/3ª Região, acerca da legalidade das provas.

É o relatório.

Voto

Conselheira Milene de Araújo Macedo, Relatora

O recurso voluntário apresentado pelo contribuinte é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Com relação aos recursos voluntários apresentados pelos responsáveis solidários, não consta dos autos a juntada pela unidade preparadora da comunicação do resultado do julgamento com a ciência aos coobrigados do Acórdão DRF/REC nº 11-53.541, de 29/06/2016.

No recurso voluntário apresentado pela Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda, a coobrigada menciona que a falta de ciência da decisão de primeira instância, bem assim, o impedimento ao acesso eletrônico do processo são objetos do mandado de segurança nº 5000712-75.2017.4.03.6114, em trâmite perante a 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo.

Na sentença proferida em 23/05/2017, nos autos do referido processo, consta que a unidade de origem de fato havia deixado de intimar os impetrantes Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda, Rinaldo Sumi, Paulo Fernandes Silva e Marcio Paulo Baum da decisão proferida pela DRJ/REC, entretanto, notificada da liminar realizou as intimações para corrigir o vício, conforme documentos de ID 1079471, folhas 6,7 e 8, anexados ao processo judicial.

Nos recursos voluntários apresentados, os coobrigados alegam que os recursos são tempestivos e anexam cópias das intimações, envelopes e consultas aos sites dos Correios, com o fim de comprovar que foram intimados nas datas abaixo relacionadas:

Coobrigado	Data Ciência Acórdão DRJ	Comprovante Docs. fls.	Data RV	Comprovante Docs. fls.
Dakhia Ind. e Com. Termop.	18/04/2017	2.048 a 2.050	17/05/2017	2.051 a 2.052
Rinaldo Sumi	18/04/2017	2.020 a 2.022	15/05/2017	1.999
Paulo F. Silva	18/04/2017	2.023 a 2.025	15/05/2017	1.999
Marcio P. Baum	17/04/2017	2.026 a 2.028	15/05/2017	1.999

Nos termos do art. 33 do Decreto nº 70.235, o prazo para interposição de recurso voluntário é de 30 dias contados da ciência da decisão:

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

Considerando as datas de ciências informadas nos recursos apresentados pelos responsáveis solidários, bem assim, a falta de juntada dos comprovantes pela unidade de origem de documentos comprobatórios com as datas de ciência do acórdão DRJ/REC nº 11-

53.541 aos coobrigados acima identificados, tenho por tempestivos os recursos voluntários por eles apresentados e deles conheço.

Com relação à ordem judicial proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 5000712-75.2017.4.03.6114 (fls. 2.055 a 2.057) para que os impetrantes Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda, Paulo Fernandes Silva, Rinaldo Sumi e Márcio Paulo Baum fossem intimados previamente das sessões de julgamento para prática de quaisquer atos antecedentes, os nomes dos impetrantes foram incluídos na pauta de julgamento publicada no DOU de 08/02/2018 e no sítio do CARF, visto ser esta a via de ciência dos contribuintes quanto aos processos que serão julgados no âmbito do CARF, nos termos do art. 55 do Anexo II, da Portaria MF nº 343/2015.(Regimento Interno do CARF).

PRELIMINARES

Alega a recorrente, preliminarmente, que as provas utilizadas pela fiscalização para lavratura dos autos de infração foram obtidas ilicitamente e, portanto, as conclusões da fiscalização estão eivadas de vício original. Afirma que a execução dos mandados de busca e apreensão determinados pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, nos autos da ação cautelar nº 0006489-27.2014.4.03.6181, se deu após a validade dos mesmos, motivo pelo qual, na decisão judicial proferida em 08/01/2015, foi declarada a nulidade das provas obtidas irregularmente e determinada a devolução de todo material apreendido. Dessa forma, por ter sido totalmente pautado em provas obtidas de forma ilícita, com o respaldo do próprio Poder Judiciário que reconheceu a nulidade das provas colhidas, defende a recorrente que restou cabalmente demonstrada a necessidade de anulação dos autos de infração.

Em consulta processual ao sítio do TRF 3ª Região é possível verificar que da decisão que declarou a nulidade e determinou a devolução de todo o material apreendido foi interposta a apelação nº 0003220-43.2015.4.03.6181, pelo Ministério Público Federal, ainda pendente de julgamento pela Décima Primeira Turma do TRF 3ª Região.

Além da apelação interposta, o Ministério Público Federal impetrou também o mandado de segurança nº 0006712-59.2015.4.03.0000, requerendo a suspensão da decisão que declarou a nulidade das provas obtidas nos mandados de busca e apreensão. No Acórdão proferido em 18/08/2016, a Quarta Seção do TRF 3ª Região concedeu a segurança para atribuir efeito suspensivo à apelação e determinar a manutenção da constrição dos bens apreendidos nas diligências de busca e apreensão. Dessa decisão, terceiro não vinculado aos presentes autos, o Sr. Gilberto Pereira dos Santos opôs recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, entretanto, em recente decisão de 06/11/2017, a Sexta Turma do STJ negou provimento ao agravo regimental contra decisão que não conheceu do recurso especial da parte.

Assim, a questão relativa à legalidade das provas obtidas nos mandados de busca e apreensão, ainda pendente de decisão definitiva, deve ser decidida pelos órgãos judiciais de julgamento, em obediência ao princípio constitucional da jurisdição una. Até o presente julgamento não consta nenhuma intimação judicial para desentranhamento das provas e, ainda que sobrevenha decisão judicial definitiva, superveniente ao presente julgamento, declarando a ilegalidade das provas obtidas nos mandados de busca e apreensão, deve ser verificada existência ou não de provas independentes, que possam suportar a autuação.

A recorrente alega que os autos de infração seriam totalmente pautados em documentos obtidos ilegalmente através nos Mandados de Busca e Apreensão, entretanto da

leitura do Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades chega-se a conclusão diversa. A infração objeto dos lançamentos de ofício foi apurada mediante o confronto entre o somatório das notas fiscais eletrônicas obtidas no ambiente Sped e os valores informados nas DCTFs - Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais, documentos estes que a Receita Federal tem acesso em diretamente em seus sistemas eletrônicos, independentemente da realização de mandados de busca e apreensão.

No Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades, apenas ao tratar da questão relativa à sujeição passiva, a fiscalização afirma que a fiscalizada integra grupo econômico liderado pela empresa Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda. e que a comprovação de sua existência seria feita com base no "Relatório Fiscal Grupo Econômico Dakhia" e no "Relatório Fiscal Mandados de Busca e Apreensão".

Na introdução do "Relatório Fiscal Grupo Econômico Dakhia" a fiscalização menciona a realização de diversas diligências, amparadas com base em mandados de procedimentos fiscais, e tomadas de termos de declaração, que permitiram a identificação da existência do grupo econômico de fato e, apenas no item "7.5 - DOS MBAs - Mandados de Busca e Apreensão" é feita menção aos mandados de busca e apreensão determinados pela Justiça Federal.

Como bem pontuado no acórdão recorrido, os auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil não precisam de autorização judicial para ingressar nos estabelecimentos das empresas e proceder ao exame e coleta de livros e documentos, nos termos do art. 910, do Decreto nº 3.000/99:

Art. 910. A entrada dos Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional nos estabelecimentos, bem como o acesso às suas dependências internas não estarão sujeitos a formalidades diversas da sua identificação, pela apresentação da identidade funcional.

Com relação ao Mandado de Procedimento Fiscal - MPF Diligência emitido em nome da pessoa física Rinaldo Sumi, sócio e administrador da Dakhia, a fiscalização relata que em diligência ao seu domicílio tributário, em 14/08/2014, foi constatado que o mesmo havia se mudado, não tendo sido efetuada a coleta de qualquer elemento probatório.

Assim, com amparo nos Mandados de Procedimentos Fiscal - Diligências, documentos emitidos pela própria Receita Federal do Brasil para instauração de procedimentos fiscais nos termos dos arts. 2º a 4º da Portaria RFB nº 3.014/2011, foram realizadas as diligências nas diversas empresas do grupo relacionadas na fls. 269 do "Relatório Fiscal Grupo Econômico - Dakhia". Com o intuito de coletar mais provas da existência do grupo econômico e, devido à grande quantidade de provas colhidas nos mandados de busca e apreensão, foi relacionada no denominado "Relatório Fiscal - Resultado dos Mandados de Busca e Apreensão", a documentação apreendida pela Polícia Federal. Em seguida transcrevo trecho deste relatório (fls. 663), onde é possível identificar as diferenças dos instrumentos legais utilizados na obtenção das provas:

"As provas coletadas na OPERAÇÃO PLÁSTICO FRIO só corroboraram com as provas citadas no RELATÓRIO GRUPO ECONÔMICO DAKHIA, juntado aos autos, obtidas com o amparo de MPFs - MANDADOS DE PROCEDIMENTO FISCAL, reforçando a existência de um Grupo Econômico fraudulento. Os dois Relatórios se completam mas não necessariamente são dependentes. Apenas as provas de ambos foram obtidas por instrumentos legais distintos: MPF e MBA."

Importante ressaltar também que os documentos obtidos pela Polícia Federal, em cumprimento aos mandados de busca e apreensão realizados em 14/08/2014, somente foram compartilhados com a RFB em 18/08/2014, conforme Termo de Entrega transcrito no Relatório Fiscal - Mandados de Busca e Apreensão às fls. 664 a 666, ou seja, após os procedimentos de diligência realizados pela fiscalização.

Verifica-se, portanto, que diversamente do alegado pelo recorrente, os autos de infração não foram pautados exclusivamente em provas obtidas ilicitamente através dos mandados de busca e apreensão. Ao contrário, utilizando-se de seus próprios instrumentos de trabalho a fiscalização obteve documentos hábeis à comprovação da infrações descritas nos autos de infração, tendo as provas obtidas nos mandados de busca se prestado apenas a reforçar suas conclusões.

Diante de todo o exposto e considerando a inexistência de decisão judicial definitiva declarando a ilicitude das provas obtidas por meio dos mandados de busca e apreensão, bem assim, a existência de provas independentes obtidas no curso dos procedimentos fiscais hábeis a comprovar as infrações apuradas, não há que se falar em ilicitude de provas e, conseqüentemente, em decretação de nulidade do procedimento fiscal

DO PEDIDO DE DILIGÊNCIA

Prosseguindo em sua defesa, requer a recorrente a conversão do julgamento em diligência para que a autoridade fiscal especifique quais provas foram colhidas no curso do procedimento fiscal e quais foram obtidas na ação judicial, a fim de que possa se defender de cada uma delas, sob pena de cerceamento do direito de defesa. Também não merece ser acolhido o pedido da recorrente, pois nos termos dos arts. 16 e 18 do Decreto nº 70.235/72, as diligências no procedimento administrativo fiscal podem ser solicitadas tanto pelo impugnante quanto pelo julgador e serão deferidas nos casos em que necessárias à solução da lide:

Art. 16. A impugnação mencionará:

[..]

IV as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

[...]

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, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Via de regra, as diligências se prestam a esclarecer pontos obscuros, controversos ou duvidosos, porém, no caso em questão, a recorrente pleiteia a realização de

diligência para que a autoridade fiscal especifique quais provas foram colhidas no curso do procedimento fiscal e quais foram obtidas na ação judicial, todavia, tal segregação foi feita ainda no curso do procedimento fiscal, por ocasião da elaboração dos denominados "Relatório Fiscal Grupo Econômico - Dakhia" e "Relatório Fiscal - Resultado dos MBAs - Mandados de Busca e Apreensão". No relatório fiscal do grupo econômico a fiscalização descreve as diligências realizadas, os depoimentos tomados, as circularizações realizadas, bem assim, as consultas realizadas aos sistemas internos e externos, que a levaram a concluir pela existência do grupo econômico de fato liderado pela Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda. Por outro lado, no "Relatório Fiscal - Resultado dos MBAs - Mandados de Busca e Apreensão" (fls. 660 a 774) foram relacionados todos os documentos apreendidos nos mandados de busca e apreensão levados a cabo na "Operação Plástico Frio", bem assim, foi feita uma análise das relações entre as pessoas jurídicas e físicas alvo da operação, com base na documentação apreendida.

Dessa forma, desnecessária a realização da diligência requerida, tendo em vista que nos autos foram detalhadas as provas obtidas tanto no procedimento fiscal quanto na operação de busca e apreensão determinada pelo juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de São Paulo.

DO MÉRITO

A recorrente requer o reconhecimento do transcurso do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN.

A questão relativa ao prazo decadencial para os tributos sujeitos à homologação, como é o caso dos autos, encontra-se pacificada pelo STJ conforme decisão proferida no julgamento do REsp nº 973.733, submetido ao procedimento dos recursos repetitivos previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973:

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

No Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades a fiscalização relata que a recorrente nunca entregou DCTF - Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais para o período fiscalizado, como também não recolheu qualquer valor referente aos tributos lançados nos autos de infração.

Assim, em decorrência da falta de pagamento, independentemente da existência ou não de dolo, o prazo decadencial previsto inicialmente no art. 150 § 4º, do CTN desloca-se para o art. 173, I do CTN. Considerando que o fato gerador mais antigo é setembro/2009, o termo inicial do prazo decadencial é 01/01/2011 com término em 31/12/2015, porém como a ciência dos lançamentos se deu em 30/10/2015, descabe a alegação de decadência dos lançamentos efetuados.

Relativamente à caracterização do grupo econômico de fato, afirma a recorrente que não há nos autos qualquer prova da existência de grupo econômico e que a

conclusão da fiscalização foi feita com base apenas em indícios e falsas inferências, o que não é admitido no ordenamento jurídico pátrio.

Diversamente do alegado pelo contribuinte, da leitura do "Relatório Fiscal Grupo Econômico - Dakhia" é possível verificar que a fiscalização concluiu que a recorrente faz parte, como empresa intermediária, de grupo econômico de fato, liderado pela Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda, pautando-se em farta documentação comprobatória, composta por Termos de Constatação lavrados por ocasião das diligências realizadas nas empresas do grupo, amparadas por Mandados de Procedimento Fiscal - MPF, Termos de Declaração de prepostos, Termos de Intimação e respostas obtidas nas circularizações em empresas e pessoas físicas que mantinham relações comerciais com o grupo e seus administradores, bem assim, consultas aos sistemas internos e externos à Receita Federal do Brasil.

A fiscalização assim resumiu a estrutura do grupo econômico, no "Relatório Fiscal - Grupo Econômico Dakhia":

"- As operações mercantis, assim como o Grupo Econômico, são coordenadas pela empresa **DAKHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE TERMOPLÁSTICOS LTDA, CNPJ 02.650.047/0001-26.**

- As empresas **Noteiras** se sucedem umas às outras, caracterizando-se por uma existência curta e pelo quadro societário composto por interpostas pessoas ("laranjas"), usadas para esconder operações irregulares e os verdadeiros beneficiários reais (donos do negócio).

- As empresas **Intermediárias** são utilizadas pela empresa líder **Dakhia** para realizar vendas ao mercado.

O **Grupo Econômico de fato** é constituído pela Dakhia (**Real Beneficiária**) e pelas empresas **Noteiras** e **Intermediárias** abaixo relacionadas. Doravante, passaremos a utilizar a denominação **GRUPO-DAKHIA** quando nos referirmos ao **Grupo Econômico** controlado pela **Dakhia**.

Intermediárias :

Policchemicals Comércio de Resinas Plásticas Ltda - CNPJ 01.403.100/0001-21;

Reer Indústria e Comércio de Plásticos Ltda - CNPJ 08.816.633/0001-84;

Cotermo Comercial de Termoplásticos Ltda - CNPJ 07.312.840/0001-39, e

Globalplast Indústria e Comércio de Produtos Termoplásticos Ltda ME - CNPJ 00.105.843/0001-52.

Noteiras:

- 1) **Novoplast** Comercial Termoplast Ltda;
- 2) **Antônio Maurício de Freitas Bairão** EPP;
- 3) **JP** Comércio de Produtos Termoplásticos Eirelli;

- 4) **Haddad & Mayer** Consultoria Gestão Empresarial Ltda;
- 5) **Dover** Plástico Produtos Termoplásticos Ltda;
- 6) **Plásticos Cris** Consultoria Gestão Empresarial Ltda ME;
- 7) **Cellstyle** Comércio de Produtos Termoplásticos Ltda ME;
- 8) **Houseware** Importação Exportação e Comércio Ltda EPP, e
- 9) **Krhauhiller** Comércio de Plásticos Ltda.

Ao relatar o *modus operandi* do grupo, a fiscalização afirma que a empresa líder, a Dakhia, realiza de fato as operações mercantis de venda aos clientes (indústrias), mas os documentos fiscais e bancários relativos a tais operações são das empresas intermediárias, Polichemicals, Globoplast, Reer e Cotermo. As empresas noteiras são utilizadas para acobertar a entrada de mercadorias nas empresas intermediárias por meio de notas frias, dando a estas uma falsa sensação de regularidade e licitude à contabilidade dessas empresas gerando custos e créditos indevidos para as intermediárias. Agindo dessa maneira, a Dakhia em nada se vincula às operações para efeitos fiscais e transfere o faturamento para as pessoas jurídicas intermediárias, constituídas por interpostas pessoas sem capacidade econômica, bem assim, a responsabilidade pelos tributos devidos.

Ainda de acordo com o relatório, apesar da Dakhia, pessoa jurídica controladora do grupo e real beneficiária, ter declarado receitas da atividade no montante de R\$ 37.335.165,82, nos anos-calendário de 2010 a 2013, as empresas intermediárias obtiveram faturamento de R\$ 667.679.205,40, e recolheram aos cofres públicos apenas R\$ 167mil em tributos. Já as empresas noteiras emitiram, no mesmo período, R\$ 525 milhões em notas fiscais, sendo que desse total R\$ 447 milhões foram destinadas às empresas intermediárias com o objetivo de acobertar as operações de venda dessas empresas, porém as noteiras recolheram aos cofres públicos a quantia de apenas R\$ 7.994,34.

O grupo econômico de fato Dakhia é caracterizado, principalmente, pela unicidade de direção e pela confusão patrimonial. No caso dos autos, os fatos abaixo relacionados, apontados no "Relatório Fiscal - Grupo Econômico Dakhia", demonstram existência do grupo econômico de fato:

A - Endereços coincidentes ou próximos:

"Em consulta aos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil, percebe-se que o telefone de contato indicado pelo **contador PEDRO FRANCISQUINI NOGUEIRA** é o número 11 -2412-3721, que é o mesmo telefone de contato da Noteira **JP - COMERCIO PRODUTOS TERMOPLASTICOS EIRELI - CNPJ 16.733.433/0001-96** e das Intermediárias **REER INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA - CNPJ 08.816.633/0001-84** e **GLOBOPLAST INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS TERMOPLASTICOS LTDA - ME - CNPJ 00.105.843/0001-52**.

Destacamos ainda que a Rua Afonso Cunha nº 1.278 em Guarulhos (SP), domicílio tributário de PEDRO FRANCISQUINI NOGUEIRA, é uma travessa da Av. Paquistão, nº 376, que é o domicílio tributário declarado da Noteira **ANTONIO MAURÍCIO DE FREITAS BAIRÃO EPP- CNPJ 14.757.615/0001-71**.

...

Amparada pelo MPF nº 08.1.11.00-2-14-00768-7, foi realizada **Diligência Fiscal** em 14/08/2014, no endereço da **Noteira DOVER**, sito na Rua Afonso Cunha, 1.300 - Jd. Cumbica -Guarulhos/SP. **que não foi localizada no local**. Foi lavrado o Termo de Diligência Fiscal.

No andar de cima deste imóvel em que estaria a **DOVER**, localiza-se o escritório contábil do Sr. PEDRO FRANCISQUINI NOGUEIRA, sito na Rua Afonso Cunha, 1.278 - Jd. Cumbica -Guarulhos/SP." (fls. 278)

"Amparados pelos **MPFs-Diligência** abaixo, já citados no item **1 - INTRODUÇÃO**, diligenciamos, em **14/08/2014**, nos endereços das seguintes **Noteiras** e um de seus sócios:

- **MPF 08.1.11.00-2014-00759-8 - HADDAD & MAYER CONS. EMP. LTDA** - Rua Soldado Rafael Pereira, 174 - São Paulo-SP;

- **MPF 08.1.11.00-2014-00758-0 - PLÁSTICOS CRIS CONS. GESTÃO EMP.LTDA-ME** - Rua Soldado Rafael Pereira, 170 - São Paulo - SP, que também é o mesmo endereço da **Noteira CELLSTYLE COM. DE PROD. TERMOPL. LTDA-ME**;

- **MPF 08.1.11.00-2014-00760-1 - GILBERTO PEREIRA DOS SANTOS (Sócio das Noteiras HADDAD e DOVER)** - Rua Soldado Rafael Pereira, 33 - São Paulo-SP.

Como podemos observar logo de início, os endereços não só próximos como também são vizinhos, conforme foto do local exposta mais abaixo.

No endereço da **PLÁSTICOS CRIS** e da **CELLSTYLLE**, que é o mesmo, deparamos com um imóvel comercial fechado e com características de abandono. Segundo estabelecimento em frente e moradores vizinhos, não existe atividades no local há mais de 2 (dois) anos.

No endereço da **HADDAD**, também encontramos um imóvel comercial fechado, e segundo vizinhos no local há atividade fabril em dias alternados.

Por fim fomos no endereço do Sr. **GILBERTO PEREIRA DOS SANTOS**. O morador não foi localizado. No local encontramos a moradora Sra. **MARIA DE LOURDES GOMES DA SILVA**, sócia da **HADDAD e da DOVER**, que foi cônjuge do Sr. Gilberto e resumidamente declarou que: " (fls. 295).

B - Atividades idênticas/semelhantes e/ou complementares no ramo de Termoplásticos:

Pela razão social é possível identificar que tratam-se de empresas que atuam no ramo de termoplásticos:

<i>EMPRESAS/Razão Social</i>	<i>CNPJ/CPF N°</i>	<i>MPF N°- Fiscalização ou Diligência</i>
DAKHIA IND. COM. DE TERMOPLÁSTICOS LTDA	02.650.047/0001-26	08119.00-2014-00372 - Fiscalização
REER IND. E COM. DE PLÁSTICOS LTDA	08.816.633/0001-84	08111.00-2013-00002 - Fiscalização
COTERMO COMI DE TERMOPLÁSTICOS LTDA	07.312.840/0001-39	08111.00-2014-00787 - Fiscalização
GLOBOPLAST IND COM PROD TERMOPLÁSTICOS LT	00.105.843/0001-52	08119.00-2014-00374 - Fiscalização
POLICHEMICALS COM. RESINAS PLÁSTICAS LTDA	01.403.100/0001-21	08119.00-2014-00373 - Fiscalização
HADDAD & MAYER CONSULT. GESTÃO EMPRES. LT	05.956.843/0001-80	08111.00-2014-00759 - Diligência
DOVER PLASTIC PROD TERMOPLÁSTICOS LTDA	13.461.201/0001-38	08111.00-2014-00768 - Diligência

PLÁSTICOS CRIS CONSULT. GESTÃO EMPRES. LTDA	09.458.801/0001-70	08111.00-2014-00758 - Diligência
NOVOPLAST COML TERMOPLÁSTICOS LTDA	13.241.117/0001-09	08111.00-2014-00765 - Diligência
KRHAUHILLER COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA	18.596.789/0001-96	07276.00-2013-00691 - Diligência

C - Presença de "laranjas" ou pessoas sem condições financeiras nos quadros societários das empresas intermediárias e noteiras, para burlar o Fisco e direcionar as cobranças dos créditos tributários a pessoas sem qualquer condição financeira de liquidação, mantendo o patrimônio dos reais beneficiários intacto. Tais constatações estão registradas no "Relatório Fiscal - Grupo Econômico Dakhia:

"As empresas **Noteiras** apresentam em comum o fato de terem o quadro societário composto por interpostas pessoas ("laranjas") com o objetivo de distanciar formalmente as empresas de seus reais controladores. As NOTEIRAS apresentam uma série de vínculos, seja pela localização física das suas supostas sedes, seja pela vinculação entre os sócios e ex-sócios "laranjas". (fls. 296)

GLOBOPLAST:

"O antigo sócio MAURO CARLOS CRUZ, CPF 094.266.505-80, pertence ao quadro societário da empresa da **Noteira CELLSTYLE COM PROD TERMOPL LTDA**, CNPJ 02.737.828/0001-52 na qualidade de sócio administrador. Os sócios atuais da GLOBOPLAST demonstram ser "laranjas", devido à baixa capacidade econômica." (fls. 303)

COTERMO:

"Os sócios da **COTERMO** demonstram ser "laranjas", em virtude da baixa capacidade econômica. A sócia VERA LUCIA DE MELLO, CPF 420.165.842-20 também participou da sociedade da **Noteira HADDAD & MAYER CONSULTORIA GESTAO EMPRESARIAL LTDA - CNPJ 05.956.843/0001-80.**" (fls. 305)

REER:

"Tanto o Sócio **GILBERTO ALVES FEITOZA**, CPF nº 107.401.498-73 como o Sócio **RONALDO DE CARVALHO MENINO**, CPF nº 170.025.108-27 passaram a constar nas GFIPs da empresa a partir da competência 06/2013 com o código CBO "01421 - Gerentes Administrativos, Financeiros e de Riscos", perfazendo um salário mensal de R\$ 2.000,00 cada. Os sócios demonstram ser "laranjas", em virtude da baixíssima capacidade econômica declarada em suas DIRPFs anos-calendário 2010 e 2011." (fls. 306)

POLICHEMICALS:

"Tanto os sócios atuais como anteriores demonstram ser "laranjas", em virtude da discreta capacidade econômica. **Cristiano Moraes Ferreira de Sena, CPF 372.051.908-27** foi sócio administrador da **Policchemicals** e também figura no quadro societário das empresas **Noteiras Novoplast e Plásticos Cris**. Ressalta-se que na GFIP os sócios atuais da **Policchemicals** (Reinaldo Pavone e Rodrigo Henrique da Silva) constam como Diretores Administrativos e Financeiros.

O sócio Rodrigo Henrique da Silva, CPF 275.866.048-27, indica na RFB o mesmo domicílio tributário (Rua Soldado Rafael Pereira, 33 - Pq Novo Mundo/SP) dos sócios das **Noteiras HADDAD & MAYER** e **DOVER**, a Sra. MARIA DE LOURDES GOMES DA SILVA - CPF 043.805.638-80 e Sr. GILBERTO PEREIRA DOS SANTOS - CPF 058.144.478-77, uma casa discretíssima." (fls. 308)

Além das informações acima transcritas, no "Diagrama de Relacionamentos Societários" é possível identificar que Keli Rodrigues Gomes Silva, funcionária da Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda desde 1998, de acordo com o Termo de Declaração anexado às fls. 632 a 635, foi também sócia da Grão Técnico Indústria e Comércio Ltda, empresa que foi constituída em 2001 e incorporada pela Dakhia em 2015.

D - As empresas, em sua maioria, têm o mesmo contador:

O Sr. Pedro Francisquini Nogueira aparece como responsável pelas empresas noteiras Novoplast, JP, Antonio Maurício, Dover e Cellstyle, bem assim, pelas empresas intermediárias Reer e Globoplast.

E - Confusão patrimonial entre as empresas noteiras, intermediárias e real beneficiária e sócios pessoas físicas - receitas versus pagamento de despesas:

Conforme Termo de Declaração (fls. 580 a 584), prestado por Anderson Ribeiro da Silva, autor de processo trabalhista contra o Grupo Dakhia, o declarante efetuava pagamentos, depósitos e outros serviços junto aos bancos, não somente para sua empregadora, a empresa Grão Técnico (incorporada pela Dakhia em janeiro/2015), como também para a Dakhia, Polichemicals, Globoplast e Novoplast. Declarou também que havia uma confusão entre os cheques das empresas e fazia diversos pagamentos de contas dessas outras empresas e de pessoas físicas Rinaldo Sumi, Paulo Fernandes Silva e Márcio Paulo Baum, todos sócios administradores da Dakhia. Afirmou que recebia pelos serviços prestados através de saques em dinheiro de cheques das empresas Globoplast, Novoplast, Grão Técnico, Polichemicals e Dakhia e que os talões de cheque das outras empresas ficavam na Dakhia.

No Termo de Declarações de Bianca dos Santos Gallego, que foi empregada da Dakhia 2010 a 2014, a declarante afirmou que fazia cobranças das empresas Dakhia e Polichemicals e que entre os fornecedores da Dakhia estavam as empresas Globoplast, Reer, Novoplast e Haddad, dentre outras.

A confusão patrimonial fica também evidenciada pelas aquisições de imóveis efetuadas pelo sócio-administrador da Dakhia, Rinaldo Sumi, com pagamentos efetuados pelas empresas do grupo. Em atendimento à intimação da fiscalização, o alienante do apartamento registrado na matrícula nº 131.783 do 1º CRI de São Bernardo do Campo, Sr. Edson Sutério, encaminhou a documentação bancária comprobatória dos valores recebidos com a venda do imóvel. Da análise dessa documentação é possível identificar que apesar do imóvel ter sido adquirido por Rinaldo Sumi pelo valor de R\$ 1.300.000,00, a quase totalidade dos pagamentos, no montante de R\$ 1.117.322,56, foi efetuada pelas empresas do grupo Globoplast Comércio de Produtos Termoplásticos Ltda e Novoplast Comercial Termoplástico Ltda, por meio dos cheques e TEDs abaixo relacionados:

"PAGAMENTOS FEITOS PELA GLOBOPLAST EM FAVOR DOS VENDEDORES:

- cheque nº 001329, banco 237, agência 2224, c/c 931004 no valor de R\$ 100.000,00 em 07/01/2013;

- cheque nº 001455, banco 237, agência 2224, c/c 931004 no valor de R\$ 158.300,00 em 06/02/2013;

- TED , banco 237, agência 2224, c/c 931004 no valor de R\$ 158.955,00 em 07/03/2013;

- cheque nº 001708, banco 237, agência 2224, c/c 931004 no valor de R\$ 160.934,56 em 07/06/2013;

- cheque nº 001708, banco 237, agência 2224, c/c 931004 no valor de R\$ 100.000,00 em 11/07/2013;

Total pago pela Globoplast = R\$ 678.189,56

PAGAMENTOS FEITOS PELA NOVOPLAST EM FAVOR DOS VENDEDORES:

cheque nº 002091, banco 237, agência 2224, c/c 654000 no valor de R\$ 57.649,00 em 07/01/2013;

cheque nº 002620, banco 237, agência 2224, c/c 654000 no valor de R\$ 159.612,00 em 08/04/2013;

- cheque nº 002738, banco 237, agência 2224, c/c 654000 no valor de R\$ 160.272,00 em 08/05/2013;

- TED , banco 237, agência 2224, c/c 931004 no valor de R\$ 61.600,00 em 22/07/2013;

Total pago pela Novoplast = R\$ 439.133,00

Total pago pela Globoplast + Novoplast = R\$ 1.117.322,56"

O outro apartamento adquirido por Rinaldo Sumi da DMCA Incorporadora de Imóveis Ltda, registrado na matrícula nº 130.866 do 1º CRI de São Bernardo do Campo, por R\$ 604.759,15, também teve 70% do valor comprovadamente pago pelas empresas do grupo Globoplast Comércio de Produtos Termoplásticos Ltda, Novoplast Comercial Termoplástico Ltda, Polichemicals Comércio de Resinas Plásticas Ltda e Plásticos Cris Comércio de Termoplásticos Ltda, conforme TEDs apresentadas pela alienante em atendimento à intimação da fiscalização, anexadas às fls. 372 a 388.

Foi também identificada a aquisição de um terceiro imóvel por Rinaldo Sumi, da JPA Empreendimentos e Participações S/S Ltda, objeto da matrícula nº 77.449 do CRI de Jacareí - SP, por R\$ 63.994,00. A alienante temo como sócios José Batistucci e Ademir Domene que são também sócios da Globoplast Industria e Comércio de Termoplásticos Ltda.

A fiscalização constatou também que imóvel de propriedade de Rinaldo Sumi foi dado em caução, como garantia de contrato de locação em que a empresa do grupo Globoplast Industria e Comércio de Termoplásticos Ltda consta como locatária.

F - Possuem unicidade de direção - Dakhia (real beneficiária)

Diversos documentos obtidos no curso do procedimentos fiscal demonstram existência de grupo econômico liderado pela empresa Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda, como os abaixo relacionados:

F.1 - Circularização realizada junto à pessoa jurídica Uniezzo Indústria e Comércio de Plásticos Ltda - ME, cliente da Globoplast:

Na resposta apresentada à intimação da fiscalização, o proprietário da empresa, Maurício Simão Freire afirmou que Rinaldo Sumi, sócio e administrador da Dakhia, é muito influente no setor de plásticos e acreditava ser ele o proprietário/gestor da Globoplast e da Polichemicals. Com o objetivo de comprovar suas alegações, anexou cópias de correspondências eletrônicas entre a funcionária do departamento comercial da Uniezzo, Neide, e a coordenadora financeira/administrativa da Dakhia, Keli Rodrigues Gomes, a respeito do pagamento de boletos pela Uniezzo, referentes a notas fiscais emitidas pela Globoplast Ind. e Com. de Prod. Termoplásticos Ltda.

Da análise da documentação verifica-se que o departamento comercial/administrativo da Dakhia efetuava cobranças em nome da Globoplast Ind. e Com. de Prod. Termoplásticos Ltda, e o Sr. Rinaldo Sumi, na condição de sócio da Dakhia, recebia cópia das correspondências eletrônicas trocadas entre a Uniezzo e a Dakhia.

F.2 - Circularização realizada junto à pessoa jurídica Micro Lux Comercial de Informática e Serviços Ltda, cliente da Polichemicals, informando que a empresa realizava operações de vendas para a Dakhia e a Polichemicals, empresa do mesmo grupo da Dakhia, e que as compras de ambas empresas eram realizadas pelo Sr. Felipe, do setor de compras da Dakhia.

F.3 - Declarações prestadas pelos funcionários da Globoplast Ind. e Com. de Prod. Termoplásticos Ltda, Edilson Soglia e Vivian Gaefke, onde foi constatado que apesar do faturamento de mais de 197 milhões no período de 2010 a 2013, a empresa somente possuía os setores de expedição e emissão de notas fiscais, inexistindo no local setor comercial nem de compras:

- "- são empregados registrados pela GLOBOPLAST;*
- a GLOBOPLAST tem 4 (quatro) empregados;*
- acham que o dono da GLOBOPLAST é o Sr. RINALDO SUMI e que ele é o responsável pela DAKHIA;*
- que o Sr. Rinaldo vai poucas vezes na GLOBOPLAST;*
- o local tem apenas estoque;*
- os principais clientes da GLOBOPLAST são GRÃO TÉCNICO e DAKHIA;*
- que no local não há setor comercial nem de compras, apenas expedição e emissão de Notas Fiscais;*
- acham que o setor de compras e vendas estão concentrados na DAKHIA, e*
- Leonardo Sumi, filho de Rinaldo Sumi, trabalha no local como estagiário."*

F.4. - Declarações prestadas pelos funcionários da Dakhia demonstram a relação de direção da Dakhia sobre as demais empresas do grupo:

F.4.1. Keli Rodrigues Gomes Silva exerce a função de coordenadora financeira/administrativa declarou que o Sr. Rinaldo Sumi possui uma máquina que fabrica plástico granulado instalada dentro das dependências da Globoplast Ind. e Com. de Prod.

Termoplásticos Ltda, bem assim, que o departamento financeiro da Dakhia recebe uma pasta com documentos oriunda da Globoplast. Acrescentou que 80% da produção da Dakhia era feita pela Grão Técnico e que a Novoplast já efetuou pagamentos de despesas pessoais do Sr. Rinaldo Sumi, como por exemplo, telefone, água, escola das crianças, dentre outras.

Vale ressaltar que a pessoa jurídica Grão Técnico tinha em seu quadro societário a própria declarante e que em janeiro/2015, referida empresa foi incorporada pela Dakhia.

F.4.2. Olívia Almeida de Souza declarou que a Dakhia vende matéria prima para a Polichemicals, que por sua vez vende o produto acabado para a Dakhia, que o revende para o mercado. Relativamente às notas fiscais emitidas por fornecedores da Polichemicals localizadas na Dakhia, a declarante esclareceu que eram referentes às matérias primas utilizadas na fabricação dos produtos a serem vendidos para a Dakhia e que lá estavam por questão de controle de qualidade.

F.5 Em diligência realizada junto à cliente da Polichemicals, a Magneti Marelli Componentes Plásticos Ltda, foi obtida correspondência eletrônica onde é possível verificar que Rinaldo Sumi, sócio da Dakhia possuía controle tanto da Polichemicals quanto da Globoplast Ind. e Com. de Prod. Termoplásticos Ltda. No correspondência Rinaldo afirma ao comprador da Magneti Marelli que as amostras seriam enviadas pela Globoplast.

F.6 Em diligência realizada junto à pessoa jurídica Itatiaia Móveis, cliente da Polichemicals, dados de seu cadastro de clientes revelaram que os contatos tanto na Polichemicals quanto na Globoplast, eram feito através de funcionários da Dakhia: email ricardo.dakhia@uol.com.br para Globoplast e vendas@dakhia.com.br para Polichemicals.

G - Praticam diversos ilícitos com o objetivo precípuo de frustrar o pagamento de créditos tributários federais e direitos trabalhistas.

Diante do exposto, restou comprovado que as empresas noteiras e intermediárias, lideradas pela Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda, constituíam grupo econômico de fato, com evidente confusão patrimonial e comando único. Através da estrutura montada, a empresa líder em nada se vinculava às operações, que eram formalmente realizadas pelas demais empresas do grupo, constituídas por interpostas pessoas sem capacidade econômica. Assim agindo, o grupo cometeu os ilícitos tributários relacionados nos autos de infração constantes do presente processo e que ocasionaram a falta de recolhimento de expressivos valores dos tributos ora lançados de ofício.

Em sua peça recursal a Globoplast afirma que a declaração do contador, Sr. Pedro Francisquini Nogueira, de que as noteiras Dover e JP, domiciliadas no galpão situado abaixo de seu escritório contábil, apesar da existência de movimentação no local estavam sempre com portas fechadas, é contraditória e não se presta à formação de qualquer conclusão contrária à recorrente. De fato, referida declaração em nada influenciou as infrações tributárias imputadas à Globoplast, visto que as mesmas decorrem da omissão direta de receitas auferidas pela própria recorrente, na condição de contribuinte. A afirmação do contador foi apenas mais um dos indícios utilizados pela fiscalização para constatação da existência de um grupo econômico liderado pela Dakhia, e teve como objetivo a atribuição da reponsabilidade solidária às demais empresas do grupo econômico.

Acerca da confusão patrimonial apontada pela fiscalização entre as empresas do grupo, afirma a Globoplast que era apenas distribuidora de produtos e que o fato de ter efetuado pagamentos para aquisição de imóvel pelo sócio da Dakhia, Sr. Rinaldo Sumi, é operação realizada na forma usual de acordo com as práticas de mercado. Acrescenta que inexistente dispositivo legal que impeça aos sócios a obtenção de empréstimos de empresas, e que os pagamentos com cheques da Globoplast fazem parte das relações comerciais diretas entre a empresa e seus agentes de vendas. Refuta também a ilegalidade na obtenção dos extratos e telas bancários comprobatórios dos pagamentos efetuados pela Globoplast ao alienante do imóvel.

É verdade que inexistente vedação legal à obtenção de empréstimos por sócios de empresas, entretanto, tais operações devem ser documentalmente comprovadas. Meras alegações desprovidas de documentos comprobatórios não têm o condão de afastar as conclusões da fiscalização, decorrentes de um conjunto de elementos e indícios que, agrupados, se prestaram a comprová-las. Quanto às afirmações de que os extratos e as telas bancárias comprobatórias dos pagamentos teriam sido obtidos ilícitamente, também não assiste razão ao recorrente, pois tratam-se de documentos fornecidos pelos próprios alienantes acerca dos valores por eles recebidos, em atendimento às intimações regularmente emitidas pela fiscalização, nos termos dos arts. 927 e 928 do Decreto nº 3.000/99:

Art. 927. Todas as pessoas físicas ou jurídicas, contribuintes ou não, são obrigadas a prestar as informações e os esclarecimentos exigidos pelos Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional no exercício de suas funções, sendo as declarações tomadas por termo e assinadas pelo declarante (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º).

Art. 928. Nenhuma pessoa física ou jurídica, contribuinte ou não, poderá eximir-se de fornecer, nos prazos marcados, as informações ou esclarecimentos solicitados pelos órgãos da Secretaria da Receita Federal (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 123, Decreto-Lei nº 1.718, de 27 de novembro de 1979, art. 2º, e Lei nº 5.172, de 1966, art. 197).

Questiona a recorrente as conclusões da fiscalização e do acórdão recorrido, de que o fato de algumas empresas do grupo estarem próximas ou possuírem como prestador de serviços o mesmo contador, não caracterizariam a existência de um grupo econômico. Novamente, é possível constatar que tais fatos, isoladamente, não permitem a conclusão de existência de grupo econômico, todavia, analisando-se o conjunto probatório produzido pela fiscalização no curso dos procedimentos fiscais e detalhados no extenso "Relatório Fiscal Grupo Econômico - Dakhia", reputo correta as conclusões da fiscalização, confirmadas pelo acórdão recorrido. O *modus operandi* das empresas do grupo e a identificação de pessoas com reduzida capacidade econômica em seus quadros societários, bem assim, a confusão patrimonial entre as pessoas jurídicas e a real beneficiária e seus sócios pessoas físicas são hábeis a comprovar a existência do grupo econômico liderado pela Dakhia e seus sócios Rinaldo Sumi, Paulo Fernandes Silva e Marcio Paulo Baum.

Sobre as afirmações da recorrente de que a caracterização de uma empresa como pertencente a um grupo econômico somente seria possível se houvesse a comprovação formal do vínculo entre a empresa e o grupo, não lhe assiste razão. Os grupos econômicos de fato, como o próprio nome revela, são constituídos por empresas que mesmo sem qualquer

vínculo formal, atuam conjuntamente, sob um comando único, com confusão patrimonial e interesses comuns.

Alega a recorrente que o arbitramento somente pode ocorrer quando o contribuinte deixar de atender às condições do art. 530 do RIR/99, sendo necessária a impossibilidade de análise pela fiscalização do lucro realmente obtido. De fato assiste razão à recorrente, e foi justamente em decorrência da falta de apresentação da escrituração contábil da recorrente, que a fiscalização viu-se impossibilitada de analisá-la e efetuou o arbitramento previsto com base no disposto no art. 530, III do RIR/99:

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:

Com relação ao mérito da autuação, importante ressaltar que a recorrente não contesta os cálculos efetuados pela fiscalização para apuração das bases de cálculo, consistentes na aplicação do percentual de 9,6% sobre os valores de receita bruta obtidos pela soma mensal das notas fiscais eletrônicas emitidas pela empresa e extraídas do ambiente SPED - Sistema Público de Escrituração Digital.

Opõe-se a recorrente à aplicação da multa qualificada, sob o argumento de que a simples omissão de receitas não enseja a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, nos termos da Súmula CARF nº 25.

Assim dispõe a Súmula CARF nº 25:

"A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64."

Todavia, a exceção prevista na Súmula CARF nº 25 é justamente o motivo pelo qual a fiscalização aplicou a multa qualificada. No Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades a fiscalização relatou que a apesar do significativo faturamento da Globoplast Ind. e Com. de Prod. Termoplásticos Ltda nos anos-calendário de 2010 a 2013, a empresa não declarou em DCTF - Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais os débitos apurados, bem assim, não recolheu qualquer valor referentes aos tributos, demonstrando a intenção da empresa em suprimir impostos e contribuições devidos.

Consta ainda do referido termo:

"Conforme visto, ficou evidenciado, de forma inequívoca, a intenção do contribuinte de retardar e, até mesmo, impedir o conhecimento por parte do fisco da ocorrência dos fatos geradores dos tributos objeto do presente lançamento, mediante a não entrega das DCTF mensais no período de Janeiro de 2010 a Dezembro de

2013, e da não entrega da ECD - Escrituração Contábil Digital, via SPED, tudo visando encobrir os aspectos materiais necessários para o dimensionamento das obrigações tributárias.

Conforme exposto no item 9.2 há utilização de interpostas pessoas no quadro societário da Globoplast caracterizando Interposição Fraudulenta."

Assim, em virtude da prática reiterada em não efetuar a entrega das DCTFs mensais nos anos-calendário de 2010 a 2013, bem assim, a falta de entrega das escriturações contábeis digitais no mesmo período, restou caracterizada a conduta dolosa da recorrente, hábil a ensejar a aplicação da multa qualificada de 150%, prevista no § 1º do art. 44, da Lei nº 9.430/96.

Relativamente ao agravamento da multa previsto no § 2º do art. 44, I da Lei nº 9.430/96, a recorrente alega que cumpriu todas as intimações para entrega dos documentos, razão pela qual seria improcedente o agravamento da multa para o percentual de 225%. Acrescentou que, caso algum documento não tenha sido entregue, não foi por conduta dolosa mas sim porque todos os documentos haviam sido apreendidos em sede de cautelar.

A recorrente foi regularmente notificada do Termo de Início de Procedimento Fiscal em 28/08/2014 e protocolou pedido de prorrogação de prazo em 22/10/2014. Considerando que o Termo de Intimação Fiscal nº 1 emitido em 29/09/2014 retornou com a informação que contribuinte havia se mudado, foi emitido, em 30/10/2014, novo Termo de Intimação Fiscal nº 1, do qual a contribuinte foi notificada, por meio de Edital Eletrônico em 17/11/2014. Em 09/12/2014 e 12/01/2015, a recorrente protocolizou pedidos de prorrogação de prazo onde informou que estaria impossibilitada de apresentar a documentação pois os documentos solicitados estariam em posse da Polícia Federal. Ocorre que além das mencionadas intimações, foram também expedidos o Termo de Intimação Fiscal nº 2, em 10/12/2015, Termo de Intimação Fiscal nº 3, em 09//04/2015, Termo de Intimação Fiscal nº 4, em 08/06/2015, Termo de Intimação Fiscal nº 5, em 22/07/2015 e Termo de Intimação Fiscal nº 6 em 14/09/2015, entretanto, apesar de regularmente notificada de todos eles por meio de edital eletrônico, a recorrente não apresentou nenhuma resposta às intimações.

Para o Termo de Intimação Fiscal nº 5, além da ciência por edital eletrônico, o sujeito passivo foi também notificado pessoalmente por meio de seu procurador, conforme documento de fls. 59, 60, e também, não apresentou resposta ao referido termo.

Com relação às alegações de que estaria impossibilitada de apresentar a documentação solicitada pela fiscalização pois os documentos solicitados haviam sido apreendidos pela Polícia Federal nas operações de busca e apreensão, também não assiste razão à recorrente. Não consta da relação de documentos apreendidos (fls. 664 a 666), os livros fiscais e contábeis da Globoplast Ind. e Com. de Prod. Termoplásticos Ltda e, mesmo após a análise da documentação repassada pela Polícia Federal à Receita Federal do Brasil em 18/08/2014, a fiscalização continuou solicitando a apresentação dos livros contábeis e fiscais da recorrente, fato que demonstra que referidos livros não estavam dentre a documentação apreendida pela Polícia Federal.

Dessa forma, cabível a aplicação da multa agravada, face à falta de atendimento à maioria das intimações encaminhadas pela fiscalização à recorrente.

Com relação à afirmação de que as multas aplicadas teriam caráter confiscatório, aos julgadores administrativos é vedado afastar a aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, não merecendo, portanto, serem acolhidas as alegações da recorrente.

Afirma ainda a recorrente que o único fundamento da autuação é a inconsistência entre as informações prestadas em sua DIPJ e o Livro de Apuração de ICMS, sendo que em nenhum momento foi concedido à recorrente a oportunidade para esclarecer possíveis equívocos. Aduz que as informações prestadas em DIPJ são meramente informativas, não sendo hábeis a comprovar a falta de recolhimento de tributo nem tampouco a ocorrência do fato gerador.

De fato, as informações prestadas nas Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ são meramente informativas e, para efeito de apuração da omissão de receitas, devem ser considerados, os valores declarados na Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF. Entretanto, no caso da recorrente, não foram prestadas as informações nas DIPJs nem declarados quaisquer débitos nas DCTFs. Assim, a totalidade dos tributos devidos, apurados conforme as Notas Fiscais Eletrônicas obtidas no ambiente Sped, foi objeto de lançamento de ofício.

Com relação às alegações da recorrente de que não lhe foi concedida oportunidade para esclarecimentos de possíveis equívocos, também não merecem ser acolhidas. A fiscalização, no curso da ação fiscal, lavrou diversos termos solicitando a apresentação de documentos, entretanto, a recorrente sequer apresentou resposta a referidas intimações, sendo portanto, descabida as alegações de que a fiscalização não concedeu à recorrente oportunidade para esclarecimentos. Ademais, caso houvesse algum equívoco no lançamento efetuado, a fase litigiosa do processo administrativo fiscal tem início com a apresentação da impugnação, ocasião em que a recorrente poderia ter apresentado a documentação comprobatória de possíveis equívocos hábeis a afastar os lançamentos efetuados.

DOS REFLEXOS DE CSLL, COFINS E PIS

Aplica-se a mesma solução dada ao litígio principal, IRPJ, às autuações de CSLL, COFINS e PIS, em razão do lançamento estar apoiados nos mesmos elementos de convicção.

Quanto às alegações específicas para a COFINS e PIS em sua peça recursal, defende a recorrente o reconhecimento do direito líquido e certo de apurar e recolher a contribuição para o PIS e a COFINS sem a indevida inclusão do ICMS em sua base de cálculo, seja por observância ao arquétipo constitucional do tributo, estabelecido pelo art. 195, I, da CF, seja por obediência aos princípios constitucionais do pacto federativo e da uniformidade tributária. Acrescenta que a expressão "receita ou faturamento" prevista no art. 195, I, "b" da Constituição Federal, está intimamente ligada ao conceito de renda e diz respeito apenas ao ingresso de valor capaz de incrementar o patrimônio do contribuinte. Conclui afirmando que o ICMS apenas transita pelo caixa da pessoa jurídica, não se subsume ao conceito de renda e, portanto, sua inclusão na base de cálculo da COFINS e PIS constitui afronta ao art. 195, I, da Constituição Federal e às Leis nº 10.637/02 e 10.833/03.

A despeito das alegações da recorrente acerca do conceito da expressão faturamento, o fato é que a Lei nº 9.718/98, utilizada como base legal dos autos de infração em litígio, ao definir a base de cálculo das contribuições assim dispôs:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei. (Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. (Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

[...]

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

[...]

Verifica-se, portanto, que inexistente previsão legal, exceto nos casos de substituição tributária, para exclusão dos valores de ICMS da base de cálculo das referidas contribuições.

Com relação ao RE 240.785, mencionado pela recorrente em sua defesa sobre a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, referido julgamento foi concluído em 2014, tendo sido dado provimento ao recurso do contribuinte. Entretanto, referida decisão não foi proferida em repercussão geral, motivo pelo qual não vincula o presente julgamento, nos termos do art. 62, § 2º, do Anexo II, da Portaria MF nº 303/2015:

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

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no

âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152. de 2016)

No julgamento do RE 574.706/PR, submetido ao regime de repercussão geral, realizado em 15/03/2017, o Supremo Tribunal Federal, também decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições para a COFINS e PIS. Entretanto, em 19/10/2017, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou embargos de declaração, ainda pendentes de julgamento. Assim, por não se tratar de decisão definitiva de mérito, não está caracterizada a hipótese de vinculação prevista no art. 62, § 2º, do Anexo II, da Portaria MF nº 303/2015:

Diante do exposto, e considerando o disposto no art. 62 do Anexo II, da Portaria MF nº 303/2015, não merecem ser acolhidas as alegações de inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições para a COFINS e PIS.

Alega ainda a recorrente a ocorrência de ofensa aos princípios do pacto federativo e da uniformidade tributária. De igual sorte, não assiste razão à recorrente, visto que referidos princípios devem ser observados pelos legisladores no exercício da atividade legislativa, e eventual ofensa a eles deve ser dirimida pelo Poder Judiciário. Aos julgadores administrativos é vedada a apreciação de eventual ofensa a referidos princípios em virtude de ser a eles vedado afastar a aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

DAKHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE TERMOPLÁSTICOS LTDA

Em seu recurso voluntário (fls. 2.031 a 2.050), a coobrigada Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda afirma que as provas que instruem a autuação foram obtidas por meio ilícito, posto que a execução da medida cautelar de busca e apreensão deu-se após o decurso do prazo determinado para cumprimento da ordem judicial. Acrescentou que, diversamente do decidido pelo acórdão recorrido, não se tratou de mera execução de mandado de procedimento fiscal, mas sim de busca e apreensão de documentos não só na sede da coobrigada mas também nas residências de seus sócios e, para tais atos os auditores da Receita Federal precisavam de autorização judicial.

A questão da ilicitude das provas foi também arguída pela Globoplast Indústria e Comércio de Produtos Termoplásticos Ltda, tendo sido decidido pela licitude das provas utilizadas nos autos de infração ora em litígio. Assim, pelas razões de decidir já mencionadas no presente voto, não merece reparos o acórdão recorrido que concluiu pela licitude das provas obtidas.

Prossegue a coobrigada em sua defesa apontando a inexistência de provas de vinculação da Dakhia às demais empresas, quer as denominadas "intermediárias" quer as chamadas "noteiras", seja direta ou indiretamente; Diversamente do alegado pela coobrigada, no curso do procedimento fiscal, foram obtidos diversos documentos comprobatórios de sua vinculação com as demais empresas do grupo, a saber: Termos de Constatação lavrados por ocasião das diligências realizadas nas empresas do grupo, amparadas por Mandados de Procedimento Fiscal - MPF, Termos de Declaração de prepostos, Termos de Intimação e respostas obtidas nas circularizações em empresas e pessoas físicas que mantinham relações comerciais com o grupo e seus administradores, bem assim, consultas aos sistemas internos e externos à Receita Federal do Brasil. Esses documentos foram anexados ao processo e citados

no "Relatório Fiscal - Grupo Econômico Dakhia", cujos pontos relevantes foram acima transcritos no presente voto, por ocasião da análise das alegações da contribuinte Globoplast Indústria e Comércio de Produtos Termoplásticos Ltda, acerca da inexistência de grupo econômico de fato liderado pela coobrigada.

A Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda alega que não teria se beneficiado, direta ou indiretamente, de qualquer das operações comerciais realizadas pelas demais empresas, bem assim, que não é possível identificar uma única troca de correspondência, transação financeira ou comercial, ou contato com qualquer empresa investigada, exceto a Polichemicals. Diversamente do alegado foram as declarações prestadas pelos funcionários da Globoplast: e da própria coobrigada:

"...Termo de Declaração de 2 (dois) funcionários da GLOBOPLAST, Sr. EDILSON SOGLIA e Sra. VIVIANE GAEFKE, que basicamente declararam que:

- *são empregados registrados pela GLOBOPLAST;*
- *a GLOBOPLAST tem 4 (quatro) empregados;*
- *acham que o dono da GLOBOPLAST é o Sr. RINALDO SUMI e que ele é o responsável pela DAKHIA;*
- *que o Sr. Rinaldo vai poucas vezes na GLOBOPLAST;*
- *o local tem apenas estoque;*
- *os principais clientes da GLOBOPLAST são GRÃO TÉCNICO e DAKHIA;*
- *que no local não há setor comercial nem de compras, apenas expedição e emissão de Notas Fiscais;*
- *acham que o setor de compras e vendas estão concentrados na DAKHIA, e*
- *Leonardo Sumi, filho de Rinaldo Sumi, trabalha no local como estagiário.*

[...]

Abaixo resumiremos alguns trechos das declarações prestadas pelas pessoas físicas presentes no local:

KELI RODRIGUES GOMES SILVA - CPF 304.022.008-02:

- *é funcionária da DAKHIA há 16 (dezesesseis) anos e exerce a função de Coordenadora Financeira/Administrativa;*
- *o Sr. Rinaldo Sumi (sócio administrador da Dakhia) foi representante da Polichemicals (Intermediária) como autônomo;*
- *o Sr. Rinaldo Sumi possui uma máquina que fabrica plástico granulado instalada dentro das dependências da Globoplast (Intermediária);*
- *o departamento financeiro da Dakhia recebe uma pasta com documentos oriunda da Globoplast, que ela desconhece o conteúdo;*
- *80% (oitenta por cento) da produção da Dakhia é feita pela Grão Técnico (a Sra. Keli consta como sócia da Grão Técnico que foi incorporada pela Dakhia em janeiro/2015);*

- a Sra. *Cristiane Gaefke*, que hoje trabalha no setor administrativo da *Polichemicals*, já foi funcionária da *Dakhia* no setor de faturamento (*Cristiane Gaefke* é irmã de *Viviane Gaefke* que é funcionária da *Globoplast*);

- informa que a *Novoplast* (*Noterira*) já efetuou pagamentos de despesas pessoais do Sr. *Rinaldo Sumi*, por exemplo, telefone, água, escola das crianças entre outras;

- informa que o Sr. Paulo Fernandes Silva (sócio administrador da DAKHIA) orientou o setor financeiro a proceder a cobrança dos pagamentos referentes às Notas Fiscais emitidas pela *Polichemicals*, em virtude de um contrato de representação."

No recurso apresentado, a coobrigada admite que, pelos quadros constantes do "Relatório Fiscal - Grupo Econômico Dakhia", a empresa *Polichemicals* teria ligação com a *Novoplast*, *Cellstyle*, *Plásticos Cris*, *Reer*, *Dover*, *Haddad*, *Cotermo*, *Antonio Maurick*, *JP*, mas tais vínculos não se estenderiam à *Dakhia*. Ocorre que a própria *Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda* admite sua ligação com a *Polichemicals*, às fls. 2.033 do recurso voluntário:

"Porém, NÃO HÁ UM ÚNICO RESQUÍCIO DE COMPROVAÇÃO DE TER EXISTIDO QUALQUER TIPO DE RELAÇÃO DA DAKHIA com todas as empresas citadas, exceto com a empresa **POLICHEMICALS**."

A fiscalização também identificou a existência de trabalhadores em comum entre a *Polichemicals* e da *Dakhia*:

"Apesar do reduzido número de empregados, tanto das **Noteiras** como da **Intermediárias**, constatamos trabalhadores em comum entre estas e a **Real Beneficiária**, o que reforça a constatação que estamos diante de um **Grupo Econômico de fato**.

Anexamos, a título de exemplo, um demonstrativo apontando trabalhadores em comum na **Real Beneficiária** *Dakhia* e na **Intermediária** *Polichemicals*:

EMPRESA	Nome do Empregado	Admissão	Demissão
DAKHIA IND E COM DE TERMOPLASTICOS LTDA	GUSTAVO SILVA TUMANI	01/02/2013	02/09/2013
POLICHEMICALS COM DE RESINAS PLAST LT	GUSTAVO SILVA TUMANI	02/09/2013	
POLICHEMICALS COM DE RESINAS PLAST LT	LAERCIO GOMES DO NASCIMENTO	22/02/2010	30/11/2012
DAKHIA IND E COM DE TERMOPLASTICOS LTDA	LAERCIO GOMES DO NASCIMENTO	03/12/2012	
DAKHIA IND E COM DE TERMOPLASTICOS LTDA	JOSÉ HILÁRIO DA SILVA JÚNIOR	18/03/2008	15/06/2008
POLICHEMICALS COM DE RESINAS PLAST LT	JOSÉ HILÁRIO DA SILVA JÚNIOR	16/06/2008	13/10/2010

Assim, ainda que pelo "Diagrama de Relacionamentos Societários" a coobrigada não esteja diretamente vinculada, por meio da *Polichemicals* restou comprovada a vinculação da *Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda* com as demais empresas do grupo.

Alega a coobrigada que, de acordo com as declarações prestadas pelo contador das empresas *Novoplast*, *JP*, *Antônio Maurício*, *Dover*, *Cellstyle*, *Reer* e *Globoplast*, Sr. *Pedro Francisquini*, o Sr. *Reinaldo Pavone* é quem seria o responsável pela administração das referidas empresas. Afirma que o contador foi taxativo ao afirmar que o Sr. *Reinaldo Pavone*, pessoa totalmente alheia à *Dakhia*, é quem seria o sócio administrador das empresas e quem se aproveitava das notas fiscais, providenciava as locações e lhe fornecia os documentos

para realização do cumprimento das obrigações fiscais e acessórias das empresas. Acrescenta que apesar das afirmações do contador, o Sr. Ricardo Pavone foi poupado pela fiscalização que, em seu lugar, preferiu responsabilizar a empresa Dakhia e seus sócios.

No Relatório Fiscal - Grupo Econômico Dakhia, a fiscalização menciona que sócio Reinaldo Pavone demonstra ser laranja, em virtude da discreta capacidade econômica. Por este motivo, deixou de incluir Reinaldo Pavone como coobrigado pelo crédito tributário, entretanto, ainda que não se tratasse de pessoa com reduzida capacidade econômica, tal fato não tem o condão de excluir a responsabilidade dos demais coobrigados.

A Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda transcreve trechos dos depoimentos tomados pela fiscalização e não ressaltados no relatório fiscal, com o escopo de comprovar a inexistência de sua vinculação com as demais empresas do grupo. De fato, nem todos depoimentos colhidos no curso da ação fiscal confirmam a ligação da Dakhia com as demais empresas do grupo, entretanto, ao transcrever trecho do depoimento prestado por sua funcionária Bianca dos Santos Galego, anexado às fls. 590 a 602, a coobrigada omite a informação por ela dada de que as empresas Globoplast, Reer, Novoplast, Haddad e Houseware também eram fornecedoras da Dakhia, para concluir que a depoente não reconheceu qualquer vínculo entre as empresas intermediárias e noteiras:

"-Fornecedores: o principal era Grão Técnico, e tinha tb NFs da Globoplast, Reer, Novoplast, Haddad, Houseware entre outros."

Ora, as empresas Globoplast e Reer são classificadas no "Relatório Fiscal Grupo Econômico - Dakhia" como empresas intermediárias e as empresas Novoplast, Haddad e Houseware como empresas noteiras, sendo, portanto, im procedente a afirmação da coobrigada de que a depoente Bianca dos Santos Galego não reconheceu qualquer vínculo com as empresas intermediárias e noteiras.

Ademais, existem vários depoimentos citados pela fiscalização no Relatório Fiscal - Grupo Econômico Dakhia, que comprovam justamente o contrário, ou seja, a existência de vínculo da Dakhia com as demais empresas do grupo:

"Intimamos o Sr. ANDERSON RIBEIRO DA SILVA, já citado em outro tópico como autor de um Processo Trabalhista contra o **Grupo Dakhia**, para prestar esclarecimentos e transcrevemos abaixo alguns trechos relevantes da declaração prestada :

-trabalhou na Empresa Grão Técnico (incorporada pela Dakhia em janeiro/2015) durante um período de 5 a 6 anos na função de motoboy até o final de 2014;

-fazia pagamentos, depósitos e outros serviços junto aos Bancos, não somente para a Empresa Grão Técnico, como também para a Dakhia, Polichemicals, Globoplast e Novoplast;

-havia uma confusão entre os cheques das Empresas e os respectivos pagamentos dos mesmos, muitas vezes sacava cheque de uma das Empresas e fazia diversos pagamentos de contas destas outras Empresas e de pessoas físicas;

-transportava documentos (contas) das pessoas físicas, os Srs. Rinaldo Sumi, Sr. Paulo (Paulo Fernandes Silva) e Sr. Márcio (Márcio Paulo Baum), todos sócios administradores da Dakhia;

-recebia pelos serviços prestados através de saque em dinheiro de cheques das Empresas Globoplast, Novoplast, Grão Técnico, Polichemicals e da Dakhia. Cada mês era o cheque de uma das Empresas;

-declara que os empregados das Empresas comentavam que a Dakhia era a Empresa principal, que gerenciava as demais Empresas;

-declara que os talões de cheques das outras Empresas ficavam na Dakhia;

-algumas vezes esteve na Empresa Plásticos Cris (Noteira);

-os materiais que as Empresas vendiam saíam das dependências da Empresa Dakhia;

-declara que possui Reclamação Trabalhista contra a Grão Técnico, Globoplast, Novoplast, Dakhia e Polichemicals por entender fazerem parte de um mesmo Grupo. Trabalhava exclusivamente para o Grupo.

[...]

Intimamos o Sr. JOSÉ HILÁRIO DA SILVA JÚNIOR, que já foi empregado da Dakhia e da Polichemicals, para prestar esclarecimentos e transcrevemos abaixo alguns trechos relevantes da declaração prestada :

-trabalhou na Dakhia na função de Ajudante Geral no ano de 2008;

-foi transferido para a Polichemicals na mesma função, onde permaneceu até 2010;

-os "donos " das 2 (duas) Empresas eram os mesmos (Rinaldo Sumi, Paulo Fernandes e Márcio Baum) e passavam mais tempo na Dakhia;

-a Polichemicals fornecia matéria prima (plásticos) para a Grão Técnico;

-a Grão Técnico extrusava (processo de granulagem de plásticos) e entregava este material para a Dakhia que era a responsável pela venda do produto final;

[...]

Intimamos a Sra. Bianca dos Santos Gallego, que foi empregada da Dakhia, onde declarou que:

-trabalhou na Dakhia de 2010 a 2012 em "Contas a Receber" e de 2012 a 2014 no Departamento Fiscal;

-fazia cobranças das Empresas Dakhia e Polichemicals;

-era subordinada da Kely Silva e Paulo Fernandes;

*-entre os fornecedores da Dakhia, havia as Empresas **Globoplast e Reer**.*

Relativamente à confusão patrimonial caracterizada pelas aquisições de imóveis efetuadas pelo sócio-administrador da Dakhia, com pagamentos efetuados pelas empresas do grupo, a coobrigada afirma que os pagamentos efetuados pela Globoplast Comércio de Produtos Termoplásticos Ltda têm como origem negócio autônomo do sócio Rinaldo Sumi, feito por meio de sua empresa de representação comercial, totalmente desvinculados da Dakhia. Acrescenta a coobrigada no recurso voluntário que referidos fatos são passíveis de apuração, todavia, as provas de suas alegações deveriam ter sido anexadas à

impugnação nos termos dos arts. 15 e 16 § 4º do Decreto nº 70.235/72. Assim, considerando que não foi apresentado nenhum documento comprobatório de suas alegações, elas não merecem ser acolhidas.

Dessa forma, ainda que, isoladamente, alguns dos documentos coletados não apontem a vinculação direta da coobrigada com todas as demais empresas do grupo, o conjunto probatório se presta a comprovar a existência de grupo econômico de fato, motivo pelo qual não merece reparos o acórdão recorrido que manteve a responsabilidade solidária, com fundamento no art. 124, I do CTN.

Ao final requer a coobrigada, subsidiariamente, a suspensão do julgamento do processo administrativo até a decisão definitiva do TRF/3ª Região com relação às provas obtidas por meio ilícito, sendo certo que essas subsidiaram a autuação, nos autos do recurso de apelação nº 0006489-27.2014.403.6181. O pedido da coobrigada não merece ser acolhido pois, na legislação que trata do processo administrativo fiscal, inexistente previsão legal para sobrestamento do processo administrativo até análise da licitude das provas obtidas em investigação criminal para apuração de crimes diversos, dentre eles os crimes contra a ordem tributária.

RINALDO SUMI, MARCIO PAULO BAUM E PAULO FERNANDES
SILVA

Os coobrigados Rinaldo Sumi, Paulo Fernandes Silva e Marcio Paulo Baum, todos sócios da Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda, apresentaram o recurso voluntário de fls. 1.999 a 2.028, com alegações semelhantes às efetuadas pela pessoa jurídica Dakhia. Dessa forma, aplico a mesma decisão às questões já enfrentadas quando da análise do recurso voluntário da Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda.

Alegam os coobrigados que face à não desconsideração da personalidade jurídica da empresa, não há que se admitir a permanência deles na autuação, devendo o recurso ser acolhido para exonerá-los do presente processo administrativo fiscal. Equivocam-se os recorrentes, posto que, no caso concreto, em que foi constatada a existência de grupo econômico de fato, sob comando único e com utilização de empresas com quadros societários com interpostas pessoas, confusão patrimonial, inclusive com pagamentos de obrigações entre empresas do grupo e sócios, desnecessária a desconsideração a personalidade jurídica para imputação da responsabilidade aos sócios.

Assim, considerando que na estrutura do grupo econômico de fato a pessoa jurídica Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda em nada se vincula às operações para efeitos fiscais e transfere o faturamento para as pessoas jurídicas intermediárias, constituídas por interpostas pessoas sem capacidade econômica, com o objetivo de frustrar eventual cobrança de tributos, correto o acórdão recorrido que manteve a imputação da responsabilidade solidária aos sócios-administradores, Rinaldo Sumi, Paulo Fernandes Silva e Marcio Paulo Baum, nos termos do art. 135, III, do CTN.

CONCLUSÃO

Processo nº 16095.720129/2015-51
Acórdão n.º **1301-002.746**

S1-C3T1
Fl. 2.098

Diante de todo o exposto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade e o pedido de diligência, e, no mérito, negar provimento aos recursos voluntários da recorrente e dos responsáveis solidários Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda, Rinaldo Sumi, Paulo Fernandes Silva e Marcio Paulo Baum.

(assinado digitalmente)

Milene de Araújo Macedo