



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16095.720130/2015-85
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-003.973 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de novembro de 2019
Recorrente POLICHEMICALS COMERCIO DE RESINAS PLASTICAS LTDA E OUTROS
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2009

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CÊRCAMENTO DE DEFESA.

Não ocorre a nulidade do auto de infração quando a autoridade fiscal demonstra de forma suficiente os motivos pelos quais o lavrou, possibilitando o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa ao contribuinte e sem que seja comprovado o efetivo prejuízo ao exercício desse direito.

LUCRO ARBITRADO.

Não se pode conferir credibilidade à contabilidade, só porque ela preenche os requisitos formais, quando materialmente se verifica que ela não reflete a realidade da empresa, se a fiscalização a partir de verificações, demonstra que a contabilidade não merece credibilidade, pois os valores das transações omitidas superam ao montante das operações registradas.

MULTA QUALIFICADA. CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

À autoridade julgadora é vedado afastar a aplicação da lei sob fundamento de inconstitucionalidade, pelo que é impossível apreciar as alegações de ofensa aos princípios constitucionais da vedação ao confisco, razoabilidade e proporcionalidade.

MULTA QUALIFICADA

A adoção de um procedimento continuado de não informar à Secretaria da Receita Federal do Brasil o correto endereço onde poderia ser encontrada para recebimento das intimações, bem como a reiterada e significativa omissão de receita perpetrada inclusive por meio do registro a menor dos valores das operações enseja a qualificação da multa de ofício.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135, III, DO CTN. ADMINISTRADOR DE FATO. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE PESSOAS. CABIMENTO.

Cabe a imposição de responsabilidade tributária em razão da prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN, quando demonstrado, mediante conjunto de elementos fáticos convergentes, que os responsabilizados ostentavam a condição de administradores de fato da autuada, bem como que houve interposição fraudulenta de pessoa em seu quadro societário.

SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO.

A solidariedade tributária de que trata as situações previstas no artigo 124, I, do CTN, pressupõe a existência de dois sujeitos passivos praticando conduta lícita, descrita na regra matriz de incidência tributária. Do fato gerador, nestas situações, decorre a possibilidade do sujeito ativo exigir o pagamento de tributos de qualquer um dos sujeitos que integrou a relação jurídico tributária.

A responsabilidade tributária decorrente das situações previstas no artigo 135 do CTN, está ligada à prática de atos com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos, por quem não integra a relação jurídico tributária, mas é chamado a responder pelo crédito tributário em virtude do ilícito praticado.

A situação prevista no artigo 124, I, não pode ser confundida com as situações de que trata o artigo 135 do CTN. Nas hipóteses contidas no artigo 135 vamos encontrar duas normas autônomas, uma aplicável em relação ao contribuinte, aquele que pratica o fato gerador (art. 121, I), e outra em relação ao terceiro que não participa da relação jurídico tributária, mas que, por violação de determinados deveres, pode vir a ser chamado a responder pela obrigação (RE 562.726/PR, j. 03/11/2010, sob a forma do artigo 543B do CPC).

PIS/COFINS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO.

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. O Supremo Tribunal Federal - STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 574.706, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, o que afasta, de imediato, o anterior entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ no Resp 1.144.469/PR, no regime de recursos repetitivos

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de nulidade e de decadência para, no mérito, dar parcial provimento ao recurso voluntário, tão somente para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do lançamento do PIS e da COFINS.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto De Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Wilson Kazumi Nakayama (suplente convocado), Leticia Domingues Costa Braga, Eduardo Morgado Rodrigues e Luiz Augusto De Souza Gonçalves (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do v. Acórdão 03-73.126 - 2ª Turma da DRJ/BSB, que, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares de nulidade e decadência e, no mérito:

(1) julgou improcedente a impugnação da empresa POLICHEMICALS COMERCIO DE RESINAS PLASTICAS LTDA, para manter integralmente o crédito tributário conforme lançado;

(2) julgou improcedentes as impugnações apresentadas pelos responsáveis solidários DAKHIA INDUSTRIA E COMERCIO DE TERMOPLASTICOS LTDA, RINALDO SUMI, PAULO FERNANDES SILVA e MARCIO PAULO BAUM, mantendo a responsabilidade lhes imposta;

(3) declarou definitivamente constituída a responsabilidade solidária, ante a ausência de impugnação, das empresas GLOBOPLAST INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS TERMOPLÁSTICOS LTDA – ME, REER INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA – EPP, COTERMO COMERCIAL DE TERMOPLASTICOS LTDA;

(4) determinar a cobrança imediata da multa pelo não cumprimento à intimação para apresentar escrituração digital, arquivos ou sistemas no prazo estipulado (R\$42.000,00) tendo em vista constituição definitiva, conquanto ausente qualquer impugnação (art. 17 do Decreto nº 70.235/72).

Conforme relatado pela DRJ:

Contra a empresa POLICHEMICALS COMERCIO DE RESINAS PLASTICAS LTDA., doravante denominada de POLICHEMICALS, identificada no preâmbulo, foram lavrados os autos de infração às fls. 542/586, formalizando lançamento de ofício do crédito tributário relativo aos anos-calendário de 2010, 2011, 2012 e 2013, abaixo discriminado, no montante de R\$ 55.999.161,34 (cinquenta e cinco milhões novecentos e noventa e nove mil cento e sessenta e um reais e trinta e quatro centavos), incluindo juros de mora, multa proporcional e multa por descumprimento de obrigação acessória:

- Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ	R\$ 18.585.488,49
- Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL	R\$ 8.519.470,67
- Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins	R\$ 23.714.138,77
- Contribuição para o PIS/Pasep	R\$ 5.138.063,41
- Multa por descumprimento de obrigação acessória	R\$ 42.000,00

O lançamento foi realizado por arbitramento do lucro, nos termos dos art. 530, inciso III do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, que Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza – RIR/99, com base na receita bruta da revenda de mercadorias, em consonância com o art. 532 do RIR/99.

Para o arbitramento do lucro a fiscalização utilizou-se de receita bruta conhecida extraídas das Notas Fiscais Eletrônicas de Vendas emitidas.

Em face do arbitramento do lucro o PIS e a Cofins foram apurados segundo o regime cumulativo.

Relata a fiscalização a ocorrência da dissolução irregular da empresa, pois a mesma não se encontrava no seu domicílio fiscal, aplicando-se ao caso a súmula 435/2010 do STJ.

Segundo a Autoridade Fiscal os titulares de direito são interpostas pessoas do titular de fato, pois: (1) Reinaldo Pavone não possui nenhum imóvel registrado em seu nome; não possui nenhum veículo; declarou na DIPF, ano-calendário de 2014, um rendimento anual de R\$ 8.864,00 tendo como fonte pagadora a empresa Polichemicals e (2) Rodrigo Henrique da Silva não possui imóveis registrados em seu nome; possui uma motocicleta de pequeno valor; sua última declaração do Imposto de Renda DIPF foi referente ao ano calendário de 2010 e nesta declaração ele omite a informação de possuir cotas da empresa Polichemicals, apesar de fazer parte do quadro social da mesma desde 2008

Ainda segundo a fiscalização a empresa Polichemicals faria parte um grupo econômico de fato, atuante na área de plásticos, composto por outras empresas e tendo como administradora a empresa Dakhia Industria e Comércio de Termoplásticos Ltda – CNPJ 02.650.047/0001-26, para tanto apresenta “RELATÓRIO FISCAL GRUPO ECONÔMICO DAKHIA” e “RELATÓRIO FISCAL MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO”.

Restaria demonstrado que a empresa Dakhia promovia a administração da empresa Polichemicals realizando vendas, autorizando descontos, cobrança, faturamento, emitindo cartas de correção de NF, emitindo cheques pré-assinados, tudo operado por empregados e pelo sócio-administrador da Dakhia.

Haveria uma confusão patrimonial entre as empresas já que a empresa Polichemicals paga despesas da empresa Dakhia como também dos proprietários desta última, entre outros atos discriminados. Assim, apesar da Dakhia ser a fornecedora de fato, seriam as empresas intermediárias do grupo econômico, constituídas por interpostas pessoas físicas (laranjas) sem capacidade econômica, entre elas a empresa Polichemicals, que assumiriam o papel de vendedoras, emitindo os documentos fiscais e desvinculando a empresa Dakhia de tais operações e da conseqüente tributação.

Segundo a fiscalização, no “esquema” descoberto, as operações mercantis seriam coordenadas pela empresa Dakhia que ocultaria grande parte de seu faturamento ao vender suas mercadorias por meio de empresas intermediárias, entre elas a empresa Polichemicals.

DA QUALIFICAÇÃO E DO AGRAVAMENTO DA MULTA

Relata que a fiscalizada, nos anos calendário de 2010 a 2013, não declarou DCTF e não recolheu qualquer valor referentes aos tributos, o que demonstraria sua intenção em suprimir impostos e contribuições devidos (sonegação).

Em conjunto com a não entrega da ECD - Escrituração Contábil Digital referentes aos anos calendário de 2010 a 2013, via SPED, a fiscalizada visaria encobrir os aspectos materiais necessários para o dimensionamento das obrigações tributárias.

Por outro lado, segue a autoridade fiscal, a utilização de interpostas pessoas no quadro societário da Polichemicals, caracteriza Interposição Fraudulenta.

Assim, tudo somado, restaria para a fiscalização a imposição da exigência de multa qualificada no lançamento ora efetuado, nos termos da legislação de regência.

Também, considerando que a fiscalizada recebera o Termo de Início do Procedimento Fiscal, protocolara pedidos de dilação de prazo e sumira do “mapa”, deixando de atualizar seu cadastro junto à Receita Federal do Brasil e JUCESP - Junta Comercial do Estado de São Paulo, como também deixara de atender às intimações que lhe foram regularmente expedidas, a multa aplicada foi agravada para 225%.

Relata a fiscalização a lavratura da competente Representação Fiscal para Fins Penais, em consonância com o disposto na Portaria RFB nº 2439 de 21 de dezembro de 2010.

DA MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA

No decorrer da ação fiscal foi também lavrado o Auto de Infração no valor de R\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil reais), em razão da empresa não ter entregado a ECD - Escrituração Contábil Digital nos termos do art. 3º Incisos I e II da Instrução Normativa RFB nº 787 de 19/11/2007.

DA SUJEIÇÃO PASSIVA

De acordo com a fiscalização a empresa Dakhia Industria e Comércio de Termoplásticos Ltda - CNPJ 02.650.047/0001-26 é líder do grupo econômico de fato, formado entre ela e as seguintes empresas: Globoplast Industria e Comércio de Produtos Termoplásticos Ltda - CNPJ 00.105.843/0001-52; Polichemicals Comércio de Resinas Plásticas Ltda - CNPJ 01.403.100/0001-21; Reer Comércio Atacadista de Plásticos Ltda - CNPJ 08.816.633/0001-84 e Cotermino Comercial de Termoplásticos Ltda - CNPJ 07.312.840/0001-39.

Neste íterim, a empresa Dakhia promoveria a administração das citadas empresas, realizando vendas, autorizando descontos, cobrança, faturamento, emitindo cartas de correção de NF, emitindo cheques pré-assinados, tudo operado por empregados e pelo sócio administrador da empresa Dakhia.

Haveria uma confusão patrimonial entre empresas que pagariam despesas da Dakhia e dos seus proprietários, entre outros atos. Assim, apesar da Dakhia ser a fornecedora de fato, seriam as empresas intermediárias do grupo econômico, constituídas por interpostas pessoas físicas (laranjas) sem capacidade econômica, que assumiriam o papel de vendedoras, emitindo os documentos fiscais e desvinculando a empresa Dakhia de tais operações e da conseqüente tributação.

Nesse esquema de fraude, as operações mercantis são coordenadas pela empresa Dakhia que ocultaria grande parte de seu faturamento ao vender suas mercadorias por meio de empresas intermediárias, que compõem o grupo econômico de fato. Portanto, caracterizado o grupo econômico aplica-se a Responsabilidade Solidária entre elas, nos termos das disposições do art. 124 do CTN.

Relata a autoridade fiscal que respondem também solidariamente aos débitos tributários do grupo econômico, as seguintes pessoas físicas que são os sócios administradores da empresa Dakhia e conseqüentemente, são os administradores de fato de todas as empresas que compõem o referido grupo econômico (art. 135 do CTN): Rinaldo Sumi (CPF 091.831.198-50); Paulo Fernandes Silva (CPF 054.434.398-04) e Marcio Paulo Baum (CPF 003.518.378-09).

A Recorrente apresentou impugnação alegando em preliminar decadência em face da necessária aplicação do artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional ou a conversão do julgamento em diligência, para que o Autuante especifique quais provas foram obtidas no procedimento fiscal e quais foram obtidas nos autos da Ação Cautelar nº 0003220-43.2015.403.6181, sob pena de cerceamento de defesa; o conhecimento da Impugnação e provimento para anular o Auto de Infração ao passo que este foi pautado em provas anuladas pelo Poder Judiciário e no mérito para reconhecer a inexistência de grupo econômico, ao passo que inexistem provas que possam levar a esta conclusão, sendo certo que a D. Fiscalização considerou a existência de grupo econômico por inferência; reconhecer a impossibilidade de aplicação de multa qualificada, ao passo que inexistente prova de prática de conduta dolosa por parte do Impugnante, bem como pelo fato de que a omissão de rendimento não acarreta na majoração da multa; reconhecer a impossibilidade de arbitramento do lucro, face a inexistência dos requisitos para adoção de medida tão extrema, bem como a conversão do julgamento em diligência para oportunizar à Impugnante apresentar documentos comprobatórios da regularidade das escritas fiscais; O conhecimento da Impugnação e provimento para reconhecer a impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS; e; O conhecimento da Impugnação e provimento para reconhecer o caráter meramente informativo da DIPJ.

A responsável solidária, Dakhia Industria e Comércio de Termoplásticos Ltda, foi cientificada do lançamento por via postal, em 20/10/2015, apresentando sua impugnação, fls. 1487 a 1518, em 18/11/2015, ocasião em que assim se defendeu.

As demais empresas arroladas como responsáveis solidárias regularmente cientificadas não compareceram aos autos.

O responsável solidário, Rinaldo Sumi (CPF 091.831.198-50), foi cientificada do lançamento por via postal, em 20/10/2015, apresentando sua impugnação, fls. 1730 a 1761, em 18/11/2015.

O responsável solidário, Paulo Fernandes Silva (CPF 054.434.398-04), foi cientificada do lançamento por via postal, em 20/10/2015, apresentando sua impugnação, fls. 1872 a 1903, em 18/11/2015.

O responsável solidário, Marcio Paulo Baum (CPF 003.518.378-09), foi cientificada do lançamento por via postal, em 20/10/2015, apresentando sua impugnação, fls. 2029 a 2059.

Embora sejam quatro impugnações em separado, as mesmas possuem idêntico inteiro teor, contendo as seguintes razões de defesa, em síntese.

Apreciada as impugnações, lançamento foi mantido integralmente, inclusive em relação aos responsáveis solidários sob os fundamentos ementados da seguinte maneira:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

DECADÊNCIA.

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.

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. 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

LUCRO ARBITRADO. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO LUCRO ARBITRADO.

O ICMS não se enquadra nas exclusões previstas no conceito de receita bruta, razão pela qual o referido imposto integra a base de cálculo do lucro arbitrado.

Somente o ICMS cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário, pode ser excluído da receita bruta, base de cálculo das contribuições ao Cofins.

PIS. DECORRÊNCIA.

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se, no que couber, aos lançamentos decorrentes, o decidido quanto ao principal.

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 condições plenas à interessada de impugnar o lançamento, descabe a alegação de nulidade.

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 APRECIAÇÃO.

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.

Inconformada com o lançamento apenas a devedora principal apresentou Recurso Voluntário (fls. 2433/2498), no qual repisa os mesmos argumentos e repete os idênticos pedidos formulados na impugnação pleiteando em preliminar i) conversão do julgamento em diligência para que a autoridade autuante especifique quais provas foram obtidas em processo de fiscalização e quais foram obtidas nos autos da Ação Cautelar, ii) o reconhecimento de decadência nos termos do art. 150 parágrafo 4º. do CTN, iii) anulação da autuação, pois está fundamentada em provas já anuladas pelo Judiciário; no mérito: i) reconhecer a inexistência de grupo econômico; ii) afastar a aplicação de multa qualificada dada a ausência de conduta dolosa por parte da impugnante; iii) reconhecer a impossibilidade de arbitramento do lucro face a inexistência dos requisitos legais ou conversão do julgamento em diligência para que ela tenha a oportunidade de apresentar documentos comprobatórios de regularidade das escritas fiscais; iv) reconhecer a impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS e; v) reconhecer o caráter meramente informativo da DIPJ.

Assim, face a ausência da interposição de Recurso Voluntário pelos responsáveis solidários, tem-se que a decisão de origem se tornou definitiva em relação a eles.

É o relatório.

Voto

Conselheira Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Relatora.

O Recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, por isso, dele conheço.

Preliminares:

1 - Conversão do julgamento em diligência para que a autoridade autuante especifique quais provas foram obtidas em processo de fiscalização e quais foram obtidas nos autos da Ação Cautelar.

Nota-se que esse pedido já havia sido enfrentado pelo acórdão de piso que acertadamente, demonstrou a irrelevância do argumento, demonstrando a inexistência de qualquer hipótese de cerceamento de defesa que pudesse vir a ser sanado pela conversão do julgamento em diligência, como pretendido pela Recorrente, ao esclarecer que:

No caso, as autuações se basearam nas provas colhidas durante o procedimento fiscal com amparo no Mandados de Procedimento Fiscal (MPF). Portanto, as provas coletadas na Operação Plástico Frio, por meios dos MBAs, apenas reforçam a conclusão da fiscalização com base em seus próprios instrumentos de trabalho.

Vejamos que a fiscalização deixa claro a existência dos relatórios, bem como da suas independências, que se completam:

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. (grifei)

Assim, ainda que as provas obtidas a partir da “operação plástico frio” tivessem sido declaradas nulas, na esfera judicial, não haveria qualquer repercussão na esfera tributária, pois, se tratam de procedimentos distintos e independentes. Neste diapasão, fica comprometida qualquer alegação de que as provas trazidas aos autos seriam ilegais.

Por essa razão, dada a inexistência de motivos relevantes ao julgamento ou de melhores elementos que justifiquem a realização da diligência pretendida pela Recorrente, mantenho o seu indeferimento, tal qual procedido no acórdão de origem.

2 - o reconhecimento de decadência nos termos do art. 150 parágrafo 4º. do CTN, iii) anulação da autuação, pois está fundamentada em provas já anuladas pelo Judiciário.

No caso dos autos, como já considerado no acórdão recorrido, não prospera qualquer alegação de decadência com base no art. 150, 4º do CTN.

Isto porque, o IRPJ e as contribuições sociais estão sujeitos ao lançamento por homologação, seja expressa ou tácita, de modo que o prazo a ser considerado e aplicado caso haja pagamento antecipado é o previsto no art 150, §4º do CTN; por outro lado, se não houver pagamento a homologar ou tiver ocorrido fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no art. 173, inciso I, do CTN.

Essa é exatamente a redação da Súmula CARF n. 72:

Súmula CARF nº 72:

Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN.

Feitos esses esclarecimentos, afasto a preliminar de decadência.

3 - Anulação da autuação, pois está fundamentada em provas já anuladas pelo Judiciário.

Este argumento da Recorrente também não é novo e já havia sido enfrentado pela decisão recorrida nos seguintes termos:

“Os impugnantes alegam que as provas apreendidas são inválidas, os Mandados de Busca e Apreensão foram executados após o prazo de validade da ordem judicial, e não podem servir para efetuar os lançamentos.

Pois bem.

A propósito da questão apresentada pouco pode ser dito nesta instância de julgamento administrativo. É que a apreciação da validade do mandado judicial extrapola a esfera de competência deste juízo administrativo, ante à supremacia das decisões judiciais sobre as decisões proferidas em processo administrativo.

Descabe qualquer apreciação administrativa valorativa sobre as razões do Mandado de Busca e Apreensão em evidência, sob pena de se configurar ofensa ao princípio da jurisdição una. A ação de busca e apreensão dos documentos das impugnantes foi submetida ao crivo do Poder Judiciário, que julgou pela sua pertinência, não competindo a este órgão julgador administrativo se pronunciar quanto aos métodos e requisitos formais empregados para a consecução dessas apreensões. É uma ação cujo controle da legalidade deve ser exercido pelo Judiciário, que a autorizou.

Por outro lado, os Auditores Fiscais da Receita Federal não precisam de autorização judicial para ingressar no estabelecimento da empresa e proceder ao exame, coleta de documentos e demais atos inerentes ao procedimento fiscal. A legislação dá amparo aos atos praticados pelos AFRF, como se vislumbra nos seguintes dispositivos do RIR/1999”.

No caso, as autuações se basearam nas provas colhidas durante o procedimento fiscal com amparo no Mandados de Procedimento Fiscal (MPF). Portanto, as provas coletadas na Operação Plástico Frio, por meios dos MBAs, apenas reforçam a conclusão da fiscalização com

base em seus próprios instrumentos de trabalho, não subsiste nenhuma nulidade, sendo perfeitamente válido o procedimento fiscal.

Nestes termos, superadas e afastadas as preliminares arguidas, passa-se à apreciação das questões de mérito.

Mérito:

1- Da existência de grupo econômico;

Em seu Recurso Voluntário, a devedora principal nega a existência de grupo econômico, sob o argumento de que ela apenas uma distribuidora de produtos de outras empresas, não cabendo falar-se de confusão patrimonial por mero indício.

No entanto, tal argumento não merece acolhimento, tendo em vista que a existência de grupo econômico e a consequente reponsabilidade de seus integrantes nos moldes do art. 124, inciso II, do CTN, restou perfeitamente caracterizada.

O acórdão recorrido é exaustivo ao demonstrar os fundamentos fáticos apurados pela fiscalização para a caracterização de grupo econômico e sua consequente responsabilização pelo pagamento dos tributos objeto deste lançamento.

A fiscalização, em seu extenso trabalho, e, na busca pela verdade material, diligenciou 12 pessoas jurídicas e físicas, bem como iniciou procedimento de fiscalização em mais 5 pessoas jurídicas, a seguir elencadas:

DAKHIA IND. COM. DE TERMOPLÁSTICOS LTDA 02.650.047/0001-26
08119.00-2014-00372 - Fiscalização

DAKHIA IND. COM. DE TERMOPLÁSTICOS LTDA 02.650.047/0001-26
08111.00-2014-00763 - Diligência

REER IND. E COM. DE PLÁSTICOS LTDA 08.816.633/0001-84 08111.00-
201300002 - Fiscalização

REER IND. E COM. DE PLÁSTICOS LTDA 08.816.633/0001-84 08111.00-
201400764 - Diligência

COTERMO COMI DE TERMOPLÁSTICOS LTDA 07.312.840/0001-39
08111.002014-00787 - Fiscalização

COTERMO COMI DE TERMOPLÁSTICOS LTDA 07.312.840/0001-39
08111.002014-00766- Diligência

GLOBOPLAST IND COM PROD TERMOPLÁSTICOS LT 00.105.843/0001-
5208119.00-2014-00374 – Fiscalização

GLOBOPLAST IND COM PROD TERMOPLÁSTICOS LT 00.105.843/0001-
5208111.00-2014-00762 - Diligência

POLICHEMICALS COM. RESINAS PLÁSTICAS LTDA 01.403.100/0001-21
08119.00-2014-00373 – Fiscalização

POLICHEMICALS COM. RESINAS PLÁSTICAS LTDA 01.403.100/0001-21
08111.00-2014-00761 - Diligência

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

RINALDO SUMI 091.831.198-50 08111.00-2014-00767 - Diligência

GILBERTO PEREIRA DOS SANTOS 058.144.478-77 08111.00-2014-00760
- Diligência

Deste extenso e detalhado trabalho, resultado de mais de 1000 páginas de documentos, culminou na confecção do RELATÓRIO FISCAL GRUPO ECONÔMICO – DAKHIA (fls. 804 a 857), onde restou demonstrado a existência de um grupo econômico sob o comando da empresa DAKHIA:

CONCLUINDO, o grupo empresarial, denominado Grupo-Dakhia, criou e comandou as empresas Noteiras e Intermediárias que dele fazem parte. As operações mercantis das empresas Intermediárias são de fato da empresa Dakhia, tratando-se de meras simulações com a finalidade de burlar a legislação fiscal, sendo resultado de um simples esquema de fraude estruturada, com o intuito de acobertar e proteger os verdadeiros autores e beneficiários. São responsáveis pelas irregularidades elencadas os mandatários da empresa Dakhia.

Vejamos que tal grupo econômico conta, inclusive, com a participação de diversas empresas que seriam “noteiras” (utilizadas para esconder operações irregulares) e outras que seriam “intermediárias” (utilizadas para a realização de vendas).

Neste diapasão, o trabalho fiscal resultou na constatação de que a empresa Polichemicals faz parte um grupo econômico de fato, tendo a empresa Dakhia Industria e Comércio de Termoplásticos Ltda como líder.

Pois bem.

Em sua defesa as impugnates contestam cada conclusão da fiscalização individualmente, acusando de presunções e concluindo que elas não são, em si, bastantes para comprovar o ilícito fiscal, formação de Grupo Econômico de Fato, já que na maioria das vezes a autoridade fiscal relata e se refere a atividades normais praticadas nos meios comerciais e industriais.

É evidente que a realização de atividades empresárias em endereços similares não é proibida por lei. O fato de as empresas terem o mesmo contador, de realizarem pagamentos de contas particulares do contador, de efetuarem pagamentos de contas

uma das outras, não se caracteriza como irregularidade. A inclusão de quem quer que seja no pólo passivo de ações trabalhistas não demonstra confusão patrimonial nem existência de grupo econômico de fato.

No entanto, se todos esses fatos envolverem as mesmas pessoas ou tiverem ligação entre si e juntos levarem ao entendimento de que a empresa utilizou meios impróprios para a atuação no mercado, que se valeu de empresas consideradas noteiras e empresas intermediárias constituídas em nome de terceiras pessoas físicas (laranjas), que possuem capacidade sócio econômica incompatível com as milionárias operações de compra e venda realizadas, sem qualquer preocupação com as obrigações tributárias federais, resta comprovado o ilícito fiscal.

Concluiu a fiscalização que a empresa POLICHEMICALS faz parte, como empresa Intermediária, de grupo econômico de fato, atuante na área de plásticos, juntamente com outras empresas e sob a liderança e administração da Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda, CNPJ nº 02.650.047/0001-26. Conforme se encontra detalhado no citado Relatório Fiscal Grupo Econômico Dakhia.

O Grupo Econômico Dakhia se caracteriza pelo fornecimento de termoplásticos às indústrias de diversos estados do país por meio da utilização de empresas Noteiras que emitem notas fiscais frias e empresas Intermediárias que vendem os produtos no mercado. Empresas com quadros societários interpostos e prática de diversos ilícitos tributários com o objetivo de frustrar o pagamento de créditos tributários.

O grupo Dakhia é formado por, além da empresa líder, quatro empresas Intermediárias e nove empresas Noteiras. O modo de operar do grupo consiste na realização, de fato, das operações mercantis de venda aos clientes (indústrias) pela Dakhia, com emissão dos documentos fiscais e bancários pelas empresas Intermediárias Coterm, Polichemicals, Globoplast e Reer. As empresas Noteiras acobertam a entrada das mercadorias nas empresas Intermediárias por meio de notas fiscais frias gerando custos e créditos indevidos e emprestando aspecto de licitude e regularidade contábil.

Corroborando a conclusão da fiscalização, as nove empresas Noteiras emitiram entre os anos-calendário 2010 a 2013 notas fiscais no total de R\$ 525.000.000,00 dos quais R\$ 447.000.000,00 de notas fiscais destinadas às empresas Intermediárias para acobertar as operações de vendas destas. Enquanto que essas mesmas empresas Noteiras, em que pese tamanha movimentação, recolheram a título de tributos federais internos, o insignificante valor de R\$ 7.994,34.

No mesmo sentido, as quatro empresas Intermediárias forneceram as diversas indústrias do país mercadorias no montante de R\$ 662.000.000,00 enquanto que recolheram a título de tributos internos o valor de R\$ 167.000,00.

Referidas empresas são constituídas em nome de interpostas pessoas físicas (laranjas) que possuem capacidade sócio econômica incompatível com as significantes operações de compra e venda realizadas e sem qualquer compromisso com as obrigações tributárias.

As empresas Noteiras estão localizadas em imóveis sem estrutura física compatível com as operações comerciais realizadas e as empresas Intermediárias não possuem capacidade patrimonial nem operacional para realização das operações destacadas em suas notas fiscais. Perante a Receita Federal, alicerçadas por diligências fiscais, todas as empresas Intermediárias são consideradas inaptas.

A real beneficiária, Dakhia Industria e Comércio de Termoplásticos Ltda. oculta parte de seu faturamento através do fracionamento de suas vendas com as empresas Intermediárias. A Dakhia apura IRPJ pelo lucro presumido oferecendo à tributação somente os valores efetivamente por ela recebidos. Omitindo 95% de sua real receita. Abaixo quadro demonstrativo da relação entre os faturamentos das empresas do grupo:

EMPRESA	2010	2011	2012	2013	TOTAL	POR-CENT.
REER	R\$ 36.123.640,95	R\$ 42.754.667,19	R\$ 39.550.708,63	R\$ 97.003.435,85	R\$ 215.432.452,62	32,27%
GLOBOPLAST	R\$ 9.190.723,66	R\$ 51.225.702,18	R\$ 56.110.721,37	R\$ 77.222.257,72	R\$ 193.749.404,93	29,02%
POLICHEMI-CALS	R\$ 27.868.204,24	R\$ 31.535.746,70	R\$ 32.623.584,83	R\$ 56.223.719,54	R\$ 148.251.255,31	22,20%
COTERMO	R\$ 18.253.826,52	R\$ 21.392.799,84	R\$ 22.134.934,46	R\$ 48.464.531,72	R\$ 110.246.092,54	16,51%
				TOTAL =	R\$ 667.679.205,40	100,00%
DAKHIA	R\$ 10.275.875,18	R\$ 9.064.249,27	R\$ 8.622.724,98	R\$ 9.372.316,39	R\$ 37.335.165,82	5,59%

O Grupo Econômico de Fato Dakhia está caracterizado pela unicidade de direção e pela intercomunicação patrimonial.

Analise os aspectos que comprovam as conclusões acima e destroem os argumentos da defesa, quando não genéricos, desprovidos de comprovação.

Do Quadro Societário

As empresas apresentam em seus quadros societários pessoas físicas que são ou já foram sócias ou funcionárias de outras empresas como por exemplo o Sr. Cristiano Moraes Ferreira de Sena, sócio da Plástico Cris e da Novoplast (Noteiras) e sócio da Polichemicals. Sr. Mauro Cardoso Cruz, sócio da Cellstyle (Noteira) e sócio da Globoplast (Intermediária), Gilberto Pereira dos Santos, sócio da Haddad & Mayer e da Dover (Noteiras).

Do Contador

O Sr. Pedro Francisquini Nogueira, CPF nº 235.897.529-04, consta como responsável pela contabilidade das empresas Novoplast, JP, Antonio Maurício de Freitas Beirão, Dover e Cellstyle (Noteiras), Reer e Globoplast (Intermediárias).

O telefone de contato indicado pelo contador é o mesmo telefone de contato da JP (Noteira) e da Reer (Intermediária).

O domicílio tributário do contador, Rua Afonso Cunha nº 1278 em Guarulhos/SP é travessa da Av. Paquistão, nº 376, domicílio tributário da empresa Antonio Maurício de Freitas Beirão EPP. No andar de cima do endereço do contador, seria o domicílio tributário da Dover.

Dos Processos Trabalhistas

Existem vários processos trabalhistas em tramitação na Justiça do Trabalho-2ª Região onde aparecem como intimadas para audiência em um mesmo processo até 5 empresas entre as já citadas Noteiras, Intermediárias e Real Beneficiária.

Apesar do reduzido número de empregados nas empresas Noteiras e Intermediárias foi constatada a existência de trabalhadores em comum entre estas e a Dakhia.

Da Confusão Patrimonial

Existe clara confusão patrimonial na operação em que o Sr. Rinaldo Sumi, CPF nº 091.831.198-50, sócio administrador da Dakhia, adquiriu um apartamento e respectivas vagas de garagem em São Bernardo dos Campos/SP no valor de R\$ 1.300.000,00, sendo alienantes o Sr. Edson Sutério, CPF nº 536.321.928-04 e a Sra. Solange Aparecida Frachetta Sutério, CPF nº 050.407.938-71.

Ressalte-se no caso, que os pagamentos das parcelas, nos termos do compromisso firmado para a compra do imóvel, foram efetuados pelas empresas Novoplast e Globoplast Comércio de Produtos Termoplásticos Ltda. (Intermediária).

Estão anexados ao processo tela do sistema HOD DOI, Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda de Imóvel, Registros das Matrículas do Cartório de Imóveis, extratos bancários e telas bancárias.

Consta ainda da Matrícula nº 131.783 do Primeiro Cartório de Imóveis de São Bernardo dos Campos a Averbação nº 3 de 30/01/2014 que o novo proprietário deu o imóvel em caução como garantia de contrato de locação onde consta como locatária a Dakhia, locação pelo prazo de 60 meses com valor mensal de R\$ 60.000,00.

O Sr. Rinaldo Sumi adquiriu outro apartamento e respectivas vagas de garagem na cidade de São Bernardo do Campo-SP, no valor de R\$ 604.759,15 constando como alienante DMCA Incorporadora de Imóveis Ltda.

Comprovadamente 70% do valor do imóvel foi pago através de TEDs efetuados pelas empresas Globoplast (Intermediária), Novoplast (Noteira), Polichemicals (Intermediária) e Plásticos Cris (Noteira).

O Sr. Ronaldi Sumi, sócio administrador da Dakhia, também adquiriu uma área de 1.162,62 m2 na cidade de Jacareí-SP sendo alienante a empresa JPA Empreendimentos e Participações S/S Ltda. - EPP, pelo valor de R\$ 63.994,00.

A empresa alienante JPA tem como sócios administradores o Sr. José Batistucci e o Sr. Ademir Domene que são também sócios da empresa Globoplast (Intermediária).

O Sr. Rinaldo Sumi deu um imóvel de sua propriedade em caução para garantia de um contrato de locação onde consta como locatária a empresa Globoplast (Intermediária). O período de locação foi de 2010 a 2013, a caução está registrada na Averbação nº11 de 28/02/2011, na matrícula nº 1.412, no 2º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Caetano do Sul. Documentos anexos aos autos.

Diversas clientes do Grupo Dakhia foram intimados a explicar tipo de relacionamento com o Grupo e apresentar documentos comprobatórios desse relacionamento.

Vários responderam, a exemplo da empresa Uniezzo que através do Sr. Maurício afirma ter se relacionado comercialmente com empresas do Grupo, diz que o Sr. Rinaldo Sumi é pessoa influente no setor de plásticos principalmente por meio da Dakhia e pelas outras empresas, que acredita ser o Sr. Rinaldo Sumi gestor ou proprietário.

Foram apresentados: e-mail tratando com a Dakhia de boletos e notas fiscais emitidos pela Globoplast, e-mail da Dakhia para a empresa Paletrans (cliente da Polichemicals) com o cadastro da Polichemicals e informando que a empresa faz parte do grupo de comercialização da Dakhia etc. Todas as respostas constam dos autos.

Empresas Noteiras

Foram realizadas diligências junto às empresas Noteiras que não se encontram localizadas em seus endereços tidos como domicílio fiscal perante a Receita Federal. As empresas apresentam em comum quadro societário composto por interpostas pessoas, emitem volumes expressivos de notas fiscais, possuem 1 ou 2 empregados, instalações incompatíveis com o volume de vendas e algumas não possuem movimentação financeira apesar do volume de vendas considerável.

Empresas Intermediárias

Cada uma das empresas intermediárias foi diligenciada conforme relatório.

Da Globoplast

Na Globoplast foi realizada diligência no endereço constante da Receita Federal em 14/08/2014 e foram colhidos depoimentos de dois empregados o Sr. Edson Soglia e a Sra. Viviane Gaefke que declararam que são registrados, que a Globoplast tem 4 empregados, que no local tem apenas estoque, não há setor comercial nem de compras, apenas expedição de notas fiscais, que os principais clientes da Globoplast são Grão Técnico (empresa incorporada pela Dakhia) e Dakhia, que os setores de compras e vendas estão concentrados na Dakhia.

Em 30/10/2014 o Auditor dirigiu-se ao mesmo endereço para iniciar uma fiscalização na empresa e constatou que a empresa não estava mais estabelecida no local, foi proposta inapetência da mesma através de representação Fiscal.

Consulta a GFIP WEB constatou-se uma média de 3 empregados por mês entre os anos de 2010 e 2013, mesmo com número pequeno de empregados, deu saída em notas fiscais no valor de R\$ 197.000.000,00 recolhendo a título de tributos apenas R\$ 19.700,00.

Optou pelo lucro presumido não apresentou livro caixa e não consta ECD-Escrituração Contábil Digital no SPED para o período.

Da Cotermio

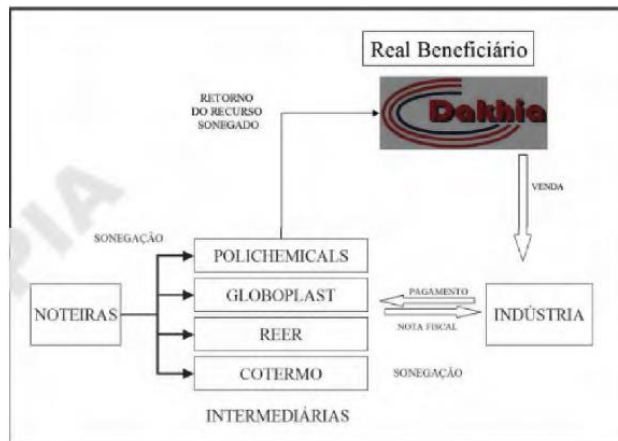
Na Cotermio foi realizada diligência no endereço constante da Receita Federal em 14/08/2014 e a empresa não foi localizada. Segundo informações obtidas junto a vizinhos a empresa saiu do endereço a 6 meses, aparentava ser um depósito com 1 ou 2 empregados, que o dono era o Sr. Vanilson José da Silva. A Cotermio deu saída a notas fiscais no valor total R\$ 118.000.000,00 e recolheu tão somente o valor de R\$ 4.700,00 de tributos entre 2010 e 2013 com apenas 1 empregado segundo a GFIP WEB.

Da REER

Inicialmente não foi localizada, em nova diligência se descobriu que a empresa, apesar de inapta desde 2013, se encontrava em atividade. A Sra. Jennifer dos Santos Bertoldo, empregada da empresa informou que trabalha na Reer desde janeiro/2014 mas não é registrada, que lá se fabrica sacos de lixo, que possui 6 empregados, que não conhece a Dakhia nem Rinaldo Sumi, que o contador, Sr. Pedro Francisquini Nogueira, é quem determina a emissão das notas fiscais.

Conclusão

O quadro abaixo demonstra o modus operandi da fraude com consequências tributárias na medida em que o faturamento da empresa líder, Dakhia, é fracionado entre as empresas Intermediárias que são acobertadas pelas empresas Noteiras, enquanto o retorno do recurso acontece por meio da confusão patrimonial com pagamentos de obrigações uma das outras:



O Grupo Econômico utiliza-se de empresas chamadas Noteiras e Intermediárias, empresas com quadros societários interpostos, e pratica diversos ilícitos tributários com o objetivo de frustrar o pagamento de créditos tributários.

Os fatos e a substancial documentação trazida, em anexo, comprovam a existência de Grupo Econômico de Fato que se formou para fins de burlar o fisco e possibilitar o gozo de vantagens às pessoas jurídicas e às pessoas físicas a elas relacionadas através de “blindagem patrimonial”.

O detalhamento da configuração do Grupo Econômico está relatado no Relatório Fiscal Grupo Econômico Dakhia e suas conclusões estão corroboradas no Relatório Fiscal Resultado dos MBAs - Mandados de Busca e Apreensão.

Concluindo, não há como as alegações trazidas pela defesa, genéricas, quando não, desprovidas de comprovação, todas considerando individualmente cada situação colocada pela fiscalização, por em dúvida a caracterização da existência de Grupo de Fato, diante da análise do conjunto de indícios acompanhados de provas trazidos pela fiscalização e colhidos durante o desenrolar de criterioso trabalho de investigação envolvendo diligências, depoimentos e coleta de documentos acompanhados de pesquisas em sistemas da Receita

Federal e de outras instituições.

Vejamos que ficou provado que a Dakhia promove a administração da empresa Polichemicals realizando vendas, autorizando descontos, cobrança, faturamento, emitindo cartas de correção de NF, emitindo cheques pré-assinados, tudo operado por empregados e pelo sócio-administrador da empresa Dakhia.

Neste diapasão demonstrou a fiscalização que a empresa Polichemicals é constituída por interpostas pessoas físicas (laranjas) sem capacidade econômica, nesse esquema de fraude, as operações mercantis são coordenadas pela empresa Dakhia que ocultaria grande parte de seu faturamento ao vender suas mercadorias por meio de empresas intermediárias, entre elas a empresa Polichemicals.

Dados os elementos colhidos durante o processo de fiscalização somados aos esclarecimentos prestados no acórdão recorrido, perfeitamente constante nos autos elementos suficiente para comprovar que a Recorrente tinha interesse comum na situação que constitua a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, pois há provas de que ela se beneficiava dos resultados auferidos ou que participava dos lucros decorrentes das operações irregulares, caracterizadas como sonegação fiscal.

Portanto, perfeitamente caracterizada a existência de grupo econômico apto a gerar a responsabilidade solidária prevista no artigo 124, inciso I, do CTN.

Nego provimento ao Recurso Voluntário em relação a esse item.

2- Da aplicação de multa qualificada e agravada.

A aplicação da multa qualificada se deu pelo evidente intuito de fraude, bem como agravada por falta de atendimento às intimações recebidas da fiscalização.

Segundo entendeu a autoridade fiscal, o sujeito passivo teve, com seu comportamento, a intenção *"de retardar e, até mesmo, impedir o conhecimento por parte do fisco da ocorrência dos fatos geradores dos tributos objetos do presente lançamento"* portanto, incorreu no art. 71 transcrito acima.

Ressalte-se, a prática de utilização de interpostas pessoas, sem capacidade econômica e patrimonial, no quadro societário, a apresentação reiterada de DIPJ com valores de receitas muito inferiores aos efetivamente recebidos diante das notas fiscais por ela emitidas, além da dissolução irregular da empresa são provas inequívocas da intenção de fraudar o fisco.

Com relação ao agravamento da multa, basta que reste configurada a falta de atendimento da intimação no prazo nela marcado. Que o contribuinte, regularmente intimado, não apresente as informações e documentos solicitados. E, como antes abordado, a contribuinte foi regularmente intimada do início da ação fiscal e da devida apresentação dos elementos solicitados no Termo de Início de Fiscalização. Por Edital, considerando que a empresa não se encontrava no endereço de cadastro da Receita Federal, e não atendeu nem justificou à autoridade fiscal o não atendimento às solicitações efetuadas durante o procedimento fiscal.

As solicitações de dilação de prazo, sem atualização do endereço da empresa, não têm o condão de justificar o não atendimento às intimações legalmente efetuadas.

Na verdade, deixam evidente a intenção de opor dificuldade à fiscalização, na medida em que, apesar de intimada, não se prestar a sequer atualizar seu endereço perante a Receita Federal.

A qualificação da multa em 150%, conforme Termo de Constatação Fiscal, se deu em razão do não atendimento pelo contribuinte às intimações, bem como e também por adotar um procedimento continuado de não informar à Secretaria da Receita Federal do Brasil o seu correto endereço onde poderia ser encontrada para recebimento das intimações.

Costumeiramente, nos casos em que a apuração se dá por arbitramento sou bastante sensibilizada pela aplicação da Súmula CARF 96, segundo a qual:

Sum. 96: "A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros".

Contudo, no caso em apreço, considero não se tratar de mera não apresentação de livros e documentos da escrituração, mas sim há presença de conduta dolosa do contribuinte no sentido de evidente a intenção de opor dificuldade à fiscalização, na medida em que, apesar de intimada, não se prestar a sequer atualizar seu endereço perante à Receita Federal.

Conforme relatado pela autoridade fiscal, nos anos calendário de 2010 a 2013, a fiscalizada não declarou DCTF e não recolheu qualquer valor referentes aos tributos, o que demonstraria sua intenção em suprimir impostos e contribuições devidos (sonegação).

Em conjunto com a não entrega da ECD - Escrituração Contábil Digital referentes aos anos calendário de 2010 a 2013, via SPED, a fiscalizada visaria encobrir os aspectos materiais necessários para o dimensionamento das obrigações tributárias.

Por outro lado, segue a autoridade fiscal, a utilização de interpostas pessoas no quadro societário da Polichemicals, caracteriza Interposição Fraudulenta.

Assim, tudo somado, restaria para a fiscalização a imposição da exigência de multa qualificada no lançamento ora efetuado, nos termos da legislação de regência.

Também, considerando que a fiscalizada recebera o Termo de Início do Procedimento Fiscal, protocolara pedidos de dilação de prazo e sumira do "mapa", deixando de atualizar seu cadastro junto à Receita Federal do Brasil e JUCESP - Junta Comercial do Estado de São Paulo, como também deixara de atender às intimações que lhe foram regularmente expedidas

Por esse motivo, tomo de empréstimo as considerações do Conselheiro Luiz Rodrigo no Acórdão 1104-002.498, bastante pertinentes a este caso, quando menciona que:

"Pela dicção da redação da Lei nº 4.502/1964, deve-se comprovar a ação ou omissão dolosa tendente a ocultar, do conhecimento do fisco, a ocorrência do fato gerador.

O elemento dolo não é representado pelos atos praticados, pela exteriorização destes; característica marcante dos elementos objetivos do tipo penal. O dolo é representado pelo elemento subjetivo do tipo, que se perfaz pela intenção do agente em praticar tal conduta, descrita na norma como ilícita. Para a sua configuração, dever-se-ia buscar internar-se na mente do praticante da conduta para perceber qual era a sua intenção, se lícita ou ilícita. Entretanto, como isso não é possível, busca-se interpretar a exteriorização dos atos e, assim, constatar se houve, ou não, má-fé na prática da conduta".

No caso em concreto, evidente a intenção de opor dificuldade à fiscalização, na medida em que, apesar de intimada, não se prestar a sequer atualizar seu endereço perante à Receita Federal, verifica-se a presença da figura da omissão dolosa tendente a ocultar, do conhecimento do fisco, a ocorrência do fato gerador.

Razão pela qual, mantenho as multas tal qual foram aplicadas.

3 - Reconher a impossibilidade de arbitramento do lucro face a inexistência dos requisitos legais ou conversão do julgamento em diligência para que ela tenha a oportunidade de apresentar documentos comprobatórios de regularidade das escritas fiscais;

Conforme mencionado pela DRJ, no caso em tela, o arbitramento do lucro decorreu exclusivamente do fato de que o contribuinte deixou de apresentar sua escrituração, nas palavras da autoridade fiscal (fls. 61 e 62):

A Polichemicals Comércio de Resinas Plásticas Ltda, apesar de regularmente intimada, não apresentou sua contabilidade relativa aos anos-calendário 2010 a 2013 como também não entregou no SPED a sua ECD - Escrituração Contábil Digital, apesar de estar obrigada a efetuar a entrega relativas aos anos-calendário de 2010 a 2013. (grifei)

Diante da situação descrita, o arbitramento do lucro se faz necessário tendo em vista que o contribuinte, apesar de regularmente notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme o Termo de Início do Procedimento Fiscal e dos Termos de Intimações Fiscais posteriores, já descritos acima, deixou de apresentá-los, conforme preceitua o art. 530, do Decreto 3.000/1999 (RIR/99).

Por esses fatos, tem-se que no caso dos autos o lançamento se deu por arbitramento, pela falta da escrituração regular que permitisse outra forma de apuração e realiza-se em respeito ao princípio da verdade material e da estrita legalidade.

O artigo 47, II da Lei nº 8.981, de 1997, determina que o lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando:

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraude ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou

Entende-se por contabilidade na forma da lei aquela que registra integralmente e não parte reduzida das operações comerciais e transações bancárias.

No caso dos autos, a apuração feita pela autoridade fiscal demonstrou que a recorrente teve omissões em montante maior ao das receitas registradas. Tal fato demonstra, que a contabilidade apresentada pela recorrente não atendia aos requisitos especificados nos incisos I e II, do artigo 47 da Lei nº 8.981, de 1997 e artigos 529 e 530, do Regulamento do Imposto de Renda, que nestas situações determinam que o lucro deve ser arbitrado.

O arbitramento do lucro não é faculdade concedida pela lei, mas sim imposição. O artigo 47 da Lei nº 8.981, de 1995, não usa a expressão poderá, mas sim será arbitrado. Constatado irregularidade que não identifica as efetivas operações da empresa, a autoridade fiscal, mesmo para as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, deve arbitrar o lucro.

O artigo 24¹ da Lei nº 9.249, de 1996, deve ser aplicado em conjunto com o artigo 47² da Lei nº 8.981, de 1995. Nos casos em que a contabilidade da empresa apresentar deficiência ao ponto de não registrar as operações havidas, deverá a autoridade fiscal proceder o arbitramento do lucro. Não é regular a contabilidade que deixa de registrar a maior parte das transações realizadas pelo contribuinte. O artigo 47 da Lei nº 8.981, de 1995, ao usar o comando de que o lucro será arbitrado nos casos que especifica, não confere faculdade à autoridade fiscal, mas sim comando impositivo quanto à forma de tributação.

Desta forma, acertado a aplicação do regime de apuração na forma de arbitramento, motivo pelo qual mantenho a autuação incólume, tal qual decidido pelo acórdão recorrido.

4 - reconhecer a impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS e;

Trata-se de crédito que, segundo alega a Recorrente, decorre da indevida inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS.

Nesse ponto, entendo que assiste razão à recorrente e por compartilhar dos mesmas razões de decidir, transcrevo, fundamentação do Conselheiro LEONARDO VINICIUS TOLEDO DE ANDRADE, no acórdão nº 3201-005.576, de 21 de agosto de 2019:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/04/2008 a 31/12/2008 V

(...)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Período de apuração: 01/04/2008 a 31/12/2008

(...)

¹ Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

§ 1º. No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas tributadas com base no lucro presumido ou arbitrado, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela a que corresponder o percentual mais elevado.

§ 2º. O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, da Contribuição para o PIS/Pasep e das contribuições previdenciárias incidentes sobre a receita. (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 11.941, de 27.05.2009, DOU 28.05.2009, conversão da Medida Provisória nº 449, de 03.12.2008, DOU 04.12.2008).

² Art. 47. O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando:

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real ou submetido ao regime de tributação de que trata o Decreto-Lei nº 2.397, de 1987, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraude ou conter vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou

PIS/COFINS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO.

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. O Supremo Tribunal Federal - STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 574.706, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, o que afasta, de imediato, o anterior entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ no Resp 1.144.469/PR, no regime de recursos repetitivos.

(...)

Do voto extraio a fundamentação:

Mérito – Necessidade de Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS Assiste razão a Recorrente.

O Supremo Tribunal Federal - STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 574.706, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS.

Referida decisão possui a seguinte ementa:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO

REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

O Supremo Tribunal Federal - STF já está a aplicar o entendimento firmado em outros processos, conforme se depreende do julgado adiante colacionado:

"COFINS E PIS – BASE DE CÁLCULO – ICMS – EXCLUSÃO. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços – ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário nº 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL – ACÓRDÃO – PUBLICAÇÃO – EFEITOS – ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Descabe a fixação dos honorários recursais previstos no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, quando se tratar de recurso formalizado em processo cujo rito os exclua. AGRAVO – MULTA – ARTIGO 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. Se o agravo é manifestamente inadmissível ou improcedente, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 4º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil de 2015, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância protelatória."(RE 440787 AgR-segundo, Relator(a):Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 18-05-2018 PUBLIC 21-05-2018)

Com a decisão proferida pela Corte Suprema, não mais prevalece o contido no REsp 1.144.469/PR do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

O entendimento ora esposado encontra amparo no fato de o próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ não mais estar aplicando o seu antigo posicionamento. A Corte Superior de Justiça, de modo reiterado, está decidindo de acordo com o julgado no RE 574.706.

A título ilustrativo, colaciona-se recentes decisões em tal sentido, verbis:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC/2015. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR).

1. O recurso especial foi interposto na vigência do CPC/1973. Dessa forma, sujeitam-se aos requisitos de admissibilidade nele previstos, conforme diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2 do Plenário do STJ.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para realizar a adequação prevista no art. 1.030, II do CPC/2015." (EDcl no AgRg no REsp 1276424/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO TEMA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO PELO PRÓPRIO STJ. ADEQUAÇÃO AO DECIDIDO PELO STF.

1. A Jurisprudência pacífica desta Corte de Justiça possuía o entendimento de considerar legal a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ. Posicionamento este ratificado pela Primeira Seção do STJ no julgamento do Resp 1.144.469/PR, processado e julgado como representativo de controvérsia.

2. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião da apreciação do RE 574.706-RG/PR, com repercussão geral reconhecida, firmou tese contrária à fixada pela Primeira Seção do STJ.

3. Juízo de retratação exercido nestes autos (art. 1.040, II, do CPC/2015), para negar provimento ao apelo nobre da Fazenda Nacional." (REsp 1496603/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL.

INCIDÊNCIA DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA, PREVISTA NA LEI 12.546/2011. JULGAMENTO PELO STF, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 574.706/PR. JUÍZO DE RETRATAÇÃO.

ART. 1.040, II, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO PROVIDO, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL, QUANTO AO TEMA OBJETO DA REPERCUSSÃO GERAL.

I. Agravo interno aviado contra decisão que deu provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, contra acórdão que, negando provimento à Apelação e à Remessa Oficial, havia mantido a sentença que concedera o Mandado de Segurança.

II. A Segunda Turma do STJ, considerando a jurisprudência pacífica da Corte, quando do julgamento do Recurso Especial interposto, no sentido da incidência do ICMS na base de cálculo da contribuição previdenciária substitutiva, prevista na Lei 12.546/2011, negou provimento ao Agravo interno do contribuinte.

III. Entretanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, sob o regime da repercussão geral, firmou a tese de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (STF, 574.706/PR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, DJe de 02/10/2017), porquanto o valor arrecadado, a título de ICMS, não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social. Diante da nova orientação da Suprema Corte, o STJ realinhou o seu posicionamento (STJ, REsp 1.100.739/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/03/2018; AgInt no AgInt no AgRg no AREsp 392.924/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/03/2018). Mutatis mutandis, a mesma lógica deve ser aplicada para a contribuição previdenciária substitutiva, prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 12.546/2011, em razão da identidade do fato gerador (receita bruta). Com efeito, "os valores relativos ao ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, prevista na Lei n. 12.546/11, porquanto não se incorporam ao patrimônio do contribuinte, é dizer, não caracterizam receita bruta, em observância à axiologia das razões de decidir do RE n. 574.706/PR, julgado em repercussão geral pelo STF, no qual foi proclamada a inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS" (STJ, REsp 1.568.493/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/03/2018). Em igual sentido: STJ, REsp 1.694.357/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 01/12/2017.

IV. Nesse contexto, retornaram os autos - por determinação da Vice-Presidência do STJ, para fins do disposto no art. 1.040, II, do CPC/2015 -, em face do aludido julgado do Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral.

V. Agravo interno provido, para, em juízo de retratação, previsto no art. 1.040, II, do CPC/2015, negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional." (AgInt no REsp 1592338/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018)

Neste contexto, não há como negar plena efetividade ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal - STF, já que o próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ não mais aplica o entendimento firmado no REsp 1.144.469/PR.

O mesmo posicionamento tem sido adotado pelos Tribunais Regionais Federais. Neste sentido:

"EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. ENTENDIMENTO DO STF. RE 574.706/PR, SOB O RITO DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 69 STF. Conforme estabelecido pelo STF, no Tema 69, "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins" (Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 574.706)." (TRF4, AC 5004059-55.2015.4.04.7215, SEGUNDA TURMA, Relatora LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, juntado aos autos em 09/07/2018)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. RETRATAÇÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. ENTENDIMENTO DO STF. RE 574706/PR. TEMA 69 STF. Conforme estabelecido pelo STF, no Tema 69, "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins" (Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 574.706)." (TRF4, EINF 2006.70.00.028496-1, PRIMEIRA SEÇÃO, Relator ROGER RAUPP RIOS, D.E. 10/07/2018)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706. VINCULAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

- No caso, foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Cabe destacar que foi reconhecida a repercussão geral do RE 574.706/PR, e julgado o mérito do recurso pelo Plenário do STF, devendo os tribunais decidir no mesmo sentido do entendimento adotado, nos termos do art. 1.040, II do CPC, e incumbindo ao Relator decidir de forma monocrática, como prevê o art. 932 do CPC.

- Anote-se que a diretriz jurisprudencial firmada deve ser observada pelos demais Tribunais, como tem reiteradamente decidido o próprio

STF, que, inclusive, tem aplicado a orientação firmada a casos similares. Precedentes.

- Quanto à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração a serem opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na r. decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- A tese de repercussão geral fixada foi a de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- A motivação dos embargos de declaração, embora não tenha sido acolhida, não permite a conclusão de que foram opostos em litigância de má-fé ou com manifesto caráter protelatório.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decismum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno." (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 369987 - 0001986-16.2017.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 04/07/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/07/2018)

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. COMPENSAÇÃO. SÚMULA Nº 213 DO STJ. SUFICIÊNCIA DA PROVA DA CONDIÇÃO DE CREDORA TRIBUTÁRIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Quanto à análise da compensação tributária em sede mandamental, o próprio C. STJ tem reiterado a aplicação do seu Enunciado 213, limitando, in casu, a prova à simples condição de credora tributária, por não se confundir com os fundamentos adotados no REsp 1.111.164/BA.

3. Apelação a que se dá parcial provimento, concedendo-se a segurança para determinar a exclusão, relativa à base de cálculo da COFINS e do PIS, da parcela relativa ao ICMS, autorizando a respectiva compensação, observado, contudo, o lustro prescricional (RE 566.621/RS, Rel. Min. Ellen Gracie), na forma da legislação de regência, notadamente com respeito ao disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 10.637/02, artigo 170-A do CTN e correção monetária com a incidência da Taxa SELIC, considerando que a presente ação mandamental foi ajuizada em 08/07/2008.

4. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, nesse viés, prosperar o argumento alinhavado pela União Federal - nesse exato sentido, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

5. Matéria reapreciada, em sede de juízo de retratação, por força do artigo 543-B, § 3º, do CPC/73, aplicável à espécie." (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 333152 - 0016260-88.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 20/06/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/07/2018)

Pertinentes são as palavras da Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, em voto proferido no processo 10580.721226/2007-01 (Acórdão 3301-004.355):

"Venho sustentando que, para fins de interpretação do § 2º do art. 62 do RICARF, negar a aplicação da decisão do RE nº 574.706 RG, com base no REsp nº 1.144.469/PR (julgado como recurso repetitivo e já transitado em julgado), é uma falácia.

É uma falácia, porquanto o próprio STJ já alterou seu posicionamento para reconhecer que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e COFINS, afastando a aplicação do REsp 1.144.469/PR, em virtude da decisão do STF, como se observa nas decisões citadas abaixo:

(...)

Por conseguinte, estando o acórdão do RE nº 574.706 RG desprovido de causa suspensiva, deve ser imediatamente aplicado.

Defendo que tal situação se coaduna com a condição de “decisão definitiva de mérito”, para fins de aplicação do art. 62, § 2º do RICARF.”

Cito, ainda:

"Os órgãos do Estado são entes sem vida, sem inteligência e sem sentimento; são dirigidos por gestores que assumem o compromisso constitucional de respeitar os princípios democráticos, dentre os quais o efetivo cumprimento das decisões judiciais. De outra forma, não faz sentido o próprio governo, integrante do sistema, desrespeitar as leis.

A Fazenda Pública e os órgãos públicos de maneira geral, por não terem vida, não se sensibilizam com os fatos que ocorrem em seu derredor, diferentemente do que acontece com seus agentes políticos ou administrativos." (CARDOSO, Antonio Pessoa. Cumprimento das leis - Estado deve ser referência de valores do Direito. Revista Consultor Jurídico, 25 de junho de 2011, 7h41)

Um órgão administrativo de julgamento não aplicar o decidido em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal - STF quando até mesmo o Superior Tribunal de Justiça - STJ já não mais aplica o seu entendimento em sentido diverso é verdadeira afronta ao julgado pela mais Alta Corte do país.

Sobre a inteira e imediata aplicação do decidido pelo Supremo Tribunal Federal - STF, o Superior Tribunal de Justiça - STJ assim decidiu:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

2. A existência de precedente firmado sob o regime de repercussão geral pelo Plenário do STF autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma.

Precedentes: RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Dje 18.9/2017; ARE 909.527/RS-AgR, Rel Min. LUIZ FUX, DJe de 30.5.2016.

3. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido." (AgInt no AREsp 282.685/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 27/02/2018) (nosso destaque)

Do voto, destaco:

"3. No mais, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a existência de precedente sob o regime de repercussão geral firmado pelo Plenário daquela Corte autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma (RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Dje 18.9/2017; ARE 909.527/RS-AgR, Rel Min. LUIZ FUX, DJe de 30.5.2016.)"

Por fim, ressalto que esta Turma, em composição diversa da atual, decidiu por maioria de votos, em dar provimento a recurso do contribuinte, em processo no qual este relator foi designado para redigir o voto vencedor.

Aludida decisão apresenta a seguinte ementa:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP Período de apuração: 01/01/2005 a 28/02/2005, 01/06/2005 a 30/11/2005, 01/03/2006 a 30/11/2006 MPF. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

Rejeita-se a preliminar de nulidade quando nos autos está comprovado que a fiscalização cumpriu todos os requisitos legais pertinentes ao MPF, não tendo o contribuinte demonstrado nenhuma irregularidade capaz de invalidar o lançamento.

O Mandado de Procedimento Fiscal MPF é instrumento de controle administrativo e de informação ao contribuinte. Eventuais omissões ou incorreções do MPF não são causa de nulidade do auto de infração.

APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS. GLOSA.

Correta a glosa de valores indevidamente incluídos no cômputo da base de cálculo dos créditos da não-cumulatividade, ressaltando-se os valores glosados não comprovados pela fiscalização e os lançados com evidente lapso material.

CRÉDITOS DA NÃO CUMULATIVIDADE. DEPRECIACÃO ACELERADA. OPÇÃO A apropriação de crédito das contribuições mediante despesas com depreciação de bens calculadas de forma acelerada, na razão 1/48,

nos termos do § 14, art. 3º da Lei 10.637/02 é opcional, o que significava impossibilidade de apropriação concomitante à regra do inciso III, do § 1ª do indigitado artigo.

CRÉDITOS DA NÃO CUMULATIVIDADE. DEPRECIACÃO ACELERADA. LEI Nº 11.051/2004 Imprescindível a comprovação do atendimento aos requisitos legais para o benefício fiscal da apuração da depreciação acelerada de que trata da Lei nº 11.051/2004.

COFINS E PIS BASE DE CÁLCULO ICMS EXCLUSÃO.

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS.

O Supremo Tribunal Federal STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o nº 574.706, em sede de repercussão geral, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, o que afasta, de imediato, o anterior entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça STJ no Resp 1.144.469/PR, no regime de recursos repetitivos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS Período de apuração: 01/01/2005 a 2 COFINS. LANÇAMENTO DECORRENTE DA MESMA MATÉRIA FÁTICA.

Aplica-se ao lançamento da Contribuição para a Cofins o decidido em relação ao PIS lançado a partir da mesma matéria fática." (Processo nº 10530.004513/2008-11; Acórdão nº 3201-003.725; Relator Conselheiro Paulo Roberto Duarte Moreira; sessão de 24/05/2018)

Cito, ainda, decisão proferida por voto de desempate, que acolheu o pedido de restituição formulado pelo contribuinte:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP Período de apuração: 01/08/2010 a 31/08/2010 PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE.

Comprovado tratar-se de crédito tributário restrito ao PIS/Pasep apurado e recolhido sobre base de cálculo sem a exclusão do ICMS é de se reconhecer o direito à restituição do crédito pleiteado." (Processo nº 10935.906300/2012-59; Acórdão nº 3001-000.113; Relator Conselheiro Cássio Schappo; sessão de 24/01/2018)

Assim, é de se prover o Recurso Voluntário para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, em plena consonância ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal

- STF, no Recurso Extraordinário nº 574.706 e em conformidade com o que tem adotado o Superior Tribunal de Justiça - STJ.

5- Da impossibilidade de reconhecimento do caráter meramente informativo da DIPJ.

Pretende a Recorrente o reconhecimento de que a DIPJ tem caráter meramente informativo, ou seja, segundo ela, a declaração não teria o condão de constituir o crédito tributário, razão pela qual, em tendo sido o lançamento lavrado com base na divergência entre as informações prestadas na DIPJ e no livro de apuração do ICMS, ele seria improcedente.

Assiste razão a Recorrente quando aponta que a DIPJ não teria o condão de constituir dívida tributaria, contudo, verifica-se que o crédito tributário foi constituído por lançamento de ofício sob o regime de arbitramento, justamente em razão da imprestabilidade da contabilidade da contribuinte, não sendo o argumento quando aos efeitos meramente informativos da DIPJ apto a tornar a constituição do crédito improcedente.

Conclusão:

Pelo exposto, voto por dar PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, apenas para determinar o exame do direito creditório do contribuinte considerando a decisão proferida pelo STF em sede de Repercussão geral no RE 574.706, de modo a excluir o ICMS da base de cálculo do PIS, com a prolação de novo despacho decisório.”

(documento assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin