



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

**Processo n°** 16095.720132/2015-74  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1301-003.665 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 23 de janeiro de 2019  
**Matéria** IRPJ - IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA  
**Recorrente** REER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA (Responsáveis solidários: Globoplast Indústria e Comércio de Produtos Termoplásticos Ltda.-ME, Polichemicals Comércio de Resinas Plásticas Ltda, Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda., Cotermo Comercial de Termoplásticos Ltda, Rinaldo Sumi, Paulo Fernandes Silva e Marcio Paulo Baum.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. ACESSO LIMITADO AOS AUTOS. INEXISTÊNCIA.

Não há cerceamento de direito de defesa, se o coobrigado apesar de não ter acesso aos autos diretamente pelo sistema e-CAC, tem garantido o direito de receber cópia de todos os documentos da autuação, e de ter recepcionados impugnações e recursos correlatos, por via física ou eletrônica.

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO DE RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. INEXISTÊNCIA.

Não há cerceamento de direito de defesa, quando o equívoco da ausência de julgamento da impugnação é detectado antes do julgamento dos recursos voluntários e o processo é devolvido à DRJ para proferir acórdão complementar.

NULIDADE. ILICITUDE DAS PROVAS. PROVAS INDEPENDENTES.

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. DESNECESSIDADE.**

Não há necessidade de suspensão do processo administrativo fiscal quando as provas elaboradas pela autoridade fiscal foram suficientes para comprovar a infração e as provas obtidas através de Mandados de Busca e Apreensão obtidas em investigação criminal serviram apenas para ratificar as conclusões do auditor.

**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.

**MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO. CONDUTA DOLOSA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.**

A utilização de notas fiscais frias emitidas por empresas consideradas "noteiras", bem como a prática reiterada em não efetuar a entrega da Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais DCTF, caracterizam a conduta dolosa da recorrente e o evidente intuito de fraude, ensejam portanto a aplicação da multa qualificada de 150%.

**MULTA AGRAVADA. CABIMENTO. FALTA DE ATENDIMENTO ÀS INTIMAÇÕES.**

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.

**DIPJ. CARÁTER INFORMATIVO.**

O caráter informativo da DIPJ não infirma o lançamento, posto que a autuação se embasou nas notas fiscais eletrônicas emitidas pela autuada e não simplesmente de divergências contidas na declaração.

**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.**

Embora haja previsão jurisprudencial do STF da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS, no caso em tela, o contribuinte não comprovou ter efetuado o pagamento do ICMS ou escriturado em livro específico os valores a recolher ao fisco estadual. Pedido Genérico. Indeferimento.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. ART. 135, III DO CTN.

A expressão "infração de lei" prevista no art. 135 do CTN refere-se a situações nas quais o administrador atue fora das suas atribuições funcionais, extrapolando o que esteja previsto na lei societária ou no estatuto social da empresa, muitas vezes em prejuízo da própria empresa.

No caso, os agentes fiscais comprovaram infração funcional praticada pelos administradores do grupo, por violação da lei ou do estatuto social.

RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. ART. 124, I DO CTN.

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

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA POR MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA. LEGITIMIDADE.

É legítima a atribuição de responsabilidade solidária por multa de ofício agravada, posto que a pessoa física ou jurídica que tenha interesse comum na situação que constitui o fato gerador responde solidariamente pela obrigação principal, que abrange não apenas o pagamento do tributo, mas também das penalidades pecuniárias.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: (i) por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário da Reer Indústria e Comércio de Plásticos Ltda.; (ii) por maioria de votos, negar provimento aos recursos voluntários de Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda e dos coobrigados Rinaldo Sumi, Marcio Paulo Baum e Paulo Fernandes Silva, vencida os Conselheiros Giovana Pereira de Paiva Leite (Relatora), Roberto Silva Junior e Carlos Augusto Daniel Neto que votaram por lhes dar provimento parcial para excluir os coobrigados do polo passivo da obrigação tributária. Designado o Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza para redigir o voto vencedor.

(Assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite - Relatora.

(Assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Redator Designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Carlos Augusto Daniel Neto, Giovana Pereira de Paiva Leite, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

## Relatório

Trata o presente processo de auto de infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, referente aos anos-calendários 2010, 2011, 2012 e 2013, decorrente de omissão de receitas de venda de produtos de fabricação própria.

O lançamento foi efetuado com base no lucro arbitrado uma vez que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos de sua escrituração, deixou de apresentá-los. Sofreu ainda a imposição de multa de 225% com acréscimo de juros moratórios. A autuação tomou por base a receita bruta de vendas, obtida pela soma mensal das notas fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte.

Por bem descrever a autuação, transcrevo resumo do Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades (fls. 69-85), constante do relatório do acórdão recorrido:

### *1 – DOS FATOS*

*Em 04/07/2013 foi publicada a Declaração de Inaptidão da empresa conforme processo nº 16095.720092/2013-07 Ato Declaratório Executivo nº 33.*

### *2- DAS DECLARAÇÕES DA EMPRESA:*

*[...] entregou as DIPJ [...] com a opção pela tributação com base no lucro presumido, entretanto [...] não efetivou o pagamento da primeira ou única cota do imposto devido para manifestar sua opção por esta modalidade de tributação [...] como também, nunca entregou DCTF [...] para nenhum tributo durante o período descrito, enquadrando-se portanto na tributação com base no LUCRO REAL.[...]*

### *3 – DAS VENDAS DA EMPRESA*

*A Reer Indústria e Comércio de Plásticos Ltda emitiu Notas Fiscais eletrônicas [...] conforme informações obtidas junto ao sistema Sped detalhadas no relatório em anexo com o título “Notas Fiscais eletrônicas”, informados na coluna “Valores dos itens” [...].*

*Como as emissões das Notas Fiscais Eletrônicas começaram em Março de 2010, os valores lançados para as competências de Janeiro de 2010 e Fevereiro de 2010 foram obtidos das informações prestadas pela empresa através das GIA*

*transmitidas à Secretaria Estadual da Fazenda do Estado de São Paulo detalhadas nos relatórios em anexo [...].*

#### *4 – DA CONTABILIDADE DA EMPRESA*

*A Reer [...], apesar de regularmente intimada, não apresentou sua contabilidade relativa aos anos-calendário 2010 a 2013 como também não entregou no SPED a sua ECD [...], apesar de estar obrigada a efetuar a entrega relativa aos anos calendário 2010-2013.*

#### *5 - DO ARBITRAMENTO DO LUCRO*

*Diante da situação acima descrita, o arbitramento do lucro se faz necessário tendo em vista que o contribuinte, apesar de regularmente notificada a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme o Termo de Início do Procedimento Fiscal e dos Termos de Intimações Fiscais posteriores, [...] deixou de apresentá-los [...].*

#### *6 – DA INFRAÇÃO APURADA*

*[...] não declarou à Receita Federal do Brasil via DCTF [...] os valores dos “Débitos Apurados”, como também não recolheu qualquer valor referente aos tributos lançados neste Auto de Infração.*

*[...]*

#### *9 – DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR E DA UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTAS PESSOAS NO QUADRO SOCIETÁRIO DA EMPRESA*

*9.1) a Reer não se encontra no seu domicílio fiscal, que seria o local de sua sede informado na JUCESP, em conformidade com a súmula 435/2010 do STJ [...].*

*[...]*

*9.2) Constatamos que os titulares de direito são interpostas pessoas do titular de fato [...]*

*[...]*

#### *10) – DA PARTICIPAÇÃO DA EMPRESA EM GRUPO ECONÔMICO*

#### *11) DA QUALIFICAÇÃO E DO AGRAVAMENTO DA MULTA DE OFÍCIO*

#### *12) DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS*

#### *13) DA MULTA APLICADA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA*

#### *14) DA SUJEIÇÃO PASSIVA*

*Constatamos que a empresa DAKHIA Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda [...] é líder do grupo econômico de fato, formado entre ela e as seguintes empresas:*

*Globoplast Indústria e Comércio de Produtos Termoplásticos Ltda [...]*

*Polichemichals Comércio de Resinas Plásticas Ltda [...]*

*Reer Comércio Atacadista de Plásticos Ltda [...]*

*Cotermo Comercial de Termoplásticos Ltda [...]*

*A empresa DAKHIA promove a administração das referidas 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.*

*Há uma confusão patrimonial entre as empresas já que as empresas pagam despesas da empresa DAKHIA como também dos proprietários desta última, entre outros atos discriminados no “RELATÓRIO FISCAL GRUPO ECONÔMICO DAKHIA” E NO “RELATÓRIO FISCAL MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO”, anexos, relatórios estes que compõem o quadro probatório deste grupo econômico de fato.*

*Assim, apesar da DAKHIA ser a fornecedora de fato, seriam as empresas intermediárias do grupo econômico, constituídas por interposição de 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.*

Foram lavrados Termos de Sujeição Passiva Solidária (art. 124, inc. I do CTN) para as seguintes pessoas jurídicas que formavam o grupo de fato, denominado "GRUPO ECONÔMICO DAKHIA": **Reer** Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. – EPP (REER), **Globoplast** Indústria e Comércio de Produtos Termoplásticos Ltda.-ME (GLOBOPLAST), **Polichemicals** Comércio de Resinas Plásticas Ltda (POLICHEMICALS), **Dakhia** Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda. (DAKHIA), **Cotermo** Comercial de Termoplásticos Ltda (COTERMO).

Além dessa pessoas jurídicas, foram incluídos no polo passivo, por excesso de poderes e infração de lei, contrato social ou estatuto (art.135 do CTN), os sócios administradores da DAKHIA: **Rinaldo Sumi, Paulo Fernandes Silva e Marcio Paulo Baum.**

Inconformados com a autuação, apresentaram impugnação a REER, e as demais pessoas físicas solidárias Rinaldo Sumi, Paulo Fernandes Silva e Marcio Paulo Baum.

Ao julgar a impugnação, a DRJ rejeitou as preliminares, julgou improcedentes as impugnações e decretou a revelia da DAKHIA, GLOBOPLAST, POLICHEMICALS e COTERMO, através do acórdão nº 09-60.820, de 28/09/2016, que restou assim ementado:

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

*Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013*

**NULIDADE. REQUISITOS.**

*Cumpridos os requisitos previstos no decreto que dispõe sobre o processo administrativo fiscal para a lavratura dos autos de infração e observados, quanto a estes, os procedimentos administrativos de que trata o Código Tributário Nacional, não há que se falar em nulidade dos lançamentos.*

**INTIMAÇÃO POR EDITAL. VALIDADE.**

*É válida a intimação por edital, quando demonstrado que resultou improficua a tentativa de intimação no endereço do domicílio tributário 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 de que trata o decreto que dispõe sobre o processo administrativo fiscal.*

**REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. IMPUGNAÇÃO.**

*As Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento não têm competência para apreciar impugnação em face 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.*

**INCONSTITUCIONALIDADE. ARGUIÇÃO. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.**

*A autoridade administrativa não possui competência para apreciar inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei ou ato normativo do poder público, cabendo tal prerrogativa ao Poder Judiciário.*

**MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. MULTA PELA NÃO ENTREGA DA ESCRITA CONTÁBIL DIGITAL - ECD.**

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

**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 qualificada e 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 da fraude com intuito de frustrar eventual cobrança de créditos tributários.*

*SÓCIOS ADMINISTRADORES. EXCESSO DE PODERES, INFRAÇÃO DE LEI E CONTRATO SOCIAL. CRÉDITOS RESULTANTES.  
RESPONSABILIDADE.*

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

*GRUPO ECONÔMICO DE FATO. RESPONSABILIDADE.*

*As sociedades empresárias partícipes de comprovado grupo econômico de fato são solidariamente responsáveis pelos créditos tributários, dados seus interesses comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.*

*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.*

Cientificados do acórdão de impugnação, os sócios da DAKHIA apresentaram recurso voluntário, onde, entre outras preliminares, apontaram a falta de julgamento da impugnação apresentada pela DAKHIA.

Independente da questão da legitimidade dos sócios para pleitear direito em nome da DAKHIA, este colegiado reconheceu de ofício o erro através do acórdão nº 1301-002.747 (fls. 1921-1935), por se tratar de questão meramente processual, e determinou o retorno dos autos a DRJ para apreciar a impugnação da DAKHIA e proferir acórdão complementar.

A DRJ também reconheceu o equívoco e proferiu acórdão complementar nº 09-066.724, de 06/06/2018 (fls.1952-2006), que possui ementa bastante semelhante ao do primeiro acórdão, sendo despicienda sua transcrição. Neste segundo acórdão, a Turma *a quo* rejeitou as preliminares e negou provimento às impugnações e declarou a revelia tão somente das seguintes pessoas jurídicas: GLOBOPLAST, POLICHEMICALS e COTERMO.

Após devidamente intimados, os sujeitos passivos que não se encontravam revéis apresentaram recurso voluntário. As datas de ciência das intimações, bem como de interposição dos recursos voluntários, apresentam-se no quadro abaixo:

Sujeito passivo/ Responsável Solidário	Foi declarado revel?	Data da intimação do <b>acórdão de impugnação</b>	Data da interposição do <b>recurso voluntário</b>	Recurso voluntário é tempestivo?
REER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA	Não	10/10/2016, conforme Aviso de Recebimento - AR fl.1672 (na pessoa do sócio Ronaldo de Carvalho Menino)	09/11/2016 conforme tela de consulta dos Correios fl.1899	Sim
GLOBOPLAST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS TERMOPLÁSTICOS LTDA.	Sim	-----	-----	-----
POLICHEMICALS COMÉRCIO DE RESINAS PLÁSTICAS LTDA.	Sim	-----	-----	-----
COTERMO COMERCIAL DE TERMOPLÁSTICOS LTDA	Sim	-----	-----	-----
DAKHIA INDUSTRIA E COMERCIO DE TERMOPLASTICOS LTDA	Não	26/06/2018, através de DTE, conforme Termo de Ciência por Abertura de	23/07/2018, conforme documento de fl.2022	Sim

		Mensagem fl.2018		
Rinaldo Sumi	Não	10/10/2016, conforme AR fl.1674	09/11/2016 conforme tela de consulta dos Correios fl.1901	Sim
Marcio Paulo Baum	Não	10/10/2016, conforme AR fl.1673	09/11/2016 conforme tela de consulta dos Correios fl.1903	Sim
Paulo Fernandes Silva	Não	24/10/2016, conforme AR fl.1681	09/11/2016 conforme carimbo aposto na primeira página do recurso fl.1859	Sim

### Dos Recursos Voluntários

Devidamente intimado, o contribuinte **REER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA** apresentou recurso voluntário às fls. 1684-1767, onde alega:

- a) 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;
- b) 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;
- c) Sustenta a impossibilidade de lavratura dos autos de infração, tendo em vista o transcurso do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN;
- d) 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;
- e) 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;
- f) 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%;
- g) 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;

h) 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.

Após o saneamento do processo, a responsável solidária **DAKHIA INDUSTRIA E COMERCIO DE TERMOPLASTICOS LTDA** teve sua impugnação analisada, e apresentou recurso voluntário (fls.2024-2053) da decisão *a quo*, onde em síntese traz os seguintes argumentos:

a) Alega que não teve qualquer relação com as empresas REER e COTERMO e que não há provas nesse sentido, transcreve trechos de interrogatórios de funcionários;

b) Reclama que não tem acesso integral dos processos administrativos, nos quais foi arrolada como responsável solidária e que houve recusa imotivada da Receita Federal em receber a indicação dos bens a serem arrolados;

c) Não foi intimada da decisão proferida pela DRJ e, em face de óbices à sua defesa, impetrou mandado de segurança n. 5001724-27.2017.4.03.6114, com base no qual requer que seja intimado previamente da sessão de julgamento que designar neste processo;

d) Alega cerceamento do direito de defesa porque *o Fisco sequer providenciou a autuação administrativa tributária dos responsáveis pelas empresas “Noteiras” e “Intermediárias”, isto porque impor a ônus impossível de produzir provas em lugar de terceiro;*

e) Em relação a multa de ofício e o seu agravamento, alega que não foi intimada da abertura do Mandado de Procedimento Fiscal e também que jamais foi intimada para a entrega de documentos e que não fez parte dos atos de fiscalização às terceiras empresas, logo seria parte ilegítima para responder por multa derivada de negativa de entrega de documentos;

f) *que a r. decisão de primeira instância há de ser reformada por esse E. Conselho, pois, a despeito do Ilmo. Sr. Relator informar que as provas colhidas ficaram adstritas ao que já havia sido colhido pela fiscalização, ignorando o produto da arrecadação com operação ilícita, à Recorrente não é dado saber ou se manifestar nesse sentido, posto que não teve e não tem acesso aos autos dos processos administrativos fiscais;*

g) Alega que o auto se encontra maculado por provas ilícitas, obtidas sem o devido mandado judicial, posto que a busca e apreensão foi efetivada após expirado o prazo de 30 dias concedido pelo MM. Juízo Federal da 2ª Vara Criminal de SP. Tal fato gerou sentença declarando a nulidade das provas. A sentença foi objeto de recurso de apelação, a qual aguarda julgamento no TRF 3ª Região;

h) Caso não se entenda pela ilicitude das provas, pugna a Recorrente pelo sobrestamento do processo até que seja emitida decisão nos autos da apelação n. 0006489-27.2014.403.6181;

i) Por fim, alega que o Colegiado *a quo* não analisou sua impugnação, que possui incorreções, que tratou de temas não arguidos pela DAKHIA, nem por seus sócios.

Além dos recursos voluntários apresentados pela REER e pela DAKHIA, foram também apresentados recursos voluntários pelos responsáveis solidários Rinaldo Sumi, Paulo Fernandes Silva e Marcio Paulo Baum.

Os coobrigados **Rinaldo Sumi** (fls. 1770-1814), **Marcio Paulo Baum** (fls.1817-1856) e **Paulo Fernandes Silva** (fls. 1859-1897), todos sócios da Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda, apresentaram recursos voluntários bem semelhantes requerendo a reforma da decisão recorrida, para que seja julgado insubsistente os autos de infração, sob os seguintes argumentos:

1. A declaração da revelia da responsável solidária Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda é indevida pois a empresa protocolou impugnação aos autos de infração na DRF/Guarulhos, em 18/11/2015, com código "CAC/SIPE 1099618", entretanto, presume que houve falha do órgão ao não encaminhar a impugnação para a DRJ/JFA. Por este motivo requer a anulação do acórdão, a análise da impugnação apresentada pela DAKHIA e a submissão a novo julgamento do conjunto dos autos;
2. A ilegalidade das provas que subsidiam a autuação, por terem sido colhidas após o vencimento do mandado judicial que determinava a busca e apreensão e consideradas ilegais pelo Juízo da Segunda Vara Criminal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores de São Paulo. Requer a declaração de insubsistência dos autos de infração, ou, alternativamente, a suspensão do processo até decisão judicial definitiva;
3. Argúi a nulidade da autuação pela falta de regular intimação dos coobrigados para os atos da fiscalização, sob pena de ofensa ao direito da ampla defesa;
4. Defende a ilegitimidade de sua inclusão como responsável solidário, por não possuir vínculo com o fato gerador e não se enquadrar nas hipóteses de responsabilidade por sucessão ou de terceiros previstas nos art. 128 e 129 do CTN;

5. 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;
6. 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;
7. Sustenta que a inclusão no polo passivo de processos trabalhistas não significa confusão patrimonial, tampouco, os depoimentos dos funcionários têm o condão de configurar grupo econômico;
8. Inexiste a confusão imobiliária pois o fato de alguns pagamentos referentes às aquisições de imóveis por Rinaldo Sumi terem sido pagos por outras empresas, dentre elas a GLOBOPLAST e a NOVOPLAST, decorre de negócios próprios do sócio com referidas empresas;
9. Afirma que a REER jamais comprou qualquer produto da DAKHIA ou teve com ela qualquer tipo de relação;
10. Defende a aplicação do art. 112 do CTN, para que de haja uma interpretação mais favorável aos contribuintes;
11. Insurge-se contra aplicação da multa qualificada bem assim, contra a representação fiscal para fins penais.

**É o relatório.**

## **Voto Vencido**

Conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite, Relatora.

Os recursos apresentados pelo contribuinte e pelos responsáveis solidários são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, deles conheço.

Passa-se à análise dos recursos em separado.

### **Recurso da Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda**

#### **Do Acesso aos Autos e do Cerceamento do Direito de Defesa**

A Recorrente contesta que teve acesso limitado aos autos e ingressou com mandado de segurança n. 5001724-27.2017.4.03.6114 contra o Delegado da Receita Federal de

Administração Tributária em São Bernardo do Campo. Anexou inteiro teor da sentença em seu recurso, na qual o Exmo. Sr. Juiz reconhece a falha administrativa no que tange à intimação da decisão de 1ª Instância, mas que se encontra sanada, perdendo o interesse de agir. Reconhece também que o acesso total e irrestrito ao processo administrativo no ambiente do e-CAC violaria o sigilo fiscal no tocante a outras informações, sem qualquer relação com os impetrantes.

Por conseguinte, a autoridade judicial adotou solução alternativa até que o sistema da Receita Federal permita o acesso diretamente pelo ambiente do e-CAC, sem quebra de sigilo, nos seguintes termos:

*"Assim, a autoridade coatora deve, na constituição de créditos tributários em face dos impetrantes, fornecer cópia de todos os documentos da autuação, sem qualquer exceção, e receber, por via física ou eletrônica, as impugnações e recursos correlatos, com a juntada aos autos e remessa a quem de direito para apreciação. (...)" (grifei)*

De acordo com o fluxo processual, é de se observar que o equívoco na falta de análise da impugnação da Recorrente foi corrigida através do acórdão nº 1301-002.747, que determinou o retorno dos autos a DRJ, tendo sido a impugnação da DAKHIA apreciada e proferido acórdão complementar nº 09-066.724, que ratificou os fundamentos do primeiro acórdão nº 09-60.820.

Após ter sua impugnação apreciada, em 26/06/2018, a Recorrente foi intimada do acórdão da DRJ, e apresentou o recurso sob análise. É inquestionável que a DAKHIA tem absoluta compreensão das infrações que lhe são imputadas, mormente no que respeita à responsabilidade solidária, tendo apresentado defesa e feito menção a documentos constantes dos autos.

**Logo, não houve cerceamento de direito de defesa.** Ressalte-se que a decisão judicial que determinou o fornecimento de cópia dos autos vem sendo devidamente cumprida.

A Recorrente cita ainda a recusa em receber a indicação de bens a serem arrolados. O arrolamento de bens é procedimento de competência da Unidade de Origem (Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Bernardo do Campo), sendo assim, essa questão foge ao escopo do objeto deste litígio, que trata da procedência ou não da autuação e da responsabilidade dos coobrigados.

Requeru a Recorrente ser intimada previamente da sessão de julgamento que designasse o presente processo. Tal intimação é efetivada através de publicação no Diário Oficial da União, para todos os contribuintes, permitindo a presença e a sustentação oral, no dia do julgamento.

Ainda no que concerne ao cerceamento do direito de defesa, a Recorrente alega que não poderia produzir provas em lugar dos responsáveis pelas empresas "Noteiras" e "Intermediárias", isto porque não incluiu essas pessoas no polo passivo. É de se notar que a autoridade fiscal decidiu autuar as empresas intermediárias e os sócios que representavam o que considerou "Grupo de Fato - DAKHIA". Resta claro que o Auditor optou por não efetuar lançamento em empresas notoriamente inexistentes de fato ou sobre pessoas físicas

reconhecidas como "laranjas". Isto não prejudica a defesa da DAKHIA que deve se manifestar sobre as acusações que *lhe* são imputadas, não a *outrem*.

Portanto, voto por não acolher a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa.

### Do mérito - Da Responsabilidade Solidária

A DAKHIA alega que não teve qualquer relação com as empresas REER e COTERMO e que não há provas nesse sentido, transcreveu trechos de interrogatórios de funcionários e insiste que as provas dos autos sejam analisadas.

A autoridade fiscal incluiu a Recorrente no polo passivo da obrigação tributária, como responsável solidária da autuada (REER), por entender que as operações foram realizadas por um grupo econômico existente de fato, liderado pela DAKHIA, com fundamento no art. 124, inciso I do CTN, abaixo transcrito:

*Art. 124. São solidariamente obrigadas:*

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

Transcreve-se trecho do auto de infração que impõe a responsabilidade (fl.639):

#### Demais Responsáveis Tributários

CNPJ

02.650.047/0001-26

Nome Empresarial

DAKHIA INDUSTRIA E COMERCIO DE TERMOPLASTICOS LTDA

Responsabilidade Tributária

Responsabilidade Solidária de Fato

Motivação

Constatamos a existência de um Grupo Econômico de Fato entre a empresa Reer e a empresa Dakhia, entre outras, conforme detalhado nos relatórios "RELATÓRIO FISCAL GRUPO ECONÔMICO DAKHIA" e no RELATÓRIO FISCAL MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO" que se encontram anexados ao processo.

Enquadramento Legal

A partir de 01/01/2000

Art. 124, inciso I, da Lei nº 5.172/66.

Consta do Relatório Fiscal de Grupo Econômico Dakhia (fls.130-183), citado acima que as provas que embasaram o relatórios estão organizadas em 5 itens:

- 1- Relação de Imóveis de Rinaldo Sumi X Grupo Dakhia,
- 2 - Grupo Dakhia com mesmo contador Pedro Franscisqui,
- 3 - Circularização Empresas com Relação com Grupo,
- 4- Termos de Constatação, Diligências e Repres. Baixa e
- 5- Termos de Declaração.

Constam em seguida 10 volumes de Relatórios Fiscais de Mandados de Busca e Apreensão.

Primeiramente, faz-se mister enfatizar que o lançamento foi realizado contra o contribuinte REER e tem a DAKHIA por responsável solidária, tendo em vista a existência de um grupo de fato, formado com outras pessoas físicas e jurídicas, e liderado pela própria DAKHIA.

Em seu recurso, a DAKHIA afirma ter contratos de representação com a POLICHEMICALS, silencia em relação à GLOBOPLAST, mas insiste não ter quaisquer relações com REER e COTERMO, vide trecho da peça:

*Tal relatório considera “grupo econômico” a Recorrente e QUATRO empresas das quais, COM DUAS EMPRESAS a RECORRENTE NÃO teve sequer uma única relação – quer próxima, quer remota. São elas as empresas REER IND. E COM. DE PLÁSTICOS LTDA e COTERMO COMERCIAL DE TERMOPLÁSTICOS LTDA.*

(...)

*Além de não haver prova documental, a prova testemunhal colhida pelo Fisco desautoriza a junção da DAKHIA com qualquer das empresas imputadas “Intermediárias” e “Noteiras”, exceto com a empresa POLICHEMICALS, com a qual a DAKHIA firmou contrato de representação comercial.(grifei)*

#### Da Análise das Provas

De fato, existem no processo inúmeras provas que relacionam a DAKHIA com a POLICHEMICALS e com a GLOBOPLAST, a exemplo dos documentos de circularização constante dos subitens 3.5 (fls. 361-364), 3.8 (fls.374-377), 3.11 (fls.398-402), que demonstram que a DAKHIA e POLICHEMICALS eram tratadas basicamente como uma empresa única, possuíam apenas uma pessoa de contato para tratar com ambas e os rodapés dos emails tratam a DAKHIA e POLICHEMICALS de maneira indistinta. Algumas dessas empresas também negociavam com a GLOBOPLAST, ainda que em menor frequência. Vide imagens extraídas dos referidos documentos:

#### Doc. 3.5:

**INJEARTE PLÁSTICOS LTDA ME**, sociedade empresária limitada situada à Av. Juscelino Kubsticheck, nº 609, Galpão B, Bairro Santana em Ubá, Estado de Minas Gerais, inscrita no CNPJ sob o nº 10.682.038/0001-45 e Inscrição Estadual nº 0011126480002, representada pelo seu sócio administrador Sr. Cícero Savio Bezerra de Souza, brasileiro, empresário, inscrito no CPF sob o nº 131.394.898-54 vem, em atendimento ao Termo de Intimação acima citado, esclarecer ao Sr. Fiscal que mantém relacionamento comercial com as seguintes empresas: Dakhia Ind. E Comércio de Termoplásticos Ltda., CNPJ nº 02.650.047/0001-26, Globoplast Ind. Com. De Prod. Termoplásticos Ltda., CNPJ nº 00.105.843/0001-52 e Polichemicals Com. Resinas Plásticas Ltda, CNPJ nº 01.403.100/0001-21.

Informamos ainda que o principal contato é com a Sra. Vivian Terra, setor comercial, email: [vivian@dakhia.com.br](mailto:vivian@dakhia.com.br), tel: (11) 3296-8560.

#### Doc. 3.8:

Processo nº 16095.720132/2015-74  
Acórdão n.º 1301-003.665

S1-C3T1  
Fl. 2.119

Segue em anexo a Ficha técnica do PA6 NATURAL enviado de amostra para teste.  
Nossa empresa estará trabalhando normalmente nos períodos de festa de fim de ano. Apenas não haverá expediente nos dias 24/12 (véspera de Natal) e 31/12 (véspera de Ano Novo).

Sem mais,

Denilson Zorzella  
Vendas Dakhia/Polichemicals  
Cel: (0xx11)7830-1441  
ID nextel: 55\*2\*22628

### Doc. 3.11:

#### Questionamento 1-

Nosso relacionamento ocorreu com duas empresas, onde foram realizadas compras de matéria-prima utilizadas em nossa produção.

- Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda - CNPJ 02.650.047/0001-26
- Polichemicals Comércio de Resinas Plásticas Ltda - CNPJ 01.403.100/0001-21

#### Contatos:

Representante Comercial das empresas Dakhia e Polichemicals - Senhor Leopoldo;  
A alteração de Dakhia para Polichemicals, foi solicitada pelo representante citado;  
Fone: (54) 3028-0534/ 8121-7219  
Email: leodakhia@ig.com.br

Além desses documentos, foram apresentados processos trabalhistas, onde constam no polo passivo a GLOBOPLAST, a DAKHIA e a POLICHEMICALS, e ainda a NOVOPLAST e GRÃO TÉCNICO. Em nenhum dos processos trabalhistas aparecem a REER ou a COTERMO.

Outra prova indica a transferência de empregados entre as empresas, envolvendo a DAKHIA e a POLICHEMICALS (fl.142 - Relatório Fiscal Grupo Econômico Dakhia).

O Relatório Fiscal Grupo Econômico Dakhia também cita a confusão imobiliária envolvendo a aquisição de apartamento pelo sócio da DAKHIA, Sr. RINALDO SUMI, o qual foi pago pela GLOBOPLAST e NOVOPLAST. Um outro apartamento adquirido pelo mesmo sócio foi pago pela GLOBOPLAST, NOVOPLAST, POLICHEMICALS e PLASTICOS CRIS.

Não resta dúvida acerca da existência de um grupo econômico de fato, envolvendo a DAKHIA, a GLOBOPLAST, a POLICHEMICALS, além de outras empresas consideradas "noteiras", que não foram arroladas nos autos, provavelmente por sua inexistência de fato.

Todavia, ao focarmos na relação da REER (autuada) com a DAKHIA, constata-se a existência basicamente de dois indícios de relacionamento entre elas. Primeiro, o contador PEDRO FRANCISQUINI NOGUEIRA, era responsável pelas operações de 5 empresas arroladas como noteiras e de 2 intermediárias, a REER e a GLOBOPLAST.

O segundo indício é o fato de que a REER teve algumas poucas contas pagas pela GLOBOPLAST, como as guias de GFIP com período de apuração 05/2011, 06/2011,

07/2011 e 07/2011 (R\$ 190,82 + R\$ 186,28+ R\$ 121,34+ R\$ 176,84) e um boleto no valor R\$ 172,43 (fls. 537-540 - Relatório Fiscal Mandados Busca Apreensão Vol II), perfazendo um total de R\$ 847,71.

Consta ainda no Relatório Fiscal Mandados Busca Apreensão Vol X, que a PLASTICOS CRIS pagou uma conta do contador PEDRO FRANCISQUINI e despesas com GFIP da REER de 01/2011 e 02/2011, no valor de R\$ 185,87 e R\$ 176,63.

Após analisar farto conjunto probatório, constata-se que:

- Dos documentos do item 1- Relação de Imóveis de Rinaldo Sumi X Grupo Dakhia, não há qualquer documento que comprove a relação da REER e DAKHIA;

- Dos documentos do item 2 - Grupo Dakhia com mesmo contador Pedro Franciscquini, comprova-se que a REER tinha o mesmo contador que a GLOBOPLAST e outras noteiras;

- Dos documentos do item 3 - Circularização Empresas com Relação com Grupo: nenhuma das empresas intimadas realizaram qualquer negociação com a REER ou COTERMO, tendo algumas delas afirmado sequer conhecer essas empresas;

- Dos documentos do item 4- Termos de Constatação, Diligências e Repres. Baixa: demonstra apenas o local em que elas funcionavam ou estavam registradas, mas não há coincidência entre o endereço da REER e outras empresas;

- Dos documentos do item 5- Termos de Declaração, destaco apenas a declaração do contador Pedro Franciscquini que relatou ter por cliente o Sr. Reinaldo Pavone, que era administrador de várias empresas indicadas como noteiras, e que abriu várias dessas noteiras e fez sua escrituração, sem relatar contudo qualquer relação da REER com outras empresas do grupo.

- Dos Relatórios Fiscais de Mandados de Busca e Apreensão Vols. I a X: nesses 10 volumes, apenas dois deles fazem menção à REER, conforme citado acima, que indicam pagamentos de pequenas despesas da REER pela GLOBOPLAST e PLASTICOS CRIS.

Em síntese, a REER foi incluída no grupo de fato-DAKHIA por ter o mesmo contador da GLOBOPLAST, porque as diversas noteiras emitiram notas em favor das 4 empresas intermediárias REER, GLOBOPLAST, COTERMO e POLICHEMICALS e, pelo fato de este mesmo contador ter efetivado pagamento de algumas de suas contas através de contas bancárias da GLOBOPLAST e PLASTICOS CRIS. Não há nos autos outros indícios da relação entre a DAKHIA e a REER.

Ressalte-se que o total dos pagamentos efetuados pelas duas empresas em favor da REER totalizam R\$ 1.210,21, soma irrisória diante do faturamento da empresa, apresentado no quadro abaixo:

Nome da Empresa	2010	2011	2012	2013	TOTAL
REER	R\$ 36.123.640,95	R\$ 42.754.667,19	R\$ 39.550.708,63	R\$ 97.901.711,94	R\$ 216.330.728,71
COTERMO	R\$ 18.253.826,52	R\$ 21.392.799,84	R\$ 22.134.934,46	R\$ 56.298.673,48	R\$ 118.080.234,30
GLOBOPLAST	R\$ 9.190.723,65	R\$ 51.225.702,18	R\$ 55.110.721,37	R\$ 81.487.373,99	R\$ 197.014.521,19
POLICHEMICALS	R\$ 27.868.204,24	R\$ 31.535.746,70	R\$ 32.623.584,83	R\$ 39.411.753,34	R\$ 131.439.289,11
	R\$ 91.436.395,36	R\$ 146.908.915,91	R\$ 149.419.949,29	R\$ 275.099.512,75	R\$ 662.864.773,31

Sendo assim, sendo o Sr. Pedro Franciscuini contador de várias empresas, é possível que o mesmo fizesse confusão entre as contas das empresas que administrava, principalmente se referentes a pequena monta, passível de acerto posterior.

Da relação da DAKHIA com as intermediárias POLICHEMICALS e GLOBOPLAST, a Fiscalização juntou inúmeros documentos e provas, enquanto que da relação com a REER, as provas se limitaram a existência de contador em comum, que sequer foi indicado como responsável solidário.

É inegável a existência de um grupo econômico de fato, formado pela DAKHIA, POLICHEMICALS, GLOBOPLAST, NOVOPLAST, PLASTICO CRIS, que se beneficiaram de empresas noteiras, da mesma forma que a ora autuada também se beneficiou das mesmas empresas noteiras. A REER cometeu infrações semelhantes àquelas cometidas pelas COTERMO, POLICHEMICALS e GLOBOPLAST, no sentido de que omitiram receita de vendas e se utilizaram de notas fiscais frias. Contudo, não é possível firmar convicção de que a REER fizesse parte do Grupo de Fato DAKHIA.

Dessarte, considero as provas dos autos insuficientes para caracterizar a responsabilidade solidária da DAKHIA em relação aos créditos tributários lançados em face da REER.

Neste sentido, **voto por afastar a responsabilidade solidária da Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda.**

Restando vencida quanto à responsabilidade solidária da DAKHIA, passo a enfrentar as demais questões arguidas.

#### Multa de Ofício e Multa Agravada

Em relação a multa de ofício e o seu agravamento, a Recorrente alega que não foi intimada da abertura do Mandado de Procedimento Fiscal e também que jamais foi intimada para a entrega de documentos e que não fez parte dos atos de fiscalização às terceiras empresas, logo seria parte ilegítima para responder por multa derivada de negativa de entrega de documentos.

A DAKHIA foi incluída no polo passivo da relação tributária em razão no interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, nos termos do art. 124, inc. I do CTN.

Por sua vez o art.113, §1º do CTN assim dispõe:

*Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.*

*§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. (grifei)*

A responsabilidade da DAKHIA pela obrigação principal envolve não só o pagamento dos tributos, bem como as penalidades pecuniárias resultantes da infração.

Dessa forma, mantenho a responsabilidade solidária da DAKHIA pelas multas de ofício agravadas.

#### Da Alegação de Provas Obtidas por meio Ilícito

Alega a Recorrente que o auto se encontra maculado por provas ilícitas, obtidas sem o devido mandado judicial, posto que a busca e apreensão foi efetivada após expirado o prazo de 30 dias concedido pelo MM. Juízo Federal da 2ª Vara Criminal de SP.

Declara que tal fato gerou sentença declarando a nulidade das provas e anexou teor da sentença, a qual foi objeto de recurso de apelação e aguarda julgamento no TRF 3ª Região.

Neste quesito, é de se ressaltar que o processo foi instruído com inúmeras provas, as quais foram detalhadamente analisadas e citadas neste voto. As provas utilizadas para formar a convicção da existência de um grupo econômico de fato foram em sua maioria produzidas pela própria fiscalização, sem a necessidade dos Mandados de Busca e Apreensão. Entre elas, destaco a constatação de que a REER possuía o mesmo contador da GLOBOPLAST e de outras empresas noteiras. As provas da infração de omissão de receitas foram obtidas através do Sistema Público de Escrituração Eletrônica- SPED, de onde foram obtidas as notas fiscais eletrônicas.

Além disso, constam dos autos os Termos de Declaração tomados diretamente pelas autoridades fiscais, e os Termos de Diligências que mostram os locais onde funcionavam as empresas, incluindo fotos, entre outros documentos, todos eles produzidos sem a necessidade de Mandados de Busca e Apreensão.

A bem da verdade, os Relatórios Fiscais de Mandados de Busca e Apreensão (volumes I a X - fls. 521-635) disseram muito pouco acerca da relação da DAKHIA com a REER e não fariam falta para a formação da convicção da existência de um grupo econômico.

Entendo que o auto de infração tomou por base documentos colhidos pela própria autoridade fiscal, sem necessidade de Mandado de Busca e Apreensão, e que os relatórios baseados nesses mandados serviram apenas como reforço na argumentação.

Despicienda portanto a análise da licitude das provas obtidas por meio dos mandados de busca e apreensão. Por esta razão, entendo não ser necessário o sobrestamento do processo até que seja julgada a apelação n. 0006489-27.2014.403.6181. Esta decisão poderá ser relevante no âmbito do processo criminal.

### **Recurso da Reer Indústria e Comércio de Plásticos Ltda**

#### Da Nulidade do Auto - Das Provas Obtidas por meio Ilícito

Preliminarmente, a autuada 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. Isto porque o Mandado de Busca e Apreensão foi cumprido 1 dias após o prazo citado no Mandado para a realização do procedimento.

Contesta ainda o acórdão da DRJ ao afirmar que os documentos poderiam ter sido obtidos diretamente pela Receita Federal, posto que para tal, seria necessária a abertura da Mandado de Procedimento Fiscal.

No que diz respeito à existência de Mandado de Procedimento Fiscal- MPF, é cediço que todo procedimento fiscal é precedido da emissão do respectivo MPF ou TDPF- Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal, salvo algumas poucas exceções.

No caso em tela, consta do Termo de Início de Procedimento Fiscal o número do MPF. Vide tela (fl.6):

TERMO DE INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL		
<b>Identificação da Ordem</b>		
Número do Mandado de Procedimento Fiscal(MPF)	Código de Acesso	
081.1100.00002	18223547	
<b>Objeto da Ação</b>		
Tributo/Contribuição	Período de Apuração	
IRPJ	01/01/2010 a 31/12/2010	
<b>Sujeito Passivo</b>		
Nome/Nome Empresarial	CPF/CNPJ	
REER COMERCIO ATACADISTA DE PLASTICOS LTDA	08.816.633/0001-84	
Logradouro	Numero	Complemento
R GUILHERME CIMIERE	470	

É de se observar que os presentes autos foram instruídos por inúmeras provas. Para fins de configuração da infração de omissão de receita de vendas e multa pela não entrega da ECD, a documentação foi obtida pela própria autoridade fiscal, sem a necessidade de Mandado de Busca e Apreensão. O Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades (fl.69 e ss) narra as várias diligências realizadas pela autoridade fiscal que prescindiram de MBA. As notas fiscais eletrônicas foram obtidas do SPED, enquanto que o período não abrangido pelo SPED foram solicitadas à Secretaria da Fazenda Estadual do Estado de SP. Tudo em conformidade com o MPF.

Logo, não há qualquer ilicitude nas provas que embasaram a infração de omissão de receita de vendas.

Quanto às provas utilizadas para formar a convicção da existência de um grupo econômico de fato, as mesmas também foram em sua maioria produzidas pela própria fiscalização, sem a necessidade dos Mandados de Busca e Apreensão. Entre elas, destaco a constatação de que a REER possuía o mesmo contador da GLOBOPLAST e de outras empresas notórias.

Além disso, constam dos autos os Termos de Declaração tomados diretamente pelas autoridades fiscais, e os Termos de Diligências que mostram os locais onde funcionavam as empresas, incluindo fotos, entre outros documentos, todos eles produzidos sem a necessidade de Mandados de Busca e Apreensão.

A bem da verdade, os Relatórios Fiscais de Mandados de Busca e Apreensão (volumes I a X - fls. 521-635) apenas corroboram as provas colhidas pela autoridade fiscal.

Ratifico a decisão de 1ª Instância, quanto analisa a legitimidade das provas, que também destacou a relevância das provas obtidas pelo próprio Fisco e ressalta que as informações coletadas através dos MBAs só foram compartilhadas em 2014, bem depois do início da Fiscalização que teve seu Termo de Início lavrado em Fevereiro de 2013. Transcrevo trecho da decisão da DRJ:

*Some-se que os documentos obtidos pela Polícia Federal por ocasião do cumprimento dos MBAs em 14/08/2014 somente foram compartilhados com a RFB em 18/08/2014, conforme TERMO DE ENTREGA às pp. 5-7 do RELATÓRIO FISCAL RESULTADO DOS MBAS – MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO (volume I - fls. 521-533). É dizer, o trabalho fiscal próprio antecedeu esse compartilhamento.*

*Renove-se aqui o seguinte conteúdo do TVCI, particularmente em seu item 3– DAS VENDAS DA EMPRESA:*

A Reer Indústria e Comércio de Plásticos Ltda emitiu Notas Fiscais eletrônicas [...] conforme informações obtidas junto ao sistema Sped detalhadas no relatório em anexo com o título “Notas Fiscais eletrônicas”, informados na coluna “Valores dos itens” [...].

Como as emissões das Notas Fiscais Eletrônicas começaram em Março de 2010, os valores lançados para as competências de Janeiro de 2010 e Fevereiro de 2010 foram obtidos das informações prestadas pela empresa através das GIA transmitidas à Secretaria Estadual da Fazenda do Estado de São Paulo detalhadas nos relatórios em anexo [...].

*A seu turno, tal como consta no RELATÓRIO FISCAL GRUPO ECONÔMICO – DAKHIA (fls. 130-183), a ação fiscal foi iniciada a partir de fiscalizações, termos de declaração, de diligência, de intimação, de constatação, com suporte ainda em MPF-Mandado de Procedimento Fiscal, em consulta em sistemas informatizados da RFB, em processos trabalhistas junto ao TRT 2ª Região, etc, pelos quais verificou-se a existência de GRUPO ECONÔMICO DE FATO – como se verá adiante - constituído pela DAKHIA e por empresas Noteiras e Intermediárias (dentre as quais a REER- autuada).*

*A riqueza dos documentos apurados isoladamente pelo fisco, sem a contribuição do compartilhamento das provas obtidas pela Polícia Federal em razão dos MBAs, é notória naquele RELATÓRIO FISCAL GRUPO ECONÔMICO – DAKHIA é evidenciado que:*

*“As provas colhidas na OPERAÇÃO PLÁSTICO FRIO só corroboram com as provas citadas no presente Relatório Fiscal, reforçando a existência de um Grupo econômico fraudulento.”*

Portanto, não há que se falar em nulidade do lançamento em razão da sentença que proferiu a nulidade das provas obtidas através dos mandados de busca e apreensão, visto que estas provas não foram o fundamento para o lançamento, mas apenas auxiliaram na formação da convicção da existência de grupo econômico de fato, sem qualquer conexão com a infração de omissão de receitas, baseada em notas fiscais eletrônicas.

Do Pedido de Conversão do Julgamento em Diligência

Também não se faz necessária a realização de diligência para especificar quais provas foram colhidas no curso do procedimento fiscal e quais foram obtidas na ação judicial.

Restou clarificado que a infração de omissão de receita se baseou em notas fiscais eletrônicas e estas provas não foram colhidas através dos Mandados de Busca e Apreensão.

A declaração de nulidade das provas obtidas por meio de MBA poderiam em *tese* implicar afastamento da responsabilidade solidária dos demais coobrigados, posto que as informações constantes do Relatórios de MBA (Vol. I a X) trazem dados acerca de empresas listadas no grupo econômico de fato - DAKHIA, mas não tratam em absoluto da infração de omissão de receita de vendas.

Voto, portanto, por indeferir o pedido de conversão do julgamento em diligência.

#### Da Decadência

A autuada sustenta a impossibilidade de lavratura dos autos de infração, tendo em vista o transcurso do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN, *in verbis*:

*Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

(...)

*§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

O citado dispositivo trata das hipóteses de lançamento por homologação, quando o prazo decadencial de 05 anos é contado da data do pagamento, pois para que haja a homologação tácita do lançamento faz-se mister a existência de pagamento.

Não havendo pagamento, e por consequência, não havendo lançamento por homologação, aplica-se o prazo decadencial constante do art.173, inc. I do CTN:

*Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;*

(...)

No caso em tela, não houve pagamento, logo, a contagem do prazo decadencial dar-se-á nos termos do art.173, inc. I do CTN. Acerca da inexistência de

pagamento, cite-se o seguinte trecho do Termo de Constatação e Verificação de Irregularidades (fl.76):

**6 - DA INFRAÇÃO APURADA:**

Apesar do significativo faturamento empresa Reer Industria e Comércio de Plásticos Ltda, nos anos calendário de 2010 a 2013, esta não declarou a Receita Federal do Brasil via DCTF – Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - os valores dos “*Débitos Apurados*”, como também não recolheu qualquer valor referentes aos tributos lançados neste Auto de Infração.

Além de não ter havido pagamento, o fato de o contribuinte ter incorrido em dolo e fraude atraem a aplicação do art. 173, inciso I. A fraude restou caracterizada em razão da utilização de notas fiscais frias emitidas por empresas inexistentes de fato, consideradas noteiras.

A ciência ocorreu em 30/10/2015, conforme Termo de Ciência por Edital Eletrônico constante de fl.771. Os fatos geradores mais antigos datam do ano-calendário 2010, sendo assim, a contagem do prazo decadencial se iniciou em 01/01/2011 e encerrava-se em 01/01/2016.

O lançamento foi realizado antes do transcurso do prazo decadencial constante do art.173, inciso I do CTN. Portanto, voto por afastar a preliminar de decadência.

**Da Alegação de Inexistência de Prova de Grupo Econômico de Fato**

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.

A questão da existência de um grupo econômico de fato foi objeto de análise no recurso da responsável solidária DAKHIA. A autoridade fiscal considerou que a DAKHIA era a empresa líder do grupo econômico de fato, o qual teria a participação de outras empresas, quais sejam, a REER, a COTERMO e a POLICHEMICALS.

A partir das provas dos autos, concluí que havia um grupo econômico de fato formado pela DAKHIA, GLOBOPLAST e POLICHEMICALS, entre outras empresas consideradas noteiras, mas que não constaram como coobrigadas do lançamento e que não restou comprovado que a REER fazia parte deste grupo.

Desnecessária a transcrição dos fundamentos, mas reitero a conclusão contida na análise do recurso da DAKHIA, qual seja:

*Dessarte, considero as provas dos autos insuficientes para caracterizar a responsabilidade solidária da DAKHIA em relação aos créditos tributários lançados em face da REER.*

Tal fato, contudo, não macula o lançamento realizado em face da REER, na condição de contribuinte. A existência de um grupo econômico de fato formado pela DAKHIA e outras empresas, não elide a sujeição passiva da REER em face dos tributos devidos em

nome próprio, em razão da omissão de receita. O fato de a REER não pertencer ao grupo, apenas afasta a responsabilidade solidária da DAKHIA do polo passivo da relação tributária.

### Do Arbitramento do Lucro

A Recorrente alega que o arbitramento somente poderia ocorrer quando o contribuinte deixa de atender as condições do art. 530 do RIR/99, e que para proceder ao arbitramento seria necessário que fosse impossibilitado à fiscalização proceder a análise do lucro realmente obtido.

A autoridade fiscal arbitrou o lucro fundamentado no art. 530, inciso III do RIR/99, que enumera a seguinte hipótese:

*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;*

O contribuinte fez a opção de apuração do imposto de renda pelo lucro presumido e encontrava-se obrigado ao cumprimento das obrigações acessórias, entre elas, manter a escrituração contábil, livro registro de inventário, entre outras.

Devidamente intimado a apresentar sua escrituração contábil, entre elas livro diário, razão e ECD, não o fez.

Dessarte, não merece reparos a decisão do Colegiado *a quo*, da qual adoto os fundamentos:

*De fato, a razão do arbitramento contida no AI (p. 7) – contribuinte notificada a apresentar os livros e documentos de sua escrituração, conforme o Termo de Início de Fiscalização e outros termos de intimação, deixou de apresentá-los – encontra farto suporte no TVCI (item “5-DO ARBITRAMENTO DO LUCRO” – pp. 7-8)*

*Renove-se que os lançamentos deram-se exclusivamente com suporte nas informações prestada pelo fisco estadual de São Paulo e em notas fiscais eletrônicas emitidas pela contribuinte, sem tangência, para este fim, com dados afetados pelos MBAs.*

*Outrossim, a forma de tributação pelo lucro arbitrado, não está, como sugere o discurso passivo, condicionado à hipótese de posterior satisfação das obrigações tributárias acessórias contidas naquele artigo 530, III, do Decreto nº 3.000/1999, além do que essa hipótese não ocorreu no caso em comento.*

*Assim, não cumprido as obrigações tributárias acessórias acima a contribuinte sujeita-se à hipótese prevista naquele artigo, é legítimo o arbitramento do lucro operado, dado pela incidência do devido percentual sobre a receita bruta conhecida.*

*Esclareça-se que é de todo descabida a contradita da contribuinte de que “o único fundamento do AIIM é a inconsistência das informações prestadas na DIPJ em razão do cruzamento de informações do Livro de Apuração de ICMS, sendo certo, frisa-se, que em nenhum momento foi concedido à Autora a oportunidade para esclarecer possíveis equívocos.”*

*Dizer assim, convenhamos, é fazer tábula rasa de todo o trabalho fiscal, sobretudo se a contribuinte remete seu discurso aos documentos relativos aos Mandados de Busca e Apreensão. Isto porque, no respectivo TERMO DE ENTREGA não há na descrição de documentos entregues ao fisco um único documento que diga respeito a livro de apuração de ICMS da contribuinte. De resto, também não está provado que em todo o trabalho fiscal tenha havido menção àquele livro.*

*Quanto à arguida não concessão de oportunidade para esclarecer possíveis equívocos, a contribuinte foi genérica, sem pontuá-los, em despreço ao detalhado trabalho fiscal.*

*Por essas razões, vale repetir, os respectivos lançamentos deram-se sob a tributação do lucro arbitrado com base na receita bruta da venda de produtos de fabricação própria, obtida pela soma mensal das notas fiscais eletrônicas emitidas pela contribuinte.*

*Quanto à fala da contribuinte sobre o caráter informativo da DIPJ, sem natureza de confissão de dívida da DCTF - a qual seria instrumento hábil e suficiente para os lançamentos - concluindo que estes devem ser cancelados porque baseados em presunções - o conjunto probatório conspira a seu desfavor.*

*Malgrado o despreço da contribuinte quanto ao caráter informativo da DIPJ, sua importância está em que dali extraem-se informações de cunhos econômicos e fiscais, que visam a alimentar devidamente outras declarações de apresentação obrigatória, a exemplo da respectiva DCTF, com os cuidados necessários, objetivando a identidade de informações entre elas, de sorte a que não haja divergências que venham a ser identificadas em seus confrontos por parte do fisco. (grifei)*

A subsunção dos fatos à norma que prevê o arbitramento é clara e objetiva. O contribuinte não efetuou a entrega dos livros e documentação contábil e fiscal a que estava obrigado, não restando outra opção à autoridade fiscal que não proceder ao arbitramento do lucro da receita de vendas, baseado nas notas fiscais eletrônicas.

Sendo assim, procedeu corretamente o Auditor ao apurar o imposto com base no lucro arbitrado.

#### Da Multa Qualificada e do seu Agravamento

A autuada 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%.

Em relação à exorbitância da multa, não cabe ao Julgador se manifestar acerca da inconstitucionalidade da lei que impôs os percentuais das multas, conforme a Súmula CARF nº 2:

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

O contribuinte teve contra si a imposição da multa 75%, em razão de o lançamento ter sido efetuado de ofício, nos termos do art.44, inc. I da Lei nº 9.430/96 com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/07. Esta multa foi qualificada em razão de o contribuinte ter agido com dolo e fraude, conforme prevê o §1º do art. 44., e em seguida, a multa de ofício qualificada (150%) foi agravada, nos termos do §2º do mesmo artigo, tendo em vista que o contribuinte não entregou a documentação solicitada, após ter sido intimado e reintimado. Transcreve-se o artigo 44:

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

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

*(...)*

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

*§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pela sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

*I - prestar esclarecimentos;*

*II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991;*

*III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (grifei)*

A imposição das multas é mera decorrência legal. O dolo do contribuinte restou bem caracterizado, posto que diante de um faturamento de vendas nos anos-calendários 2010 a 2013 superior a R\$ 200 milhões, não declarou débitos em DCTF, não prestou informações contábeis e fiscais a Receita Federal através de ECD, demonstrando a intenção da empresa em suprimir impostos e contribuição devidos.

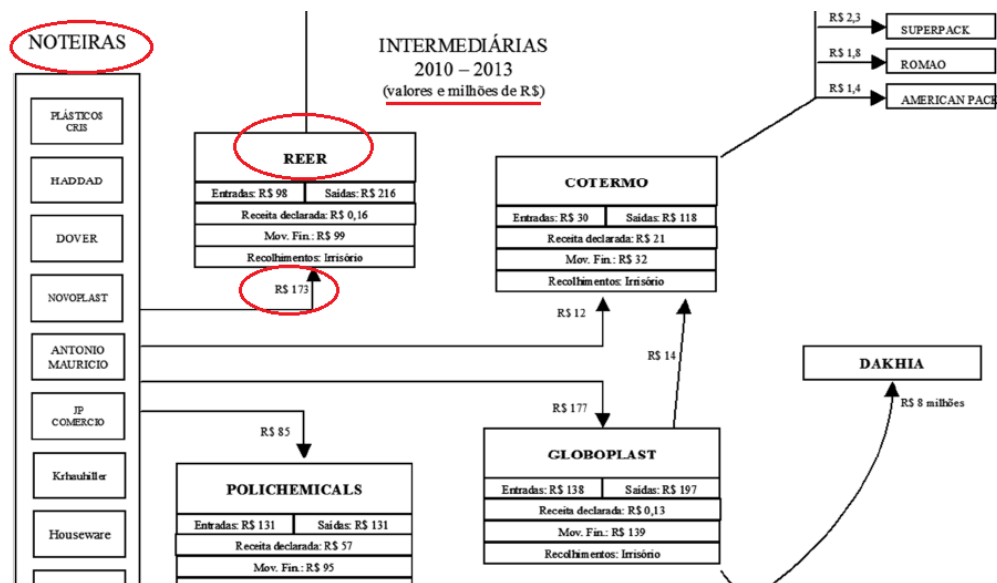
Acrescente-se a isso, o fato de ter se utilizado de notas fiscais frias para acobertar a entrada de mercadorias, conforme trecho do Relatório Fiscal de Grupo Econômico (fls. 130 e ss):

*Por outro lado, as empresas **Noteiras** servem para acobertar a entrada de mercadorias nas empresas **Intermediárias** por meio de notas fiscais frias, dando a estas uma falsa sensação de regularidade e licitude à contabilidade gerando custos e créditos indevidos para as **Intermediárias**.*

*Para se ter uma idéia, as nove empresas **Noteiras**, em conjunto, emitiram, entre os anos calendários **de 2010 a 2013, R\$ 525 milhões**,*

*sendo que R\$ 447 milhões de notas destinadas às empresas Intermediárias com o objetivo de acobertar as operações de venda destas. (grifei)*

Consta do relatório mencionado, o fluxo comercial obtido a partir da análise das notas fiscais eletrônicas, entre noteiras, intermediárias (REER, GLOBOPLAST, POLICHEMICALS e COTERMO) e a DAKHIA, onde é possível perceber o fluxo comercial no valor de R\$ 173 milhões entre as noteiras e a REER, conforme tela abaixo:



A utilização de notas fiscais frias por parte da autuada, bem como a prática reiterada em não efetuar a entrega da DCTF também demonstram a conduta dolosa e o evidente intuito fraudulento de suas operações.

Pelo exposto, voto por manter a multa de ofício qualificada e agravada.

#### Da Inclusão do ICMS na Base de Cálculo do PIS e da COFINS

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. Em seu pleito cita precedente oriundo do STF e discorre amplamente sobre o sistema tributário no Brasil e a competência tributária.

Entretanto, a despeito de tais alegações, trata-se de pedido generalizado, do qual o contribuinte não se desincumbiu da demonstração de que houve a inclusão do ICMS no cálculo realizado do PIS/COFINS, esclarecendo se o tributo estadual foi efetivamente pago ou declarado ao fisco estadual.

Cita ainda a Recorrente que: "*a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFIN decorre de lei, razão pela qual trata-se de matéria de direito prescindindo de qualquer prova do fato da inclusão*".

A inclusão ou não do ICMS na base de cálculo das contribuições é uma questão de direito. Mas a comprovação de que o contribuinte efetuou mensalmente a apuração

do ICMS em livro específico, e pagou ou ofereceu à tributação os respectivos valores, é ônus da Recorrente.

O contribuinte deveria ter trazido, em seu pedido, quais notas tiveram a incidência do ICMS, bem como seu montante, e demonstrar a apuração mensal do imposto para fundamentar seu pedido de exclusão. Deveria minimamente ter apresentado uma planilha ou apresentado os livros de apuração do ICMS. Pelo contrário, fez pedido genérico, não se desincumbindo da comprovação do pleito.

É de se destacar que a Solução de Consulta Cosit nº 13/2018 esclareceu que o montante a ser excluído da base de cálculo mensal das contribuições é o *valor mensal* do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, importante ressaltar que o contribuinte não apresentou sua escrituração contábil digital- ECD, nem qualquer outro livro auxiliar de sua escrituração e nem anexou qualquer documento que indicasse o ICMS pago ou a recolher.

Dessa forma, voto por negar provimento ao recurso sobre a questão.

#### Reconhecimento do Caráter Meramente Informativo da DIPJ

Afirma 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; em observância ao conceito de faturamento ou receita, ou em bem assim, por ofensa aos princípios constitucionais do pacto federativo e da uniformidade tributária.

Da fato assiste razão à Recorrente quando afirma que as informações constantes da DIPJ não constituem confissão de dívida, diferentemente da DCTF.

Entretanto, equivoca-se o contribuinte quando afirma que o lançamento foi efetivado com base nas informações constantes da DIPJ. O lançamento tomou por base as notas fiscais eletrônicas emitidas pela REER. Também não tem cabimento a alegação de que não foi intimada para esclarecer possíveis equívocos, tendo em vista que a Recorrente foi intimada diversas vezes e não atendeu às intimação, acarretando inclusive o agravamento da multa de ofício. Acerca da oportunidade de prestar esclarecimentos, vide trecho do Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades (fl.69 e ss):

Em 23/03/2015 foi lavrado o Termo de Intimação Fiscal nº 0013, para ciência via Edital, intimando o contribuinte a apresentar os mesmos documentos solicitados no Termo de Intimação Fiscal nº 0012, cuja ciência via edital se deu em 07/04/2015.

Em 21/05/2015 foi lavrado o Termo de Intimação Fiscal nº 0014, para ciência via Edital, intimando o contribuinte a apresentar, além dos documentos solicitados no Termo de Intimação Fiscal nº 0012, apresentar também, Livro de apuração do IPI referente ao período de 2010 a 2013, Contratos de locação com os respectivos recibos de pagamentos de 2010 a 2013, relação de imóveis integrantes do Ativo Imobilizado e a relação de veículos integrantes do ativo imobilizado da empresa, cuja ciência via edital se deu em 08/06/2015.

Em 16/07/2015 foi lavrado o Termo de Intimação Fiscal nº 0015, para ciência via Edital, intimando o contribuinte a apresentar a Escrituração Contábil ECD referentes aos anos-calendário de 2010 a 2013, O livro Caixa ou Livro Diário e Livro Razão referentes aos anos-calendário de 2010 a 2013, Livro de apuração do IPI referentes aos anos-calendário de 2010 a 2013, Contratos de Locação e Relação dos Imóveis e Relação dos Veículos integrantes do Ativo Imobilizado, cuja ciência via edital se deu em 31/07/2015.

Em 14/09/2015 foi lavrado o Termo de Intimação Fiscal nº 0016, para ciência via Edital, intimando o contribuinte a apresentar os mesmos documentos solicitados no Termo de Intimação Fiscal nº 0015, cuja ciência via edital se deu em 29/09/2015.

A empresa Reer Indústria e Comércio de Plásticos Ltda não apresentou os documentos solicitados durante esta fiscalização, através do Termo de Início do Procedimento Fiscal e dos Termos de Intimações Fiscais posteriores, como também, não informou nem atualizou seu novo endereço junto ao Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas.

Ressalte-se que a transcrição acima é apenas um trecho do Termo, posto que houve outras intimações. Ademais, no curso do próprio processo administrativo fiscal poderia ter prestado esclarecimentos, mas insistiu apenas no argumento que não teve oportunidade de se manifestar.

Nesse sentido, voto por manter o lançamento em sua integralidade.

### **Recursos de Rinaldo Sumi, Paulo Fernandes Silva e Marcio Paulo Baum**

Os recursos voluntários dos coobrigados pessoas físicas apresentam os mesmos argumentos, razão pela qual serão analisados conjuntamente.

### **Da Preliminar de Nulidade em Razão da Declaração de Revelia da Dakhia**

A questão da falta de análise da impugnação da Dakhia e a declaração de revelia foi tratada no julgamento do recurso da Dakhia. Reproduzo o seguinte excerto:

*De acordo com o fluxo processual, é de se observar que o equívoco na falta de análise da impugnação da Recorrente foi corrigida através do acórdão nº 1301-002.747, que determinou o retorno dos autos a DRJ, tendo sido a impugnação da DAKHIA apreciada e proferido acórdão complementar nº 09-066.724, que ratificou os fundamentos do primeiro acórdão nº 09-60.820.*

Pelo exposto, voto por não acolher a preliminar de nulidade, posto que o houve a correção do equívoco, sem prejuízo à defesa da empresa Dakhia.

### **Da Ilegitimidade da Inclusão dos Recorrentes como Responsáveis Solidários**

Os Recorrentes requerem sua exclusão do polo passivo sob alegação da ilegitimidade para figurarem como responsáveis solidários. Alegam que inexistem 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.

A responsabilidade dos Recorrentes está fundamentada no art. 135 do CTN, abaixo transcrito:

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

*I - as pessoas referidas no artigo anterior;*

*II - os mandatários, prepostos e empregados;*

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

Com efeito, a responsabilidade solidária lhes foi imputada como consequência da participação societária dos Recorrentes na DAKHIA, empresa também apontada como responsável solidária na condição de líder do grupo econômico de fato.

Os argumentos levantados pelos Recorrentes foram analisados no recurso da Dakhia, onde concluí pela ausência de responsabilidade solidária da empresa, nos seguintes termos:

*Dessarte, considero as provas dos autos insuficientes para caracterizar a responsabilidade solidária da DAKHIA em relação aos créditos tributários lançados em face da REER.*

*Neste sentido, voto por afastar a responsabilidade solidária da Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda.*

A única razão para que os Recorrentes terem sido incluídos como responsáveis solidários é o fato de serem sócios na Dakhia. Não há nos autos qualquer prova de atos praticados por estas pessoas em relação à autuada (REER). A exclusão dos Recorrentes é consequência inafastável do exclusão da responsabilidade solidária da Dakhia, já que restando esta afastada, não resta qualquer outra relação entre os Recorrentes e a autuada.

Neste diapasão, ratifico todos os fundamentos utilizados para excluir a Dakhia do polo passivo, e, ao mesmo tempo, adoto-os para excluir a responsabilidade solidária dos Recorrentes: Rinaldo Sumi, Paulo Fernandes Silva e Marcio Paulo Baum.

#### Da Alegação de Provas Obtidas por meio Ilícito

Arguem os Recorrentes a ilegalidade das provas que subsidiam a autuação, por terem sido colhidas após o vencimento do mandado judicial que determinava a busca e apreensão e consideradas ilegais pelo Juízo da Segunda Vara Criminal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores de São Paulo.

Requerem a declaração de insubsistência dos autos de infração, ou, alternativamente, a suspensão do processo até decisão judicial definitiva.

Esta questão também foi tratada quando da análise do recurso da Dakhia que trouxe os mesmos argumentos. Reitero meu entendimento de que o auto de infração tomou por base documentos colhidos pela própria autoridade fiscal, sem necessidade de Mandado de Busca e Apreensão, e que os relatórios baseados nesses mandados serviram apenas como reforço na argumentação.

Despicienda portanto a análise da licitude das provas obtidas por meio dos mandados de busca e apreensão. Por esta razão, entendo não ser necessário o sobrestamento do processo até que seja julgada a apelação n. 0006489-27.2014.403.6181. Esta decisão poderá ser relevante no âmbito do processo criminal.

#### Da Nulidade Por Falta de Intimação dos Coobrigados

Os sócios da Dakhia reclamam a nulidade da autuação por não terem sido intimados dos atos da fiscalização, sob pena de ofensa ao direito da ampla defesa.

Em relação à arguição de nulidade por falta de intimação, a decisão de piso consignou entendimento de que o contribuinte (REER) foi regularmente intimado de todos os atos do procedimento fiscal, e que todos os coobrigados foram intimados do auto de infração. São esses os termos da decisão de 1ª Instância, que adoto integralmente:

*Inicialmente, registre-se que a contribuinte não foi localizada em seu domicílio tributário, conforme Termo de Início do Procedimento Fiscal (TIPF) datado em 16/01/2013 (fls. 2-4), o qual teve por "Objeto da Ação" o IRPJ relativo ao período de apuração 01/01/2010 a 31/12/2013.*

*Assim, a ela foi dada a ciência acima por vários editais (fls. 6-7, 12-14, 51), nos termos do art. 23, § 1º, do Decreto nº 70.235/1972, até porque em 24/06/2013 foi publicada a Declaração de Inaptidão nos autos do processo 16095.720092/2013-07, tal como circunstanciado no TVCI (última movimentação em 28/03/2016, conforme consulta no "Comprot" na internet em 20/09/2016)*

*Em decorrência, ela foi cientificada, via edital eletrônico (fl. 771), do termo de Ciência de Lançamentos, do Encerramento Total Procedimento Fiscal, dos Autos de Infração e anexos, dos Termos de Lançamentos Responsabilidade Tributária, do Termo de Arrolamento de Bens e das Orientações ao Sujeito Passivo.*

*A seu turno, todos os impugnantes responsáveis solidários foram cientificados dos Autos de Infração e de suas respectivas responsabilidades solidárias. Tem-se, por conseguinte, que todos os sujeitos passivos foram regularmente intimados de todos os atos administrativos que culminaram nos lançamentos.*

Dessarte, não houve cerceamento do direito de defesa, uma vez que aos responsáveis solidários foi aberto prazo para impugnar todas as infrações cometidas pelo contribuinte.

Neste tópico, voto por negar provimento à arguição de nulidade.

#### Da Multa Qualificada e da Representação Fiscal para Fins Penais

Os coobrigados se insurgem contra aplicação da multa qualificada bem assim, contra a representação fiscal para fins penais.

No que concerne à Representação Fiscal para Fins Penais, o CARF não é competente para se manifestar sobre o tema, nos termos da Súmula CARF nº 28, *in verbis*:

*O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).*

Quanto à multa qualificada, este tema também já foi analisado. Outrossim, ratifico meus fundamentos de que a multa encontra respaldo legal no art.44, §1º da Lei nº 9.430/96 e que tem cabimento a qualificação da multa em razão da utilização de notas fiscais frias por parte da autuada, que evidencia a conduta dolosa e o intuito fraudulento de suas operações.

Portanto, voto por manter a imposição da multa qualificada.

### **Considerações Finais:**

Diante de todo o acima exposto, voto por:

- Conhecer dos Recursos Voluntários e,
- No mérito, dar provimento parcial aos recursos voluntários da **Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda** e dos coobrigados **Rinaldo Sumi, Marcio Paulo Baum e Paulo Fernandes Silva** para afastar a responsabilidade solidária dos mesmos;
- Não acolher as preliminares de nulidade e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário da **Reer Indústria e Comércio de Plásticos Ltda**.

(Assinado digitalmente)  
Giovana Pereira de Paiva Leite

### **Voto Vencedor**

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza - Redator Designado.

Em que pese o entendimento da ilustre Relatora quanto à exclusão dos coobrigados (Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda, Rinaldo Sumi, Márcio Paulo Baum e Paulo Fernandes Silva) do polo passivo da obrigação tributária, durante as discussões em sessão surgiu divergência que levou a conclusão diversa. Assim, passo a expor os fundamentos da divergência e as conclusões do Colegiado acerca dessa matéria.

### **DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA -**

#### **Dakhia Indústria e Comércio**

Conforme relatado, a fiscalização emitiu o Termo de Responsabilidade Solidária contra a recorrente, com base no artigo. 124, I, do CTN, diante da constatação de existência de grupo de fato entre a Dakhia, a empresa autuada e outras empresas.

Tenho adotado o entendimento, de certa forma pacificado no âmbito do STJ, de que a solidariedade tributária referida no artigo 124, inciso I do CTN é atribuída às pessoas, seja física ou jurídica, que tenham interesse comum na realização do fato gerador da obrigação tributária, pois possui uma dimensão jurídica própria, e não um significado meramente econômico.

Nesse passo, é legítimo afirmar, como o faz o próprio STJ, que o simples fato de pessoas integrarem o mesmo grupo econômico, por si só, não é suficiente para a responsabilização solidária:

*"1. O entendimento prevalente no âmbito das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte é no sentido de que o fato de haver pessoas jurídicas que pertençam ao mesmo grupo econômico, por si só, não enseja a responsabilidade solidária, na forma prevista no art. 124 do CTN. (...)"*

*(Superior Tribunal de Justiça, EREsp 834.044/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 8.9.2010, DJe 29.9.2010)*

É que integrar o grupo econômico pode significar interesse econômico, ou seja, intenção de participar dos respectivos resultados, mas não necessariamente interesse comum na acepção do artigo 124, CTN (jurídico).

Para que se configure o interesse jurídico comum, é necessária a presença de tal interesse direto, imediato, no fato gerador, que acontece quando as pessoas atuam em comum na situação que constitui o fato imponível, ou seja, quando participam em conjunto da conduta descrita na hipótese de incidência, naturalmente cada uma atuando em nome próprio.

Essa participação comum na realização da hipótese de incidência ocorre de forma direta, quando as pessoas efetivamente praticam em conjunto o fato gerador, ou de forma indireta, no caso de **confusão patrimonial** em razão de sonegação, fraude ou conluio. Nesses termos, Kiyoshi Harada, fazendo referência a trecho de obra de Sampaio Costa:

*"Ensina Carlos Jorge Sampaio Costa:*

*... a solidariedade dos membros de um mesmo grupo econômico está condicionada a que fique devidamente comprovado: a) o interesse imediato e comum de seus membros nos resultados decorrentes do fato gerador; e/ou b) fraude ou conluio entre os componentes do grupo.*

*Há interesse comum imediato em decorrência do resultado do fato gerador quando mais de uma pessoa se beneficia diretamente com sua ocorrência. Por exemplo, a afixação de cartazes de propaganda de empresa distribuidora de derivados de petróleo em postos de gasolina é, geralmente, um fato gerador de taxa municipal cuja ocorrência interessa não somente à empresa distribuidora, beneficiária direta da propaganda, como também ao posto de gasolina, que é solidário com aquela no pagamento da taxa.*

*(...)*

*Na fraude ou conluio, o interesse comum se evidencia pelo próprio ajuste entre as partes, almejando a sonegação. A solidariedade passiva no pagamento de tributos por aqueles que agiram fraudulentamente é pacífica. (...) (Solidariedade passiva e o interesse comum no fato gerador, Revista de Direito Tributário, Ano II, nº 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 304)"*

*(Responsabilidade tributária solidária por interesse comum na situação que constitua o fato gerador, Disponível em <http://www.investidura.com.br/ufsc/109-direito-tributario/3454-responsabilidade-tributaria-solidaria-por-interesse-comum-na-situacao-que-constitua-o-fato-gerador.html>)*

No caso, penso que a fiscalização coletou provas, mais do que suficientes, que demonstram que as operações realizadas pelas pessoas jurídicas integrantes do grupo econômico, na verdade, eram coordenadas de modo indissociável pela empresa Dakhia, impondo-se o entendimento que elas atuavam em conjunto, e com interesse comum, nas situações que configuram os fatos geradores das obrigações tributárias.

Observe-se que não há entre a empresa Dakhia e as chamadas intermediárias ou as denominadas noteiras, mero relacionamento comercial, mas **total integração** de esforços, comando e práticas na realização de fatos geradores. Não há mero grupo econômico, mas uma estrutura única, onde cada uma das pessoas jurídicas que o compõe atuava como meras unidades produtivas do Grupo, sob comando centralizado, sem qualquer independência de fato, revelando **confusão patrimonial entre as empresas**.

Não tenho dúvida sobre a inequívoca participação da autuada (**Reer Indústria e Comércio de Plásticos Ltda.**) nesse esquema fraudulento. Como visto, identificada como empresa Intermediária, recebeu expressivos milhões de notas frias de empresas noteiras, possuindo ainda expressivo faturamento nos anos fiscalizados, sem possuir capacidade operacional para fabricar e vender os produtos.

Além do mais, como ressaltou a própria Relatora, a REER teve algumas contas pagas pela GLOBOPLAST, e despesas com GFIP pagos pela empresa PLASTICOS CRIS. Embora se trate de valores ínfimos, penso que não se deve focar nos valores mencionados e sim, na relação existente entre a autuada e as empresas mencionadas, participantes inequivocadamente da fraude revelada pela fiscalização.

Logo, pela análise conjunta dos elementos de prova produzidos, penso que ficou demonstrado que a empresa REER participou do esquema fraudulento liderado pela empresa Dakhia, não se afastando do *modus operandi* do grupo, e que evidenciou a confusão patrimonial necessária para atrair a responsabilidade solidária do coobrigado identificado pela fiscalização.

Diante destes fundamentos, voto por manter a atribuição de responsabilidade solidária, com base no artigo 124, I do CTN, da pessoa jurídica **Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda.**

**DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA -**

**Márcio Paulo Baum/Rinaldo Sumi/Paulo Fernandes Silva**

Como visto, a fiscalização emitiu o Termo de Responsabilidade Solidária contra os sócios administradores de direito da Dakhia Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda, com base no artigo 135, do CTN, o Sr. Rinaldo Sumi, o Sr. Paulo Fernandes Silva e o Sr. Márcio Paulo Baum.

Confira-se os termos do referido artigo 135, do CTN:

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

*I - as pessoas referidas no artigo anterior;*

*II - os mandatários, prepostos e empregados;*

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

Penso evidenciar dos autos que os coobrigados citados agiram de forma fraudulenta e dolosa, praticando atos com excesso de poderes ou violação à lei, contrato social ou estatuto, até porque as provas existentes nos autos demonstram que as pessoas apontadas, todas pessoas físicas administradoras da Dakhia, tinham poder de gerência sobre o Grupo, e por isso possuíam domínio das atividades e decisões formadas, sendo controladores do grupo.

Desta forma, participaram, de forma direta, de toda operação do grupo, que consistia na realização, de fato, das operações mercantis de venda aos clientes (indústrias) pela Dakhia, com emissão dos documentos fiscais e bancários pelas empresas Intermediárias apontadas. As empresas denominadas de noteiras acobertavam a entrada das mercadorias nas empresas Intermediárias por meio de notas frias, gerando custos e créditos indevidos e emprestando aspecto de licitude e regularidade contábil.

Os fatos e a substancial documentação trazida, 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.

Enfim, todos estes elementos probatórios coletados, apontam na diretriz de que as pessoas físicas apontadas como responsáveis solidários devem ser classificadas como **donos do negócio**, e revelam a prática de ato doloso e ilícito, contrário à lei ou ao estatuto social.

Assim, deve ser mantida a responsabilização solidária dos coobrigados **Rinaldo Sumi, Márcio Paulo Baum e Paulo Fernandes Silva** pelos créditos tributários constituídos contra a empresa autuada.

**CONCLUSÃO**

Processo nº 16095.720132/2015-74  
Acórdão n.º **1301-003.665**

**S1-C3T1**  
Fl. 2.139

---

Com esses fundamentos, voto por negar provimento aos recursos da empresa Dakhia Industria e Comercio de Termoplásticos Ltda e dos Srs. Márcio Paulo Baum, Rinaldo Sumi e Paulo Fernandes Silva, para manter a responsabilidade solidária dos mesmos pelos créditos tributários constituídos contra a empresa autuada. Nas demais matérias, acompanho o voto da I. Relatora.

(assinado digitalmente)  
José Eduardo Dornelas Souza