



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

Processo nº 11634.000300/2006-52
Recurso nº 159.516 Voluntário
Acórdão nº 1802-00496 – 2ª Turma Especial
Sessão de 05 de julho de 2010
Matéria SIMPLES
Recorrente SUL AMERICANO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE BRINDES
PROMOCIONAIS LTDA.
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2000, 2001

NULIDADE DO LANÇAMENTO

Não restou caracterizada nenhuma das hipóteses que poderiam macular a autuação pelo vício da nulidade, conforme previsto no art. 59 do Decreto 70.235/1972 - PAF, quais sejam, lançamento realizado por pessoa incompetente ou cerceamento do direito de defesa.

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2000, 2001

OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS CUJA ORIGEM NÃO FOI COMPROVADA

Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em contas de depósito ou de investimento mantidas junto a instituições financeiras, em relação aos quais a interessada, regularmente intimada, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2000, 2001

DECADÊNCIA - PIS, COFINS, CSLL E INSS/SIMPLES

A partir da Súmula 8 do STF, a contagem do prazo decadencial para o lançamento das contribuições sociais deve orientar-se pelos dispositivos do Código Tributário Nacional - CTN, e não mais pelo art. 45 da Lei 8.212/1991. Estando claramente configuradas nos autos as hipóteses excludentes do prazo decadencial reduzido (dolo, fraude e simulação), o marco inicial da contagem é determinado pelo art. 173 do CTN.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, II, da Lei nº 9.430/96, quando demonstrado que a conduta do sujeito passivo se enquadra nas hipóteses dos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

MULTA DE OFÍCIO E JUROS SELIC - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E DE AFRONTA AO CTN

O controle de constitucionalidade dos atos legais é matéria afeta ao Poder Judiciário. Descabe às autoridades administrativas de qualquer instância examinar a constitucionalidade das normas inseridas no ordenamento jurídico nacional. Da mesma forma, também não cabe afastar a aplicação de normas legais plenamente vigentes, em razão de suposta afronta ao CTN.

RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS DE FATO - INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS

Restando comprovada a interposição de pessoas, e também que os sócios de fato detinham a administração plena da empresa à época da ocorrência dos fatos geradores, cabe a atribuição da responsabilidade solidária pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica, nos termos dos artigos 124, I e 135, III do Código Tributário Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas e dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.



Ester Marques Lins De Sousa - Presidente



José de Oliveira Ferraz Corrêa - Relator

EDITADO EM: 05 AGO 2010

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Ester Marques Lins de Sousa (Presidente de Turma), José de Oliveira Ferraz Corrêa, Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior, Nelso Kichel, Gilberto Baptista (Suplente Convocado), João Francisco Bianco (Vice Presidente de Turma)

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR, que considerou parcialmente procedente o lançamento realizado para a constituição de crédito tributário relativo ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, à Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS e à Contribuição para Seguridade Social - INSS, conforme os autos de infração de fls. 396 a 457, lavrados de acordo com o regime de tributação simplificada - SIMPLES, nos valores de R\$ 68.718,98, 68.718,98, 119.227,66, 238.455,66 e 464.955,80, respectivamente, incluindo-se nestes montantes os juros moratórios e as multas de 75% e 150%, percentual esse que variou conforme o tipo de infração imputada à Contribuinte.

O lançamento constante deste processo abrangeu o período de outubro/2000 a dezembro/2001, e foi motivado por duas infrações:

- omissão de receitas, caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada. Nesse caso, aplicou-se a multa qualificada de 150%;

- insuficiência de recolhimento em relação à receita bruta originalmente declarada, decorrente da utilização de percentual de tributação inferior ao que efetivamente deveria ser aplicado, considerando-se os verdadeiros valores de receita. Para esse item, a multa aplicada foi a de 75%.

O Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Ação Fiscal, às fls. 385 a 395, traz as seguintes informações:

I - DOS PROCEDIMENTOS

Em 14/09/2004, comparecemos no endereço acima, com o objetivo de cientificar a empresa do início do procedimento fiscal, entretanto não foi possível tendo em vista o relatado no Termo de Constatação Fiscal de fls. 06 a 09.

Em 28/09/2004, foi afixado Edital de Ciência de Termo de Início de Ação Fiscal e Mandado de Procedimento Fiscal na Agência da Receita Federal em Apucarana-PR, fls. 10, e em 14/10/2004 a empresa foi considerada intimada.

Em 15/12/2004, 09/02/2005 e 12/04/2005, em atendimento ao disposto no artigo 7º, parágrafo 2º do Decreto nº 70.235/72, foram afixados, na Agência da Receita Federal em Apucarana-PR, Editais de Ciência de Termo de Continuidade de Procedimento Fiscal, fls. 11 a 13.

Os sócios, Sr. Sergio Ferreira - CPF: 652.639.879-00 e Sra. Janaina Martins Godas - CPF: 038.789.549-30, em 15/04/2005 e 10/06/2005, respectivamente, foram intimados a comparecerem na Agência da Receita Federal em Apucarana-PR, para prestarem esclarecimentos a respeito da empresa, fls. 14 a 16,



18 a 20. O Sr. Sergio não compareceu, fls. 17. A Sra. Jancina compareceu na Agência da Receita Federal em Apucarana-PR no dia 27/06/2005 e prestou depoimento consubstanciado no documento de fls. 21 a 23.

Em 07/07/2005, o Sr. Osvaldo Mendes de Moraes - CPF: 198.988.948-49, contador da empresa, foi intimado a comparecer na Agência da Receita Federal em Apucarana-PR, para prestar esclarecimentos a respeito da empresa, fls. 27 a 29.

Em 25/07/2005, foi apresentada, via fax, procuração datada de 12/07/2005, fls. 30 e 31.

Em 27/07/2005, o Sr. Osvaldo, contador da empresa, prestou o depoimento consubstanciado no documento de fls. 32 a 34.

Tendo em vista a não apresentação dos extratos bancários pela empresa, em 18/08/2005, elaboramos Solicitação de Emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira, conforme documentos de fls. 35 a 37. Na mesma data, as requisições (RMF) foram encaminhadas às instituições bancárias por meio de ofícios, fls. 38 a 55.

Em atendimento aos ofícios, as instituições financeiras encaminharam os documentos de fls. 56 a 172.

Em 09/11/2005, o Sr. Edson Hermes Magri - CPF: 363.005.949-04 e o Sr. Nelson Magri Júnior - CPF: 576.904.489-68 foram considerados sócios solidários e devidamente cientificados conforme Termo de Constatação e Intimação Fiscal, fls. 173 a 179.

Em 20/12/2005, a empresa foi intimada, por edital, a comprovar, por meio de documentos hábeis, a origem dos recursos depositados/creditados nas contas-correntes bancárias movimentadas nos anos-calendário de 2000 a 2003, fls. 180 a 219. Os sócios solidários foram cientificados pessoalmente da referida intimação, fls. 220 a 257.

A empresa e os sócios solidários não atenderam à intimação.

Em 21/02/2006, a empresa foi reintimada, por edital, a comprovar, por meio de documentos hábeis, a origem dos recursos depositados/creditados nas contas-correntes bancárias movimentadas nos anos-calendário de 2000 a 2003, fls. 258 a 260. Os sócios solidários foram cientificados, via postal, da referida reintimação, fls. 261 a 266.

A empresa e os sócios solidários não atenderam à intimação.

Em 03/04/2006, elaboramos Solicitação de Emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira, conforme documentos de fls. 267 e 268. Na mesma data, as requisições (RMF) foram encaminhadas às instituições bancárias por meio de ofícios, fls. 269 a 288.

Em atendimento aos ofícios, as instituições financeiras encaminharam os documentos de fls. 289 a 297.



Em 25/05/2006, os sócios solidários foram reintimados, a comprovar, por meio de documentos hábeis, a origem dos recursos depositados/creditados nas contas-correntes bancárias movimentadas, pela empresa, nos anos-calendário de 2000 a 2003, fls. 298 a 304. O sócio solidário, Sr. Nelson, foi cientificado, via postal, da referida reintimação. O sócio solidário, Sr. Edson, recusou-se a receber a mesma.

O sócio solidário não atendeu à intimação.

Em 20/07/2006, a empresa foi reintimada, por edital, a comprovar, por meio de documentos hábeis, a origem dos recursos depositados/creditados nas contas-correntes bancárias movimentadas nos anos-calendário de 2000 a 2003, fls. 305 e solidários recusaram-se a receber a referida reintimação, fls. 307 a 309.

A empresa não atendeu à intimação.

II - DAS INFRAÇÕES APURADAS

a) OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS

A empresa foi intimada a apresentar os extratos bancários de todas as suas contas movimentadas nos anos-calendário de 2000 a 2003, fls. 10.

Tendo em vista o não atendimento à referida intimação, os extratos bancários foram solicitados às instituições financeiras, por meio das RMF(s) a seguir relacionadas, fls. 38 a 55:

Banco do Mercantil de São Paulo S/A (FINASA) - RMF nº 0910200.2005.00025-5;

Banco do Brasil S/A- RMF nº 0910200.2005.00026-3,

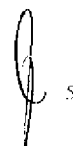
Banco Itaú S/A- RMF nº 091200.2005.00027-1;

Banco Bradesco S/A- RMF nº 091200.2005.00028-0 e

Banco Sudameris Brasil S/A - RMF nº 0910200.2005.00029-8.

Com base nos extratos bancários enviados a este órgão em atendimento às referidas RMF(s), fls. 56 a 172, a empresa foi intimada, em várias oportunidades, fls. 180 a 219, 258 a 260, 305 e 306, a comprovar, por meio de documentos hábeis, a origem dos recursos depositados/creditados em suas contas-correntes bancárias movimentadas nos anos-calendário de 2000 a 2003. Os sócios solidários também foram intimados e reintimados a fazer a mesma comprovação, fls. 220 a 257, 261 a 266, 298 a 300, ou seja, apresentar documentos hábeis que comprovassem a origem dos depósitos/créditos efetuados nas contas-correntes bancárias movimentadas pela empresa.

Considerando que até o presente momento, a empresa, regularmente intimada, não atendeu às intimações, ou seja, não

 5

apresentou documentos hábeis que pudessem comprovar a origem dos recursos movimentados, os valores, relacionados nos demonstrativos de depósitos/créditos, fls. 359 a 362, 364 a 372 e 376, foram considerados como receitas da empresa, conforme determina o artigo 42 da Lei no 9.430/96.

Sendo assim, elaboramos os demonstrativos de fls. 378 a 382, cujos valores/informações foram extraídos exclusivamente dos extratos obtidas por meio de RMF(s). Nos referidos demonstrativos foram excluídos:

1- os valores referentes às transferências entre contas-correntes bancárias da empresa;

2- as transferências de recursos originados das contas-correntes bancárias movimentadas pela empresa V. A. Com indústria, Comércio, Import e Export de Confecções Ltda - CNPJ 82.644.865/0001-55 (empresa pertencente aos sócios solidários - item III), também sob procedimento fiscal e;

3- os cheques depositados e posteriormente devolvidos.

Neste procedimento de fiscalização foi apurada omissão de receitas com base em depósitos bancários não comprovados nos anos-calendário de 2000 a 2003.

Para fins de apuração dos valores a tributar nos anos-calendário de 2000 e 2001, elaboramos os demonstrativos de fls. 383, transcritos a seguir

(...)

A tributação dos valores omitidos será efetuada em conformidade com a opção manifestada pela empresa - tributação pelo SIMPLES - Sistema integrado de impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, fls. 351 a 358.

Cumprе esclarecer que a empresa encontrava-se excluída do Simples desde 01/01/2003 e em 04/08/2006 propusemos a sua exclusão retroativa à 01/01/2002 (Ato Declaratório nº 29 de 08/08/2006 - fls. 384), tendo em vista o excesso de receita bruta, apurado de ofício, no ano-calendário de 2001.

Considerando o exposto no parágrafo anterior, a tributação dos valores apurados nos anos-calendário de 2002 e 2003 será efetuada com base no lucro arbitrado, em processo à parte

b) INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

O valor devido mensalmente pelas empresas optantes do Simples é determinado mediante a aplicação de percentuais, definidos em lei, sobre a receita bruta mensal acumulada.

Tendo em vista a omissão de receita verificada neste procedimento fiscal e a conseqüente alteração da alíquota aplicável, constatamos, em determinados meses, insuficiência de recolhimentos, cujos valores, neste ato, lançamos de ofício

III- DOS SÓCIOS SOLIDÁRIOS

O Sr. Edson Hermes Magri - CPF: 363.005.919-04 e o Sr. Nelson Magri Júnior - CPF: 576.904.489-68 figuraram como sócios nas empresas a seguir relacionadas, todas sob ação fiscal nesta Delegacia da Receita Federal.

1) V A Com indústria, Comércio, Import e Export de Confecções Ltda - CNPJ. 82.644.865/0001-55,

2) Sul Americano Importação e Exportação de Brindes Promocionais - CNPJ. 02.931.284/0001-65 e;

3) King Caps indústria e Comércio importação e Exportação de Artigos Promocionais Ltda. CNPJ. 04.055.809/0001-71.

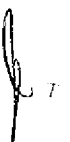
Os fatos a seguir narrados demonstram os motivos pelos quais o Sr. Edson e o Sr. Nelson foram considerados, neste procedimento fiscal, como sócios de fato e os verdadeiros administradores da empresa Sul Americano.

Em 14/09/2004 comparecemos na Rua Prof. João Candido Ferreira, no 1380 - Sala 2 - Jardim São Pedro, por volta das 15:30 horas, para darmos ciência do início da ação fiscal levada a efeito na empresa acima qualificada, entretanto a empresa não foi localizada, sendo que no referido endereço nos deparamos com um imóvel que se encontrava em reforma, e segundo informações, ali funcionava um "mercadinho" e futuramente seria uma clínica dentária, conforme fotos tiradas do local, fls. 07 a 09.

Em 28/09/2004 foi afixado Edital de Ciência de Termo de início de Ação Fiscal e Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização nº 0910200 2004 00371-4, fls. 10, na Agência da Receita Federal em Apucarana/Pr, considerando-se a empresa devidamente intimada em 14/10/2004, conforme dispõe o artigo 67 da Lei nº 9.532/97.

Tendo em vista que a empresa não atendeu ao Termo de início de Ação Fiscal, em 15/04/2005, intimamos, via postal (ciência do próprio no Aviso de Recebimento), o sócio Sr. Sérgio Ferreira, CPF: 652.639.879-00, para comparecer na Agência da Receita Federal em Apucarana/Pr, para prestar esclarecimentos a respeito da empresa, fls. 14 a 16. O Sr. Sérgio não compareceu, conforme Termo de informação Fiscal de 02/05/2005, fls. 17.

Em 10/06/2005, intimamos, via postal, a sócia Sra. Janaina Martins Godas, CPF: 038.789.549-30, residente na Rua Pau D'Alho, nº 64 - Núcleo Afonso Alves Camargo Apucarana/Pr, para prestar esclarecimentos a respeito da empresa, fls. 18 a 20. A Sra. Janaina em depoimento prestado no dia 27/06/2005, fls. 21 a 23, disse que não tinha conhecimento de que era sócia de alguma empresa, disse que nunca tinha ouvido falar da empresa Sul Americano, disse que conhecia o Sr. Edson H. Magri e o Sr. Nelson Magri Júnior; disse que havia trabalhado na empresa A M Jerônimo da Silva Confecções, fls. 26, cuja proprietária era cunhada de um deles e disse que não era sua a assinatura constante da 3ª Alteração Contratual da empresa, fls. 339.



Em 07/07/2005, intimamos o contador da empresa Sul Americano, Sr. Osvaldo Mendes de Moraes, CPF: 198.988.948-49, para comparecer no dia 27/06/2005, às 15:00 horas na rua Ponta Grossa, no 1.274 - Agência da Receita Federal em Apucarana/Pr, para prestar esclarecimentos a respeito da empresa, fls. 27 a 29. Em seu depoimento, fls. 32 a 34, disse que é contador da empresa, disse que só viu uma vez o sócio Sérgio Ferreira, disse que tinha efetuado a alteração contratual da empresa, inclusive como testemunha; disse que quem efetuava o pagamento de seus honorários era o Sr. Edson Magri; disse que a empresa funcionou no endereço constante do contrato social e do cadastro da SRF - Secretaria da Receita Federal e que atualmente encontra-se inativa; disse que tratava dos assuntos ligados à empresa com o Sr. Edson Magri; disse que havia efetuado via Internet o pedido de Parcelamento Especial do Simples - PAES da empresa Sul Americano e que foi efetuado por meio de seu escritório; disse que quem pagou os seus honorários relativos às declarações da Sul Americano do exercício de 2005 foi o Sr. Edson Magri e disse que quando não encontra o Sr. Sérgio procura pelo Sr. Edson Magri.

Com base na documentação bancária encaminhada pelas instituições financeiras em atendimento às Requisições de informação sobre Movimentação Financeira RMI verificamos que os Srs. Edson Hermes Magri, CPF: 363.005.949-04 e Nelson Magri Junior, CPF: 576.904.489-68:

1- possuem procurações com amplos poderes para movimentarem as contas-correntes junto ao Banco Bradesco, fls. 57, ao Banco Sudameris, fls. 169, e ao Banco Itaú, fls. 171 e 172,

2- constam como representantes da empresa junto ao Banco Finasa (incorporado pelo Banco Bradesco), fls. 125 e 126, e 3- possuem cartões de assinaturas junto ao Banco Sudameris S/A, Banco Itaú S/A e Banco Bradesco S/A, fls. 289 a 295.

Da análise dos extratos bancários acostados ao presente processo, bem como dos extratos bancários das empresas V. A. e King Caps, verificamos transferências efetuadas entre as contas bancárias movimentadas pelas três empresas, inclusive em períodos em que o Sr. Edson e o Sr. Nelson já não mais figuravam como sócios. Como se justifica transferências de recursos entre empresas de sócios diferentes se não houvesse um "administrador" comum entre elas?

Da análise dos contratos sociais e alterações das empresas constatamos o que se segue:

A empresa V. A. foi constituída com sede e foro na Rua Demétrio S. Moreira, nº 449 - Centro - Apucarana-PR, permanecendo nesse endereço até 07/06/2000, fls. 310 e 330. Em 01/11/1993, foi criada uma filial na Rua Demétrio S. Moreira, nº 410, fls. 316.

Em 13/01/1999, foi constituída a empresa Sul Americano importação e Exportação de Brindes Promocionais com sede e foro na Rua Demétrio S. Moreira, nº 410 - Centro - Apucarana -

PR, fls. 333. Em 10/08/2000, seu endereço foi alterado para Rua Demétrio de S. Moreira, nº 449, fls. 336.

Em 14/09/2000, a empresa King Caps iniciou suas atividades na Rua Demétrio S. Moreira, nº 410 - Centro - Apucarana-PR, fls. 340

Cabe ressaltar que o número 410 da Rua Demétrio S. Moreira fica nas proximidades do número 449, ou seja, as empresas V. A. e Sul Americano funcionaram praticamente no mesmo local onde hoje funciona a empresa King Caps de propriedade do Sr. Edson e do Sr. Nelson. Ressalte-se, ainda, que os referidos imóveis, na época dos fatos, pertenciam ao Sr. Nelson Magri e desde dezembro de 2004 (registro na matrícula) pertencem às empresas L M S Empreendimentos e Agropecuária S/A - CNPJ: 05.455.742/0001-25 de propriedade do Sr. Edson e M R I Empreendimentos e Agropecuária S/A - CNPJ: 05.455.731/0001-45 de propriedade do Sr. Nelson, fls. 347 a 350.

O Sr. Nelson Magri Júnior- CPF: 576.904.489-68, figurou como sócio da empresa V. A. desde a sua constituição em 16/07/1991 até 28/12/1998 e de 12/03/1999 até 07/06/2000, fls. 310, 321, 326 e 330; o Sr. Edson Hermes Magri - CPF: 363.005.919-04, figurou como sócio da empresa de 01/11/1993 até 04/01/1999 e de 12/03/1999 até 07/06/2000, fls. 315, 323, 326 e 330.

O Sr. Nelson Magri Júnior- CPF: 576.904.489-68 e o Sr. Edson Hermes Magri - CPF: 363.005.919-04, figuraram como sócio da empresa Sul Americano desde a sua constituição em 13/01/1999 até 12/03/1999, fls. 333 e 335.

O Sr. Nelson Magri Júnior- CPF: 576.904.489-68 e o Sr. Edson Hermes Magri CPF: 363.005.919-04, figuram como sócios da empresa King Caps desde a sua constituição em 14/09/2000, fls. 340

Note-se que, coincidentemente, o Sr. Edson e o Sr. Nelson transferem as quotas da empresa V.A. e constituem a empresa Sul Americano. Logo após, transferem as quotas da empresa Sul Americano e retornam para a empresa V. A. Após um tempo, transferem as quotas da empresa V.A. e três meses depois constituem a empresa King Caps.

Ainda, é importante salientar que, em procedimento de fiscalização realizado junto às físicas do Sr. Edson e do Sr. Nelson, ficou constatado que essas transações de fato não se concretizaram, uma vez que não ficaram comprovadas as efetivas transferências de numerários.

Considerando que o sócio de direito (interposta pessoa) da empresa Sul Americano, Sr. Sérgio Ferreira, não compareceu para prestar esclarecimentos sobre a empresa, considerando que a sócia de direito (interposta pessoa), Sra. Janaina, figurou como sócia no Contrato Social à sua revelia, considerando o depoimento do contador da empresa Sul Americano, considerando a movimentação de recursos entre contas-



correntes bancárias das três empresas (V.A, Sul Americano e King Caps), considerando que o Sr. Edson e o Sr. Nelson constam como representantes/procuradores da empresa Sul Americano junto às instituições financeiras; considerando o endereço das três empresas quando constituídas; considerando que as três empresas possuem o mesmo ramo de atividade, considerando que o Sr. Edson e o Sr. Nelson figuraram como sócios das empresas V.A e Sul Americano e são sócios da empresa King Caps; concluímos que a intenção do Sr. Edson e do Sr. Nelson era a transferência de responsabilidades para terceiros sem capacidade econômico/financeira, ou seja, queriam eximir-se de qualquer imputação de responsabilidade decorrente de infrações que viessem a ser detectadas.

Por todo o exposto, o Sr. Edson Hermes Magri - CPF: 363.005.949-04 e o Sr. Nelson Magri Júnior - CPF: 576.904.489-68, na presente ação fiscal, foram responsabilizados pessoalmente como sócios de fato da empresa Sul Americano.

IV - CONCLUSÃO

Efetuamos o lançamento de ofício com base no artigo 926 do Decreto nº 3.000/99, lavrando-se os respectivos Auto de Infração, onde fica sujeita a empresa ao pagamento dos tributos devidos no SIMPLES (IRPJ, PIS, COFINS, CSLL e INSS) acrescidos dos juros de mora e das multas previstas no artigo 44, inciso I, parágrafo primeiro da Lei nº 9.430/96 com a redação dada pelo artigo 18 da Medida Provisória 303/06.

Os enquadramentos legais constam do respectivo Auto de Infração.

Fazem parte integrante do Auto de Infração todos os termos e/ou documentos nele mencionados.

Registre-se que a Representação Fiscal para fins Penais não foi elaborada tendo em vista o disposto no artigo 1º, parágrafo 7º, da Portaria nº 326/2005.

Registre-se também, cumprindo o estabelecido na IN/SRF nº 264, de 20 de dezembro de 2002 (DOU de 24/12/2002), que foi elaborada Representação Fiscal propondo Medida Cautelar Fiscal (processo administrativo fiscal nº 11634 000301/2006-05) em face dos sócios solidários.

Os documentos bancários obtidos por meio de RMI(s), não utilizados na presente fiscalização, serão destruídos em conformidade com o parágrafo 2º do artigo 5º do Decreto nº 3.724 de 10/01/2001.

Do que, para constar, lavramos o presente Termo em três vias de igual teor, que fará parte integrante do Auto de Infração e que vai assinado por nós, Auditoras-Fiscais da Receita Federal.

Instaurada a fase contenciosa, com a impugnação de fls. 466 a 487, a Contribuinte apresentou os seguintes argumentos, conforme descritos na decisão de primeira instância, Acórdão nº 06-13.000, de fls. 520 a 552:

4.1 *Contesta a afirmação da autoridade Fiscal de que não conseguiu localizá-la, pois o que houve foi um vagar em localizar os sócios da empresa; argumenta que a intimação via edital somente poderia ser efetuada quando comprovado serem improficuas as intimações via pessoal e postal, o que não estaria demonstrado em face do longo tempo decorrido entre a primeira tentativa de consumir a intimação, em 13/09/2004, e as intimações postadas aos sócios Sérgio Ferreira e Janaina Martins Godas em respectivamente, 18/04/2005 e 14/06/2005, que não houve o esgotamento das vias pessoal e postal, pois foram meras e superficiais tentativas de localização.*

4.2 *Argúi que os fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 2000 e 2001 já estariam abrangidos pela decadência, e os ocorridos nos anos-calendário de 2002 e 2003 pela nulidade, esta em face de o procedimento Fiscalizatório ter sido realizado intramuros e por ter sido intimada via edital; que a partir do parcelamento, deveriam as auditorias-fiscais terem ido atrás do sócio que assinou tal pedido, mas fizeram o trabalho em direção oposta*

4.3 *Quanto à tentativa de solidarizar os ex-sócios Edson Hermes Magri e Nelson Magri Junior, aduz que os sócios Eurico da Silva e Adão da Silva prestaram declaração, em 21/07/2003, na sede da Polícia Federal em Londrina/PR, afirmando serem os proprietários da interessada desde 1999, estando a mesma localizada na Rua Demétrio Santos Moreira, 449, Centro, Apucarana/PR; presume que por não terem calculado o ônus de ser empresário, Eurico da Silva e Adão da Silva sempre buscaram socorro junto aos proprietários anteriores Edson Hermes Magri e Nelson Magri Junior, que em momento algum Eurico da Silva e Adão da Silva admitiram perante a autoridade policial que não foram ou não eram sócios da empresa.*

4.4 *Relata que efetuou as seguintes alterações contratuais: a) contrato social de 13/01/1999, tendo como sócios Nelson Magri Junior e Edson Hermes Magri; b) Primeira Alteração, em 12/03/1999, Nelson Magri Junior e Edson Hermes Magri cedem e transferem suas cotas sociais a Adão da Silva e Eurico da Silva, c) Segunda Alteração, em 24/02/2003, saem Adão da Silva e Eurico da Silva e entram Sérgio Ferreira e Janaina Martins Godas; que quem administrava e geria a sociedade era Sérgio Ferreira e, segundo declaração prestada à autoridade policial, em 11/10/2006, pelos ex-sócios Adão da Silva e Eurico da Silva, as quotas foram cedidas e transferidas por venda para Sérgio Ferreira e Janaina Martins Godas.*

4.5 *Assevera que a solidariedade intentada pela autoridade Fiscal é um absurdo que deve ser de pronto repellido em face das provas e argumentos apresentados; que Nelson Magri Junior e Edson Hermes Magri não são responsáveis pelas obrigações da empresa vendida, conforme dispõem o art. 896 do Código Civil e o art. 124 do CTN, indaga onde estão as provas materiais que deveriam instruir os autos, assim como qual ligação entre os sócios atuais e os ex-sócios teria sido provada; que a*

responsabilidade é tratada por via subsidiária, pois somente os sócios atuais devem responder pela obrigação em face de faltar previsão expressa em lei que determine que os ex-sócios sejam considerados solidários.

4.6 Esclarece que sempre existiu uma parceria entre Edson/Nelson e Eurico/Adão, uma vez que a entrada destes últimos como sócios da empresa se deu por ambos serem extremamente importantes para os negócios da empresa, pois entendiam da produção e eram muito procurados por empresas concorrentes, razão pela qual a maneira que achou para estimulá-los foi torná-los sócios do empreendimento; que, enquanto isso, Edson e Nelson ficaram livres para vender produtos de várias empresas, inclusive da própria interessada; que declaração nesse sentido, em 11/02/2004, prestada na Polícia Federal em Londrina, consta do IPL nº 426/02; que, se transações houveram entre as empresas, a tributação deve se dar nos moldes da lei, pois deve ser esclarecido que tipo de negócio havia entre as empresas (mútuo, empréstimos, conta corrente, venda em consignação, etc), mas nada foi apurado pela Fiscalização; que trata-se de a operação comercial, de compra e venda de quotas sociais, e que em momento algum a Fiscalização conseguiu provar o contrário, somente usaram de alegação.

4.7 Argui que as procurações apresentadas pelo Banco Bradesco e Banco Itaú em nada maculam essa parceria, que se existe solidariedade, esta deverá ser direcionada para os sócios que venderam por último as participações societárias, Adão da Silva e Eurico da Silva, que foram os verdadeiros adquirentes da empresa em 1999, fato não analisado pela Fiscalização por já estar alcançado pela decadência; que a publicidade dada à venda das quotas entre sócios foi maior e mais ampla do que o edital, este sim divulgado intramuros; que a operação de transferência das participações societárias se reveste das formalidades da lei, bem como da publicidade que foram dadas aos atos na Junta Comercial do Estado do Paraná e por meio das declarações de rendimentos dos ex-sócios Adão da Silva e Eurico da Silva.

4.8 Com relação ao interrogatório do contador Osvaldo Mendes de Moraes, entende que vai contra a verdade material dos fatos; que se pagamentos de honorários foram atribuídos aos ex-sócios, é porque no mundo dos negócios o que a lei não proíbe é lícito fazer; que Osvaldo pode falar o que quiser, ainda mais intimado como estava na presença de duas auditoras-fiscais, que chegaram a empregar palavras duras e sabe-se lá que expressões faciais, quando do interrogatório nas dependências da ARF-Apucarana/PR.

4.9 Quanto à movimentação bancária, entende que o sigilo bancário somente poderia ser quebrado mediante autorização judicial; relata que as auditoras-fiscais, com base na documentação bancária encaminhada pelas instituições financeiras, verificaram que Edson Hermes Magri e Nelson Magri Junior constaram como representantes da empresa junto ao Banco Bradesco S/A e Banco Mercantil de São Paulo S/A (incorporado pelo Bradesco), possuem procurações com amplos

poderes para movimentar a conta corrente no Banco do Brasil, assim como cartões de assinatura junto ao Banco do Brasil S/A e Banco Itaú S/A

4.10 Aduz que, no entanto, o cadastro no qual esses ex-sócios constam como representantes da empresa tem como data de abertura o dia 29/07/1997, época em que realmente figuravam como responsáveis nos contratos sociais da empresa, mas o fato de tal informação não ter sido atualizada até hoje não é prova contra os ex-sócios; que não está materializada a alegação de existência de procurações com amplos poderes para movimentar as contas correntes junto ao Banco Bradesco S/A e Banco Mercantil de São Paulo S/A, pois não foram juntadas fotocópias de tais instrumentos; com referência à conta corrente mantida no Banco do Brasil S/A, acrescenta que não consta comprovação de que a procuração ainda seria válida, pois é norma das instituições financeiras atualizar as procurações com mais de um ano, e que o informe bancário com os dados cadastrais é de 04/04/1997; que cartão de assinatura da época da abertura da conta corrente, em 23/02/1995, não serve como prova atual.

4.11 Assevera que, por intermédio de seu representante legal, o atual sócio assume a sua responsabilidade perante a autoridade fazendária, e que parcelou valores que considerava em aberto, conforme processo nº 10930.400016/2004-11; que, como as auditoras-fiscais não procederam à imputação dos valores parcelados, pede a esta DRJ que os deduza da exigência em análise.

4.12 Insurge-se contra as multas de 75% e 150%, pois a sua exigência sobre créditos Tributários de duvidosa base de cálculo tem caráter confiscatório; alega que a penalidade deve ser aplicada, sempre, levando-se em conta a ausência de má-fé, de dolo, e antecedentes do contribuinte, que somente pode ser admitida se, em processo regular, em contraditório pleno e amplo, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal, restar comprovado um prejuízo para a Fazenda Pública decorrente de ato doloso, que a imposição de pena a priori constitui abuso de poder, já que o dolo e a fraude devem sempre ser provados material e documentalmente antes de o fisco lançar a acusação sobre o contribuinte ou responsável Tributário.

4.13 Questiona a utilização da taxa Selic como juros de mora, ao argumento de tratar-se de taxa média de juros do mercado financeiro e ter sido criada por ato do Banco Central e adotada por lei pela União Federal; argumenta que, ciente de não poder usar essa taxa para atualizar impostos em face da desindexação da economia, a União editou a Lei nº 9.065, de 1995, e passou a exigí-la a título de juros de mora, ferindo, no entanto, a disposição maior que limita os juros à taxa de 1% ao mês; que, poder-se-ia argumentar que a lei não dispôs em contrário, mas não houve lei que criasse a Selic, mas apenas lei que adotou essa taxa como juros de mora para fins Tributários, o que fere o princípio da legalidade.

4.14 Quanto ao arrolamento de bens, alega que carece de fundamentação legal arrolar bens de terceiros para garantir dívidas de outra empresa, que os bens arrolados pertencem às empresas L.M.S Empreendimentos e Agropecuária S/A e M.R.I Empreendimentos e Agropecuária S/A, e que o art. 64 da Lei nº 9.532, de 1997, dispõe apenas sobre o arrolamento de bens e direito do próprio sujeito passivo, que o arrolamento de bens limita a privacidade do contribuinte e é também arbitrário, pois se trata de hipótese em que há grande possibilidade de ser ilegal a exigência tributária tratada nos autos; que a IN SRF nº 264, de 2002, em seu art. 3º, exige que os bens e direitos arrolados para seguimento de recurso voluntário sejam exclusivamente de propriedade do recorrente, vedado expressamente o arrolamento de bens de terceiros; que a lei é clara quando fala em bens da pessoa jurídica e nunca da pessoa física que seja de sócios da empresa ou de supostos solidários.

4.15 Com relação ao arbitramento do lucro, assevera que deveria ter sido utilizado o percentual de 8%, e nunca o de 9,6%, sendo que o imposto foi apurado mediante a alíquota de 15%, com adicional de 10%, sem que haja previsão legal para tanto; que também não existe base legal para a cobrança de PIS e Cofins sobre a receita arbitrada.

4.16 No que diz respeito ao Ato Declaratório de Exclusão do Simples, entende que não poderia ter efeito retroativo, que o que mais lhe causa espanto é o fato de os valores apurados no regime do Simples serem superiores ao devido com base no lucro arbitrado ou por tributação normal; que o INSS cobrado pela SRF é um absurdo, haja vista que não existe previsão legal de cobrança e repasse dos valores, pois ao contribuinte não é dado o direito de compensar os valores entre os dois órgãos e nem o pagamento se dá em DARF do Simples, mas sim em guia do INSS.

4.17 Protesta provar os fatos por todos os meios de prova admitidos em direito, bem como oportunidade de promover a juntada de mais documentos que se fizerem necessários à sua ampla defesa.

Conforme mencionado, a DRJ Curitiba/PR considerou parcialmente procedente o lançamento, expressando suas conclusões com a seguinte ementa:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário 2000, 2001

NULIDADE.

Além de não se enquadrar nas causas enumeradas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, é incabível falar em nulidade do lançamento quando não houve transgressão alguma ao devido processo legal.

PROVA DOCUMENTAL APRESENTAÇÃO.

A apresentação de prova documental deve ser feita durante a fase de impugnação, precluindo o direito de a interessada fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a

impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Exercício: 2000, 2001

OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS CUJA ORIGEM NÃO FOI COMPROVADA.

Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em contas de depósito ou de investimento mantidas junto a instituições financeiras, em relação aos quais a interessada, regularmente intimada, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados.

SÓCIOS DE FATO RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Como são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, e restando comprovado que efetivamente detêm a administração plena da sociedade, correta é a atribuição da responsabilidade solidária aos sócios de fato pelos impostos e contribuições devidos pela pessoa jurídica.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2000, 2001

DECADÊNCIA. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO

Caracterizada a existência de dolo, fraude ou simulação, aplica-se na contagem do prazo decadencial o art. 173, I do CTN, tendo como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

MULTA DE OFÍCIO

Legítima a aplicação da multa de 75% sobre a diferença do valor devido a título de Simples sobre a receita bruta originalmente declarada, em função dos novos percentuais de determinação aplicáveis em consequência da mudança de faixa da receita mensal ao nela se computar a parcela omitida.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICADA

Aplicável a multa qualificada de 150% quando caracterizado que a interessada agiu de maneira dolosa ao utilizar interpostas pessoas, procurando eximir a responsabilidade dos sócios de fato pelo pagamento dos valores devidos de Simples sobre a receita omitida.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

15

Os tributos e contribuições sociais não pagos até o seu vencimento serão acrescidos, na via administrativa ou judicial, de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Selic para títulos federais.

Lançamento Procedente em Parte

A parcial procedência se deu em razão de a Delegacia de Julgamento ter reconhecido a decadência do IRPJ contido no Simples, para aos meses de outubro e novembro de 2000. A exigência das contribuições, entretanto, foi integralmente mantida, tendo em vista o prazo de 10 anos previsto no art. 45 da Lei 8.212/1991.

Inconformada com essa decisão, da qual tomou ciência em 14/02/2007, a Contribuinte apresentou em 13/03/2007 o recurso voluntário de fls. 563 a 602, onde reitera os mesmos argumentos de sua impugnação, conforme descrito nos parágrafos anteriores.

Além disso, acrescenta observações sobre os tópicos discriminados abaixo.

Intimação por Edital:

- o edital SAFIS 161/2006 - constante as fls 458 - não foi afixado;

- o edital SAFIS 164/2006 - constante as fls 459 - não foi afixado;

- os editais SAFIS 161/2006 e 164/2006 - constante as fls 464 e 463 - são nulos, pois os mesmos não foram afixados na ARF/APUCARANA no prazo hábil, e só posteriormente para sanar a falha, é que foram preenchidos. Caso contrário, porque então temos os editais duplicados e numerados no processo?

- este fato macula a intimação por edital - levantando dúvidas da sua real afixação. Para todos os outros editais constantes do processo, foram preenchidos com o local da afixação, e nos 161 e 164, simplesmente pela pressa e sanar a falha, passou-se ao largo;

- o edital 171/2006 (fl. 465) não foi afixado corretamente: não consta local de afixação, data de desafixação, assinaturas e prazos;

- os editais 161, 164 e 171 não foram claros quanto ao prazo de 30 (trinta) dias para a impugnação do Auto de Infração. Não se especifica se aquele prazo deve ser contado a partir do décimo quinto dia da data de sua afixação, ou se este é o prazo para que o sujeito passivo tome ciência do Lançamento. Poder-se-ia admitir que a redação dada aos editais poderia levar a Recorrente a contar o prazo de forma equivocada;

- ao considerarmos que no edital (fls. 10) deveriam estar presentes todos os requisitos legais para a sua validade, temos que a primeira intimação é nula (§ 5º) de pronto. Só para citar como exemplo, faltou no EDITAL preencher os requisitos dos itens IV, V, bem como o item II, que nada mais é do que citar o descrito no Mandado de Procedimento Fiscal, ou seja, a finalidade;

- além do mais, deveria ter sido utilizado a ordem de preferência da intimação;

- é um absurdo a Recorrente ser declarada intimada por editar uma vez que não foi considerada inativa em nenhuma fase do levantamento processual;

- ademais, por ser do ramo de indústria e comércio de confecções de pequeno porte (Simples), porque então deveria estar situada em galpão enorme, colocar placas reluzentes com nome e marca?

- sem maiores análises, e em uma única visita ao local, sem testemunhas...etc. as Auditoras asseveraram no TERMO DE CONSTATAÇÃO FISCAL que "...segundo informações...", e essas informações quem as deu? Se deu pautada em quais provas?

- a intimação da forma como se deu, por edital, é inócua, é nula, e não cumpre a sua função de dar notícia e ciência aos interessados, pois ninguém comparece às repartições públicas para ler listas ou editais, e isto é um fato de conhecimento das autoridades;

- é fundamental a publicação em órgão de imprensa local, o que não foi o caso da presente autuação. Ademais, o local em que foi afixado o edital não é franqueado ao público, pois, para adentrá-lo necessita-se pegar senha, identificação prévia etc., para atendimento, e em horários marcados;

- ainda de acordo com item III do art. 23, o edital deveria ter sido publicado "uma única vez, em órgão da imprensa oficial local" (incluído pela Lei 11.196/2005);

- somente é cabível a intimação por edital, de decisão tomada em sede de processo administrativo fiscal, após frustradas as tentativas de intimação pessoal ou por carta, e houve somente uma tentativa de intimar a empresa (fls. 05 a 09), uma única somente, e nada mais. Como pois, dessa maneira, resultariam improficuos os meios previstos para intimação?

- assim, torna-se nulo o lançamento, bem como a decisão da DRJ/CTA, que acatando o lançamento fiscal, não se ateve na análise pormenorizada dos fatos.

Mandado de procedimento fiscal:

- o Termo de Início de Ação Fiscal, às fls. 05, vai além do autorizado no Mandado (item 3 e 4), bem como o Edital (fls.10) repete a mesma ilegalidade em seus itens 3 e 4. Assim, por ser documento inicial permissivo do início da ação fiscal, esta deveria somente ser levada a efeito abrangendo períodos de apuração constantes do MPF;

- ademais, não, é legítima a pretensão fiscal que exige da Recorrente informações e esclarecimentos não abrangidos pelo MPF. Portanto, é de se declarar nula a decisão da DRJ/CTA que não observou tal ilegalidade, bem como o lançamento fiscal, que desde o início esteve eivado de ilegalidades administrativas ao teor do artigo 142, parágrafo único, do CTN (identificação correta do sujeito passivo).

Intimação dos sócios:

- a sociedade iniciou suas atividades em 20 de janeiro de 1999, com os sócios Edson Hermes Magri e Nelson Magri Junior. Na data de 12 de março de 1999, foram vendidas as cotas de Edson para Adão da Silva, bem como na mesma data as cotas de Nelson foram vendidas para Eurico da Silva;

- já na Terceira Alteração Contratual, na data de 10/03/2003, o sócio Adão da Silva vendeu a sua participação ao Sr. Sérgio Ferreira, e na mesma data o sócio Eurico da Silva

vendeu sua participação à Srta. Janaina Martins Godas. A Administração da sociedade ficou a cargo do Sr. Sérgio Ferreira;

- assim, de 20 de janeiro de 1999 até a última alteração se passaram mais de quatro anos e dois meses. Como somente agora vem as Auditoras dizerem que os sócios são os Srs. Edson e Nelson, quando na verdade dos fatos, os que realmente deveriam ser chamados ao processo eram os Srs. Adão da Silva e Eurico da Silva, primeiros compradores e reais proprietários da empresa Sul Americano;

- as contas de energia elétrica (transcritas no recurso) indicam os locais onde poderiam ser encontrados os sócios Eurico da Silva e Adão da Silva;

- qual a razão para não localizar os Srs. Adão e Eurico? Constatamos não existir no processo nenhuma intimação endereçada aos Srs. Adão e Eurico, qual a razão para tal? Como restou demonstrado, os endereços existem para que possam ser localizados.

Prova documental - apresentação:

- o inciso III do art. 3º da Lei 9.784/99, além de permitir a juntada de documentos e formulação de alegações a qualquer tempo, impõe à autoridade julgadora a obrigatoriedade de apreciação;

- assim, norma de hierarquia superior prevalece sobre as alegações da autoridade monocrática julgadora. Ademais, temos a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório ambos reiterados como garantia do Recorrente no art. 2º da Lei 9.784/99.

Movimentações bancárias:

- o sigilo bancário não é direito absoluto, já que se admite sua quebra, mas desde que justificada por fundadas razões e mediante autorização judicial, o que não foi caso do presente processo, devendo o lançamento com base nos extratos bancários obtidos irregularmente serem cancelados;

- de acordo com a Súmula nº 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos, é ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários;

- para que o depósito bancário se transforme em renda tributável, é necessário que seja comprovada a utilização dos valores depositados como renda consumida (ex: aplicações em imóveis, carros e outros bens próprios ou em benefício pessoal do contribuinte);

- terá que ficar comprovado o nexo de causalidade entre o depósito e o fato que represente omissão de rendimentos;

- o depósito bancário, mesmo após o advento da Lei 9.430/96, não constitui, por si só, fato gerador da aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza, pois é necessária a prova cabal e robusta de que os depósitos foram utilizados como renda consumida. Isto porque, por exemplo, a posse de numerário alheio descaracteriza a respectiva presunção de disponibilidade econômica;

- assim, nem todo o ingresso financeiro constitui-se em acréscimo patrimonial, sendo necessário se verificar cada caso concreto.

Cerceamento do direito de defesa:



- a Recorrente recebeu a intimação 02/2007, em que se cobra exatamente os valores lançados no auto de infração originário, sem qualquer abatimento de valores dantes pagos, ou seja, não houve exame da documentação apresentada na impugnação, deixando claro a preterição do direito de defesa;

- o julgador da DRJ/CTA poderia muito bem fazer o processo descer em diligência e mandar imputar os valores até então pagos no processo de parcelamento, que, com certeza, guardam estrita ligação com os valores lançados, pela coincidência dos períodos de apuração.

Este é o Relatório.



Voto

Conselheiro José de Oliveira Ferraz Corrêa, Relator

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para a sua admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, a matéria em litígio neste processo diz respeito a lançamento para a exigência de tributos abrangidos pelo regime de tributação simplificada Simples, no período de outubro/2000 a dezembro/2001.

A peça fiscal também informa que a empresa foi excluída do Simples a partir de janeiro de 2002. Contudo, cabe frisar que tanto o ato de exclusão do Simples, quanto os lançamentos dele decorrentes são objeto de outro processo, de nº 11634.000302/2006-41.

O extenso relatório deixou bastante claro que a controvérsia envolve o problema de interposição de pessoas. Desde a fase de auditoria fiscal, as intimações sempre foram destinadas tanto para a empresa (pessoa jurídica), quanto para aqueles que foram considerados como seus verdadeiros proprietários (sócios de fato).

Em casos como este, é comum a apresentação de mais de uma peça de defesa. Normalmente, a pessoa jurídica contesta o mérito da autuação, e os terceiros (responsáveis) insurgem-se contra o vínculo que lhes foi atribuído.

Todavia, nos presentes autos, vê-se que apenas a pessoa jurídica vem apresentando defesa, e boa parte de seus argumentos é no sentido ou de sustentar a nulidade do lançamento, por supostos vícios de natureza procedimental, ou de contestar a responsabilização dos "terceiros". Realmente, muito pouco, ou quase nada, se esclareceu sobre a movimentação financeira que ensejou a autuação.

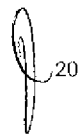
Preliminares de nulidade

Quanto às preliminares suscitadas pela Recorrente, não vislumbro nenhuma das hipóteses que poderiam macular as autuações pelo vício da nulidade, conforme previsto no art. 59 do Decreto 70.235/1972 – PAF, quais sejam, lançamento realizado por pessoa incompetente ou cerceamento do direito de defesa.

A Contribuinte alega uma série de problemas em relação às intimações por edital, no sentido de que elas não poderiam se dar dessa forma, antes de esgotados os outros meios; de que alguns editais não foram afixados; que outros teriam sido afixados em local não franqueado ao público; que deveriam ter sido publicados na imprensa oficial local; que alguns não continham todas as informações necessárias, etc.

Mas a leitura da peça fiscal, juntamente com o exame dos autos, revela que são improcedentes todos esses argumentos.

Primeiro, porque o fato de constarem duas vias do mesmo edital nos autos, de modo algum comprova que ele não foi afixado. Estando já formalizado o processo administrativo, é comum a juntada de uma via do Edital no momento de sua elaboração, e, posteriormente, a juntada da outra via que ficou afixada no mural da Receita Federal.



Também não se pode admitir a alegação de que o local em que foram afixados os editais “não é franqueado ao público, pois, para adentrá-lo, necessita-se pegar senha, identificação prévia etc., para atendimento, e em horários marcados.” Todos sabem que em qualquer repartição da Receita Federal há murais onde são afixados os Editais, e que estes murais estão situados em locais plenamente acessíveis.

Por outro lado, a publicação em órgão da imprensa oficial local (art. 23, § 1º, III, do PAF) não é medida que deve ser cumulada com a afixação do Edital nas dependências do órgão encarregado da intimação, mas alternativa a esta. Ou seja, a afixação em mural dispensa a publicação na imprensa.

Analisando não só o Edital 171/2006 (fl. 465), mas todos os demais, também não se constata os problemas relativos à falta de indicação do local de afixação, data de desafixação, assinaturas e prazos, bem como aqueles sobre a falta de clareza em relação à contagem dos prazos, omissão em relação à finalidade, etc.

Além disso, é preciso registrar, conforme o art. 60 do PAF, que as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo 59 (incompetência e cerceamento do direito de defesa) “não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio”.

Assim, ainda que estivesse presente algum dos vícios acima, o que não ocorreu, ele não seria suficiente para ensejar a nulidade do lançamento.

No caso destes autos, constata-se que desde o início, a Fiscalização fez todas as diligências possíveis, com registro fotográfico do local da empresa (fls. 7 a 9), diligências junto a terceiros, tomadas de depoimentos, busca de esclarecimentos junto àqueles que foram identificados como os verdadeiros proprietários da empresa, os quais sempre deixaram de responder as intimações postais, recusando-se, inclusive, a assiná-las, quando houve a tentativa de entrega pessoal das mesmas (fls. 460 e 461).

Vê-se também que, paralelamente aos editais destinados à ciência da pessoa jurídica, sempre foram encaminhadas intimações por via postal ou pessoais (com o devido registro de recusa de recebimento) para aqueles identificados como os sócios de fato da PJ.

E embora a contribuinte Pessoa Jurídica alegue uma série de dificuldades em relação aos Editais, ela não deixou de apresentar volumosas peças de defesa, inclusive, e principalmente, para contestar o vínculo de responsabilidade daqueles que foram apontados como seus verdadeiros sócios.

Nesse contexto, fica evidenciado que não houve qualquer vício em relação às intimações, tanto durante o procedimento de auditoria, quanto após iniciada a fase litigiosa.

A Contribuinte também alega nulidade quanto ao Mandado de Procedimento Fiscal.

Sobre isso, cabe tão somente observar que o MPF original abrangia fiscalização referente ao IRPJ no período de 01/2000 a 12/2003, e verificações obrigatórias em relação aos últimos cinco anos, e que, posteriormente, foi emitido MPF complementar, para a inclusão do Simples no período de 01/2000 a 12/2001.

Portanto, o Termo de Início de Ação Fiscal de fl. 5 solicitou documentos plenamente compatíveis com o MPF originalmente emitido, tanto em relação à matéria, quanto ao período.

Além disso, já está totalmente pacificado o entendimento de que o MPF é um instrumento meramente administrativo, e que eventual irregularidade em relação a ele não contamina o lançamento que tenha obedecido às regras do Processo Administrativo Fiscal – Decreto nº 70.235/1972.

Quanto à preliminar sobre o sigilo bancário, constata-se que o procedimento fiscal pautou-se rigorosamente pelo Decreto nº 3.724/2001, que regulamentou o art. 6º da LC nº 105/2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal e seus agentes, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas.

Nesse sentido, é importante frisar que a requisição das informações bancárias se deu após inúmeras diligências e colheita de depoimentos, quando já estava muito bem configurada a hipótese de interposição de pessoas.

Portanto, também nesse caso, não há qualquer vício que possa macular o lançamento.

Acerca do cerceamento do direito de defesa, sob a alegação de que a DRJ não teria examinado a documentação apresentada na impugnação, relativamente ao abatimento de valores pagos em processo de parcelamento, cabe transcrever a seguinte informação contida na decisão de primeira instância:

(...) não há como se deduzir parcela alguma do valor parcelado, haja vista terem sido parcelados, no processo nº 10930.400016/2004-11, apenas débitos de Simples do período de junho/2002 a dezembro/2003 (fls 515/517), períodos não alcançados pelo lançamento Fiscal de Simples tratado nos autos.

Vê-se que, mais uma vez, são improcedentes os argumentos de defesa.

Ainda quanto ao exercício do direito de defesa, a Contribuinte contesta implicitamente o disposto no § 4º do art. 16 do PAF, que trata do momento para a apresentação de prova documental.

Contudo, embora reivindique o direito à juntada de documentos a qualquer tempo, ela não apresentou, após a impugnação, nenhum elemento novo que deixou de ser apreciado pela Delegacia de Julgamento.

Na fase recursal, como prova adicional de suas razões, a Contribuinte transcreveu as contas de energia elétrica de Adão da Silva e Eurico da Silva, informações essas que serão analisadas juntamente com os demais elementos de prova, no exame de mérito.

Por estas razões, rejeito todas as preliminares de nulidade suscitadas pela Recorrente.

Decadência

Em relação à decadência, registrou-se no relatório que a Delegacia de Julgamento a reconheceu para o IRPJ contido no Simples, nos meses de outubro e novembro

de 2000, não aplicando o mesmo entendimento para as contribuições, tendo em vista o prazo de 10 anos previsto no art. 45 da Lei 8.212/1991.

Todavia, cabe mencionar que o Supremo Tribunal Federal – STF aprovou em 12/06/2008 a Súmula Vinculante nº 8 (publicada em 20/06/2008), declarando inconstitucional o artigo 45 da Lei 8.212/1991, que previa o prazo decadencial de 10 anos para o lançamento das contribuições em pauta. Assinalo também que nos termos do art. 103-A da Constituição, essa súmula alcança a Administração Pública, que deve, portanto, observá-la.

Deste modo, não apenas para o IRPJ, mas também para as contribuições abrangidas nesse processo, há que se reconhecer a decadência para os fatos geradores ocorridos em outubro e novembro de 2000, uma vez que a entrega dos autos de infração aos sócios de fato da PJ ocorreu em 15/09/2006 (fls. 460 e 461).

A decadência não atinge os fatos geradores ocorridos a partir de dezembro de 2000. No caso, a regra aplicável é a prevista no art. 173, I, do Código Tributário Nacional, e não a do art. 150, § 4º, por estarem configuradas as hipóteses excludentes do prazo reduzido (dolo, fraude e simulação), em razão da interposição de pessoas, tópico que será tratado mais adiante.

Omissão de receitas / depósitos bancários

O lançamento está fundamentado no art. 42 da Lei 9.430/96:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

Durante a auditoria fiscal, a Contribuinte foi intimada, tanto por edital (fl. 180), quanto por intimação pessoal a seus sócios de fato (fl. 220), para comprovar a origem dos recursos depositados em suas contas bancárias, e, não o fazendo, incorreu na referida presunção legal de omissão de receitas, que deu base às autuações ora combatidas.

Em sede de recurso voluntário, a Contribuinte questiona a aplicação da presunção legal acima, alegando em sua defesa o disposto na Súmula nº 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos. De acordo com o seu entendimento, para que depósitos bancários se transformem em renda tributável, seria necessário que fosse comprovada a utilização dos valores depositados como renda consumida, por meio de aplicações em imóveis, carros e outros bens próprios, ou em benefício pessoal do contribuinte.

Quanto a esse ponto, é importante esclarecer que a linha de defesa da Recorrente foi desenvolvida com base no contexto normativo anterior à introdução do art. 42 da Lei 9.430/96. De fato, naquele outro contexto, era maior o ônus da prova que incumbia à Fiscalização.

Realmente, a tributação com fulcro na Lei nº 8.021/1990 exigia necessários esforços por parte da Fiscalização, capazes de transformar uma presunção em definitiva certeza. Isto porque, até então, os depósitos bancários apenas retratavam indício de omissão, não tendo o condão de caracterizar, por si só, a omissão de receitas.

Assim, na ausência de uma presunção legal, cabia à Fiscalização demonstrar, de forma cabal, que os valores depositados nas contas bancárias da Contribuinte correspondiam efetivamente a rendimentos próprios, não oferecidos à tributação.

Contudo, a partir da Lei nº 9.430/96, caso o Contribuinte, regularmente intimado para tanto, não comprove com documentação hábil e idônea a origem dos recursos creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, este fato, por si só, já basta para caracterizar omissão de receita, por força da presunção legal.

Deste modo, não procedem os argumentos desenvolvidos na peça de defesa, porque atinentes a um contexto normativo diferente do atual, no qual a valoração da prova em relação à omissão de receitas seguia outros critérios legais.

Ato de exclusão do Simples e coeficiente de arbitramento de lucros

A Contribuinte questiona os efeitos temporais do ato de exclusão do Simples, e também o coeficiente utilizado para o arbitramento dos lucros.

Entretanto, conforme já mencionado, tanto o ato de exclusão do Simples, com efeitos a partir de janeiro de 2002, quanto os lançamentos decorrentes desse ato, abrangendo fatos geradores ocorridos daquele mês em diante, são objeto de outro processo, de nº 11634.000302/2006-41.

O presente processo somente abrange lançamentos para fatos geradores ocorridos até dezembro/2001, todos eles realizados ainda de acordo com o regime de tributação simplificada - Simples.

Portanto, as questões relativas à retroatividade do ato de exclusão e ao coeficiente de arbitramento deverão ser suscitadas e examinadas naquele outro processo.

Contribuição para o INSS/Simples - competência para cobrança

A Contribuinte contesta a cobrança da contribuição para o INSS pela Receita Federal.

Em relação a esse tópico, cabe ressaltar que a competência tributária, nesse caso, não é nem da Receita Federal do Brasil - RFB, nem do Instituto Nacional do Seguro Social, mas sim da União.

Competência não se confunde com a capacidade tributária ativa, e esta sim é que foi transferida para a Receita Federal, por meio da Lei 9.317/1996, quando incluiu a Contribuição para o INSS dentre os demais tributos abrangidos pelo regime de tributação simplificada - Simples.

Deste modo, a Receita Federal recebeu a atribuição legal para arrecadar e fiscalizar a contribuição em pauta, nos termos do art. 7º do CTN, quando a tributação se dá pelo regime do Simples, sem qualquer prejuízo ao repasse dos recursos ao INSS, posto que a Lei 9.317/1996 definiu exatamente a parcela de cada tributo na composição do recolhimento simplificado.

Responsabilidade tributária dos sócios de fato

Quanto à responsabilidade tributária dos sócios de fato, já foi mencionado que apenas a pessoa jurídica vem apresentando defesa objetivando exonerá-los desse vínculo.

Tanto o Sr. Edson Hermes Magri, quanto o Sr. Nelson Magri Junior, recusaram-se a assinar os autos de infração, conforme Termos de Recusa às fls. 460 e 461. Mesmo assim, os autos de infração lhes foram entregues, e nenhum deles apresentou impugnação.

Aliás, durante toda a auditoria fiscal foram várias as tentativas de obter esclarecimentos e informações junto a estas duas pessoas, mas elas sempre se esquivaram da Fiscalização.

Nessa fase recursal, a pessoa jurídica, além de reiterar as mesmas razões de sua impugnação, passou também a contestar o vínculo de responsabilidade argumentando que os Srs. Adão da Silva e Eurico da Silva, os “primeiros compradores e reais proprietários da empresa Sul Americano”, poderiam ser encontrados nos locais indicados em suas contas de energia elétrica, as quais foram transcritas no recurso, e que não há justificativas para a ausência de intimação endereçada a eles.

Os argumentos adicionais, contudo, não são suficientes para abalar o robusto conjunto probatório que foi detalhadamente descrito na peça de autuação, conforme relatado anteriormente, e muito menos para atingir os fundamentos que ampararam a decisão da Delegacia de Julgamento, os quais transcrevo a seguir, em razão da acuidade com que foram observados:

49 Dentre a documentação bancária dos anos de 2000 e 2003 encaminhada pelas instituições financeiras, em atendimento às RMF emitidas em 18/08/2005 e 03/04/2006, encontram-se:

. cópias das procurações lavradas em 29/06/2000 (fl. 169), 20/07/2000 (fls. 171/172) e 23/08/2000 (fl. 57) pelo Serviço Notarial do 1º Ofício de Apucarana/PR (fl. 57) e entregues pela interessada, respectivamente, ao Banco Sudameris Brasil S/A, Banco Itaú S/A e Banco Bradesco S/A, todas com idêntico teor, por meio do qual a interessada, representada por Adão da Silva e Eurico da Silva, concederam a Nelson Magri Júnior e Edson Hermes Magri os seguintes poderes:

“A QUEM CONFERE os mais amplos, gerais e ilimitados poderes para, EM CONJUNTO OU SEPARADAMENTE, sem observância à ordem de nomeação, gerir e administrar todos os bens, negócios e interesses da outorgante, para o que poderá, seu nome, contratar e despedir empregados, assinar os respectivos contratos de trabalho, carteiras profissionais e suas rescisões; comprar e vender bens de sua atividade comercial, bem como móveis, imóveis, veículos, telefones e semoventes, mediante os preços, prazos e condições de convencionar; ajustar, pagar e receber os preços, passar e exigir recibos e quitações, celebrar contratos de qualquer natureza, inclusive de locação; outorgar, aceitar e assinar escrituras de qualquer natureza, inclusive de re-ratificação, transferir e receber posse,

domínio, direito e ação, garantir e exigir evicção; autorizar registros, averbações e cancelamentos; representá-la perante quaisquer repartições públicas federais, estaduais e municipais, entidades autárquicas e paraestatais, Receita Federal e Estadual, Delegacias da Receita Federal e Estadual, inclusive perante as Fazendas Públicas, INPS/INSS, Ministério do Trabalho, Receita Federal, INCRA, ITCF, IBDF, CIRETRANS, DETRAN, TELEPAR, seus sucessores e demais órgãos legalmente instituídos, junto aos quais poderá requerer, alegar e assinar o que for preciso, prestar declarações, inclusive as pertinentes ao Imposto de Renda, preencher os formulários, instruir documentos e provas; pagar as importâncias devidas, recorrer de decisões de órgãos superiores, receber restituições; firmar termos, compromissos e acordos; representá-la também junto aos Correios e Telégrafos, transportadoras, armazéns gerais, estradas de ferro e outros meios de transportes, assinar guias, requerimentos e compromissos; despachar e retirar cartas, cargas e encomendas, pagar taxas, fretes e emolumentos; representá-la perante qualquer estabelecimento de crédito e bancário do país, inclusive junto ao BANCO DO BRASIL S/A, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL-CEF e BANCO DO ESTADO DO PARANÁ, entre outros, podendo, para tanto, abrir, movimentar e encerrar contas, quaisquer que sejam, inclusive as especiais em Caderneta de Poupança; promover aplicações e resgates em geral; efetuar depósitos e saques contra saldos credores; emitir, endossar e assinar cheques, vales, recibos e ordens de pagamento, requisitar talonários de cheques para uso da firma, celebrar contratos de empréstimos e financiamentos, com garantias caucionárias, pignoratícias e/ou hipotecárias; sacar as importâncias resultantes de tais operações, oferecer todas as garantias então ajustadas; emitir, endossar, assinar, avalizar, receber e dar quitação de duplicatas e outros títulos de crédito; descontar duplicatas em geral, assinar borderôs de descontos; patrocinar e defender seus direitos e interesses perante qualquer entidade pública ou particular, bem como perante qualquer Juízo, inclusive Justiça do Trabalho, em todas as instâncias e tribunais, para o que poderá, com os poderes da cláusula 'AD-JUDICIA', constituir advogado, com a faculdade ainda de transigir, desistir, firmar termos, acordos e compromissos, receber e dar quitação; assinar petições, e mais, recorrer de decisões e sentenças; produzir provas, usar dos recursos legais, e praticar, afinal, todos os demais atos necessários ao fiel e integral cumprimento desta outorga, inclusive substabelecer, no todo ou em parte. O presente instrumento de mandato procuratório terá validade por prazo indeterminado." (Grifou-se)

. ficha cadastral da conta corrente nº 4.902 606/2 do Banco Mercantil de São Paulo S/A (fls. 123/126), incorporado pelo Banco Bradesco S/A, atualizada até 27/05/2003, na qual consta que Edson Hermes Magri e Nelson Magri Junior eram os **representantes da empresa com base na procuração emitida em 20/07/2000, com prazo de validade indeterminado** (fl. 171/172),

. cartões de assinatura para Edson Hermes Magri e Nelson Magri Junior **movimentarem as seguintes contas correntes em nome da interessada:**

- 0324 02037 000 0 do Banco Sudameris S/A, datado de 29/06/2000, na condição de procuradores (fl. 290),
- 67477-1 do Banco Itaú S/A, datado de 20/02/2002, na condição de procuradores (fls. 292/293);
- 4.902 606/2 do Banco Mercantil de São Paulo S/A, incorporado pelo Banco Bradesco S/A, com data de elaboração do cartão em branco (fls. 295/296)

50. A autoridade Fiscal também constatou, com base nos extratos bancários da interessada (fls. 58/121, 127/155 e 157/167) e nos das empresas V. A. COM Indústria, Comércio, Importação e Exportação de Confeções Ltda. e King Caps Indústria Comércio Importação e Exportação de Artigos Promocionais Ltda, também sob ação Fiscal, que ocorreram transferência entre essas empresas, inclusive em períodos em que Edson Hermes Magri e Nelson Magri Junior já não mais figuravam como sócios da contribuinte, o que denota que todas estavam sob o controle dos mesmos administradores.

51. Quanto ao endereço dessas três empresas, com mesmo ramo de atividade, a Fiscalização constatou que

. a empresa V. A. COM foi constituída, em 16/07/1991, com sede à Rua Demétrio S. Moreira, 449, Centro, Apucarana/PR, permanecendo nesse endereço até 07/06/2000, quando mudou para a Rua Nogueira, 55, fundos, Núcleo Afonso Alves de Camargo, Apucarana/PR (fls. 310/330);

. em 01/11/1993 foi aberta a filial na **Rua Demétrio S. Moreira, 410** (fl. 316), mesmo endereço em que a interessada foi constituída em **13/01/1999** (fl. 333) e permaneceu até **10/08/2000**, quando mudou-se para a **Rua Demétrio S. Moreira, 449** (fl. 336); em 10/03/2003 a interessada alterou seu endereço para a Rua Professor João Cândido Ferreira, 1.380, sala 2, Jardim São Pedro, Apucarana/PR (fls. 518/519);

. em 14/09/2000, a empresa King Caps iniciou suas atividades na Rua Demétrio de S. Moreira, 410 (fl. 340);

. os imóveis localizados na Rua Demétrio S. Moreira, 410 e 449 pertenciam naquela época a Nelson Magri Júnior e desde dezembro/2004 passaram a pertencer às empresas L.M.S. Empreendimentos e Agropecuária S/A (de propriedade de Edson Hermes Magri) e M.R.L. Empreendimentos e Agropecuária S/A (de propriedade de Nelson Magri Júnior) (fls. 347/350).

52. Com relação aos sócios da interessada, Edson Hermes Magri e Nelson Magri Júnior, verificou-se que

. Nelson Magri Júnior figurou como sócio da empresa **V. A. COM Indústria, Comércio, Importação e Exportação de Confeções Ltda.** no período de **16/07/1991** (data da constituição, conforme Contrato Social às fls. 310/311) a **28/12/1998** (Quinta Alteração do Contrato Social, às fls.

321/322) e de **12/03/1999** (Oitava Alteração do Contrato Social, às fls. 326/327) a **07/06/2000** (Décima Primeira Alteração do Contrato Social, às fls. 330/331), Edson Hermes Magri figurou como sócio dessa empresa de **01/11/1993** (Segunda Alteração do Contrato Social, às fls. 315/316) a **04/01/1999** (Sexta Alteração do Contrato Social, às fls. 323/324) e de **12/03/1999** (Oitava Alteração do Contrato Social, às fls. 326/327) a **07/06/2000** (Décima Primeira Alteração do Contrato Social, às fls. 330/331);

. Edson Hermes Magri e Nelson Magri Júnior figuraram como sócios da interessada desde a sua constituição, em **13/01/1999** (Contrato Social às fls. 333/334), até **12/03/1999**, quando **transferiram suas cotas do capital a Adão da Silva e Eurico da Silva** (Primeira Alteração do Contrato Social à fls. 335); em **24/02/2003** Adão da Silva e Eurico da Silva **transferiram suas cota do capital para Sérgio Ferreira e Janaina Martins Goda** (Terceira Alteração do Contrato Social, às fls. 337/339);

. Edson Hermes Magri e Nelson Magri Júnior figuram como sócios da empresa **King Caps Indústria Comércio Importação e Exportação de Artigos Promocionais Ltda.** desde a sua constituição, em **14/09/2000** (Contrato Social à fls. 340/342);

53. Note-se que Nelson Magri Júnior e Edson Hermes Magri transferiram suas quotas da empresa **V. A. COM** a Adão da Silva e Eurico da Silva em, respectivamente, **28/12/1998** (fls. 321/322) e **04/01/1999** (fls. 323/324), e constituíram a interessada, em **13/01/1999** (fls. 333/334), para logo em seguida transferirem as quotas de capital desta para Adão da Silva e Eurico da Silva, em **12/03/1999** (fl. 335), e retornarem para a **V. A. COM** também em **12/03/1999**, quando adquiriram as quotas pertencentes a Adão da Silva (fls. 326/327); em **07/06/2000** cedem as quotas de capital da **V. A. COM** para Paulo Sérgio do Couto e Manoela Soares Pereira (fls. 330/331) e constituem a empresa **King Caps** em **14/09/2000** (fls. 340/342).

54. Em procedimento de Fiscalização realizado junto às pessoas físicas de Edson Hermes Magri e Nelson Magri Júnior ficou constatado que as transferências das cotas de capital da interessada não se concretizaram de fato, uma vez que não ficaram comprovadas as efetivas transferências de numerários, até porque Adão da Silva e Eurico da Silva não tinham capacidade financeira para pagarem R\$ 20.000,00 cada um pelas cotas de capital adquiridas em 12/03/1999 (Primeira Alteração do Contrato Social, à fl. 335). O mesmo ocorre com Sérgio Ferreira e Janaina Martins Goda, em relação às cotas de capital adquiridas em 24/02/2003, ambos omissos de entrega da declaração de ajuste do exercício de 2004, sendo que Janaina Martins Goda declarou expressamente, em 27/06/2005 (fls. 21/26), que desconhecia o fato de constar como sócia da interessada e que não era sua a assinatura constante da Terceira Alteração do Contrato Social da interessada (fls. 337/339).

55. Portanto, é totalmente descabida a alegação de falta de provas materiais e que a ligação entre os sócios atuais e os ex-sócios não teria sido provada, pois inobstante os ex-sócios Edson Hermes Magri e Nelson Magri Júnior tenham se retirado

na sociedade em 12/03/1999, por ocasião da Primeira Alteração do Contrato Social, eles continuaram a exercer a administração plena dos negócios da empresa por meio de procurações lavradas em 29/06/2000 (fl. 169), 20/07/2000 (fls. 171/172) e 23/08/2000 (fl. 57) pelo Serviço Notarial do 1º Ofício de Apucarana/PR.

56. Em circunstâncias normais, portanto, caso o contrato social reproduzisse de forma idônea a real composição dos sócios e suas atribuições e responsabilidades na sociedade, seria o caso de admitir que Edson Hermes Magri e Nelson Magri Junior não mais deveriam responder solidariamente pela sociedade.

57. Ocorre que, como já restou evidenciado nos autos, as alterações contratuais realizadas em 12/03/1999 (Primeira Alteração do Contrato Social) e 24/02/2003 (Terceira Alteração do Contrato Social) não refletem de forma idônea o corpo social. Aliás, todas as evidências existentes confirmam a falsidade da condição de 'sócio' das interpostas pessoas Adão da Silva, Eurico da Silva, Sérgio Ferreira e Janaína Martins Godas.

58. Dispõem o caput e o inciso I do art. 124 do CTN que são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Ora, é inequívoco que o Edson Hermes Magri e Nelson Magri Junior têm interesse direto nas operações comerciais realizadas pela interessada, visto que, conforme já exaustivamente demonstrado, eles detêm a administração plena da sociedade, sendo totalmente descabida a alegação não comprovada de tratar-se de Simples parceria entre Edson/Nelson e Eurico/Adão.

59. Importa destacar que a Fiscalização constatou que Edson Hermes Magri e Nelson Magri Junior também utilizaram interpostas pessoas no quadro de cotistas da empresa V. A. COM Indústria, Comércio, Importação e Exportação de Confeccões Ltda, conforme foi apurado nos autos do processo nº 11634 000298/2006-11.

60. Dessa forma, correta a atribuição da responsabilidade solidária aos sócios de fato Edson Hermes Magri e Nelson Magri Junior. (grifos do original)

Diante de todos esses fundamentos, cabe apenas destacar que nas procurações entregues aos Bancos Sudameris Brasil S/A, Itaú S/A e Bradesco S/A, na ficha cadastral apresentada pelo Banco Mercantil de São Paulo S/A (incorporado pelo Banco Bradesco S/A) e nos cartões de assinatura dos Bancos Sudameris S/A e Itaú S/A, em todos eles, constam datas posteriores a 12/03/1999, ou seja, posteriores à data em que Edson Hermes Magri e Nelson Magri Junior teriam supostamente transferido as cotas da empresa Sul Americano para Adão da Silva e Eurico da Silva.

E ainda somam-se a estes elementos as informações prestadas por Osvaldo Mendes de Moraes, contador da empresa, às fls. 32 a 34, e também por Janaína Martins Godas (fls. 21 a 23), que formalmente consta como uma das atuais sócias da pessoa jurídica.

Assim, deve ser mantido o vínculo de responsabilidade de Edson Hermes Magri e Nelson Magri Junior, os quais, efetivamente, utilizaram-se de interpostas pessoas para se eximirem das obrigações tributárias, restando plenamente configuradas as hipóteses do art. 124, I e 135, III do Código Tributário Nacional.

Multas de ofício e juros Selic

Quanto às multas de ofício, cabe esclarecer primeiramente que para uma das infrações, qual seja, insuficiência de recolhimento em relação à receita bruta originalmente declarada, foi aplicada a multa de 75%, que é a prevista para os casos de simples falta de recolhimento de tributo (art. 44, I, da Lei 9.430/1996)

Portanto, nesse caso, não socorre à Recorrente o argumento de que não ficou comprovada a conduta dolosa ou fraudulenta, porque a aplicação da multa de 75% independe da caracterização destes elementos, tanto do ponto de vista objetivo, quanto do subjetivo (intenção do agente).

Já em relação à outra infração (omissão de receitas), por tudo o que foi mencionado neste voto, especialmente no tópico anterior, restaram plenamente configuradas as hipóteses da qualificadora, conforme art. 44, II, da Lei 9.430/1996, combinado com as condutas descritas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964 (Sonegação, Fraude e Conluio).

A utilização de terceiros para figurarem formalmente como sócios da PJ (interposição de pessoas), enquanto esta era efetivamente administrada pelos sócios de fato, que se mantinham ocultos para o Fisco, e a prática contumaz de omissão de receitas, deixa evidente que o não recolhimento dos tributos era doloso e fraudulento.

Registre-se que foram apurados créditos bancários de origem não comprovada nos montantes de R\$ 230.050,50 e R\$ 3.420.440,22, respectivamente, para o 4º trimestre/2000 e para o ano-calendário de 2001, enquanto a Contribuinte reconheceu em suas declarações a receita bruta de R\$ 33.100,80 e R\$ 610.932,57, relativamente a esses mesmos períodos.

Nesse contexto, perfeitamente cabível a aplicação da multa de 150% para a infração relativa à omissão de receitas.

No que toca à alegação da Recorrente sobre a desproporcionalidade e o efeito de confisco das multas de ofício, cujo acolhimento implicaria no afastamento de norma legal vigente (art. 44, I e II, da Lei 9.430/96), por suposta inconstitucionalidade, cabe ressaltar que falece a esse órgão de julgamento administrativo competência para provimento dessa natureza, que está a cargo do Poder Judiciário, exclusivamente.

Oportuno lembrar que apenas de modo excepcional, havendo prévia decisão por parte do Supremo Tribunal Federal, e cumpridos os requisitos do Decreto nº 2.346/97 ou do art. 103-A da Constituição, o que não ocorre no presente caso, é que a Administração Pública deixaria de aplicar a referida norma legal.

Essa matéria, inclusive, já foi sumulada pelo antigo Primeiro Conselho de Contribuintes:

Súmula 1º CC nº 2 - O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

O mesmo se pode dizer da aplicação da taxa “Selic”. Não compete a esse órgão administrativo de julgamento afastar a aplicação de norma legal em pleno vigor.

O art. 161 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, estabelece que *o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora...*, e no seu parágrafo primeiro determina que *se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês*.

Portanto, a taxa de juros de mora a ser exigida sobre os débitos fiscais de qualquer natureza para com a Fazenda Pública pode ser definida em percentual diferente de 1%. Basta que uma lei ordinária assim determine.

Neste contexto, o artigo 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, assim dispõe:

Artigo 61 – Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria de Receita Federal cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

E o § 3º do art. 5º da Lei nº 9.430/1996, por sua vez, estabelece que:

§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento

Portanto, incumbe a esse órgão julgador cumprir a norma legal que se encontra em pleno vigor, aplicando-a às situações concretamente verificadas, não lhe cabendo a apreciação da alegada inconstitucionalidade ou ilegalidade da taxa SELIC.

Apenas vale frisar que essa mesma taxa de juros é garantida aos Contribuintes nos casos de restituição de indébitos. O tratamento, portanto, é isonômico, ou seja, tanto vale para a cobrança, quanto para a devolução de valores, o que reforça a justiça de sua aplicação.

Registro que a matéria também já se encontra sumulada:

Súmula 1º CC nº 4 – A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de

inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

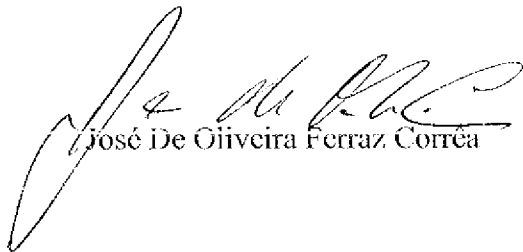
Arrolamento de bens

Finalmente, quanto ao arrolamento, não cabe a alegação de que estariam sendo arrolados bens de terceiros, porque os Srs. Edson Hermes Magri e Nelson Magri Júnior foram considerados os verdadeiros proprietários da empresa recorrente (sócios de fato).

Além disso, o arrolamento é medida que visa a garantia do crédito tributário, figurando como ato preparatório para a propositura de medida cautelar fiscal, como aconteceu nesse caso, e estes procedimentos já estão relacionados aos problemas de execução do crédito, não configurando matéria de competência dos órgãos administrativos de julgamento.

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de REJEITAR as preliminares de nulidade, e DOU PARCIAL provimento ao recurso, para RECONHECER a decadência das contribuições PIS, COFINS, CSLL e INSS, nos meses de outubro e novembro de 2000.



José De Oliveira Ferraz Corrêa