



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

Processo nº 13896.000464/2010-19
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1101-001.226 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de dezembro de 2014
Matéria IRPJ e Reflexos - Omissão de Receitas e Arbitramento
Recorrente HUSS WILLIAMS COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE BEBIDAS E CIGARROS LTDA (Responsáveis tributários: Willian Roberto Rosílio, Luiz Augusto do Valle de Lima e José Edno Costa)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA ESCRITURAÇÃO E DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal. APREENSÃO DE DOCUMENTOS. Após a autorização judicial para a extração de cópias dos documentos fiscais da empresa e para a abertura de novos livros contábeis, não se pode reconhecer qualquer impedimento para o atendimento à fiscalização e prosseguimento do procedimento fiscal. Injustificada, assim, a inércia da contribuinte em adotar as providências cabíveis já autorizadas judicialmente.

INTIMAÇÕES DIRIGIDAS À PESSOA JURÍDICA. EDITAL. VALIDADE. Diante das tentativas improficuas da fiscalização em localizar a empresa e seus responsáveis durante mais de 6 (seis) meses, e de não ter obtido qualquer resposta do administrador, designado em contrato social, depois caracterizado como interposta pessoa, completamente válidas e regulares as intimações efetuadas por edital no curso do procedimento para dar andamento aos trabalhos fiscais. INTIMAÇÃO DE RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS. SÓCIOS OCULTOS. DESNECESSIDADE. Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa. Decorre daí que os reais sócios e administradores do “empreendimento” não podem contrapor à validade do feito a falta de intimação no curso do procedimento fiscal, quando comprovada simulação do contrato social, mediante a inclusão, na qualidade de sócios e administradores, de interpostas pessoas.

PROVA EMPRESTADA. VALIDADE. É perfeitamente admitido, no sistema jurídico pátrio, que a prova produzida num processo seja transladada e aproveitada em outro, por meio de certidão extraída do processo de origem. As restrições referem-se a simples transposição das conclusões sem as provas correspondentes, fato não ocorrido no âmbito dos presentes autos. A prova emprestada deve ser admitida principalmente quando agregada a outros elementos de convicção produzidos no curso do procedimento fiscal, sob o crivo do contraditório. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA JUDICIALMENTE. VALIDADE. Os órgãos administrativos de julgamento não têm competência para apreciar a validade formal ou material das provas obtidas com autorização judicial, e trasladadas, também por determinação judicial, para o procedimento administrativo fiscal para a constituição de ofício do crédito tributário devido.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE TERCEIROS. COMPETÊNCIA. No exercício da competência privativa legalmente definida, a autoridade administrativa, ao proceder ao lançamento, deve identificar o sujeito passivo, assim entendidos o contribuinte e os responsáveis, nos termos da Lei, configurando-se desnecessária a intervenção judicial para que o responsável tributário seja incluído pólo passivo do lançamento. Comprovado que os reais administradores e beneficiários dos lucros do “empreendimento” não eram aqueles indicados no Contrato Social, há dolo, há fraude e há simulação, devendo o lançamento ser efetuado contra os responsáveis nos termos da Lei. INTERESSE COMUM. SÓCIO DE FATO. Há prova nos autos de que os administradores, arrolados como responsáveis solidários, teriam participado da situação que constituiu o fato gerador da obrigação tributária, tendo negociado diretamente com os fabricantes de cigarros e bebidas e, às vezes, com seus clientes, a distribuição das mercadorias, por intermédio de faturamento pela empresa autuada. ADMINISTRADORES. A interposição de pessoa no contrato social da empresa e o atendimento dos interesses dos sócios ocultos, em detrimento dos interesses da sociedade formalmente constituída, caracterizam simulação e fraude, configuram atos praticados com excesso de poderes, infração de Lei e contrato social.

MULTA QUALIFICADA. Procedente a aplicação da multa de ofício qualificada pelo evidente intuito de fraude quando comprovadas: (i) a simulação do contrato social da empresa autuada, pela interposição de pessoas no lugar dos reais sócios, administradores e beneficiários das atividades; (ii) a sonegação de tributos, tendo em conta a sistemática e reiterada prática de omissão de receitas apurada em face: (ii.1) do Parecer Contábil oferecido à Justiça Federal para contraditar a acusação de se tratar de empresa de fachada; (ii.2) das Guias de Informação e Apuração do ICMS - GIA apresentadas ao Fisco Estadual; e (ii.3) dos depósitos bancários nas contas correntes de titularidade da empresa, sem comprovação da causa ou operação que teria dado origem aos recebimentos; e (iii) o conluio entre os fabricantes e os sócios de fato da empresa autuada, na apropriação e partilha do IPI devido, com base em liminares judiciais.

MULTA AGRAVADA. FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO. DESÍDIA. MÁ-FÉ. Mantém-se o agravamento da penalidade quando

configurada a desídia ou o descaso com a investigação levada a efeito pelos agentes fiscais, tendo em conta que as reiteradas intimações da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB foram completamente ignoradas pelos envolvidos no esquema fraudulento, não tendo nenhum deles se dado ao trabalho, sequer de justificar as supostas dificuldades encontradas na apresentação da documentação solicitada. ARBITRAMENTO. COMPATIBILIDADE. Se as intimações exigem outros esclarecimentos para além dos livros e documentos cuja falta enseja o arbitramento dos lucros, o agravamento subsiste.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. Definidos em lei, o percentual de multa aplicado em lançamento de ofício, bem como a utilização da taxa SELIC para cálculo dos juros de mora, não se sujeitam a discussão no contencioso administrativo fiscal (Súmula CARF nº 2).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: 1) por unanimidade de votos, REJEITAR as arguições de nulidade da decisão recorrida apresentadas por William Roberto Rosílio e Luiz Augusto do Valle de Lima; 2) por unanimidade de votos, REJEITAR a arguição de nulidade do lançamento por ilicitude da prova apresentada por William Roberto Rosílio; 3) por unanimidade de votos, REJEITAR as arguições de nulidade do lançamento por irregularidades procedimentos apresentadas por William Roberto Rosílio e Luiz Augusto do Valle de Lima; 4) por unanimidade de votos, REJEITAR a arguição de nulidade do lançamento por uso da prova emprestada apresentada por William Roberto Rosílio; 5) quanto aos demais argumentos apresentados pelo recorrente William Roberto Rosílio: 5.1) por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente ao principal exigido; 5.2) por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à qualificação da penalidade; 5.3) por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente ao agravamento da penalidade, votando pelas conclusões os Conselheiros Benedicto Celso Benício Junior e Paulo Reynaldo Becari; 5.4) por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente ao caráter confiscatório da penalidade e aos juros calculados com base na taxa SELIC; e 5.5) por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à responsabilidade tributária, votando pelas conclusões os Conselheiros Benedicto Celso Benício Júnior e Paulo Reynaldo Becari; e 6) quanto aos demais argumentos apresentados pelo recorrente Luiz Augusto do Valle de Lima, por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à responsabilidade tributária, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora

Processo nº 13896.000464/2010-19
Acórdão n.º **1101-001.226**

S1-C1T1
Fl. 5

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão (presidente da turma), Benedicto Celso Benício Júnior (vice-presidente), Edeli Pereira Bessa, José Evande Carvalo Araújo, Paulo Reynaldo Becari e Marcos Vinícius Barros Ottoni.

CÓPIA

Relatório

HUSS WILLIANS COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE BEBIDAS E CIGARROS LTDA e responsáveis tributários Willian Roberto Rosílio e Luiz Augusto do Valle de Lima, já qualificados nos autos, recorrem de decisão proferida pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campinas/SP que, por unanimidade de votos, julgou IMPROCEDENTE a impugnação interposta contra lançamento formalizado em 13/04/2010, exigindo crédito tributário no valor total de R\$ 23.510.458,10.

No Termo de Verificação Fiscal de fls. 1730/1758 a autoridade lançadora inicialmente relata eventos da “Operação Reluz”, em razão da qual *foram obtidos, elementos probatórios de interposição fraudulenta de sócios e conluio para sonegação de IPI envolvendo o CONTRIBUINTE e seus fornecedores*. Em síntese, relata o fiscal autuante que, afirmando-se empresa bem conceituada e responsável por 45 empregos diretos, muito embora à época (em 2005) só existisse no papel, a contribuinte logrou obter decisão judicial junto ao TRF/3ª Região que lhe autorizou, entre 27/10/2005 e 25/05/2007, a aquisição de cigarros e bebidas sem incidência de IPI por parte de seus fornecedores. Contudo, analisadas as aquisições de produtos de Itaba Indústria de Tabaco Brasileira Ltda (ITABA), Sudamax Indústria e Comércio de Cigarros Ltda (SUDAMAX), e Cervejaria Petrópolis Ltda (PETRÓPOLIS), apesar de não se verificar o destaque do IPI, observou-se que não houve alteração significativa do preço de venda praticado por ITABA e PETRÓPOLIS, e em razão de elementos colhidos em escutas telefônicas e outras evidências, concluiu-se que o IPI não descontado com amparo na decisão judicial era partilhado entre a contribuinte e seus fornecedores, sendo que PETRÓPOLIS já operara com outras distribuidoras (Maramar Porto Loral Distribuidora de Bebidas Ltda e Italian Comércio e Distribuidora Ltda), beneficiadas por decisões judiciais similares.

Desde o início do procedimento fiscal, em 27/08/2007, os estabelecimentos matriz e filial da contribuinte encontravam-se fechados, e tentativa de ciência postal do termo de início de ação fiscal dirigido ao estabelecimento matriz retornou com a indicação “Mudou-se”. As intimações fiscais publicadas por meio de edital não foram atendidas, ensejando a obtenção dos extratos bancários por meio de Requisições de Movimentação Financeira, seguida de novas intimações para comprovação da origem dos depósitos bancários verificados de 01/2005 a 06/2007, e apresentação dos livros contábeis e fiscais do mesmo período. A autoridade fiscal também exigiu esclarecimentos acerca da falta de apresentação de DIPJ no ano-calendário 2006 e obteve, junto à Delegacia Regional Tributária de Osasco, as receitas informadas pela contribuinte nas Guias de Informações - GIA entregues ao Fisco Estadual. Além disso, a contribuinte apresentara à Justiça Federal “Parecer Técnico Contábil – Aferição da Capacidade Financeiro Operacional” elaborado por Pegasus Consultoria Econômica Ltda, demonstrando as vendas efetuadas de 12/2005 a 05/2007. Comparando os montantes mensais apurados em GIA, em DIPJ, em depósitos bancários e no “Parecer Pegasus”, a autoridade fiscal atribuiu como receita mensal o maior valor dentre os indicados, apurando montantes de R\$ 1.980.126,20 em dezembro/2005, R\$ 123.195.819,70 em 2006 e R\$ 64.265.100,04 em 2007 (até junho). Destacou a possibilidade de a contribuinte ter utilizado contas bancárias de terceiros para realizar operações que superaram os valores movimentados nas contas bancárias

alcançadas durante o procedimento fiscal e arbitrou o lucro trimestralmente em razão da falta de apresentação dos livros contábeis e fiscais exigidos durante o procedimento fiscal.

A Fiscalização constatou a interposição fraudulenta de pessoas no quadro societário da contribuinte, apurando a partir dos elementos reunidos na “Operação Reluz” que o sócio André Salgueiro de Moraes, supostamente detentor de 10% do capital social, *executava serviços de menor importância, recebendo uma remuneração para desempenhar seu papel de "laranja"*. Já José Edno Costa, supostamente detentor de 90% do capital social, *era o homem de confiança designado pelos sócios ocultos Willian Roberto Rosilio e Luiz Augusto do Valle de Lima para administrar a empresa e figurar formalmente à frente dos negócios, sendo o responsável pela movimentação bancária da empresa*. A autoridade lançadora reporta-se a conversas telefônicas e documentos apreendidos na residência dos sócios ocultos e seus parentes para firmar a vinculação daqueles à contribuinte, bem como relata os saques promovidos por José Edno Costa em conformidade com orientações de Willian Roberto Rosilio em conversas telefônicas, e identifica os saques e transferências que beneficiaram Luiz Augusto do Valle de Lima e a empresa por ele controlada (Pioneira Consultoria Financeira Ltda), além de detalhar outras retiradas que “sangraram” a empresa fiscalizada *através do pagamento de compras e despesas pessoais extravagantes, tais como veículos de grande valor, aeronave e até mesmo grandes somas destinadas a estabelecimento de jogo de bingo, conforme detalhado na sequência*. Conclui, por tais razões, que:

Fica assim devidamente caracterizada a interposição fraudulenta de pessoas nos contratos sociais da empresa, com o evidente intuito de ocultar o recebimento de recursos financeiros, em evidente tentativa de fraudar a Fazenda Nacional na satisfação de seus créditos tributários, de modo que WILLIAN e LUIZ AUGUSTO serão solidariamente responsabilizados pelos créditos tributários ora lançados, na forma do Inciso I do art. 124 e Inciso III do art. 135 do CTN.

Por outro lado, as provas mostram que o sócio de direito JOSE EDNO, apesar de manter relação de subordinação a WILLIAN e LUIZ AUGUSTO, não pode ser classificado como simples "laranja", posto que atuou como gerente administrador e movimentava os recursos financeiros da empresa, tendo pleno conhecimento das irregularidades que eram cometidas na empresa, de modo que cabe sua responsabilização sobre as obrigações tributárias na forma dos Incisos II e III do art. 135 do CTN.

Os créditos tributários lançados foram acrescidos de multa de ofício agravada porque a contribuinte não respondeu às intimações fiscais, mas demonstrou nos autos judiciais que *estava plenamente ciente da ação fiscal desde 28/08/2007, tendo deixado de atender à Fiscalização de modo intencional*. A autoridade lançadora observou que o Poder Judiciário autorizou a contribuinte a extrair cópia dos documentos fiscais apreendidos e a abrir novos livros contábeis, sendo que nas intimações fiscais foi ressaltado que a contribuinte *para não optar pela inércia*, deveria requerer cópia dos elementos exigidos, caso eles estivessem apreendidos pelo Poder Judiciário. Destaca, também, que a contribuinte reportou-se em suas petições judiciais a livros contábeis apreendidos, mas examinando os materiais retidos pela Polícia Federal, nada desta natureza foi identificado, merecendo destaque o extrato em folha solta de uma conta contábil sob o título “Valores a Regularizar”, *contendo grande número de lançamentos, revelando a presumível dificuldade do contador para acompanhar a voracidade financeira dos sócios ocultos ao efetuar saques sem qualquer critério e em montantes incompatíveis com a rentabilidade da empresa, a exemplo dos cheques mostrados por esta fiscalização no item 3 do presente termo, muitos deles sacados na "boca do caixa", sem deixar rastro de seu destino e tantos outros destinados a pagar despesas pessoais dos citados*.

A multa de ofício aplicada também foi qualificada em razão da constatação de sonegação (*a conduta do CONTRIBUINTE não deixa dúvidas quanto à sua intenção de ocultar das autoridades fazendárias os fatos geradores das obrigações tributárias, bem como não deixa dúvidas quanto à sua intenção de ocultar as condições pessoais de contribuinte*), fraude (*caracterizada diversas vezes ao longo do presente relato, destacando-se a prestação de informações falsas à justiça dentro do processo 2005.61.00.004619-9 da 20ª Vara Federal Cível de São Paulo, a interposição de pessoas "laranjas", na sociedade e a ocultação de bens em nome de terceiros*) e conluio (*o ajuste doloso entre o CONTRIBUINTE e seus fornecedores para apropriar-se do IPI não lançado caracteriza um conluio, posto que promove a sonegação de tributos e dificulta a satisfação dos créditos por parte da Fazenda Nacional*).

Os responsáveis tributários foram cientificados da acusação fiscal e da lavratura dos Termos de Sujeição Passiva Solidária de fls. 1785/1789, mas o agente fiscal ressaltou que *para afastar possível defesa baseada na falta de conhecimento dos elementos ora apresentados, é oportuno informar que as pessoas físicas WILLIAN, LUIS AUGUSTO e JOSE EDNO têm pleno conhecimento do teor dos autos judiciais, posto que obtiveram cópia dos mesmos, conforme atestam os documentos que foram anexados por esta fiscalização às folhas 720 a 747.*

A pessoa jurídica autuada não impugnou a exigência.

Willian Roberto Rosilio questionou sua responsabilização por não ser sócio, administrador ou gerente da autuada, mas também adentrou ao mérito da exigência porque o Fisco Federal não teria tido êxito em intimar a empresa para participar da fiscalização e para apresentar sua competente impugnação. Afirmou a ilicitude das provas produzidas no procedimento criminal, e por consequência das provas delas derivadas e utilizadas pelo Fisco Federal, questionou a ausência de sua intimação para participar do procedimento fiscal, discordou da responsabilidade tributária que lhe foi imputada enfrentando os dispositivos legais que a fundamentaram, apontou equívoco no arbitramento dos valores tributáveis por desconsiderar as saídas indicadas na movimentação financeira, opôs-se ao agravamento da penalidade, afirmou confiscatória a multa aplicada no percentual de 225% e requereu perícia. Posteriormente aditou sua defesa para juntar petição protocolizada em 13/02/2009, na DRF Barueri/SP, na qual teria informado a impossibilidade de apresentação dos documentos e informações contábeis e fiscais, solicitadas no Termo de Início de Fiscalização 2007.00018/01, devido ao fato de todos os documentos solicitados estarem apreendidos pela Polícia Federal.

Luiz Augusto do Valle de Lima afirmou a nulidade da imputação de responsabilidade solidária porque somente foi cientificado do procedimento fiscal ao seu final, apresentou justificativas para os pagamentos que beneficiaram Pioneira Consultoria Financeira Ltda e consequentes contatos com José Edno Costa, observou a inexistência de provas para imputação de responsabilidade tributária, discordou das inferências fiscais e da desconsideração da personalidade jurídica da autuada, questionando também a responsabilização pelo pagamento da multa agravada, em face da vedação contida no art. 134, parágrafo único do CTN.

José Edno Costa também questionou a ausência de sua notificação durante o procedimento fiscal, afirmou ilícita a prova emprestada, discordou da aplicação do art. 124, I do CTN para sua responsabilização, observou que a autuada possuiria ativos suficientes para extinção dos créditos tributários, alegou sua subordinação a Luiz Augusto Valle de Lima e Willian Roberto Rosílio e sua remuneração salarial, reportou-se à apreensão de documentos na

Operação Reluz, e consignou que por responder a processo criminal não consegue arrumar outro emprego.

A Turma julgadora rejeitou estes argumentos em acórdão assim ementado:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

Perícia.

Indefere-se a produção de prova pericial, por se tratar de matéria de prova a ser feita mediante a mera juntada de documentação, cuja guarda e conservação compete à própria interessada; e por não estar configurada situação a exigir conhecimentos técnicos ou científicos especializados para o deslinde da questão.

Edital. Validade.

Diante das tentativas improficuas da fiscalização em localizar a empresa e seus responsáveis durante mais de 6 (seis) meses, e de não ter obtido qualquer resposta do administrador, designado em contrato social, depois caracterizado como interposta pessoa, completamente válidas e regulares as intimações efetuadas por edital no curso do procedimento para dar andamento aos trabalhos fiscais.

Cerceamento do Direito de Defesa. Fase Procedimental. Caráter Inquisitório.

No processo administrativo fiscal, é a impugnação que instaura a fase propriamente litigiosa ou processual, não encontrando amparo jurídico a alegação de cerceamento do direito de defesa ou de inobservância ao devido processo legal, durante o procedimento administrativo de fiscalização, que tem caráter meramente inquisitório.

Nulidade. Intimação dos Responsáveis Solidários. Sócios Ocultos.

Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa. Decorre daí que os reais sócios e administradores do “empreendimento” não podem contrapor à validade do feito a falta de intimação no curso do procedimento fiscal, quando comprovada simulação do contrato social, mediante a inclusão, na qualidade de sócios e administradores, de interpostas pessoas.

Prova Emprestada. Validade.

É perfeitamente admitido, no sistema jurídico pátrio, que a prova produzida num processo seja trasladada e aproveitada em outro, por meio de certidão extraída do processo de origem. As restrições referem-se a simples transposição das conclusões sem as provas correspondentes, fato não ocorrido no âmbito dos presentes autos.

A prova emprestada deve ser admitida principalmente quando agregada a outros elementos de convicção produzidos no curso do procedimento fiscal, sob o crivo do contraditório.

Interceptação Telefônica Autorizada Judicialmente. Validade.

Os órgãos administrativos de julgamento não têm competência para apreciar a validade formal ou material das provas obtidas com autorização judicial, e trasladadas, também por determinação judicial, para o procedimento administrativo fiscal para a constituição de ofício do crédito tributário devido.

Constitucionalidade de Lei. Competência do Órgão Administrativo de Julgamento.

O julgamento administrativo está estruturado como uma atividade de controle interno dos atos praticados pela administração tributária, sob o prisma da legalidade, não podendo negar os efeitos à lei vigente, pelo que estaria o Tribunal

Administrativo indevidamente substituindo o legislador e usurpando a competência privativa atribuída ao Poder Judiciário

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

Responsabilidade Tributária de Terceiros. Competência.

No exercício da competência privativa legalmente definida, a autoridade administrativa, ao proceder ao lançamento, deve identificar o sujeito passivo, assim entendidos o contribuinte e os responsáveis, nos termos da Lei, configurando-se desnecessária a intervenção judicial para que o responsável tributário seja incluído pólo passivo do lançamento.

Comprovado que os reais administradores e beneficiários dos lucros do “empreendimento” não eram aqueles indicados no Contrato Social, há dolo, há fraude e há simulação, devendo o lançamento ser efetuado contra os responsáveis nos termos da Lei.

Responsabilidade Tributária de Terceiros.

A partir das interceptações telefônicas e telemáticas, da documentação apreendida por ordem judicial e do acesso à movimentação financeira da empresa, comprovados os reais administradores do “empreendimento” e os principais beneficiários dos recursos obtidos com a atividade desenvolvida em nome da empresa, o lançamento deve ser formalizado com a sua inclusão no pólo passivo, sob pena de completa ineficácia.

Responsabilidade. Solidariedade. Interesse Comum.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Há prova nos autos de que os administradores, arrolados como responsáveis solidários, teriam participado da situação que constituiu o fato gerador da obrigação tributária, tendo negociado diretamente com os fabricantes de cigarros e bebidas e, às vezes, com seus clientes, a distribuição das mercadorias, por intermédio de faturamento pela empresa autuada.

Responsabilidade. Solidariedade. Interesse Comum. Sociedade de Fato.

A responsabilidade solidária pelo crédito tributário atribuída aos reais administradores do “empreendimento” e principais beneficiários dos recursos obtidos com a atividade desenvolvida em nome da empresa é perfeitamente compatível com os princípios constitucionais da capacidade contributiva e da vedação ao confisco.

Caracterizada a sociedade de fato entre pessoas físicas nas atividades desenvolvidas em nome da pessoa jurídica, não há outra alternativa que não a responsabilização pessoal e solidária dos sócios pelas obrigações assumidas em nome da empresa.

Comprovado o abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, impõe-se a responsabilidade ilimitada dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Responsabilidade. Excesso de Poder. Infração de Lei. Infração de Contrato Social. Simulação no Contrato Social. Interposição de Pessoa. Sociedade de Fato.

A interposição de pessoa no contrato social da empresa e o atendimento dos interesses dos sócios ocultos, em detrimento dos interesses da sociedade formalmente constituída, caracterizam simulação e fraude, configuram atos praticados com excesso de poderes, infração de Lei e contrato social.

Multa Qualificada. Fraude. Sonegação. Conluio.

Procedente a aplicação da multa de ofício qualificada pelo evidente intuito de fraude quando comprovadas: (i) a simulação do contrato social da empresa autuada, pela interposição de pessoas no lugar dos reais sócios, administradores e beneficiários das atividades; (ii) a sonegação de tributos, tendo em conta a sistemática e reiterada prática de omissão de receitas apurada em face: (ii.1) do Parecer Contábil oferecido à Justiça Federal para contraditar a acusação de se tratar de empresa de fachada; (ii.2) das Guias de Informação e Apuração do ICMS - GIA apresentadas ao Fisco Estadual; e (ii.3) dos depósitos bancários nas contas correntes de titularidade da empresa, sem comprovação da causa ou operação que teria dado origem aos recebimentos; e (iii) o conluio entre os fabricantes e os sócios de fato da empresa autuada, na apropriação e partilha do IPI devido, com base em liminares judiciais.

Multa Agravada. Falta de Atendimento à Intimação. Desídia. Má-fé.

Mantém-se o agravamento da penalidade quando configurada a desídia ou o descaso com a investigação levada a efeito pelos agentes fiscais, tendo em conta que as reiteradas intimações da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB foram completamente ignoradas pelos envolvidos no esquema fraudulento, não tendo nenhum deles se dado ao trabalho, sequer de justificar as supostas dificuldades encontradas na apresentação da documentação solicitada.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

Arbitramento. Falta de Apresentação da Escrituração e da Documentação Fiscal.

O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal.

Após a autorização judicial para a extração de cópias dos documentos fiscais da empresa e para a abertura de novos livros contábeis, não se pode reconhecer qualquer impedimento para o atendimento à fiscalização e prosseguimento do procedimento fiscal. Injustificada, assim, a inércia da contribuinte em adotar as providências cabíveis já autorizadas judicialmente.

A tentativa de ciência postal da decisão de primeira instância à pessoa jurídica autuada foi improficua (fl. 2958), motivo pelo qual promoveu-se a ciência por meio de edital desafixado em 18/01/2011 (fl. 3032). Contudo, nenhuma manifestação de sua parte foi juntada aos autos.

William Roberto Rosílio foi cientificado em 14/12/2010 (fl. 3030) e interpôs recurso voluntário, tempestivamente, em 20/12/2010 (fls. 3036/3192).

Inicialmente sintetiza os fatos que deram azo à instauração do presente processo administrativo, discorrendo sobre a Operação Reluz, especialmente no que tange à interceptação telefônica determinada nos autos do procedimento criminal nº 0001582-53.2007.4.03.6181 e à posterior acusação na ação penal nº 0007294-24.2007.4.03.6181, registrando que o pedido de interceptação teve lugar originalmente no âmbito da “Operação Bola de Fogo”, destinada a apurar delitos de contrabando e descaminho, tendo como objeto cigarros e a comercialização e distribuição irregular de insumos para fabricação de cigarros no território nacional, seguindo-se o desmembramento das investigações ante a identificação de

um “esquema para sonegação de impostos” envolvendo a atuada, o recorrente e as empresas ITABA e SUDAMAX. Reporta-se a decisões judiciais e manifestação do Ministério Público que teriam reconhecido o equívoco das interceptações telefônicas porque as evidências de ilícitos tributários ainda não caracterizavam crime contra a ordem tributária, mas sem a declaração de nulidade daquelas provas, remetendo-se os autos para a Justiça Federal da 3ª Região, que por duas vezes determinou a continuidade das interceptações, do que resultaram mandados de busca e apreensão e a formulação de denúncia contra o recorrente e outras pessoas investigadas, vinculando as atividades da pessoa jurídica fiscalizada a operações de lavagem de dinheiro resultante de operações com FENTON, de 2001 a 2006. O Ministério Público Federal teria acusado o recorrente e outras pessoas de associação em quadrilha para administração de FENTON, com o objetivo de cometerem crimes, dentre os quais, o de contrabando e falsificação de selos de IPI, seguindo-se a aplicação dos recursos daí decorrentes na pessoa jurídica atuada, cujas operações teriam resultado em significativo prejuízo à Fazenda Nacional de 2005 a 2007, associados à prática, em tese, de crime de lavagem de dinheiro.

Prossegue abordando os fatos narrados na acusação fiscal, dos quais resultaram o lançamento guerreado, observando que as intimações foram dirigidas aos endereços nos quais os estabelecimentos da atuada estariam supostamente sediados, abandonados por falta de pagamento de alugueres, em razão do bloqueio judicial de seus recursos financeiros. Ressalta que a Fiscalização constatou que a pessoa jurídica não mais estava instalada naqueles endereços, requisitou informações à JUCESP e remeteu intimações aos sócios da pessoa jurídica (José Edno Costa e André Salgueiro de Moraes) para que integrassem o processo administrativo, e apesar disso continuou remetendo intimações para os imóveis nos quais a pessoa jurídica não mais se encontrava. Destaca as provas emprestadas usadas pela Fiscalização, reiterando a ilicitude das escutas telefônicas.

Discorda da argumentação tecida no acórdão recorrido acerca da incompetência da Administração Pública para aferir a validade das decisões judiciais. Reporta-se à inadmissibilidade de provas ilícitas na forma do art. 157 do Código de Processo Penal, observa que os crimes contra a ordem tributária são inquestionavelmente materiais, de modo que a prescrição da pretensão punitiva somente tem sua contagem iniciada a partir da constituição definitiva do crédito tributário, consoante já definido pelo Supremo Tribunal Federal de forma derradeira na Súmula Vinculante nº 24. Deste modo, afirma *abusiva a instauração de procedimento criminal de cunho preparatório e que importe restrição de direito fundamental tutelado constitucionalmente – quebra de sigilo bancário, fiscal ou telefônico – antes que a conduta se materialize, torne-se penalmente típica*. Sem aquela condição objetiva da punibilidade também não é possível formular denúncia ou mesmo determinar a instauração de ação penal. Transcreve manifestações da Quinta e da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça *no sentido de que é imprescindível a constituição prévia do débito tributário para que se possa determinar a quebra do sigilo telefônico*. Observa que no pedido inaugural da interceptação telefônica a atuada sequer havia sido fiscalizada pela Receita Federal, e indica as decisões judiciais contrárias à lei, à Constituição Federal e à Súmula Vinculante nº 24, destacando que:

Ainda que se pudesse alegar que o Departamento de Polícia Federal sugeriu que se apurava a prática de crimes de descaminho, contrabando e de evasão de divisas no Procedimento Criminal nº 0001582-53.2007.4.03.6181 (Numeração Antiga 2007.61.81.001582-8) alegada prática, depois de seis meses de monitoramento telefônico, o próprio Excelentíssimo Juiz Federal Substituto GUEVERSON ROGÉRIO FARIAS, da 1ª (Primeira) Vara Criminal da Justiça Federal, Subseção

*Judiciária de Porto Alegre, consignou na respeitável decisão de 17.1.2007, que a investigação policial (i) nunca guardou conexão com aquela que estava sendo tratada nos autos do **Procedimento Criminal nº 2004.71.00.00.030614-7**; e, o mais importante, (ii) gravitou sempre, em torno, de um esquema de sonegação fiscal envolvendo a empresa HUSS WILLIANS, estando ciente, registre-se, e que aquela empresa não tinha sido fiscalizada e tampouco autuada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil:*

[...]

Ao tomar efetiva ciência de tais fatos, a Procuradora da República ANA LUÍSA CHIODELLI VON MENGDEN aduziu na quota ministerial de 29.1.2007, que tinha pleno conhecimento de que, para que se aperfeiçoe o crime contra a ordem tributária, há "necessidade de constituição de eventual crédito tributário em sede administrativa, que importa comunicar os fatos à Receita Federal para apuração, a qual deverá ocorrer no lugar de domicílio fiscal de cada investigado, estando estes concentrados, no caso em tela, em sua grande parte, no Estado de São Paulo" (fls. 1.306/1.314, dos autos do Procedimento Criminal nº 0001582-53.2007.4.03.6181; Numeração Antiga 2007.61.81.001582-8) (vide, doc. nº 40, da Impugnação Administrativa)

Registra não ter se verificado a esperada declaração de ofício da ilicitude das provas, observa que as decisões são despidas da necessária fundamentação, cogita que o juiz federal em São Paulo, ao determinar a continuidade das interceptações, não se inteirou dos equívocos antes cometidos, e reputa imprestáveis as decisões que estenderam a interceptação para além do prazo legal, consoante já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Inferi a partir da decisão recorrida que a Autoridade Fazendária, mesmo sabendo serem as provas ilícitas, não poderia afastá-las, e aduz ser dever da Administração Pública não usar provas ilícitas, pois ao fazê-lo produz ato administrativo nulo, passível de anulação tanto pela Administração quanto pelo Poder Judiciário. Assim, entende que cabe aos julgadores repelirem tal prova, ressaltando a evolução da jurisprudência em favor da declaração de nulidade dos atos pela própria Administração Pública, mormente tendo em conta os princípios que a regem, sobre os quais discorre. Enfatiza não se tratar aqui de revogação, mas sim de *ilegalidade, que é passível de anulação com efeitos ex tunc, seja pela própria Administração Pública em seu poder de autotutela, seja pelo Poder Judiciário*. Por tais razões, e considerando que o lançamento está baseado, sobretudo, naquelas provas ilícitas, pleiteia a declaração de nulidade do ato administrativo.

Aborda, na seqüência, os direitos ao devido processo legal e à ampla defesa, reportando-se também às garantias de não auto-incriminação, de presunção de não-culpabilidade, de julgamento sem dilações indevidas e de publicidade do processo, e inserindo na ampla defesa a defesa técnica e a autodefesa, consoante doutrina que transcreve. Observando ser fato incontestado que a Receita Federal conhecia o local de sua residência, cumpriria àquele órgão diligenciar naquele local e intimá-lo a tomar ciência da ação fiscalizatória e a apresentar documentos e informações, caso quisesse. Reporta-se a excerto da decisão de primeira instância no qual entende ter se admitido que a Administração Pública falhou ao deixar de intimá-lo. Reportando-se ao art. 23 do Decreto nº 70.235/72 destaca que a intimação editalícia somente pode ser usada se as outras formas não forem aplicáveis, anota que deste 17/09/2009, quando teve ciência da ação penal e procedimentos criminais antes referidos, a Receita Federal já concluía que o recorrente seria sócio "de fato" da empresa autuada, cita que algumas provas estariam resguardadas por segredo de justiça, e registra que

somente lhe foi providenciada a ciência do procedimento fiscal em 09/04/2010. Reitera que a pessoa jurídica autuada viu-se obrigada a deixar seus estabelecimentos em razão *de atos omissivos e comissivos atribuídos ao Poder Judiciário*, e que esta circunstância ensejaria a *nulidade ab ovo deste processo administrativo fiscal*, dado que não esgotados os meios necessários para intimação da recorrente. Nega ser sócio “de fato” da autuada, mas entende que se a Fiscalização assim afirmou, estava ela obrigada a cientificá-lo de todos os atos praticados no curso do processo para que pudesse, *dentre outras providências, apresentar documentos*. Assim, quando não conseguiu cientificar pessoalmente a pessoa jurídica, deveria ter tentado cientificar seus sócios e, somente depois de esgotadas as diligências regulares, partir para a intimação por meio de edital. Cita manifestações dos Tribunais Regionais Federais da 3ª e da 4ª Região em favor da nulidade do processo administrativo em caso de intimação irregular, e conclui que a nulidade se verifica porque o recorrente não foi, em momento algum, intimado para se defender nestes autos, e também porque as intimações por edital dirigidas à pessoa jurídica deveriam ter sido precedidas de intimação dos seus sócios, ante a circunstância específica de rescisão dos contratos de alugueres nos quais os estabelecimentos da pessoa jurídica estavam situados.

Prossegue afirmando sua ilegitimidade para figurar como sujeito passivo solidário, dada a ilicitude da prova emprestada, reportando-se a excertos da acusação fiscal que confirmam sua fundamentação *em escutas telefônicas, obtidas por meios ilícitos*. Na sequência, faz extensa abordagem sobre o conceito de sujeito passivo na doutrina e nos termos do Código Tributário Nacional, para concluir que a *sujeição passiva indireta corresponderia à situação na qual a imputação do dever tributário é feita à pessoa que não retira vantagem econômica do fato tributário, em decorrência de razões de política tributária*, observando que na hipótese de sujeição passiva indireta por transferência *a obrigação tributária, depois de ter surgido contra uma pessoa determinada, em virtude de um fato posterior, transfere-se para outra pessoa*. Neste último conceito insere a solidariedade prevista no art. 124 do CTN, para a qual deve haver *um interesse comum das pessoas que participam da situação que origina o fato gerador*, mas observa que esta circunstância é incompatível com a condição de responsável tributário, a qual se constitui em razão da ocorrência de outro pressuposto de fato: o inadimplemento da obrigação. Observa que a responsabilidade tributária sempre decorre de lei e que o responsável deve apresentar uma vinculação com o fato gerador da obrigação tributária, trazendo várias referências doutrinárias acerca das espécies de responsabilidade tributária, e ao retomar a abordagem do caso concreto reitera a ilicitude das provas que fundamentam a acusação fiscal, discorda da aplicação do art. 124, I do CTN sem provas de que o responsável e o contribuinte participaram da situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária, não bastando, para tanto, o interesse econômico. Diz que nunca foi sócio quotista da autuada, nem seu gerente ou administrador, sendo que a constatação de que o recorrente seria sócio “de fato”, como dito, decorre de provas ilícitas, mas que, em caso contrário, também são insuficientes para qualquer pré-julgamento antes da manifestação do Poder Judiciário, evidenciando a fragilidade da acusação fiscal. Reitera que a autoridade lançadora teve acesso aos atos constitutivos da autuada, nos quais outras pessoas estão indicadas como sócios, e pede a revisão da decisão de primeira instância que impropriamente afirmou não ter sido a prova emprestada decisiva para a caracterização da fraude, por sonegação fiscal, vez que tais referências estão presentes no auto de infração.

Aduz não pretender a declaração de nulidade das provas ilícitas, muito embora a jurisprudência condene seu uso no âmbito administrativo tributário, citando excertos doutrinários contrários à utilização até mesmo de prova emprestada oriunda de outra Fazenda Pública, bem como decisões do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Regional Federal da

1ª Região e deste Conselho. Acrescenta que mesmo se as provas emprestadas pudessem ser utilizadas, caberia ao Fisco previamente intimar o recorrente para estabelecer o contraditório acerca de seu conteúdo, sendo certo que esta oportunidade só se verificou depois do lançamento e, no âmbito judicial, sequer lhe foi ofertada, mormente tendo em conta que ao ser instado para sua defesa judicial ainda não eram aplicáveis as inovações da Lei nº 11.719/2008 no Código de Processo Penal. Assevera que suscitará o tema no âmbito da ação penal depois desta defesa, e conclui que por não ser sócio, não pode ser mantido como devedor solidário, e muito menos instado em razão de responsabilidade subsidiária, a pagar o débito fiscal lançado.

Diz ser de conhecimento da Fiscalização a existência de bloqueio de valores de titularidade da autuada no âmbito do Poder Judiciário, afirmando que a contribuinte tem condições de arcar com o crédito tributário lançado, sendo questionável a indicação de terceiros como sujeitos passivos solidários, em tais circunstâncias, consoante doutrina à qual se reporta. Complementa que estes fundamentos foram acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal em decisão na qual restou definido que, *para que seja configurada a solidariedade tributária, é imprescindível que ambas as pessoas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, sendo irrelevante a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela outra empresa coligada ou do mesmo grupo econômico.*

Observa inexistir decisão judicial reconhecendo o recorrente como sócio “de fato”, gerente ou mero administrador da autuada, reafirmando prematura qualquer conclusão neste sentido. Acrescenta que o art. 135 do CTN não autoriza sua responsabilização, pois exige a prática de ato ilícito, reportando-se a doutrina acerca destas imputações, ressaltando que o inadimplemento de tributos não pode ser considerado infração à lei, observando que os atos ilícitos em detrimento dos interesses do contribuinte ensejam a responsabilização exclusiva do agente, e que é imprescindível a ocorrência de dolo, como exposto em excerto doutrinário. Ressalta que esta parte da argumentação não foi analisada na decisão recorrida, evidenciando sua nulidade, e prossegue reproduzindo decisões judiciais contrárias à responsabilização de sócio gerente pelo mero inadimplemento do débito pela pessoa jurídica. Entende, também, que por não figurar como sócio não pode incorrer em nenhuma das hipóteses dos incisos I e III do art. 135 do CTN.

Passando ao mérito da exigência, observa que a fiscalizada teve sua documentação contábil e fiscal integralmente apreendida em 22/06/2007, assim como os discos rígidos de seus computadores. Diz que o parecer técnico contábil juntado pela autuada ao procedimento criminal teve por objetivo demonstrar a necessidade de restituição dos documentos para adimplemento das obrigações tributárias correspondentes, bem como a improcedência da acusação contra o recorrente, e outros, acerca dos crimes ali investigados. Reporta-se aos tópicos tratados naquele parecer, observa ser o arbitramento dos lucros recurso excepcional a ser usado quando a Fiscalização está impossibilitada de apurar o lucro real da pessoa jurídica. Indica os elementos dos quais se valeu a Fiscalização para promover o arbitramento e destaca que outras informações foram desprezadas, como por exemplo o demonstrativo de compras disponibilizado pela autuada no procedimento criminal, circunstância, aliás, reconhecida na decisão de 1ª instância. Houve, assim, imperícia porque *verbas que foram destinadas a terceiros, especificamente os seus fornecedores, foram consideradas rendas.*

Reporta-se ao indeferimento da perícia requerida em impugnação, diz ser inegável sua necessidade para o levantamento preciso dos valores eventualmente devidos, e acrescenta estar demonstrado no parecer técnico juntado à impugnação equívocos da

Fiscalização, dentre eles diferenças presentes nos demonstrativos de resultados de 2005 a 2007, que teriam resultado em IRPJ indevido no montante de R\$ 1.095.266,14, e CSLL indevida de R\$ 719.284,29.

Discorda do agravamento da penalidade, questionando a acusação fiscal de a contribuinte não ter colaborado com o procedimento investigatório, observando que a autoridade lançadora teve conhecimento do requerimento de restituição dos documentos e arquivos magnéticos formulado pela autuado no âmbito do procedimento criminal, e não observou que tal documentação *simplesmente foi extraviada por conta de ato claramente atribuível ao Poder Judiciário*. Reporta-se aos elementos aqui juntados para afirmar a ocorrência da apreensão em 22/06/2007, anotando que, com o desaparecimento dos elementos apreendidos, somente foi proferida decisão determinando a sua devolução à pessoa jurídica em 08/01/2008. Diz que o Juízo da 2ª Vara Criminal da Justiça Federal pediu informações ao Departamento da Polícia Federal acerca dos documentos em seu poder, reporta-se a ofício requerendo ao Corregedor Regional de Polícia investigação acerca do paradeiro da documentação, em razão do qual foi informada a remessa dos documentos à Justiça Federal, mas posteriormente a Procuradoria da República consignou ainda não ter encontrado os documentos. Acrescenta que peticionou, em sede de *habeas corpus*, junto ao Tribunal Regional da 3ª Região, comunicando a importância daqueles elementos para *produção do competente exame de corpo de delito*, bem como que a pessoa jurídica autuada requereu ao menos a devolução dos arquivos magnéticos, mas tal pedido formulado em 17/08/2007, não havia sido apreciado.

Observa que a pessoa jurídica autuada não pôde reter cópia das informações apreendidas, ficando ela *deveras fragilizada no tocante ao cumprimento de suas obrigações tributárias*, e afirma *incontestemente* que o extravio da documentação ocorreu por conta de atos praticados pelo Estado, representado por autoridade jurisdicional integrante da Justiça Federal da 3ª (Terceira Região). Reporta-se a esclarecimentos prestados pela autuada junto à Delegacia Regional Tributária da 9ª Região Fiscal em Barueri, protocolizado em 13/02/2009, informando a impossibilidade de apresentação dos documentos exigidos pelo agente fiscal, o qual não mencionou esta ocorrência em sua acusação. Conclui ser esta resposta *prova incontestemente* de que a Fiscalização não poderia imputar à autuada penalidade no percentual de 225%, e ressalta a desconsideração desta petição na decisão recorrida. Reporta-se à excludente de responsabilidade resultante de força maior, transcreve doutrina acerca do tema, aborda a responsabilidade patrimonial do Estado, reitera as ocorrências verificadas no procedimento criminal e acrescenta estar confirmado o extravio da documentação fiscal e contábil em ofício de 08/01/2010, concluindo que:

Como o extravio decorreu, única e exclusivamente, dos atos praticados por determinação do Excelentíssimo Juízo da 2ª (Segunda) Vara Criminal da Justiça Federal, Subseção Judiciária de São Paulo, por ser irrelevante o fato de ser legítima, ou não, a autorização para realização das buscas e apreensões nas dependências da sede social e nas filiais da empresa HUSS WILLIANS, a doutrina do fato do príncipe incide na presente espécie para afastar a responsabilidade daquela empresa de exibir sua contabilidade ao Erário Público Federal e, consequentemente, a possibilidade de ser punida com a aplicação de multa administrativa agravada.

De toda sorte, reporta-se a manifestação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região para defender que *mesmo o ato estatal legítimo, como pode ter sido a determinação das buscas e apreensões no curso do Procedimento Criminal, pode acarretar a exclusão de*

responsabilidade acerca de obrigações legais por parte daquele que foi afetado com sua prática, cumprindo ao magistrado *evitar que o ato legítimo descambe para o abuso por conta do excesso de prazo*, bem como *agir sempre de um modo menos dispendioso para o conjunto da comunidade*. A demora, no presente caso, em apreciar as requisições feitas pela pessoa jurídica autuada, por si só, já impõe a exclusão da responsabilidade administrativo-tributária de apresentar sua documentação contábil e fiscal à Receita Federal. E, ao final, o desaparecimento destes elementos evidencia a arbitrariedade do presente lançamento, devendo ser afastada a multa aplicada.

Discorre sobre o caráter confiscatório da penalidade aplicada, observando que a multa tem natureza administrativa, mas mesmo assim pode ter caráter confiscatório porque *o ato administrativo perde a discricionariedade quando assume feição exagerada, tornando-se abusivo*. Transcreve doutrina, invoca o princípio da proporcionalidade, discorre sobre a evolução da repressão no âmbito fiscal, e reporta-se à necessidade de graduação das multas de acordo com a conduta e a capacidade contributiva do contribuinte, observando que a *comprovação do intuito sonegador, do evidente intuito de fraude* permite a imposição de sanções qualificadas, agravadas, mas não é suficiente para aplicar a multa na graduação máxima.

Destaca que a alegada falta de colaboração do recorrente decorreu da ausência de intimação chamando-o a defender-se das provas emprestadas pela autoridade fiscal, e aduz que a violação ao devido processo legal impede que o contribuinte *seja penalizado ao extremo*, mormente tendo em conta a apreensão de todos os documentos da pessoa jurídica na “Operação Reluz”. Discorre sobre a abordagem do Supremo Tribunal Federal acerca do caráter confiscatório das sanções administrativas, observa que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região já reduziu de 150% para 50% penalidade considerada excessiva, e demonstra a admissibilidade, em vários Tribunais Regionais Federais (1ª, 4ª e 5ª Região), da aplicação do princípio da proporcionalidade para redução de arbitrariedades na gradação da multa fiscal.

Aduz que a autoridade julgadora de 1ª instância não pode, *ao seu talante, simplesmente considerar que os contribuintes agiram com intuito fraudulento por não terem eventualmente colaborado com a fiscalização ao se negarem a prestar informações que reputam protegidas pelo manto de diversas garantias constitucionais, como, por exemplo, o sigilo bancário*. Entende que a multa qualificada depende de prova contundente e cabal da suposta conduta fraudulenta, invoca o art. 112 do CTN, e firma o entendimento de que *punir contribuintes com multas qualificadas, com lastro em juízo discricionário da fiscalização, é verdadeiro atentado à ordem jurídica, aos princípios da proteção da confiança, da razoabilidade, da proporcionalidade, da proibição de excesso, da boa-fé, da presunção da inocência, da capacidade contributiva do contribuinte e, acima de tudo, do valor atinente à Justiça*. Ultrapassados os limites da discricionariedade, é dever do Poder Público corrigir o abuso, observando as diferenças entre atividades lícitas e ilícitas, elisão e evasão fiscal, planejamento tributário e sonegação. *Não se pode admitir que a administração tributária, com sua sede voraz de arrecadar, atribua aos contribuintes, já sobrecarregados com uma carga tributária que beira as raias do confisco, a pecha de fraudadores, de sonegadores, enfim, de criminosos*.

Reitera que a apreensão de documentos da pessoa jurídica e seqüestro de seus recursos impediu a autuada de cumprir suas obrigações legais e lhe impôs rescindir unilateralmente os contratos de locação dos imóveis onde atuava. Mas sua responsabilidade é

excluída em razão de *abuso por parte do Poder Judiciário*. Assim, caso a exigência não seja integralmente afastada, a penalidade deve ser, minimamente, reduzida ao percentual de 75%. Mas, considerando a capacidade contributiva da pessoa jurídica e do recorrente, defende a limitação da multa a 30% do tributo cobrado.

Finaliza reiterando os pedidos anteriores e indicando perito e quesitos para realização da prova pericial que requer.

Luiz Augusto do Valle de Lima foi cientificado por meio de correspondência postada em 10/12/2010 e que lhe teria sido entregue em 14/12/2010 (fls. 3204/3205). Em 20/01/2011 foram juntados aos autos, já neste Conselho, as fls. 3211/3307 correspondentes a recurso voluntário por ele tempestivamente protocolizado em 11/01/2011, na DRF/Juiz de Fora.

Preliminarmente argúi a nulidade da decisão de 1ª instância por entender que o *julgamento uno de impugnações distintas e independentes* afronta o devido processo legal. Assevera que jamais participou como sócio ou administrador da autuada, reporta-se aos demais responsabilizados pela Fiscalização e aduz que o *órgão julgador de primeira instância procedeu ao julgamento tratando as três peças impugnatórias como se uma fosse, atribuindo ao Recorrente alegações e argumentações não apresentadas*. Conseqüência deste procedimento foi *a absoluta confusão que acabou por baralhar, num mesmo julgamento e numa só análise, situações completamente distintas*, consoante exemplos que aborda na seqüência.

Observa que se limitou a demonstrar sua ilegitimidade passiva, sem debater a materialidade da exigência, mas a autoridade julgadora de 1ª instância afirmou que o recorrente *teria investido na tentativa de desconstituir o crédito tributário exigido da empresa autuada*, consoante excerto do voto condutor da decisão recorrida que transcreve. Ressalta a importância de que a impugnação seja apreciada em todos seus aspectos, mas observa que sua defesa *foi misturada e confundida com as demais*, ensejando conclusões errôneas, que serviram de subsídio para a manutenção da exigência, certamente induzindo *a erro os demais julgadores*. Acrescenta que *o julgamento de três impugnações distintas jamais poderia ter sido realizado da forma açodada e imprudente como foi* e pleiteia a declaração de nulidade da decisão na forma de jurisprudência que cita.

Reporta-se também à atribuição ao recorrente do *uso do termo “empreendimento” para se referir à empresa autuada*, muito embora esta palavra não apareça nenhuma vez na impugnação apresentada. Transcreve o excerto correspondente, diz que não foi observado o devido processo legal, e que não houve *análise específica das razões de defesa da parte interessada, e não foi sequer garantido o zelo de avaliar os elementos trazidos pelo Recorrente de forma individual, tal como determina a regra processual*.

Discorda da imputação de responsabilidade, promovida na decisão recorrida, em razão de depósitos promovidos por intermédio de José Edno Costa em favor do recorrente, pois demonstrou em sua defesa a intermediação de venda de títulos à autuada e seu direito a receber o que lhe era devido. Destaca a incompatibilidade entre as declarações de José Edno da Costa no sentido de que fora *“subordinado” e usado* pelo recorrente, e a afirmação de que a mesma pessoa emprestara recursos próprios à empresa autuada, *conduta esta totalmente atípica em se tratando de mero “laranja”, como o acórdão faz parecer*.

Observa que a decisão recorrida *reconhece a existência de provas documentais que demonstram a origem dos pagamentos efetuados pela empresa autuada em favor do Recorrente* (contratos firmado entre a empresa Pioneira Consultoria Financeira Ltda e a autuada), mas sem promover qualquer perícia a autoridade julgadora *afirma serem documentos forjados na tentativa de “conferir uma origem lícita aos valores recebidos”*. Questiona quais elementos autorizaram esta afirmação e assevera inexistir qualquer documento, gravação ou outra via de prova que evidenciasse que o Recorrente teria determinado ou orientado os administradores da autuada a omitir receitas ou deixar de recolher tributos.

Afirma falaciosa a alegação, contida na decisão recorrida, de que os mesmos títulos negociados entre a Pioneira Consultoria Financeira Ltda (representada pelo recorrente) e a autuada *teriam sido negociados também com a empresa ITABA*. Diz que os títulos negociados com a empresa HUSS WILLIANS foram apresentados à empresa ITABA como exemplos de negociações já realizadas, tanto que inexistente nestes autos qualquer contrato firmado com a empresa ITABA relativo aos títulos negociados com a HUSS WILLIANS. Observa que as negociações com a empresa ITABA foram intermediadas por NEWTECH, sem qualquer ligação com o recorrente.

Entende, assim, que a autoridade julgadora de primeira instância deixou de avaliar se existiriam provas suficientes para a imputação feita ao recorrente, e promoveu a *sumária chancela do procedimento arbitrário que desconsiderou a personalidade jurídica da empresa autuada e de todos os negócios jurídicos firmados entre esta e o recorrente, sem qualquer amparo legal*. Observa que o parágrafo único do art. 116 do CTN sequer foi citado no Termo de Sujeição Passiva Solidária, e finaliza pedindo a declaração de nulidade da decisão recorrida.

Subsidiariamente deduz razões acerca de sua ilegitimidade passiva, afirmando que manteve com a autuada apenas *relação contratual de intermediação de compra e venda de ativos financeiros e assessoria financeira*, como demonstrado nos contratos juntados à impugnação, sem gerir a pessoa jurídica, inexistindo qualquer *demonstração cabal do contrário*. A autoridade lançadora *pretendeu estender, forçosa e arbitrariamente, os efeitos e conclusões acerca de fatos apurados em procedimento alheio à matéria fiscal*, sem trazer aos autos elementos concretos capazes de implicar a responsabilidade tributária em questão.

Afirma nulo o procedimento fiscal porque o recorrente em momento algum foi dele cientificado, sendo dirigidas intimações apenas à pessoa jurídica autuada, sem se facultar ao recorrente *rebatêr as conclusões alcançadas no procedimento fiscal acerca de sua suposta participação nos negócios da empresa autuada, mormente em se tratando de pessoa que não figura no quadro social da empresa ou exerce qualquer cargo ou função*. Sua ciência somente se verificou três anos depois de iniciado o procedimento fiscal, após o término deste, contrariamente ao direito que todo o contribuinte tem de ser cientificado de procedimento iniciado contra si.

Reporta-se a doutrina para firmar a diferença entre procedimento inquisitório e procedimento arbitrário e invocar o *princípio da cientificação*, observando que tal direito também deve ser assegurado *ao eventual terceiro a quem a autoridade pretenda arrolar como coobrigado*. Entende presente vício formal no ato de imputação de responsabilidade tributária, e pede sua anulação.

Discorre sobre a real relação mantida com a empresa autuada, reportando-se à atuação da empresa Pioneira Consultoria Financeira Ltda, contratada no caso para *intermediar a venda de títulos negociados no mercado de balcão*. Por tal razão, a autuada determinou a Sudamax Indústria e Comércio de Cigarros Ltda que pagasse ao recorrente R\$ 486.000,00 como *quitação parcial pela venda de Títulos da Dívida Pública ao Portador no Mercado de Balcão, sobre os quais o mesmo recebia uma comissão equivalente a percentuais de 2% a 3%*, seguindo-se o pagamento do saldo remanescente desta dívida pela própria autuada. Complementa que outras avenças deram origem a créditos do recorrente em face da autuada, justificando os contatos constantes mantidos com José Edno Costa, e observa que a inexistência da mencionada *trama de ilicitudes* motivou o recebimento dos valores identificados pela Fiscalização *sem qualquer precaução* por parte do recorrente. E reputa incompatível com a acusação fiscal a transcrição de áudio no sentido de que José Edno Costa se preocuparia com a saúde da empresa.

O recorrente também aduz que ele e empresa Pioneira Consultoria Financeira Ltda foram fiscalizados pela unidade da Receita Federal em Juiz de Fora, informa os processos administrativos resultantes destes trabalhos, diz que na defesa apresentada naqueles autos esclareceu a razão das operações realizadas com a autuada, e neste sentido foram lavradas exigências em razão dos serviços prestados por Pioneira Consultoria Financeira Ltda à autuada. Entende impossível conciliar ambas pretensões fazendárias, e conclui inexistir qualquer prova de sua atuação na forma dos arts. 124, I, ou 135, I e III, do CTN.

Observa que a acusação fiscal se vale de elementos extraídos de procedimento investigatório realizado pela Polícia Federal, *cujas análises e objetivos não tiveram por alvo questões atinentes à matéria fiscal, o que põe em xeque as conclusões a que chegou a Autoridade Fiscal, dada a especificidade da matéria e a independência da obrigação tributária em relação aos demais efeitos jurídicos destes atos*. De outro lado, a autoridade fiscal não logrou provar sua atuação como “sócio de fato”, sendo certo que o mero inadimplemento de tributos não transfere aos sócios da pessoa jurídica a responsabilidade subsidiária prevista nos arts. 134 e 135 do CTN, especialmente tendo em conta que o recorrente era apenas credor da sociedade.

Reporta-se à Súmula STJ nº430 e diz que além da comprovação de sua condição como “sócio de fato”, necessário seria a demonstração de que ele concorreu para a prática dos ilícitos tributários alegados. Diz que a sua responsabilização vale-se apenas das referências contidas no item 4 do Termo de Verificação Fiscal, e está *apoiada em falsas premissas, presunções e ficções desprovidas de validade jurídica e ao largo da realidade dos fatos*, com desconsideração sumária de diversos atos formais.

Complementa que a imputação de responsabilidade com base no art. 124, I do CTN, é incompatível com as hipóteses tratadas no art. 135 do CTN. No primeiro caso, a responsabilidade é solidária e não pode estar fundamentada em presunções e supostos indícios, pois tal hipótese não permite a *eleição aleatória de terceiros como devedores solidários*, mas apenas gradua a responsabilidade daqueles que já compõem o pólo passivo, na forma de doutrina que transcreve. Por sua vez, o art. 128 do CTN permite que a lei impute responsabilidade em caráter supletivo, e os arts. 134 e 135 do CTN cogitam de transferência de responsabilidade a terceira pessoa, e, no caso do art. 134 do CTN, apenas em face da prática de *atos comissivos ou omissivos que tenham implicado a prática de ilícitos tributários capazes de dar origem às obrigações tributárias não cumpridas pelo sujeito passivo direto, ou seja, o contribuinte* (responsabilidade subsidiária subjetiva).

Assevera que jamais deteve poderes de gestão da pessoa jurídica autuada, e que mesmo se *não fosse falaciosa a alegação de que agiu como autêntico sócio de fato da empresa autuada*, a responsabilização seria apenas subsidiária. Observa que a contribuinte foi constituída em 10/10/2003, infere que ela operou regularmente antes dos períodos aqui sob análise, e reitera ser *falaciosa a alegação de que tal empresa teria como real objetivo ocultar operações ilícitas supostamente praticadas pelo recorrente*. Até porque inexistente nos autos qualquer documento provando que o recorrente *teria determinado a sonegação ou supressão de tributos ou mesmo a ocultação de fatos geradores ocorridos na operação da empresa*, e a própria Fiscalização reconhece que José Edno Costa geria a empresa pessoalmente desde agosto/2006. Inadmissível, assim, *falar em gestão fraudulenta de terceiro que sequer detinha poderes de representação sobre a pessoa jurídica autuada*, até porque não houve prova de subordinação do referido gestor ao recorrente.

A imputação de responsabilidade ao recorrente, portanto, *desconsiderou sumariamente não apenas a formação societária da empresa autuada, como também desconsiderou os negócios realizados entre esta e a empresa Pioneira Consultoria Financeira Limitada, de propriedade do recorrente*. Não há prova de sua influência nas decisões tomadas por José Edno da Costa, e a presunção não é admissível, *tampouco sustentada por uma história construída, ficta, cujos fatos concretos apurados muito mais fragilizam do que contribuem para legitimar a pretensão fiscal*.

Além de desconsiderar a real constituição societária da autuada, a Fiscalização criou ficções para *sustentar a alegação de que o Recorrente teria concorrido para a inadimplência fiscal da empresa autuada*, sendo indispensável prova de que a empresa autuada não era administrada por seus sócios “de direito”, ou de que estes se subordinavam ao recorrente, bem como demonstração da atuação do recorrente para a prática dos ilícitos tributários aqui autuados.

Discorda, também, do agravamento da penalidade, porque em momento algum foi intimado no curso do procedimento fiscal, porque jamais exerceu gestão da autuada, e na forma do art. 134, parágrafo único, do CTN, é vedada a responsabilização por penalidades. Assim, ainda que *fossem válidas as presunções e ficções falaciosas que sustentam a acusação fiscal*, não seria possível *atribuir a um terceiro, seja ele quem for, a responsabilidade pelo desatendimento à Fiscalização*, mormente porque este *terceiro não teria legitimidade para dar cumprimento ao que foi exigido* e, mais ainda, sequer foi intimado a prestar qualquer esclarecimento.

José Edno Costa foi cientificado em 14/12/2010 (fl. 3031), mas não apresentou recurso voluntário.

Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Preliminarmente cumpre apreciar as arguições de nulidade da decisão recorrida, apresentadas pelos dois recorrentes.

William Roberto Rosílio aduz que a autoridade julgadora de 1ª instância não analisou parte de sua defesa contra a aplicação do art. 135 do CTN, quando ausente decisão judicial reconhecendo o recorrente como sócio “de fato”, gerente ou mero administrador da autuada. Afirmou necessária a demonstração de prática de ato ilícito e não mero inadimplemento de tributos, com vistas a caracterizar infração à lei, e também alegou que os atos ilícitos em detrimento dos interesses do contribuinte ensejariam a responsabilização exclusiva do agente, além de ser imprescindível a ocorrência de dolo.

Verifica-se no voto condutor da decisão recorrida que, depois de extensa abordagem dos fatos apurados pela autoridade lançadora, confirmou-se a conclusão da fiscalização de que JOSÉ EDNO COSTA era o homem de confiança designado pelos reais sócios WILLIAN ROBERTO ROSÍLIO e LUIZ AUGUSTO DO VALLE DE LIMA para administrar a HUSS WILLIANS e figurar formalmente à frente dos negócios, sendo o responsável pela movimentação financeira da empresa. Na sequência, abordando o art. 124 do CTN, a autoridade julgadora atesta que há prova nos autos de que os administradores, arrolados como responsáveis solidários, teriam participado da situação que constituiu o fato gerador da obrigação tributária, tendo negociado diretamente com os fabricantes de cigarros e bebidas e, às vezes, com seus clientes, a distribuição das mercadorias, por intermédio de faturamento pela HUSS WILLIANS, e ao final legitima a responsabilização dos recorrentes com fundamento no art. 124, I do CTN porque comprovada a sociedade de fato entre WILLIAN e LUIZ AUGUSTO, tanto há interesse comum no resultado da exploração da atividade econômica ensejadora do fato gerador da obrigação tributária, como interesse jurídico comum na situação que constitua o fato gerador, na medida em que comprovado que os reais sócios, administradores e beneficiários da atividade da HUSS WILLIANS teriam participado das situações configuradoras dos fatos geradores, quais sejam, as intermediações comerciais efetuadas pela HUSS WILLIANS entre as fábricas e os reais distribuidores de cigarros e bebidas.

A autoridade julgadora acrescentou ainda que, caracterizada a sociedade de fato entre WILLIAN e LUIZ AUGUSTO nas atividades desenvolvidas em nome da HUSS WILLIANS, não há outra alternativa que não a responsabilização pessoal e solidária dos sócios pelas obrigações assumidas em nome dela, observando que a incidência da solidariedade in casu é perfeitamente compatível com os princípios da capacidade contributiva e do não-confisco, na medida em que fartamente comprovada confusão patrimonial existente entre a HUSS WILLIANS, a PIONEIRA, e os sócios WILLIAN e LUIZ AUGUSTO, bem como que em tais circunstâncias, a responsabilidade tributária solidária dos sócios de fato e da pessoa jurídica encontra eco até mesmo na legislação civil, que prevê a responsabilidade ilimitada dos administradores ou sócios da pessoa jurídica em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Nestes termos, ao validar a imputação de responsabilidade tributária com base no art. 124, I do CTN, afirmando-a pessoal e solidária entre os sócios e a pessoa jurídica, a autoridade julgadora adotou fundamento suficiente para decidir a controvérsia, evidenciando a desnecessidade de fazer referência expressa a cada um dos argumentos tecidos pela interessada, consoante manifestação do Superior Tribunal de Justiça:

Não viola os artigos 165, 458, II, e 535, II, do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. (Recurso Especial nº 687.417-RS, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki).

Na mesma linha, é o voto da Ministra Eliana Calmon:

O Tribunal não está obrigado a responder questionários formulados pelas partes, tendo por finalidade os declaratórios dirimir dúvidas, obscuridades contradições ou omissões realmente existentes, pois existindo fundamentação suficiente para a composição do litígio, dispensa-se a análise de todas as razões adstritas ao mesmo fim, uma vez que o objetivo da jurisdição é compor a lide e não discutir as teses jurídicas nos moldes expostos pelas partes. (EDcl na Ação Rescisória nº770 – DF)

De toda sorte, a autoridade julgadora também declarou a responsabilidade dos recorrentes com fundamento no art. 135, I e III do CTN, por ser *incontrastável que os Srs. WILLIAN, LUIZ AUGUSTO e JOSÉ EDNO COSTA eram administradores da HUSS WILLIANS, tendo praticado atos com excesso de poderes, na medida em que não atendiam aos interesses da sociedade formalmente constituída, mas os interesses dos sócios ocultos, WILLIAN e LUIZ AUGUSTO. Na prática da interposição de pessoa no contrato social da empresa, reconhecida pelo Sr. JOSÉ EDNO na impugnação, teriam também atuado irrefutavelmente com infração à Lei. Inafastável, portanto a responsabilidade dos administradores pelo crédito tributário devido pela empresa administrada, HUSS WILLIANS.*

E antes já observara que a exclusão da responsabilidade da contribuinte poderia ser prevista em lei, na forma do art. 128 do CTN, mas sem prejuízo do disposto no mesmo capítulo do CTN. Consta do voto condutor, também, o afastamento da *alegação de que a imputação de responsabilidade tributária a terceiros, no âmbito dos presentes autos, teria sido efetuada em função de mera inadimplência*, reafirmando que ela foi *efetivada em face dos reiterados procedimentos fraudulentos adotados por WILLIAN e LUIZ AUGUSTO na condução da atividade de licitude questionável por eles conduzida na HUSS WILLIANS, e a partir da qual teriam auferido incontestável capacidade contributiva não devidamente oferecida à tributação.*

Por fim, com referência à necessidade de decisão judicial declaratória da sujeição passiva do responsável tributário, vê-se que a autoridade julgadora de 1ª instância de plano a descartou, invocando a competência da autoridade lançadora nos termos do art. 142 do CTN, e, depois de abordar os dispositivos daquele mesmo diploma legal que afetariam a acusação presente nestes autos, bem como os vastos elementos que a subsidiariam, concluiu que os **fatos apurados** *não se modificam em função do âmbito de investigação e aplicação da norma. Dito por outras palavras: a interposição de pessoas no contrato social da HUSS WILLIANS, em lugar dos sócios de fato, WILLIAN e LUIZ AUGUSTO deve merecer tratamento distinto na esfera penal e na esfera tributária (administrativa), inclusive sob o aspecto probatório, para fins de aplicação das penalidades cabíveis, mas o fato não pode ser descaracterizado sob pena de invalidação da imputação penal ou tributária.*

Willian Roberto Rosílio também assevera que a decisão recorrida não teve em conta a petição dirigida à unidade da Receita Federal em Barueri, protocolizada em 13/02/2009, informando a impossibilidade de apresentação dos documentos exigidos pelo agente fiscal, e que assim representaria *prova inconteste* de que a Fiscalização não poderia imputar à autuada penalidade no percentual de 225%.

Novamente não tem razão o recorrente, porque consta da decisão recorrida:

A petição de fls. 2857, protocolizada em 13/02/2009, na DRF Barueri/SP, para informar a impossibilidade de apresentação dos documentos e informações contábeis e fiscais solicitados pelo Termo de Início de Fiscalização, devido ao fato de todos os documentos solicitados estarem apreendidos pela Polícia Federal, não tem o condão de afastar a caracterização da completa desídia e do descaso dos envolvidos com a investigação levada a efeito pelos agentes fiscais.

Ressalte-se que se trata de um único documento, protocolizado quase 6 (seis) meses após os interessados terem tomado ciência do início do procedimento fiscal em 28/08/2007 (conforme afirmado na petição de fls. 771/776 apresentada perante a 2ª Vara Criminal da Justiça Federal).

Ademais, em seu conteúdo a petição não traz qualquer providência adotada pelos interessados na busca do atendimento aos termos de intimação, mas ao contrário, mais uma vez, denota a expectativa de que os servidores da Polícia Federal ou da Justiça Federal cumprissem a autorização do Juízo Criminal de extração de cópias dos documentos fiscais da empresa apreendidos, sem qualquer iniciativa do interessado, ou pior que pudesse ser reconhecido o suposto impedimento de acesso dos Impugnantes e réus à documentação apreendida no processo criminal.

E não é só: consta também de referida petição a informação inverídica de que haveria ordem judicial determinando a devolução dos documentos apreendidos, e a Polícia Federal teria deixado de adotar as providências cabíveis. É a seguinte a redação da petição:

“Pela presente HUSS WILLIANS (...) informa estar impossibilitada de apresentação dos documentos e informações contábeis e fiscais, solicitadas pelo Termo de Início de Fiscalização em epígrafe [2007.00018/01], devido ao fato de todos os documentos solicitados estarem apreendidos pela Polícia Federal.

Informa, em complemento, que os citados documentos foram solicitados, judicialmente, para devolução pela Polícia Federal, que não tomou tal providência.

Assim sendo, solicita dilação de prazo para apresentação dos mesmos, até que o órgão federal citado (Polícia Federal) cumpra sua parte da ordem judicial, devolvendo os documentos”.

A má-fé dos envolvidos é evidente, quando, ao mesmo tempo em que se recusam a receber as intimações postais no endereço constante do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, tendo sido providenciada a sua devolução à repartição, perante o Juízo Criminal, afirmam terem sido intimados a apresentar a escrituração, mas estarem impedidos devido a sua apreensão e extravio no âmbito do processo criminal.

Observe-se que ainda na referida petição, o endereço mencionado de atividade da empresa (Alameda Madeira, 258 – sala 1807 – Alphaville Industrial) é aquele no qual não é possível localizar qualquer dos envolvidos.

Luiz Augusto do Valle de Lima argüi a nulidade da decisão de 1ª instância por entender que o *julgamento uno de impugnações distintas e independentes* afronta o devido processo legal, mormente tendo em conta que o *órgão julgador de primeira instância procedeu*

ao julgamento tratando as três peças impugnatórias como se uma fosse, atribuindo ao Recorrente alegações e argumentações não apresentadas. Consequência deste procedimento foi a absoluta confusão que acabou por baralhar, num mesmo julgamento e numa só análise, situações completamente distintas.

A decisão recorrida apresenta a seguinte abordagem introdutória:

*In casu, trata-se de peças de defesa apresentadas pelos responsáveis tributários, Sr. **Willian Roberto Rosílio**, CPF nº 154.002.948-47, Sr. **Luiz Augusto do Valle de Lima**, CPF nº 946.276.066-72, e Sr. **José Edno Costa**, CPF nº 637.810.008-00, que não se limitaram a questionar a atribuição a eles da responsabilidade pelo crédito tributário constituído contra a pessoa jurídica HUSS WILLIANS, tendo discutido também vários aspectos da materialidade da incidência.*

Adota-se o entendimento de que a atribuição, no lançamento, de responsabilidade tributária a terceiros permite a discussão administrativa, por estes, da exigência formalizada de forma ampla, não limitada apenas à atribuição da responsabilidade. Pressupõe-se que todos aqueles que integram o pólo passivo da relação jurídica tributária devem poder exercer, sem limitação, o seu direito de defesa.

*No caso em apreço, assinale-se que tendo sido caracterizada a sociedade de fato entre os Srs. **Willian Roberto Rosílio e Luiz Augusto do Valle de Lima**, a impugnação não poderia deixar de ser apreciada em todos os seus aspectos, sob pena de cerceamento ao direito de defesa dos reais sócios do empreendimento desenvolvido em nome da pessoa jurídica atuada.*

*Da mesma forma, não se pode deixar de registrar que a extensa impugnação apresentada, principalmente pelo Sr. **Willian Roberto Rosílio**, expressa o reconhecimento implícito do interesse processual e, conseqüentemente, do vínculo com a pessoa jurídica atuada, que deixou de apresentar peça de defesa própria.*

Nestes termos, restou validamente justificada a necessidade de apreciação conjunta das impugnações. Nota-se, também, o destaque feito acerca da natureza diferenciada da defesa apresentada pelo outro recorrente (Willian Roberto Rosílio), suficiente para evidenciar que a defesa de Luiz Augusto do Valle de Lima não apresentaria aquelas características. Por sua vez, não é possível afirmar, a partir do texto do primeiro parágrafo acima reproduzido, que a autoridade julgadora atribuiu ao recorrente a discussão do mérito da exigência. Apenas está referido, ali, que no conjunto de defesas houve discussão desta natureza, mas não que todos os recorrentes abordaram tal tema.

O recorrente também transcreve o seguinte excerto da decisão para demonstrar que lhe foram atribuídas alegações inexistentes em sua defesa.

*Os Impugnantes, Srs. **Willian Roberto Rosílio e Luiz Augusto do Valle de Lima**, afirmam que não poderiam ter sido incluídos no pólo passivo da relação jurídica tributária ora constituída, porque não eram sócios ou administradores do “empreendimento”, e nem foram assim reconhecidos por decisão judicial*

Novamente apega-se a parágrafo introdutório de toda a abordagem jurídica desenvolvida acerca do conteúdo dos dispositivos legais que fundamentam a acusação, ou que foram invocados na impugnação, para afirmar prejuízo à sua defesa, olvidando-se que a apreciação da peça apresentada necessariamente alcançaria a acusação fiscal de que os recorrentes eram sócios ou administradores do “empreendimento”. Assim, a referência feita no excerto acima não se presta a atribuir ao recorrente expressões ali consignadas, mas apenas, e validamente, a oposição contra a acusação que lhe foi feita.

Ressalte-se que a autoridade julgadora procedeu ao relato individualizado das impugnações apresentadas, pontuando todos aspectos da defesa deduzida pelo recorrente, para, no voto, depois de abordar as provas reunidas pela Fiscalização, dedicar capítulo específico às *transferências de recursos da HUSS WILLIANS para as contas correntes de LUIZ AUGUSTO e PIONEIRA*, e só então adentrar aos fundamentos jurídicos da responsabilidade tributária.

Inadmissível, assim, a alegação de que a exposição da matéria teria ensejado conclusões errôneas em favor da manutenção da exigência, ou induzido a *erro os demais julgadores*. Absolutamente imprópria, também, a afirmação de não houve *análise específica das razões de defesa da parte interessada, e não foi sequer garantido o zelo de avaliar os elementos trazidos pelo Recorrente de forma individual*, consoante se demonstrará, mais à frente, mediante reprodução da cuidadosa análise dos fatos e das provas promovida pela autoridade julgadora de 1ª instância.

Esclareça-se que os demais argumentos apresentados com vistas à declaração de nulidade da decisão recorrida, em verdade, confundem-se com o mérito da exigência, porque questionam a valoração das provas em julgamento, e serão, na sequência, apreciados.

Estas as razões, portanto, para REJEITAR as arguições de nulidade da decisão de 1ª instância apresentadas pelos recorrentes.

William Roberto Rosílio também alega a nulidade do lançamento em razão do uso de provas ilícitas, bem como por falhas nas intimações lavradas durante o procedimento fiscal.

O recorrente desenvolve extenso relato para demonstrar que as interceptações telefônicas referidas pela Fiscalização seriam ilícitas, assim como as apreensões delas derivadas, e se opõe à argumentação tecida no acórdão recorrido acerca da incompetência da Administração Pública para aferir a validade das decisões judiciais. Em sua defesa reconhece que a esperada declaração de ofício da ilicitude das provas não se verificou no âmbito judicial, cogitando quais razões teriam motivado este equívoco, e reproduz diversas decisões judiciais que declararam a imprestabilidade de prova colhida em circunstâncias semelhantes.

A matéria está abordada na decisão recorrida nos seguintes termos:

Requer a nulidade das provas, obtidas a partir de autorização judicial (as escutas telefônicas e telemáticas e as objeto de apreensão), antes da constituição definitiva do crédito tributário da qual dependeria a tipicidade do crime contra a ordem tributária, e da caracterização da prática de delito de lavagem de dinheiro, questionando assim a validade das decisões judiciais de quebra de sigilo telefônico e telemático, e, por decorrência, as provas obtidas no cumprimento dos mandados judiciais de busca e apreensão.

Nesse aspecto, cumpre esclarecer a defesa que os órgãos administrativos de julgamento não têm competência para qualquer apreciação acerca da validade das decisões judiciais que decretaram a interceptação telefônica e telemática e a busca e apreensão, conseqüentemente, da licitude das provas obtidas. Tal discussão deve ser formalizada no processo e perante o juízo em que as provas foram coligidas, que dispõe de todos os elementos necessários a aferir a observância dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Como inferido pela defesa, apenas se a prova for declarada ilícita na esfera em que produzida, é que sua ilicitude poderá gerar os efeitos cabíveis no procedimento administrativo em apreço.

Já há inclusive decisão do Conselho de Contribuintes (atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF) a corroborar a interpretação ora adotada:

Nº Acórdão 106-17029 Data da Sessão 07/08/2008 Relator(a) Giovanni Christian Nunes Campos

Ementa: PROVA OBTIDA COM AUTORIZAÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL – REMESSA AO FISCO – AUSÊNCIA DE ILICITUDE - Eventual mácula da colheita da prova não pode ser deferida no processo administrativo fiscal, sob pena de a autoridade administrativa se sobrepor à ordem da autoridade judicial, a qual, constitucionalmente, tem o monopólio da condução do processo criminal e entendeu que a prova colhida no processo crime poderia ser utilizada pelo fisco. Acatar a pretensão do recorrente seria fazer tabula rasa da decisão judicial que determinou que o fisco cumprisse seu mister constitucional (art. 37, XVIII e XXII e art. 145, §1º, da Constituição Federal) de apurar o crédito tributário no caso vertente.

Ademais, consultando as decisões judiciais disponíveis no site da Justiça Federal (fls. 2858/2868), verifica-se que além de terem sido indeferidos os pedidos de habeas corpus localizados, a ilicitude das provas coligidas não foi utilizada como fundamento de qualquer das tutelas judiciais requeridas. Tal fato inclusive teria sido reconhecido pela própria defesa, que diz que oportunamente deverá suscitar a ilicitude das provas.

*Apenas a título de esclarecimento, ressalte-se que, pela documentação que instrui os autos, os responsáveis solidários pelo crédito tributário, Srs. **Willian Roberto Rosílio, Luiz Augusto do Valle de Lima, e José Edno Costa, ainda não foram denunciados por crime contra a ordem tributária**, mas pelos crimes previstos nos arts. 171, §3º e 288 do Código Penal e nos arts. 1º, V e VII, §1º, I e II e §2º, I todos da Lei nº 9.613, de 1998, abaixo transcritos, in verbis:*

CÓDIGO PENAL - DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

(...)

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

(...)

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: (...)

LEI Nº 9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998 - DISPÕE SOBRE OS CRIMES DE "LAVAGEM" OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES; A PREVENÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO PARA OS ILÍCITOS PREVISTOS NESTA LEI; CRIA O CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS - COAF, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

Dos Crimes de "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

(...)

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

(...)

VII - praticado por organização criminosa.

§ 1º *Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:*

I - os converte em ativos lícitos;

(...)

§ 2º *Incorre, ainda, na mesma pena quem:*

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;

*Nesse aspecto, como invocou a defesa a aplicação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal – STF nº 24, de que, antes do lançamento definitivo do tributo, não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90 – que vincula as decisões dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal – é preciso esclarecer a sua inaplicabilidade ao caso, tendo em conta que **ainda não houve denúncia por crime contra a ordem tributária**. Comprometida assim a validade da argumentação acerca da ilicitude das provas produzidas com autorização judicial.*

As informações colhidas junto ao sítio da Justiça Federal da 3ª Região na Internet, às fls. 2858/2868, evidenciam que nenhuma decisão favorável foi proferida em face de diversos questionamentos dirigidos contra o procedimento criminal nº 0001582-53.2007.4.03.6181 e a ação penal nº 0007294-24.2007.4.03.6181. Idêntico contexto se verifica em outros *habeas corpus* vinculados à ação penal, impetrados sob nº 0095981-90.2007.4.03.0000 e 0020382-14.2008.4.03.0000.

Em momento posterior àquela consulta, outro *habeas corpus* foi impetrado sob nº 2010.03.00.014622-8, tendo por pacientes Willian Roberto Rosílio e José Dagoberto Ribeiro Aranha. A ordem foi denegada pelo TRF/3ª Região em acórdão transitado em julgado em 25/10/2010. Seus fundamentos estão assim resumidos na ementa do julgado:

HABEAS CORPUS - INQUÉRITO POLICIAL - PROVAS ILÍCITAS - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - NULIDADE DA AÇÃO PENAL - CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE - ORDEM DENEGADA.

1. Habeas corpus impetrado com o objetivo de viabilizar o reconhecimento da ilicitude das provas que sustentam a denúncia, determinando-se, por conseguinte, o trancamento da ação penal.

2. A via processual eleita é adequada para examinar - excepcionalmente - a regularidade de interceptação telefônica desde que, para tanto, seja dispensado o revolvimento do conjunto fático-probatório. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Matéria preliminar rejeitada.

3. Inocorrência de flagrante ilegalidade capaz de ensejar a nulidade das provas obtidas por monitoramento telefônico, tampouco das provas derivadas dos resultados da interceptação.

4. Interceptação telefônica deferida judicialmente de forma fundamentada e com total respeito às formalidades da Lei nº 9.296/96.

5. É possível a utilização de informações obtidas por intermédio da interceptação telefônica para se apurar delito diverso daquele que deu ensejo a diligência inaugural.

6. A interceptação telefônica tem natureza de medida cautelar penal preparatória, exigindo-se apenas a demonstração da existência de indícios razoáveis da autoria

ou participação em infração penal punida com reclusão. A produção da prova foi deferida para investigar crimes contra a ordem tributária, estelionato qualificado, quadrilha e lavagem de ativos.

7. Escapa da via estreita do habeas corpus o exame da imprescindibilidade e pertinência da medida.

8. Nenhuma ilegalidade há no deferimento de pedidos de prorrogação do monitoramento telefônico, que deve perdurar enquanto for necessário às investigações.

9. Preliminar rejeitada. Ordem denegada.

Outros pacientes ingressaram com *habeas corpus* semelhante, no qual a ordem também foi denegada, nos termos da ementa de acórdão proferido nos autos nº 0022969-67.2012.4.03.0000:

HABEAS CORPUS - NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E TELEMÁTICAS - FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA E POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE - ORDEM DENEGADA.

1. Habeas corpus impetrado com o objetivo de viabilizar o reconhecimento da nulidade absoluta das interceptações telefônicas e telemáticas.

2. A via processual eleita é adequada para examinar, excepcionalmente, a regularidade de interceptação telefônica desde que, para tanto, seja dispensado o revolvimento do conjunto fático-probatório. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Matéria preliminar rejeitada.

3. Inocorrência de flagrante ilegalidade capaz de ensejar a nulidade das provas obtidas por monitoramento telefônico, tampouco das provas derivadas dos resultados da interceptação.

4. Interceptação telefônica e telemática deferida judicialmente de forma fundamentada e com total respeito às formalidades da Lei nº 9.296/96.

5. É possível a utilização de informações obtidas por intermédio da interceptação telefônica para se apurar delito diverso daquele que deu ensejo à diligência inaugural.

6. A interceptação telefônica tem natureza de medida cautelar penal preparatória, exigindo-se apenas a demonstração da existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punida com reclusão.

7. Escapa da via estreita do habeas corpus o exame da imprescindibilidade e pertinência da medida.

8. Nenhuma ilegalidade há no deferimento de pedidos de prorrogação do monitoramento telefônico, que deve perdurar enquanto for necessário às investigações, desde que comprovada a necessidade.

9. Desnecessidade de transcrição integral de todos os diálogos interceptados. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

10. Não cabe ao relator suspender ou sobrestar o feito em razão do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de repercussão geral. Tal providência deverá ser objeto de análise em sede de eventual recurso extraordinário.

11. Ordem de habeas corpus denegada.

Neste último caso, porém, não se verificou o trânsito em julgado, porque admitido o recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça, lá aguardando apreciação (RHC nº 47.068/SP).

Frente a tais circunstâncias, não há reparos à decisão de 1ª instância. Nenhuma decisão foi proferida no âmbito do Poder Judiciário em desfavor da interceptação telefônica e telemática promovida sob ordem judicial. Ao contrário, a análise destas provas, em sede de *habeas corpus*, confirmou sua validade formal. Logo, inexistiu qualquer prejuízo a validade dos elementos trazidos pela Fiscalização aos autos, e a Administração Pública não tem competência para se antecipar ao Poder Judiciário e avaliar a licitude da ordem judicial expedida em favor das interceptações, ou a forma de seu cumprimento. Por certo a Administração Pública tem o dever de declarar a nulidade dos próprios atos, mas a pretensão do recorrente dirige-se contra atos autorizados pelo Poder Judiciário, e que assim subsistem válidos enquanto não proferida decisão em contrário.

Ressalte-se, ainda, que as provas questionadas pelo recorrente prestaram-se, apenas, a suportar a imputação de responsabilidade tributária sem afetar a determinação da base tributável e a apuração dos tributos devidos, e figurando apenas como argumento complementar para qualificação da penalidade.

Por tais razões, deve ser REJEITADA a arguição de nulidade do lançamento por ilicitude da prova resultante de interceptação telefônica/telemática.

William Roberto Rosílio e Luiz Augusto do Valle de Lima também entendem que o lançamento seria nulo em virtude de irregularidades nas intimações lavradas durante o procedimento fiscal. A decisão recorrida, porém, demonstra a regularidade do procedimento fiscal nos seguintes termos:

Consta dos autos, às fls. 671, que a presente ação fiscal teria sido instaurada, em função das investigações da Polícia Federal, na Operação Reluz e que teriam dado origem ao processo criminal nº 2007.61.81.007294-0 – IPL nº 12-0146/07, em trâmite na 2ª Vara Criminal da Justiça Federal em São Paulo/SP. As tentativas de instauração do procedimento fiscal em 27/08/2007 (fls. 07) são praticamente concomitantes com a execução, em 22/06/2007, dos mandados judiciais de busca e apreensão, nos locais em que provavelmente estaria a documentação comprobatória dos ilícitos.

Desde o início, a fiscalização teve dificuldades em localizar a empresa e os responsáveis pela atividade, tanto que as intimações para dar início ao procedimento tiveram que ser realizadas por edital, tendo em conta que teriam resultado improficuas as tentativas de intimação, por via postal (com data de postagem de 27/08/2007 - fls. 07/08) e pessoal (em mesma data – fls. 165), no endereço da matriz em Barueri/SP e da filial em Jandira/SP.

Conforme constou do termo de constatação de fls. 165, em diligência ao endereço cadastral da matriz (Alameda Madeira, 258 – Sala 1807 – Alphaville Industrial – Barueri/SP), realizada também em 27/08/2007, verificou-se se tratar de um condomínio vertical de salas comerciais, com portaria para controle de acesso – fato que explicaria o recebimento inicial da correspondência, com posterior devolução pelos Correios com a informação: “Mudou-se”, fls. 08 –, tendo a recepcionista informado que a empresa HUSS teria deixado de operar no local há algum tempo. Foi constatado pelos agentes fiscais, in loco, que a sala designada se encontrava realmente fechada e sem qualquer pessoa para atendimento.

Foram efetuadas também duas diligências ao endereço cadastral da filial em Jandira/SP (**Estrada Velha de Itu, 117 – Jardim Alvorada**), em **27/08/2007** e **20/02/2008**, nas quais verificou-se que se tratava de um galpão fechado, sem pessoas para atendimento à fiscalização.

Em face das dificuldades de localização da empresa e dos responsáveis pela atividade, foi expedido Ofício à Junta Comercial do Estado de São Paulo – Jucesp (fls. 243), em **26/02/2008**, para obtenção de Ficha Cadastral e Breve Relato, Contrato Social e Alterações da empresa sob fiscalização. Diante da vedação de disponibilização de documentos originais levados a arquivamento na Jucesp, foi apresentada apenas a Ficha Cadastral de fls. 245/253, por meio da qual foram identificados como sócios do “empreendimento” os Srs. **José Edno Costa** e **André Salgueiro de Moraes**.

Na mesma data (**26/02/2008**), a fiscalização oficiou o Delegado Regional Tributário de Osasco da Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo, para que fossem fornecidas cópias das Guias de Informação e Apuração do ICMS – GIA, apresentadas pela HUSS WILLIAN (matriz e filial). Na resposta, datada de **25/03/2008**, a Secretaria de Fazenda Estadual informou que a empresa encontrava-se com a situação cadastral “inapta”, por não ter sido localizada, a matriz, em 22/06/2007, e a filial, em 30/06/2007.

A partir daí foram expedidas intimações (fls. 259 e 262), para que os sócios designados no contrato social comparecessem à repartição. Apenas a intimação encaminhada, por via postal, ao endereço do Sr. **José Edno Costa** teria sido recebida em **28/02/2008** (AR de fls. 260), porque o sócio André Salgueiro de Moraes também não foi localizado no seu endereço cadastral (AR de fls. 263).

Desta forma, diante das tentativas improficuas da fiscalização em localizar a empresa e seus responsáveis **durante mais de 6 (seis) meses**, e de não ter obtido qualquer resposta pelo designado administrador, em contrato social (ficha cadastral fls. 245/253), Sr. **José Edno Costa**, completamente válidas e regulares as intimações efetuadas por edital no curso do procedimento para dar andamento aos trabalhos fiscais.

Não se sustenta assim a arguição da defesa de que a autoridade fiscal teria continuado a intimar a empresa HUSS WILLIANS, com o intuito de lhe dar ciência do prosseguimento do feito, nos endereços nos quais onde comprovadamente não mais estava instalada. Na verdade, diante da completa falta de elementos acerca da real localização da empresa e de seus sócios, as intimações foram regularmente feitas por Edital.

A justificativa apresentada pelos responsáveis de que a HUSS WILLIANS teria sido obrigada a desocupar os imóveis, por causa do bloqueio judicial de seus bens, não merece acolhida. Primeiramente, porque bastaria a boa-fé do administrador designado em contrato social, em atendimento à intimação de fls. 259, de comparecer à repartição, para se inteirar do procedimento fiscal instaurado contra a empresa, e dizer o local para o qual deveriam ser destinadas as futuras intimações. Diante da completa desídia daquele que seria o responsável pela empresa, nos contratos sociais e perante o CNPJ, é insuficiente a alegação de força maior. Depois, porque, na petição protocolizada na 2ª Vara da Justiça Federal em São Paulo/SP, em **12/09/2007** (fls. 771/776), verifica-se que a HUSS WILLIANS teria, de fato, recebido¹ o termo de início de fiscalização, em **28/08/2007**, e não atendeu às intimações e nem participou do procedimento fiscal por vontade própria.

¹ Observe-se que foram juntados ao processo criminal inclusive a cópia do envelope de encaminhamento do termo de início de fiscalização, postado em 27/08/2007.¹

Da mesma forma, as arguições de nulidade fundadas no fato de não terem sido dirigidas intimações, no curso do procedimento fiscal, aos sócios de fato e reais administradores do “empreendimento”, também não merece acolhida, porque não é lícito se admitir que os responsáveis pela suposta falha procedimental sejam beneficiados da própria torpeza. Prescreve o art. 243 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973):

Art. 243. Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.

Trata-se de sanção processual, na qual não há necessidade de investigar a ocorrência de dolo ou culpa do agente causador da nulidade, sendo suficiente apenas o fato objetivo de ter dado causa à imperfeição do ato. Segundo Pontes de Miranda, aplica-se, tanto às nulidades relativas, como às absolutas.

In casu, conforme explanado no relatório acima, o início do procedimento fiscal teria se dado em 04/10/2007, 15 (quinze) dias após a afixação do Edital SEFIS nº 25/2007 (fls. 10), efetuada em 19/09/2007, nos exatos termos do art. 23, §2º, IV do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, vigente na data do procedimento fiscal.

Note-se que apenas em 31/01/2008, conforme decisão judicial de fls. 671, teria sido autorizado o acesso à Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB a todos os volumes e apensos do processo criminal. Analisada a documentação, apenas em setembro de 2009 (fls. 681/684) teria sido obtida a documentação necessária à instrução do processo administrativo ora sob apreciação, mediante cópia extraída dos processos judiciais, com a devida certificação.

No caso em apreço, verifica-se que os agentes responsáveis pelo feito, sem comprometer o necessário aprofundamento das investigações, e observando as formalidades da Lei, procederam ao lançamento do crédito tributário no prazo regulamentar, ou seja, antes de transcorrido o prazo decadencial.

O fato é que a simulação do contrato social, mediante a inclusão na qualidade de sócios e administradores de pessoas físicas distintas dos reais sócios e administradores do “empreendimento”, é que teria dado origem à suposta falha procedimental de intimação que ora os Impugnantes pretendem contrapor à validade do feito.

Contra a arguição de nulidade, pode-se objetar ainda que, no processo administrativo fiscal, é a impugnação que instaura a fase propriamente litigiosa ou processual, conforme expressamente consignado no art. 14 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Decorre daí, que não há que se falar em cerceamento do direito de defesa ou em devido processo legal, durante o procedimento administrativo de fiscalização, que tem caráter meramente inquisitório.

Diante disso, uma vez regularmente descritos os fundamentos fáticos e jurídicos que ensejaram o lançamento e a imputação da responsabilidade aos reais sócios e administradores do “empreendimento”, tendo sido também regularmente cientificados os responsáveis e aberto prazo para apresentação de impugnações, que ora se apreciam, não se verifica in concreto qualquer prejuízo ao contraditório e à ampla defesa.

Destaca-se, neste arrazoado, que a autoridade lançadora logrou intimar aquele que figurava como administrador da sociedade em seus atos constitutivos, José Edno Costa, mas não obteve qualquer resposta. Recorde-se que a autoridade fiscal confirmou a participação de José Edno Costa na administração da pessoa jurídica autuada, e por isso também lhe imputou responsabilidade pelo crédito tributário. O procedimento fiscal, assim, desenvolveu-se por meio de intimações por edital, único meio que a lei faculta à autoridade lançadora, sendo

que somente dois anos depois foi obtido acesso aos elementos reunidos nos processos judiciais, a partir dos quais foi possível aferir a participação dos recorrentes.

Willian Roberto Rosílio entende que a autoridade julgadora teria reconhecido a irregularidade das intimações ao consignar que *as arguições de nulidade fundadas no fato de não terem sido dirigidas intimações, no curso do procedimento fiscal, aos sócios de fato e reais administradores do “empreendimento”, também não merece acolhida, porque não é lícito se admitir que os responsáveis pela suposta falha procedimental sejam beneficiados da própria torpeza*. Contudo, pode-se verificar na reprodução anterior que a mencionada *falha procedimental* não só é classificada como “suposta”, como também é analisada sob a ótica do art. 243 do Código de Processo Civil, para ressaltar que foi observada a forma prescrita em lei para os atos questionados.

Luiz Augusto do Valle de Lima diz que não lhe foi facultado *rebater as conclusões alcançadas no procedimento fiscal acerca de sua suposta participação nos negócios da empresa autuada, mormente em se tratando de pessoa que não figura no quadro social da empresa ou exerce qualquer cargo ou função*. Sua ciência somente se verificou três anos depois de iniciado o procedimento fiscal, após o término deste, contrariamente ao direito que todo o contribuinte tem de ser cientificado de procedimento iniciado contra si, mormente com vistas a arrolá-lo como coobrigado.

Como visto, porém, as intimações lavradas destinavam-se a apurar a dimensão dos fatos jurídicos tributários praticados pela pessoa jurídica fiscalizada, e a lei não arrola, dentre os meios de intimação válidos, a ciência dos atos aos sócios, administradores ou responsáveis tributários, mostrando-se correto se mostra o procedimento fiscal desenvolvido por meio de intimações científicas à fiscalizada por meio de edital. Se o sujeito passivo não mais se encontra instalado em seu domicílio fiscal, cumpre ao seu representante legal alterar o endereço cadastral perante a Receita Federal, ou então permanecer atento aos editais publicados na unidade da Receita Federal à qual se vincula. No caso, para além disso, o representante legal da pessoa jurídica foi cientificado da existência do procedimento fiscal, manifestações perante o Poder Judiciário evidenciam a efetividade da ciência, e ainda assim, somente 6 (seis) meses depois a petição de fl. 2857 foi protocolizada na DRF/Barueri, sem sequer indicar um novo endereço no qual a pessoa jurídica poderia ser intimada.

Lavradas regularmente as intimações, se o sujeito passivo não as atende, a autoridade fiscal deve promover o lançamento do crédito tributário valendo-se dos meios que a lei prescreve (presunções, arbitramento, agravamento de penalidade). Quanto à imputação de responsabilidade tributária, é desnecessária a intimação prévia dos acusados se a autoridade fiscal dispõe de provas suficientes para suas constatações, como se verificou no presente caso, a partir das informações obtidas perante o Poder Judiciário.

O presente voto, portanto, é no sentido de REJEITAR a arguição de nulidade do lançamento por irregularidades nas intimações lavradas.

Willian Roberto Rosílio reitera os questionamentos dirigidos contra as provas ilícitas utilizadas pela Fiscalização, acrescentando argumentos acerca do uso indevido de prova emprestada, e destacando a necessidade de prévio contraditório acerca de seu conteúdo.

Como antes exposto, nenhuma decisão judicial invalidou as provas obtidas mediante interceptação telefônica/telemática, e estes procedimentos foram previamente

autorizados pelo Poder Judiciário. Quanto à validade da prova emprestada, bastam os argumentos deduzidos na decisão recorrida:

Antes de apreciar a validade da prova emprestada, importa consignar que, para provar a ocorrência do fato gerador, não se limitou a fiscalização à utilização do Parecer Técnico Contábil para Aferição da Capacidade Financeiro-Operacional da HUSS WILLIANS (fls. 795/1048), elaborado pela Pégasus Consultoria Econômica Ltda., para “produzir prova com vistas a demonstrar, juridicamente, que não procede a acusação que o Ministério Público Federal formulou (...)”, que teria sido obtido pela fiscalização, com autorização judicial, no processo criminal.

Na verdade, a conduta reiterada de omissão de receitas da HUSS WILLIANS está respaldada também em outros fatos e documentos que não podem ser caracterizados como provas emprestadas de outro processo: (i) as Guias de Informação e Apuração do ICMS – GIA, apresentadas pela empresa autuada, perante o Fisco Estadual; (ii) a falta de apresentação das Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ dos anos-calendário de 2006 e 2007 ao Fisco Federal; (iii) a falta de declaração em DCTF e de pagamento dos débitos apurados ex-officio pelo Fisco Federal; e (iv) os depósitos bancários de origem/causa não identificada nas contas correntes de titularidade da empresa.

Assim, a prova emprestada não foi decisiva nem para a caracterização da fraude, por sonegação fiscal², na medida em que os elementos referidos no parágrafo anterior são suficientes para a caracterização da sistemática, expressiva e reiterada prática de omissão de receitas pela empresa.

Nem para a imputação da responsabilidade solidária aos sócios de fato e administradores do “empreendimento” as provas coligidas judicialmente foram utilizadas isoladamente, tendo a fiscalização desenvolvido investigação para determinação da origem e destinação dos recursos auferidos na atividade da HUSS WILLIANS, a fim de ratificar o expressivo favorecimento dos sócios de fato WILLIAN e LUIZ AUGUSTO.

Contrariamente ao alegado na defesa, é perfeitamente admitido, no sistema jurídico pátrio, que a prova produzida num processo seja transladada e aproveitada em outro, por meio de certidão extraída do processo de origem. As restrições referem-se a simples transposição das conclusões sem as provas correspondentes, fato não ocorrido no âmbito dos presentes autos, conforme adiante se verá.

Cumpre transcrever também decisões do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ sobre o cabimento da prova emprestada, inclusive em processos criminais, nos quais o controle da instrução probatória é bastante rigoroso:

Pet 3683 QO / MG - MINAS GERAIS QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO
Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 13/08/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-035 DIVULG 19-02-2009 PUBLIC 20-02-2009 EMENT VOL-02349-05 PP-01012 RMDPPP v. 5, n. 28, 2009, p. 102-104 EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Documentos. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedentes. Voto vencido. **Dados obtidos em**

² Sonegação definida pelo art. 71 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, como toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas.

HC 78749 / MS - MATO GROSSO DO SUL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 25/05/1999 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJ 25-06-1999 PP-00004 EMENT VOL-01956-03 PP-00602 EMENTA: I. Prova emprestada e garantia do contraditório. **A garantia constitucional do contraditório** - ao lado, quando for o caso, **do princípio do juiz natural** - é o obstáculo mais freqüentemente oponível à admissão e à valoração da **prova emprestada de outro processo**, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de prover a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se se cuida de prova que - não fora o seu traslado para o processo - nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes. Não é a hipótese de autos de apreensão de partidas de entorpecentes e de laudos periciais que como tal os identificaram, tomados de empréstimo de diversos inquéritos policiais para documentar a existência e o volume da cocaína antes apreendida e depositada na Delegacia, pressuposto de fato de sua subtração imputada aos pacientes: **são provas que - além de não submetidas por lei à produção contraditória** (CPrPen, art. 6º, II, III e VII e art. 159) - **nas circunstâncias do caso, jamais poderiam ter sido produzidas com a participação dos acusados, pois atinentes a fatos anteriores ao delito.** (...)

HC 67064 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO Julgamento: 07/04/1989 Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Publicação DJ 02-06-1989 PP-09600 EMENT VOL-01544-01 PP-00064 CITAÇÃO. OMISSÃO SUPRIDA. SENTENÇA: NULIDADE INOCORRENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA EMPRESTADA: POSSIBILIDADE. PRISÃO SEM ORDEM ESCRITA. (...) Não há de dizer-se ter havido cerceamento de defesa, por ter havido prova emprestada, se nenhuma restrição houve a respeito, e nem foi tal prova a única a embasar a sentença, mas apenas corroborando outras obtidas. (...)

Processo MS 14405 / DF MANDADO DE SEGURANÇA 2009/0110215-3 Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133) Órgão Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 26/05/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 02/08/2010 1. (...)

2 A teor do art. 5o., X e XII da Carta Magna, os sigilos constitucionais somente podem ser excepcionados para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; contudo, **o STF admite a migração da prova criminal obtida mediante a quebra de sigilo** (INQ/QO 2.424/RJ, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJU 24.08.2007). Ressalva do ponto de vista do Relator, que só admite a quebra de sigilos para fins de investigação e instrução processual penal, em fidelidade à letra do referido dispositivo da Constituição Federal.

(...)

Processo HC 155149 / RJ HABEAS CORPUS 2009/0233468-0 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 29/04/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 14/06/2010 I - **A prova emprestada é admissível no processo penal, desde que não constitua o único elemento de convicção a respaldar o convencimento do julgador** (Precedentes do c. Pretório Excelso e do STJ).

II - Na espécie, a tese de nulidade aventada pela defesa não comporta acolhimento, a uma porque a prova emprestada foi colhida em processo entre as mesmas partes, com observância dos princípios do contraditório e ampla defesa, e, a duas, porque

assumiu caráter meramente complementar aos demais elementos de convicção que sustentaram o decreto condenatório.

(...)

Processo HC 47311 / SP HABEAS CORPUS 2005/0142178-5 Relator(a) Ministro OG FERNANDES (1139) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 11/12/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 22/03/2010 1. Ao contrário do que sustenta o impetrante, a extensa sentença condenatória está amparada em **farto conjunto probatório produzido sob o crivo do contraditório**, não prosperando a alegação de que estaria baseada unicamente em prova emprestada.

2. (...).

3. Não se olvide que esta Corte tem se manifestado pela **admissibilidade da prova emprestada quando agregada a outros elementos de convicção produzidos no processo, sob o crivo do contraditório**.

4. Ordem denegada.

Admitida a prova emprestada até no processo criminal, quanto mais nos processos administrativos, instaurados justamente em decorrência de fatos apurados em inquéritos e processos criminais. Acrescente-se também a jurisprudência favorável à utilização da prova emprestada do Conselho de Contribuintes (atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF):

Nº Acórdão 105-15188 Data da Sessão 17/06/2005 Relator(a) Adriana Gomes Rego Galvão Ementa: PROVA EMPRESTADA - A jurisprudência tem repudiado a prova emprestada aproveitada quanto às conclusões. Deve ser admitido o procedimento da autoridade julgadora que, aproveitando documentos de outro processo da mesma contribuinte, relativamente aos mesmos fatos, porém ocorridos no ano-calendário anterior, os utiliza para fundamentar suas alegações.

Nº Acórdão 105-17198 Data da Sessão 17/09/2008 Relator(a) Wilson Fernandes Guimarães Ementa: INFORMAÇÕES EXTERNAS - PROVA EMPRESTADA - Se os elementos que serviram de subsidio para o lançamento tributário, originários de fonte externa, tiveram a sua validade corroborada por investigações complementares promovidas pela autoridade fiscal, há que se manter as imputações infracionais deles decorrentes.

A própria doutrina colacionada pela defesa não se refere à prova produzida com autorização judicial, mas apenas à prova emprestada entre os Fiscos Federal, Estadual e Municipal, e limita-se a questionar a validade de sua utilização, de forma isolada, para a constituição do fato jurídico ou do ilícito tributário, sem a adoção de procedimento fiscal próprio, o que não aconteceu no presente caso.

Apesar dos protestos da defesa, foram rigorosamente observados os requisitos necessários para a eficácia, no processo administrativo sob apreciação, da prova produzida judicialmente, a saber: a) a parte contra quem a prova foi produzida tem direito a contraditá-la judicialmente³; b) há identidade entre os fatos do processo criminal com os fatos a serem provados no processo administrativo; e c) seria impossível, no processo administrativo em que se pretende demonstrar a ocorrência dos ilícitos, a reprodução da prova emprestada produzida com autorização judicial (interceptação telefônica e telemática e objeto de mandados de busca e apreensão).

As provas em referência estão juntadas aos autos entre as fls. 671 e 1615, os efeitos delas extraídos foram claramente expostos na acusação fiscal, e os recorrentes foram disto cientificados, com a abertura de prazo para sua defesa. Imprópria, assim, a alegação de que não foi estabelecido o contraditório acerca do conteúdo das provas emprestadas.

³ Conforme defesa apresentada, quando as partes envolvidas participaram do processo original, no qual foi produzida a prova a emprestar, é possível que esta prova tenha a mesma eficácia do processo original.

Quanto à afirmação contida no excerto acima reproduzido, no sentido de que prova emprestada não foi decisiva para a caracterização da fraude, por sonegação fiscal, não se verifica qualquer impropriedade, como alegado por Willian Roberto Rosílio, porque, como dito no parágrafo anterior pela autoridade julgadora, *a conduta reiterada de omissão de receitas da HUSS WILLIANS está respaldada também em outros fatos e documentos que não podem ser caracterizados como provas emprestadas de outro processo: (i) as Guias de Informação e Apuração do ICMS – GIA, apresentadas pela empresa autuada, perante o Fisco Estadual; (ii) a falta de apresentação das Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ dos anos-calendário de 2006 e 2007 ao Fisco Federal; (iii) a falta de declaração em DCTF e de pagamento dos débitos apurados ex-officio pelo Fisco Federal; e (iv) os depósitos bancários de origem/causa não identificada nas contas correntes de titularidade da empresa.* A prova emprestada questionada pelo recorrente prestou-se a vinculá-lo às operações da pessoa jurídica e legitimar sua inclusão no pólo passivo do lançamento tributário; os créditos tributários reiteradamente sonegados pela pessoa jurídica foram demonstrados por meio dos demais elementos probatórios das receitas auferidas.

Estas as razões, portanto para REJEITAR a arguição de nulidade do lançamento por uso da prova emprestada.

No mais, tem-se que o recorrente Willian Roberto Rosílio, sem contraditar no mérito quaisquer das provas apresentadas pela Fiscalização, limita-se a afirmar que nunca foi sócio quotista da autuada, nem seu gerente ou administrador, e que sua caracterização como sócio “de fato” repousa em provas insuficientes para qualquer pré-julgamento antes da manifestação do Poder Judiciário. Pretende, assim, que prevaleça o que consignado nos atos constitutivos da autuada, desmerecendo todo o vasto conjunto probatório assim resumido na decisão recorrida:

I - Das provas obtidas a partir da interceptação telefônica

Preliminarmente, cumpre destacar que a HUSS WILLIANS foi regularmente intimada e reintimada reiteradas vezes (fls. 05/06, 161, 163, 265/266, 331, 333, 335, 337, 339, 341, 343, 345, 347 e 349) a apresentar: (i) cópias autenticadas do Contrato Social e Alterações, acompanhadas de cópias autenticadas dos documentos de identidade dos sócios; e (ii) documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, com o contrato de constituição e com a escrituração contábil do ingresso de recursos dos sócios para constituição do capital da empresa.

*Logicamente, que nenhum documento foi apresentado, nem agora, na fase impugnatória, em que o sócio designado no contrato social, Sr. **JOSÉ EDNO COSTA** vem ao contrário, reconhecer a fraude na interposição de pessoa no contrato social da empresa, e a relação de subordinação, mantida com os reais sócios e beneficiários da atividade da HUSS WILLIANS (Srs. **WILLIAN ROBERTO ROSÍLIO** e **LUIZ AUGUSTO DO VALLE DE LIMA**).*

No que tange as provas produzidas judicialmente (processo criminal nº 2007.61.81.007294-0 – IPL nº 12.0146/07), imperioso destacar que, pelo despacho juntado às fls. 671, de 31/01/2008, a Juíza Federal da 2ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP teria determinado que fosse informada a instauração, ou justificada a não instauração, de ações fiscais sobre os fatos apurados pela Polícia Federal na Operação Reluz, determinando, ainda, neste último caso, que fosse instaurada a competente ação fiscal, “ficando autorizado o acesso a todos os volumes e apensos deste feito, de modo a melhor realização dos trabalhos”.

Com base na decisão judicial acima, em 17/03/2008, o Serviço de Fiscalização – Sefis da DRF Barueri/SP solicitou que fossem franqueados aos AFRFB designados o acesso, a consulta e eventual extração de cópias dos elementos integrantes do processo criminal acima referido, assim como dos demais materiais que não fizessem parte dos autos, arrecadados pela Polícia Federal, em cumprimento aos Mandados de Busca e Apreensão (fls. 672).

Às fls. 681/684, constam os Ofícios do Sefis da DRF Barueri/SP, nos quais teria sido discriminada a documentação a ser copiada do processo judicial, para instrução dos processos administrativos de constituição dos créditos tributários contra a HUSS WILLIANS.

Do Relatório Parcial de Análise (Auto Circunstanciado nº 19/2007) do material obtido nas interceptações telefônicas e telemáticas, de fls. 698/719, verifica-se a ligação entre as diversas pessoas envolvidas na atividade da HUSS WILLIANS, e os reais sócios e beneficiários do “empreendimento”. Apenas a título exemplificativo, podem ser citadas as seguintes conversas a comprometer a alegação das defesas apresentadas de falta de comprovação do envolvimento dos responsáveis tributários nas operações da HUSS WILLIANS:

1. a ligação telefônica entre o Sr. ANTÔNIO, pai de WILLIAN, e LAÉRCIO, representante da CAMPARI em Sorocaba, em 05/03/2007, visando a distribuição dos produtos produzidos por aquela fábrica pela HUSS WILLIANS, com os benefícios da isenção do IPI, obtida por decisão liminar judicialmente expedida;
2. a ligação telefônica entre WILLIAN e LUIZ AUGUSTO, em 05/03/2007, a respeito da reunião de WILLIAN com representantes da ITABA, na qual WILLIAN teria recebido R\$101.840,00, em espécie, relativos à venda de cigarros da ITABA, efetuada pela HUSS WILLIANS;
3. a ligação telefônica entre LEANDRO (representante/administrador da ITABA) e LUIZ AUGUSTO, em que é discutida a possibilidade de a HUSS WILLIANS faturar a venda de cigarros da ITABA, tendo sido marcada uma reunião no Guinzza Trade Center, sede da matriz da HUSS WILLIANS;
4. a ligação telefônica entre JOSÉ EDNO e RAUL/MÁRCIO, em 01/03/2007, na qual é tratada a forma de liquidação da dívida de 35.000 caixas de cigarros (adiantamento) dos dirigentes da HUSS WILLIANS (LUIZ AUGUSTO e WILLIAN) com a ITABA;
5. a ligação telefônica entre JOSÉ EDNO e MÁRCIO, em 06/03/2007, na qual é tratada a possibilidade de trabalharem novamente com a CERVEJARIA LOKAL, e a visita de uma equipe do BRADESCO à filial de Jandira/SP, com pedido de simulação⁴ de movimento de caminhões;
6. a ligação telefônica entre WILLIAN e JOSÉ EDNO, em 10/03/2007, na qual WILLIAN questiona a obtenção de um financiamento no BRADESCO de apenas R\$100.000,00, e JOSÉ EDNO justifica em função da situação financeira devedora da HUSS WILLIANS. Novamente conversam sobre a possibilidade de a HUSS WILLIANS voltar a trabalhar com a LOKAL e a SUDAMAX;
7. a ligação telefônica entre CRISTINA (esposa de Ney Pinto de Moraes e mãe de André Salgueiro de Moraes, sócios de fachada da HUSS WILLIANS) e JOSÉ EDNO, para confirmar com WILLIAN o recebimento da mensalidade e ver se teria mudado alguma coisa após a morte de Ney, tendo sido confirmado o pagamento a ser feito no dia seguinte;

⁴ A necessidade de simulação, perante a instituição financeira, de que a empresa operava normalmente, vem confirmar a afirmação feita pela fiscalização de que a HUSS WILLIANS só existia no papel, nunca havia operado e não possuía funcionários.

8. a ligação telefônica entre ÉRICA (Banco Safra) e JOSÉ EDNO, na qual a representante do banco afirma que o Banco Central teria acusado a expressiva movimentação financeira das contas da HUSS WILLIANS, para a apresentação das devidas justificativas, mediante encaminhamento urgente de relação de faturamento, balanço e relatório de saques e depósitos;

9. a ligação entre WILSON (irmão de WILLIAN) e JOSÉ EDNO, em 13/03/2007, na qual este último diz que: (i) fazia mais de um mês que a HUSS WILLIANS estava funcionando graças a um empréstimo pessoal dele (tendo por avalista seu filho, João Victor), conseguido graças a um relacionamento antigo com o Bradesco; (ii) que o WILLIAN ia receber uma bolada de dinheiro, cuja destinação não era conhecida por JOSÉ EDNO; (iii) que todos os recursos estariam indo para LUIZ AUGUSTO – dois ou três depósitos semanais feitos na conta do Banespa de Juiz de Fora, nos valores de R\$200.000,00 ou R\$300.000,00 por semana; (iv) que desconhecem os interlocutores o acerto entre WILLIAN e LUIZ AUGUSTO; (v) que JOSÉ EDNO não teria conseguido tirar o seu rendimento de R\$50.000,00 por mês; (vi) que a empresa tinha compromissos a pagar e que não tinha dinheiro disponível em face do excesso de retiradas de LUIZ AUGUSTO;

10. a ligação entre EUCLIDES (da SUDAMAX, sediada em Cajamar/SP) e LUIZ AUGUSTO, em 10/10/2006, avisando da operação de busca e apreensão na fábrica da SUDAMAX, da possibilidade de que o mesmo também ocorresse na HUSS WILLIANS, e que o carimbo usado para endossar duplicata, que deveria estar na HUSS WILLIANS, estava na SUDAMAX, e foi objeto de apreensão;

Conforme se observa das conversas telefônicas acima, é evidente que os responsáveis solidários pelo crédito tributário constituído ex-officio, Srs. **Willian Roberto Rosílio, Luiz Augusto do Valle de Lima e José Edno Costa** eram os reais administradores do “empreendimento” da HUSS WILLIANS, controlando todas operações da empresa e a movimentação de recursos delas decorrente.

II – Das provas obtidas em cumprimento aos mandados judiciais de busca e apreensão

No “Relatório Parcial de Análise” da documentação apreendida, em 22/06/2007, na sede da LR ASSESSORIA EMPRESARIAL (empresa de GEAN CARLOS LLOBREGAT RODRIGUES), sediada à Av. Nove de Julho, nº 40, 10º andar, conjuntos G e H, a equipe da Polícia Federal responsável fez constar a existência dos seguintes documentos:

1. Diversas faturas da HUSS WILLIANS, com relação dos respectivos títulos baixados por endosso à SUDAMAX – Tal documentação vem corroborar a atuação apenas de fachada da HUSS WILLIANS nas operações de distribuição de cigarros, a qual sequer chegava a receber pelos títulos por ela emitidos contra terceiros, que eram recebidos diretamente pela própria fabricante (SUDAMAX), mediante endosso, sendo providenciado, posteriormente, o repasse da parte combinada à HUSS WILLIANS;

2. Instrução de abatimento em título, enviada pela SUDAMAX à HUSS WILLIANS – Novamente verifica-se que a SUDAMAX é quem tem acesso direto ao cliente e controla os títulos a serem pagos pelos mesmos, repassando as posições à HUSS WILLIANS;

3. Declaração de faturamento da HUSS WILLIANS, emitida pela LR ASSESSORIA e endereçada ao banco Safra, no valor de R\$55.226.867,40, referente ao período de janeiro a agosto de 2006, para atender às exigências do Banco Central – Documento a corroborar a intenção dolosa dos reais sócios e administradores da HUSS WILLIANS de sonegação dos tributos devidos ao Fisco Federal, por estar a

empresa omissa na entrega das declarações à RFB acerca da ocorrência de tais fatos geradores;

4. Outra declaração de faturamento da HUSS WILLIANS no ano de 2006, no valor de R\$74.756.386,90;

5. Diversos canhotos de cheques emitidos, bancos Safra e Bradesco, com apontamento de SAQUE, SAQUE CAIXA, SAQUE W (WILLIAN), LUIZ AUGUSTO, SAQUE LA (LUIZ AUGUSTO), SAQUE DIR. e SAQUE DIRETORIA (DIRETORIA – WILLIAN e LUIZ AUGUSTO) – Documentação que ratifica os reais sócios e beneficiários do “empreendimento” ou esquema de sonegação articulado;

6. Comprovantes de depósitos em nome de LUIZ AUGUSTO – Documentação que ratifica os reais sócios e beneficiários do “empreendimento” ou esquema de sonegação articulado;

*7. Diversos canhotos de cheques emitidos, bancos Safra e Bradesco, com apontamento de terem sido emitidos em pagamento de despesas com aluguel, condomínio, desmontagem de divisórias, instalação de telefone e internet e móveis, referentes às **SALAS 408, 1801 e 1807**, locadas por WILLIAN e LUIZ AUGUSTO para uso da HUSS WILLIANS, ou com o apontamento SALA LA (LUIZ AUGUSTO) – Documentação comprobatória do vínculo entre WILLIAN e LUIZ AUGUSTO com as atividades da HUSS WILLIANS;*

8. Recibos de despesas e depósito bancário, referentes à filial da HUSS WILLIANS em Juiz de Fora/MG, enviados pelo Correio, via Sedex, cujo remetente é LUIZ AUGUSTO DO VALLE DE LIMA – Documentação a ratificar a vinculação de LUIZ AUGUSTO com a atividade da HUSS WILLIANS;

9. Faturas dos telefones 4193-1163, em nome da HUSS WILLIANS, e 4195-1810, 4689-1068 e 4195-9949, em nome de LUIZ AUGUSTO DO VALLE DE LIMA – Documentação a ratificar a vinculação de LUIZ AUGUSTO com a atividade da HUSS WILLIANS;

10. Cópia de um fax enviado por GEAN a LUIZ AUGUSTO referente a embargos declaratórios em agravo de instrumento da HUSS WILLIANS, processo judicial relatado junto ao TRF da 3ª Região pela Desembargadora Alda Basto – Documentação a ratificar a vinculação de LUIZ AUGUSTO com a atividade da HUSS WILLIANS;

11. Cheques emitidos em favor das interpostas pessoas, pelo empréstimo dos nomes para o registro das sociedades:

a. SR. NEY PINTO DE MORAES – sócio consignado no contrato social da HUSS WILLIANS

b. SÉRGIO BONCOSKI FIERGELEWSKI (filho menor de ANDRÉ FIERGELEWSKI, por sua vez, filho de CARLOS FIERGELEWSKI⁵);

c. CARLOS FIERGELEWSKI;

d. MARIA CRISTINA SALGUEIRO DE MORAES (esposa de NEY PINTO DE MORAES e mãe de ANDRÉ SALGUEIRO DE MORAES, sócios designados no contrato social da HUSS WILLIANS)

12. Notas de despesas de combustível e lubrificante em nome de JOÃO VICTOR RAMOS COSTA (filho de JOSÉ EDNO COSTA), de hotel em Curitiba/PR de

⁵ Carlos Alberto Fiergelewski foi indicado no Relatório do Escritório de Pesquisa e Investigação da Receita Federal na 10ª Região Fiscal de fls. 685/696, como responsável pela filial da HUSS WILLIANS em Caxias do Sul/RS e antes como proprietário da empresa distribuidora de cigarros ARAFÉRTIL e representante da FENTON, empresas envolvidas em denúncias de exportação fictícia, fabricação de produtos contrafeitos e utilização de selos falsos;

ANTONIO ROSÍLIO e de hotel em Porto Alegre/RS de WILSON ROSÍLIO, para tratar de assuntos referentes à filial da HW em Caxias do Sul/RS – Documentação comprobatória da participação do pai e do irmão de WILLIAN no “empreendimento”;

13. Conhecimento aéreo de despacho de carga enviada pela HUSS WILLIANS de Jandira/SP para a filial em Caxias do Sul/RS, cujo recebimento em Porto Alegre/RS foi efetuado por WILSON ROSÍLIO – irmão de WILLIAN;

14. Comunicado interno da HUSS WILLIANS, pelo qual SONIA CAETANO informa a LR ASSESSORIA que JOSÉ EDNO passaria a figurar como sócio-administrador e não mais como funcionário;

15. Razão Analítico, no qual os peritos policiais verificaram a existência dos seguintes lançamentos suspeitos:

a. Valores a Regularizar – R\$62.492.850,73;

b. Estoque de Mercadorias – R\$95.692.233,11 (segundo a documentação fiscal apresentada, as mercadorias vendidas pela HUSS WILLIANS saíam diretamente das fábricas para os adquirentes);

c. Aumento do Patrimônio Líquido de R\$207.476,00 para R\$85.780.773,66, devido a um lucro de R\$86.697.407,46 – fato a corroborar mais uma vez o dolo na sonegação de tão expressivo fato gerador do IRPJ e da CSLL à Administração Tributária Federal;

d. Lançamentos de depósitos, saques e transferências bancárias, sem identificação da origem ou destinação dos recursos.

[...]

No “Relatório Parcial de Análise” da documentação apreendida, em 22/06/2007, na residência do Sr. WILLIAN ROBERTO ROSÍLIO, situada à Alameda Rio Claro, 57, Alphaville IV, Santana do Parnaíba/SP, a equipe da Polícia Federal responsável fez constar a existência dos seguintes documentos:

1. Para corroborar o vínculo com a atividade da HUSS WILLIANS:

a. Tabelas e manuscritos com valores a pagar e a receber da HUSS WILLIANS, nos quais se vê a destinação de R\$240.000,00 para LILI (LUIZ AUGUSTO) e R\$57.000,00 para W (WILLIAN);

b. Planilhas com discriminação das despesas e gastos com a HUSS WILLIANS, matriz e filiais, e despesas das salas 1801, 1807 e 408;

c. Instrumento Particular de Locação da SALA 1801 do Edifício Guinzza Trade Center em nome de LUIZ AUGUSTO;

d. Faturas dos telefones 11 4195-6789 e 4689-1068, instalados ambos na SALA 1801 da Alameda Madeira, 258, Alphaville, Barueri/SP, a primeira em nome de WILLIAN ROBERTO ROSÍLIO, e a segunda em nome de LUIZ AUGUSTO DO VALLE DE LIMA;

e. Extratos de contas corrente da HUSS WILLIANS, mantidas no Banco Safra e no Unibanco;

f. Três correspondências do Unibanco, contendo senhas e códigos de acesso à conta bancária da HUSS WILLIANS pela internet, denotando que WILLIAN tinha o total controle das movimentações das contas correntes da HUSS WILLIANS;

g. Extrato da conta bancária da HUSS WILLIANS no Safra, constando anotação de conta, nome e CPF de GISELE DOS SANTOS, referente a um depósito de R\$40.000,00 como parte do pagamento de dívida de jogo de azar de WILLIAN em

Balneário Camboriú/SC;

- h. Planilha descritiva de títulos e comparativa de preços entre a LOKAL e a HUSS WILLIANS, e entre a HUSS WILLIANS e os clientes da LOKAL;*
- i. Manuscrito contendo relação de contas, além de pedidos de cigarros com descrição de marcas e valores;*
- j. Relatório de Notas Fiscais emitidas pela ITABA e pela SUDAMAX;*
- k. Relatório de contas a pagar, por fornecedor;*
- l. Relação de Caixas faturadas na semana;*
- m. Duplicatas, tendo por sacado a ARAFÉRTIL e como recebedor a FENTON, no valor total de R\$1.098.015,04⁶;*
- n. Declaração prestada por WILLIAN à INTERPOL pela qual se diz diretor comercial da FENTON e fornece o endereço da empresa como sendo o seu local de trabalho;*
- o. Minuta de procuração outorgada por NEY PINTO DE MORAES a WILLIAN ROSÍLIO, para transferência das quotas sociais da FENTON, mediante a qual poderia o outorgado livremente dispor das quotas, inclusive para incorporá-las ao seu próprio patrimônio;*
- p. Pasta de papel com manuscritos contendo contas bancárias, CPF, endereços e telefones das pessoas físicas: ANDRÉ e MARIA CRISTINA SALGUEIRO DE MORAES; JOSÉ EDNO COSTA; JOÃO VICTOR RAMOS COSTA; JOSÉ CARLOS RIBEIRO DE CAMPOS; WILSON ROBERTO ROSÍLHO e WILLIAN ROBERTO SOUSA ROSILHO;*

2. Para corroborar o vínculo entre LUIZ AUGUSTO E WILLIAN:

- a. Planilhas com apontamentos e valores referentes a despesas de WILLIAN com a FIRST⁷, empresa que estaria sendo montada em sociedade com LUIZ AUGUSTO, com a anotação de que os funcionários seriam os mesmos que trabalhavam na FENTON antes da dissolução da sociedade de WILLIAN com CARLOS LEMOS;*
- b. Contrato Social de constituição da FIRST, firmado entre GERALDO JOSÉ MUZZI DE LIMA e LUIZ AUGUSTO DO VALLE DE LIMA;*
- c. Uma correspondência, via internet, de 07/06/2006, na qual consta uma relação de despesas com valores em reais e em dólares americanos, a serem despendidos por WILLIAN e LUIZ AUGUSTO pelo transporte, tributos e taxas incidentes sobre a compra de máquinas para fabricação de cigarros, que se encontravam no Uruguai e tinham como destino a FIRST;*
- d. Instrumento Particular de Cessão de Compromisso de Compra e Venda de Imóvel, referente ao imóvel de residência de WILLIAN ROSÍLIO, localizado na Alameda Rio Claro, 57, Alphaville, Santana do Parnaíba/SP, com a ITABA na qualidade de cedente e a PIONEIRA CONSULTORIA (empresa de LUIZ AUGUSTO) na qualidade de cessionária⁸;*

⁶ A ARAFÉRTIL era uma distribuidora de fachada, registrada em nome de CARLOS FEIVGELEWSKI, localizada em Porto Alegre/RS, e utilizada nos mesmos moldes da HUSS WILLIANS pela FENTON e por WILLIAN. Os recibos se referem ao acerto contábil promovido por CARLOS FIEVGELEWSKI na ARAFÉRTIL devido à fiscalização havida na empresa, cuja necessidade era apresentar documentos condizentes com os valores declarados e aumentar as suas despesas como forma de diminuir o seu lucro.

⁷ Apesar de terem efetuado a compra de maquinário e aluguel de um galpão para a instalação da fábrica de cigarros, a FIRST não teria obtido o registro especial da Receita Federal para a fabricação de cigarros e não entrou em funcionamento, segundo relatório do Inquérito Policial.

⁸ No cofre de LUIZ AUGUSTO, na residência de seu pai, ENOCK, foram encontrados os canhotos dos cheques emitidos para pagamento das parcelas acordadas, em valores de R\$100.000,00 cada, contendo a expressão CASA

e. instrumento particular de compromisso de venda e compra da AERONAVE PT-LNC, modelo CESSNA CITATION II-C550, entre JOSELITO GOLIN (vendedor) e LUIZ AUGUSTO e WILLIANS (adquirentes), no valor de US\$2.800.000,00, com recibos de depósitos efetuados em favor da TAF LINHAS AÉREAS S.A.;

f. Certificados de Registro e Licenciamento de Veículo – CRLV dos seguintes veículos adquiridos por WILLIAN e registrados em nome de terceiros, às vezes a própria revendedora do veículo (constam também planilhas contendo a relação de veículos e valores a serem pagos, provavelmente a título de IPVA e seguro⁹):

i. AUDI RS 6 BGX 0006

ii. AUDI RS6 DJT 0008

iii. AUDI Q7 DYB 0006

iv. M. BENS SLR DYE 0006

v. HONDA CBR 1000 HCX 5176

vi. HONDA XR TORNADO DJK 5760

vii. DUCATI 998 HAZ 6006

viii. PÁLIO WK LUB 0478

g. cópia de nota fiscal de aquisição do veículo AUDI RS6 BGX 0006, em nome de WILLIAN, registrado em nome da PIONEIRA CONSULTORIA;

h. cópia de nota fiscal de aquisição do veículo AUDI Q7, em nome de ADAIR OLIVEIRA ROSÍLIO, mãe de WILLIAN, apreendido no Rio de Janeiro, e contrato de financiamento do mesmo veículo, em nome de LUIZ AUGUSTO DO VALLE DE LIMA;

i. Escritura de promessa de compra e venda de imóvel de WILLIAN, localizado na Rua Prof. Pantoja Leite, 255, Joatinga/RJ, adquirido de SOUTHERN SEAS SHIPPING LIMITED. e colocado em nome da mãe de WILLIAN, Sra. ADAIR DE OLIVEIRA ROSÍLIO;

j. planilha contendo a discriminação de gastos com a embarcação Alcântara, contendo os lançamentos referentes a LUIZ AUGUSTO e a WILLIAN, com alguns apontamentos referentes a pagamentos: TED PIONEIRA, TED LA E LILI (LUIZ AUGUSTO);

3. Para corroborar os procedimentos adotados na tentativa de conferir uma origem lícita aos valores recebidos pela participação no esquema ilícito:

a. Obrigações ao Portador emitida pela ELETROBRÁS Nº 1830002, 1830003, 1830004 E 1830005;

b. Título ao Portador nº 11278 emitido pelo Estado do Rio de Janeiro;

c. Título ao Portador nº 149707 emitido pelo Estado de Pernambuco;

d. Contrato Particular de Cessão de Direitos Creditórios reconhecidos judicialmente no processo nº 2002.61.0000.5202-2 no valor de R\$4.370.287,00 entre a VETOR (cedente – representada por LUIZ AUGUSTO) e a FENTON (cessionária – representada por WILLIAN ROSÍLIO);

e. Contrato Particular de Cessão de Direitos Creditórios de Apólices da Dívida Pública, entre a ELECI DELLA MONICA e a FENTON;

⁹ As planilhas, acompanhadas dos CRLV, demonstram que apesar de estarem registrados em nome de terceiros, os veículos eram de propriedade e responsabilidade de WILLIAN, adquiridos com os lucros obtidos na FENTON e na HUSS WILLIANS.

No “Relatório Parcial de Análise” da documentação apreendida, em 22/06/2007, na Alameda Madeira, 258 – SALA 408, Alphaville, Barueri/SP, a equipe da Polícia Federal responsável fez constar a existência dos seguintes documentos:

1. Dois talões de cheques da HUSS WILLIANS, todos assinados por JOSÉ EDNO e sem preenchimento dos campos, à disposição para utilização a critério de WILLIAN;
2. Cheques emitidos para pagamento da SUDAMAX, como repasse pelo recebimento das verdadeiras distribuidoras clientes;
3. Cheques emitidos para SAQUE DA DIRETORIA, de mesmo valor e no mesmo dia, a indicar a divisão dos lucros entre WILLIAN e LUIZ AUGUSTO;
4. Correspondências por e-mail entre a SUDAMAX e CARIOCA TABACCO e a HUSS WILLIANS, nas quais: a SUDAMAX solicita a correção de duplicata emitida pela HUSS WILLIANS; a SUDAMAX informa a emissão de Nota Fiscal de Venda para HUSS WILLIANS Caxias, que deve refaturar para o cliente final (BRASUR); a SUDAMAX informa a HUSS WILLIANS o pedido feito pela RIO CARIOCA; a HUSS WILLIANS informa à SUDAMAX a existência de diferença entre o valor do pedido e do depósito efetuado pelo cliente, e solicita que seja confirmada a existência de acerto para poder liberar o pedido; a CARIOCA TABACCO informa à HUSS WILLIANS o envio de pedido de cigarros, conforme combinado com a SUDAMAX, e que o pagamento seria efetuado e repassado o comprovante à SUDAMAX;
5. Contratos de fornecimento firmado entre a SUDAMAX e a HUSS WILLIANS e autorização da SUDAMAX para que a HUSS WILLIANS vendesse cigarros também da ITABA
6. Correspondência ao Bradesco com informação sobre o quantitativo de funcionários da HUSS WILLIANS e diversos extratos de movimentação da conta corrente da HUSS WILLIANS, com identificação dos valores pagos por outras distribuidoras;
7. Canhotos de cheques emitidos pela HUSS WILLIANS do Banco Safra com as expressões: W (WILLIAN) e saque caixa no total de R\$1.083.500,00; CONTAS W, no valor de R\$3.855,34 para pagamento de contas pessoais de WILLIAN; 13 cheques emitidos com a expressão BINGO, no valor total de R\$101.000,00, a confirmar que WILLIAN era um dos beneficiários diretos do lucro da HUSS WILLIANS; cheques para pagamento de aluguel das salas 1807 e 1801, utilizadas por WILLIAN e AUGUSTO e pela HUSS WILLIANS.

Na Alameda Madeira, 258, **SALA 1801**, Alphaville, Barueri/SP não foram localizados documentos relevantes para a investigação, e a **SALA 1807, sede da HUSS WILLIANS estava vazia**, conforme Auto Circunstanciado de Busca e Apreensão de fls. 1327 e Relatório Parcial de Análise de fls. 1331.

No “Relatório Parcial de Análise” da documentação apreendida, em 22/06/2007, na filial da HUSS WILLIANS em Jandira (Estrada Velha de Itu, 117), a equipe da Polícia Federal responsável fez constar a existência dos seguintes documentos:

1. Demonstrativo Razão Analítico da HUSS WILLIANS de 01/01 a 31/12/2006 com destaque para lançamento de TED de R\$110.000,00 em nome de LUIZ AUGUSTO;
2. Relação de vendas da HUSS WILLIANS no período de junho de 2006 a janeiro de 2007, com tabelas contendo as quantidades de caixas faturadas, informação destinadas a fax instalado na residência de WILLIAN (4152-2953) para controle dos valores cabíveis a ele e a LUIZ AUGUSTO;

3. Correspondências de e-mail da SUDAMAX para a HUSS WILLIANS, com determinações de procedimentos a serem adotados com os clientes, a reafirmar que a fábrica negociava diretamente com os reais adquirentes (destinatários da carga);

4. Pedidos de distribuidores de cerveja enviados para a fábrica (LOKALBIER) e por e-mail repassados à HUSS WILLIANS por cópia, apenas para que providenciasse a emissão da nota fiscal espelho, sem ter participado da venda, do carregamento ou da entrega das cervejas.

Consta ainda do Relatório do Inquérito Policial nº 12-0146/2007, processo nº 2007.61.81.006680-0 (fls. 1347 em diante) a referência e a transcrição de algumas escutas telefônicas que merecem destaque:

1. a ligação entre LUIZ AUGUSTO e GEAN (contador), em 15/03/2007, a respeito da possibilidade de aumento de rendimentos/patrimônio declarados à RFB por WILLIAN, para fins de emissão de passaporte. Consta que WILLIAN pretende a informação de rendimento maior do que o limite de isenção, mas expressamente não quer pagar imposto, apenas “maquiar”. Em nova ligação efetuada no mesmo dia LUIZ AUGUSTO diz para GEAN informar uma casa em São Paulo e uma casa no Rio de Janeiro, no valor de 2 milhões e 2,8 milhões, respectivamente – fls. 1391/1392;

5. a ligação entre DAGOBERTO e JOSÉ EDNO, em 28/05/2007, para informar a entrada de recursos no valor de R\$193.905,00 e os seguintes depósitos a serem efetuados: (i) R\$98.633,55, para LUIZ AUGUSTO na conta da PIONEIRA; (ii) R\$22.100,00, para KAIONARA (esposa de WILSON, irmão de WILLIAN); (iii) R\$3.000,00, para ANDRÉ (interposta pessoa do quadro societário da HUSS WILLIANS); R\$3.000,00, para HENRIQUE (primo de WILLIAN e responsável pela HUSS WILLIANS em SC e no PR)¹⁰.

A partir da documentação apreendida por ordem judicial é inegável que os Srs. **Willian Roberto Rosílio, Luiz Augusto do Valle de Lima e José Edno Costa** eram os reais administradores do “empreendimento” da HUSS WILLIANS, controlando todas operações da empresa e a movimentação de recursos delas decorrente. E mais que isso: na documentação acima arrolada também está efetivamente comprovado que os Srs. **Willian Roberto Rosílio e Luiz Augusto do Valle de Lima** eram os principais beneficiários dos recursos obtidos com a atividade desenvolvida em nome da HUSS WILLIANS, configurando-se como sócios de fato do “empreendimento”. Entretanto, para a imputação de responsabilidade solidária aos terceiros acima identificados, **não se limitou a fiscalização às provas coligidas pela Polícia Federal nas interceptações telefônicas judicialmente autorizadas.**

III – Das provas obtidas com a transferência de sigilo bancário dos administradores para a RFB

No curso do procedimento fiscal, em 05/11/2007, foi regularmente formalizada a Solicitação de Emissão de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF de fls. 11/12, tendo em conta (i) a apuração de gastos ou investimentos em valores incompatíveis com a renda disponível e informada à RFB (saída de recursos das contas correntes de R\$75.242.841,22 e falta de informação à RFB, mediante a competente declaração, das receitas auferidas), e (ii) o fato de a empresa não ter atendido às intimações para prestar esclarecimentos.

É a seguinte a redação dos preceitos que teriam amparado a solicitação de emissão de RMF, contidos no Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que regulamentou

¹⁰ No Relatório do Inquérito Policial às fls. 1399 consta que teriam sido encontrados na residência de JOSÉ EDNO, a documentação comprobatória dos seguintes TED: R\$98.633,55 para a PIONEIRA; R\$22.100,00 para KAIONARA, e R\$3.000,00 para JOSÉ HENRIQUE ROSILIO MARQUES.

o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas:

Art. 2º Omissis (...)

§ 5º A Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, **quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis**. (Redação dada pelo Decreto nº 6.104, de 2007).

(...)

Art. 3º **Os exames referidos no § 5º do art. 2º somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses:** (Redação dada pelo Decreto nº 6.104, de 2007).

(...)

V - realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível;

(...)

VII - previstas no art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996;

(...)

No referido art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996, constam as seguintes hipóteses:

Art. 33. Omissis:

I - embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos em que se assente a escrituração das atividades do sujeito passivo, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição do auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;

II - resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde se desenvolvam as atividades do sujeito passivo, ou se encontrem bens de sua posse ou propriedade;

III - evidências de que a pessoa jurídica esteja constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual;

(...)

VII - incidência em conduta que enseje representação criminal, nos termos da legislação que rege os crimes contra a ordem tributária.

*Com fundamento nos fatos acima referidos, foram emitidas as Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF aos Bancos Bradesco (fls. 13/14 e 170/171) e Safra (fls. 69/70) acerca das seguintes contas correntes de titularidade da HUSS WILLIANS: (i) **Bradesco**: Agência 0136 – Conta nº 144.173-6, Conta nº 145.055-7; Conta nº 145.271-1; Conta nº 1.010.589-7; (ii) **Safra**: Agência 14100 – Conta nº 001.524-3; Conta nº 001.570-7; Agência 09700 – Conta nº 019.837-0.*

Em atendimento às RMF foram fornecidos além dos extratos bancários, os seguintes documentos em destaque:

1. o cadastro de clientes das contas da HUSS WILLIANS, mantidas no Bradesco:

a. nº 144.173/6, 145.271/1 e 1.010.589/7, consta que a empresa estaria sediada na **Al. Madeira, 258, 4º andar, sala 408**, mas teria como endereço de correspondência **Al. Madeira, 258, 18º andar sala 1807**;

b. nº 145.055/7, sequer aparece o endereço da **HUSS WILLIANS** constante dos cadastros da RFB **Al. Madeira, 258, 18º andar sala 1807**;

2. nos cadastros de clientes das contas da **HUSS WILLIANS**, mantidas no Safra tem-se o instrumento público de procuração, datado de **08/06/2006**, (fls. 75/76), mediante o qual os sócios designados no contrato social da **HUSS WILLIANS**, Srs. **André Salgueiro de Moraes** e **Ney Pinto de Moraes**, teriam nomeado e constituído o Sr. **JOSÉ EDNO COSTA** seu bastante procurador, **com poderes amplos, gerais e ilimitados para o fim especial de gerir e administrar a empresa (HUSS WILLIANS)**;

3. às fls. 1466 em diante, foram juntados diversos cheques e TEDs, em valores vultosos, emitidos pela **HUSS WILLIANS** em favor de **LUIZ AUGUSTO DO VALLE DE LIMA** ou da **PIONEIRA CONSULTORIA FINANCEIRA LIMITADA**, empresa de sua titularidade, algumas transferências teriam sido feitas inclusive no mesmo dia;

4. às fls. 1519/1544, constam cheques emitidos para saque em dinheiro pela própria **HUSS WILLIANS**, cheques emitidos em favor do Sr. **JOSÉ EDNO COSTA** e saques em dinheiro por ele mesmo efetuados;

Confirma-se assim a conclusão da fiscalização de que **JOSÉ EDNO COSTA** era o homem de confiança designado pelos reais sócios **WILLIAN ROBERTO ROSÍLIO** e **LUIZ AUGUSTO DO VALLE DE LIMA** para administrar a **HUSS WILLIANS** e figurar formalmente à frente dos negócios, sendo o responsável pela movimentação financeira da empresa.

Com base nesta documentação, a fiscalização elaborou uma tabela demonstrativa dos cheques emitidos pela **HUSS WILLIANS** e sacados diretamente na “boca do caixa” pelo sócio de direito **JOSE EDNO**, totalizando R\$2.531.903,33, entre 23/05/2006 e 01/07/2007, procedimento que evidencia a tentativa de ocultação do verdadeiro destinatário dos recursos da empresa, e que é compatível com a orientação dada pelo Sr. **WILLIAN** ao Sr. **JOSÉ EDNO** de lhe efetuar apenas saques em espécie.

Por sua vez, com base nos extratos e nos cheques e recibos apresentados pelas instituições financeiras, destacou também a fiscalização que o sócio **LUIZ AUGUSTO** teria recebido recursos da **HUSS WILLIANS**, entre 04/05/2006 e 18/06/2007, no valor de R\$3.319.715,40, de forma direta, e R\$449.337,55, por intermédio da **PIONEIRA**, totalizando R\$3.769.052,95.

Foi também solicitada a colaboração da Fazenda Estadual (Ofício de fls. 351) para fornecimento de cópias das Guias de Informação e Apuração do ICMS – GIA (fls. 356/466, que analisadas, teriam ratificado, em sua maior parte, as informações constantes dos Livros Registros de Entradas e Saídas (fls. 1108/1260), e objeto de apreensão judicial no escritório responsável pela contabilidade da **HUSS WILLIANS**.

Frente a este contexto, a defesa do recorrente Willian Roberto Rosílio estende-se sobre o conceito de sujeito passivo e sua classificação, para reiterar os argumentos deduzidos em impugnação contrariamente à aplicação do art. 124, do CTN para fins de imputação de responsabilidade tributária, acrescentando, ao final, que a hipótese ali prevista demandaria prova de que o responsável e o contribuinte participaram da situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária, não bastando, para tanto, o interesse econômico. Isto para suportar sua conclusão de que, por não ser sócio, não pode ser mantido como devedor

solidário, e muito menos instado, em razão de responsabilidade subsidiária, a pagar o débito fiscal lançado.

Como já antecipado na abordagem preliminar deste voto, a decisão recorrida refutou todas estas alegações do recorrente. Esta Conselheira, por sua vez, compartilha do entendimento ali exposto, aqui adotado para rejeitar a defesa reiterada em recurso voluntário:

Inicialmente, imperioso que se descarte a necessidade de decisão judicial, para que seja atribuída a terceiro a condição sócio ou administrador de atividade empresarial, e conseqüentemente de responsável tributário.

O Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) é expresso na definição acerca da competência para efetuar o lançamento tributário, in verbis:

Art. 142. **Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento**, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, **identificar o sujeito passivo** e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

(...) - destaques acrescidos

Desta feita, para que possa constituir de ofício o crédito tributário, mediante o competente lançamento, a autoridade administrativa deve identificar o sujeito passivo, definido nos seguintes termos pelo mesmo diploma legal (CTN):

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

Parágrafo único. O **sujeito passivo** da obrigação principal diz-se:

I - **contribuinte**, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - **responsável**, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

*Há, também, no CTN, preceitos expressos acerca responsabilidade solidária pelo crédito tributário das pessoas (i) que tenham **interesse comum** na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal (art. 124, I do CTN), assim como, (ii) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com **excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos** (art. 135, III do CTN).*

Assim, no exercício da competência legalmente definida, a autoridade administrativa, ao proceder ao lançamento, deve identificar o sujeito passivo, assim entendidos o contribuinte e os responsáveis, nos termos da Lei, configurando-se desnecessária a intervenção judicial para que o responsável tributário seja incluído no lançamento.

De outro lado, também desnecessária a intervenção judicial para que seja atribuída a terceiro a condição sócio ou administrador de atividade empresarial. Na verdade, contrariamente ao defendido pelo Impugnante, para o reconhecimento jurídico da qualidade de sócio ou administrador de “empreendimento” não basta a definição contida nos Estatutos ou Contrato Social, principalmente, quando há farto conjunto probatório a contraditá-la, desvelando os reais sócios, administradores e beneficiários das atividades da pessoa jurídica.

Acrescente-se que há também prescrições expressas no ordenamento, determinando que o lançamento seja efetuado, quando se comprove que o sujeito passivo, ou

terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação. É a redação do art. 149, VII do CTN:

Art. 149. **O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:**

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

(...) – destaques acrescentados

In casu, *comprovado que os reais administradores e beneficiários dos lucros do “empreendimento” da HUSS WILLIANS eram os sócios Willian Roberto Rosílio (CPF nº 154.002.948-47) e Luiz Augusto do Valle de Lima (CPF nº 946.276.066-72), com o auxílio de José Edno Costa (CPF nº 637.810.008-00), e não aqueles indicados no Contrato Social, há dolo, há fraude e há simulação, devendo o lançamento ser efetuado contra os responsáveis nos termos da Lei já acima referida.*

Saliente-se, ainda, antes de adentrar na análise probatória, que o Sr. José Edno Costa, em sua impugnação, expressamente reconhece a simulação praticada no contrato social da HUSS WILLIANS, conforme transcrição abaixo (fls. 2842 do processo):

“6. Minha atuação na empresa era de subordinação aos Srs. Luiz Augusto Valle de Lima e Willian Roberto Rosílio e em momento algum, tive autonomia operacional ou ainda participei de reuniões com fornecedores e ou clientes, para discutir preços, comissões ou qualquer assunto pertinentes à área financeira.

7. Quando do falecimento de um dos sócios Sr. Ney Pinto de Moraes, em meados de 2007, fui convidado a substituí-lo na composição acionária temporariamente, até que se identificasse uma outra pessoa, visto que eu não teria inclusive condições financeiras de integralizar tal capital, prazo que permaneci até agosto de 2008, quando fui retirado da sociedade. (...)”Da atribuição de responsabilidade tributária a terceiros Os Impugnantes, Srs. **Willian Roberto Rosílio e Luiz Augusto do Valle de Lima**, afirmam que não poderiam ter sido incluídos no pólo passivo da relação jurídica tributária ora constituída, porque não eram sócios ou administradores do “empreendimento”, e nem foram assim reconhecidos por decisão judicial.

[...]

V – Da configuração das hipóteses legais de responsabilidade de terceiros pelo crédito tributário

Fundamentam a imputação de responsabilidade de terceiros pelo crédito tributário constituído contra a HUSS WILLIANS os preceitos contidos nos arts. 124, I e art. 135, III do CTN, in verbis:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

II – (...)

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

(...)

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 - omissis;

II - omissis;

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

Preliminarmente, afasta-se aqui a tese de que o art. 124, I, do CTN referir-se-ia apenas à graduação de responsabilidade nos casos de pluralidade de sujeitos passivos, e não à hipótese de responsabilidade de terceiro ou de inclusão de terceiro no pólo passivo.

Apesar de o dispositivo legal estar localizado topograficamente entre as normas gerais do capítulo de sujeição passiva, fora, portanto do capítulo específico que regula a responsabilidade tributária, nas brilhantes lições de Marcos Vinícius Neder¹¹, a norma de solidariedade albergada pelo art. 124 do CTN é uma espécie de responsabilidade tributária a ser compatibilizada com os princípios constitucionais da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. Em suas palavras:

“Decerto a organização dos dispositivos acerca de responsabilidade no Código segue uma orientação lógica, mas as reflexões sobre tal conjunto normativo devem considerar princípios constitucionais que atuam, especificamente, sobre o tema, como o da capacidade contributiva e da vedação ao confisco.

O artigo 145 da Constituição Federal estabelece que os impostos devam ser graduados segundo a manifestação de riqueza do fato jurídico, e o art. 150 veda utilizar tributo com efeito de confisco. O texto constitucional prescreve, assim, que os fatos colhidos no mundo social para construção da hipótese de incidência tributária evidenciem capacidade econômica, evitando-se, assim, uma tributação excessiva que comprometa a subsistência dos contribuintes e avance sobre o patrimônio privado além do estritamente necessário à manutenção das atividades estatais. Esses valores informam todo o sistema jurídico e, por conseguinte, não há interpretar o art. 124 sem compatibilizar a norma de responsabilidade tributária com tais limitações constitucionais ao poder de tributar.

Para tornar mais transparente a correlação entre esses princípios e a exequibilidade da imposição de responsabilidade por solidariedade, vale o recurso a um exemplo hipotético, porém esclarecedor. Se determinada propriedade pertencer a quatro irmãos em condição de igualdade, um dos co-proprietários pode ser chamado a responder por todo o débito anual do Imposto Territorial Rural sem guardar a proporcionalidade com sua fração ideal (25%). Assim, embora manifeste riqueza apenas por sua participação no bem imóvel (25%), poderá ser exigido pelo pagamento integral do tributo relativo à propriedade (100%). Consente a ordem jurídica essa imposição de responsabilidade tributária de forma desproporcional à capacidade contributiva em função da previsão legal de reembolso da quantia excedente paga em lugar dos demais devedores. De fato, cada co-proprietário se qualifica como contribuinte em relação ao tributo correspondente ao seu quinhão de interesse na propriedade e como responsável pelo pagamento do tributo excedente em relação ao que lhe cabe”.

Nesse contexto, importa salientar que a responsabilidade solidária pelo crédito tributário, atribuída aos reais administradores do “empreendimento” e principais beneficiários dos recursos obtidos com a atividade desenvolvida em nome da empresa, é perfeitamente compatível com os princípios constitucionais da capacidade contributiva e da vedação ao confisco.

No que tange propriamente à construção de sentido do preceito do art. 124, I, do CTN, classificado pelo Ilmo. Doutrinador como solidariedade de fato¹² é feito um esforço interpretativo para dar conteúdo à expressão normativa: “interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”.

Preliminarmente, no que tange à “situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”, Marcos Vinícius destaca a possibilidade de se tratar de

¹¹ No artigo, "Solidariedade de Direito e de Fato - Reflexões acerca de seu Conceito" In Responsabilidade Tributária. Coord. Maria Rita Ferragut e Marcos Vinícius Neder. São Paulo, Dialética, 2007.

¹² A solidariedade de fato do art. 124, I do CTN é contraposta à solidariedade de direito do art. 124, II do mesmo diploma legal.

situação jurídica (na acepção equivalente à relação jurídica) ou situação de fato (nos casos em que os fatos são relevantes para desencadear os efeitos jurídicos previstos na norma de incidência tributária). Já na delimitação de sentido de interesse comum, afirma ser o “interesse jurídico que surge a partir da existência de direitos e deveres comuns entre as pessoas situadas do mesmo lado de uma relação jurídica privada que constitua o fato jurídico tributário”. No caso em apreço, a solidariedade estaria fundada na situação jurídica ou nas relações jurídicas instauradas nas operações de vendas efetuadas pela HUSS WILLIANS, que são situações que constituem fato gerador da obrigação principal, mas que na verdade não teriam sido efetivadas pela pessoa jurídica formalmente constituída, mas pela sociedade de fato entre WILLIAN e LUIZ AUGUSTO, em conluio com os fabricantes de cigarros e bebidas, para a indevida apropriação do IPI devido nas operações.

Contrariamente ao afirmado pelo Impugnante JOSÉ EDNO, há prova nos autos de que os administradores, arrolados como responsáveis solidários, teriam participado da situação que constituiu o fato gerador da obrigação tributária, tendo negociado diretamente com os fabricantes de cigarros e bebidas e, às vezes, com seus clientes, a distribuição das mercadorias, por intermédio de faturamento pela HUSS WILLIANS.

*Conforme anotado pelos Impugnantes, uma coisa é o **interesse econômico comum** na exploração da atividade. Outra coisa bem diversa é o **interesse jurídico comum na situação** que constitua o fato gerador da obrigação tributária, isto é, que decorre da participação da situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária.*

*No caso em apreço, comprovada a sociedade de fato entre WILLIAN e LUIZ AUGUSTO, tanto há **interesse comum no resultado** da exploração da atividade econômica ensejadora do fato gerador da obrigação tributária, como **interesse jurídico comum na situação** que constitua o fato gerador, na medida em que comprovado que os reais sócios, administradores e beneficiários da atividade da HUSS WILLIANS teriam participado das situações configuradoras dos fatos geradores, quais sejam, as intermediações comerciais efetuadas pela HUSS WILLIANS entre as fábricas e os reais distribuidores de cigarros e bebidas.*

Da mesma forma, caracterizada a sociedade de fato entre WILLIAN e LUIZ AUGUSTO nas atividades desenvolvidas em nome da HUSS WILLIANS, não há outra alternativa que não a responsabilização pessoal e solidária dos sócios pelas obrigações assumidas em nome dela.

Além do fartamente demonstrado interesse comum dos sócios de fato na atividade da HUSS WILLIANS, a incidência da solidariedade in casu é perfeitamente compatível com os princípios da capacidade contributiva e do não-confisco, na medida em que fartamente comprovada confusão patrimonial existente entre a HUSS WILLIANS, a PIONEIRA, e os sócios WILLIAN e LUIZ AUGUSTO. Nesse aspecto, a responsabilidade tributária solidária dos sócios de fato e da pessoa jurídica encontra eco até mesmo na legislação civil¹³, que prevê a responsabilidade ilimitada dos administradores ou sócios da pessoa jurídica em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

¹³ Código Civil. Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

*Deve ser afastada também a argumentação de que, segundo as disposições do art. 128 do CTN, a responsabilidade tributária somente poderia ser atribuída a terceiros em caráter supletivo ou subsidiário. Na verdade, o preceito ali contido é expresso quanto à possibilidade de **exclusão da responsabilidade do contribuinte**, in verbis:*

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, **excluindo a responsabilidade do contribuinte** ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

*De qualquer forma, o dispositivo ressalva ab initio que “sem prejuízo do disposto neste capítulo”, ou seja, **mantidas as hipóteses de responsabilidade tributária previstas no Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966)**, a Lei ordinária poderia atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.*

Importa salientar que as provas coligidas são mais do que suficientes acerca da interposição de pessoas no quadro societário da HUSS WILLIANS, do poder de gestão, do benefício econômico, e finalmente do intuito doloso dos sócios ocultos (WILLIAN e LUIZ AUGUSTO), restando ao Fisco Federal o dever de constituir o crédito tributário contra os responsáveis definidos na legislação de regência.

Oportuno então que se afaste a alegação de que a imputação de responsabilidade tributária a terceiros, no âmbito dos presentes autos, teria sido efetuada em função de mera inadimplência, mas, ao contrário, teria sido efetivada em face dos reiterados procedimentos fraudulentos adotados por WILLIAN e LUIZ AUGUSTO na condução da atividade de licitude questionável por eles conduzida na HUSS WILLIANS, e a partir da qual teriam auferido incontestável capacidade contributiva não devidamente oferecida à tributação.

Com base na vasta instrução probatória acima relacionada, mais do que comprovado está o interesse comum da HUSS WILLIANS e dos sócios de fato, Srs. WILLIAN ROSILIO e LUIZ AUGUSTO na situação que constituiu os fato geradores da obrigação principal, e conseqüentemente perfeitamente válida a imputação de responsabilidade solidária pelo crédito tributário devido pela empresa.

Igualmente, confirma-se a imputação de responsabilidade solidária dos Srs. WILLIAN, LUIZ AUGUSTO e JOSÉ EDNO COSTA, administradores da HUSS WILLIANS, com base no art. 135, I e III do CTN, porque verificada a prática de atos com excesso de poderes, infração de Lei e do contrato social.

Diante das provas acima relacionadas, é incontestável que os Srs. WILLIAN, LUIZ AUGUSTO e JOSÉ EDNO COSTA eram administradores da HUSS WILLIANS, tendo praticado atos com excesso de poderes, na medida em que não atendiam aos interesses da sociedade formalmente constituída, mas os interesses dos sócios ocultos, WILLIAN e LUIZ AUGUSTO. Na prática da interposição de pessoa no contrato social da empresa, reconhecida pelo Sr. JOSÉ EDNO na impugnação, teriam também atuado irrefutavelmente com infração à Lei. Inafastável, portanto a responsabilidade dos administradores pelo crédito tributário devido pela empresa administrada, HUSS WILLIANS.

Decorre da análise acima expendida que os pressupostos de fato adotados para a imputação da responsabilidade de terceiros (fato gerador da responsabilidade de terceiros), são distintos dos pressupostos de fato adotados para a constituição do

crédito tributário (fato gerador da obrigação tributária), não podendo ser afastada a sua incidência.

*Não se sustenta a alegação da defesa de extensão indevida, na esfera tributária, dos efeitos dos fatos apurados na esfera penal. E isto porque, apesar de os **efeitos** não serem os mesmos, na esfera tributária e penal, os **fatos apurados** não se modificam em função do âmbito de investigação e aplicação da norma. Dito por outras palavras: a interposição de pessoas no contrato social da HUSS WILLIANS, em lugar dos sócios de fato, WILLIAN e LUIZ AUGUSTO deve merecer tratamento distinto na esfera penal e na esfera tributária (administrativa), inclusive sob o aspecto probatório, para fins de aplicação das penalidades cabíveis, mas o fato não pode ser descaracterizado sob pena de invalidação da imputação penal ou tributária.*

Caracterizadas as hipóteses que determinam a responsabilidade pessoal e solidária dos administradores, gerentes ou sócios “de fato” da pessoa jurídica, mostra-se irrelevante o alegado bloqueio de valores de titularidade da atuada no âmbito do Poder Judiciário, ainda que suficientes para arcar com o crédito tributário lançado. A teor do art. 124 do CTN, a responsabilidade é solidária, figurando o sócio “de fato” ao lado da pessoa jurídica no pólo passivo da obrigação tributária, praticando *conjuntamente a situação configuradora do fato gerador*, sem benefício de ordem, e destituído de qualquer proteção patrimonial que somente o vínculo societário regular lhe conferiria. E, sob a ótica do art. 135 do CTN, a prática de infração de lei, indubitavelmente para além do mero inadimplemento, como bem exposto na decisão recorrida, resulta na vinculação do patrimônio pessoal do agente à dívida tributária, novamente sem qualquer benefício de ordem ou subsidiariedade. Ademais, nesta segunda hipótese, a lei não exige que o agente seja sócio da pessoa jurídica, mas sim que a administre e, assim, atue de forma determinante para a prática dos ilícitos que resultam em sua responsabilização pessoal. Por sua vez, os documentos apreendidos, as conversas telefônicas interceptadas, e a movimentação financeira entre a pessoa jurídica e o recorrente são evidências suficientes da prática desta administração determinante para a sonegação dos tributos aqui exigidos.

Acrescente-se que não há qualquer incompatibilidade na manutenção da responsabilidade tributária com base nos dois fundamentos legais antes citados. O sócio “de fato” pratica o fato gerador conjuntamente com a pessoa jurídica porque se beneficia diretamente dos resultados auferidos, na medida em que não mantém vínculo societário com ela. De outro lado, provado que esta mesma pessoa atuou como gerente, e de seus atos resultaram infração de lei, caracterizada também está a responsabilização pessoal pelo crédito tributário devido, ainda que sua atuação tenha se dado em nome da pessoa jurídica.

Os demais questionamentos dirigidos por Willian Roberto Rosílio contra o mérito da exigência também já se encontram validamente refutados na decisão de 1ª instância:

Da falta de apresentação da escrituração comercial e fiscal: Arbitramento dos Lucros

*Consta do processo também, às fls. 765/768, a manifestação do Ministério Público Federal, datada de 21/08/2007, pelo indeferimento dos pedidos de restituição de ativos e de levantamento de seqüestro de valores depositados em contas correntes, na qual constou expressamente que “é notório que a **documentação contábil daquela sociedade, limitada basicamente a diversas notas fiscais apreendidas em suas dependências [cf fls. 104/130], é de importância fundamental à apuração dos fatos objeto daquele caderno inquisitivo, não se***

podendo cogitar em sua restituição por força do que dispõe o artigo 118 do Código de Processo Penal”.

*Por sua vez, o Exmo. Juiz da 2ª Vara Criminal de São Paulo, em 30/08/2007 (fls. 769), apesar de haver decidido pela liberação mensal de quantia suficiente para pagamento dos funcionários da empresa, mediante comprovação através de CTPS dos empregados, não deferiu a restituição da documentação apreendida, mas **autorizou a extração de cópias pela defesa dos documentos fiscais da empresa, bem como a abertura de novos livros contábeis.***

Em 12/09/2007, limitou-se a empresa a protocolizar, perante o juízo criminal, a petição de fls. 771/776, para questionar a decisão judicial proferida, tendo em conta que a DRF Barueri/SP teria encaminhado termo de início de fiscalização em 27/08/2007, com prazo para apresentação de livros e documentos até 17/09/2007¹⁴. Tal petição encerra-se com o seguinte pedido:

*“Por derradeiro, solicita-se que seja oficiado, imediatamente, a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Barueri, órgão da Secretaria da Receita Federal situado na Cidade de Barueri, Estado de São Paulo, (...) informando que a Requerente está temporariamente impedida de cumprir o termo de início de fiscalização, por motivo de força maior, enquanto se aguarda a restituição dos livros, documentos contábeis e títulos mobiliários apontados acima, razão pela qual **não pode sofrer autuação fiscal neste momento**”.*

Revela-se aí que o real interesse dos réus (ora Impugnantes) não era simplesmente ter acesso à documentação apreendida – circunstância que lhes possibilitaria o suposto atendimento às intimações fiscais –, tanto assim é que ignoraram completamente a autorização judicial de extração de cópias, mas pretendiam uma ordem judicial que obstasse a continuidade da investigação fiscal e, por conseguinte, a constituição do crédito tributário devido. Nesse contexto, não se pode olvidar que, em regra, não se admite suspensão ou interrupção do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário.

*É fácil saber por que nem a HUSS WILLIANS, nem os reais sócios e administradores da atividade, responderam às intimações fiscais, alegando que a documentação teria sido apreendida pela Polícia Federal: porque teriam obtido como resposta a **possibilidade de apresentação à fiscalização dos livros e documentos, mediante cópias extraídas da documentação apreendida e juntada ao processo criminal.***

*De qualquer forma, após a autorização judicial para a extração de cópias dos documentos fiscais da empresa e para a abertura de novos livros contábeis, **não poderia o órgão judicial reconhecer qualquer impedimento para o atendimento à fiscalização e prosseguimento do procedimento fiscal.** Injustificada assim, a inércia da contribuinte em adotar as providências cabíveis já autorizadas judicialmente.*

Em 22/02/2008, provavelmente motivada pela diligência dos agentes fiscais na filial de Jandira/SP, realizada em 20/02/2008, novamente a HUSS WILLIANS compareceu ao processo criminal para dizer que o Juiz Federal não havia se manifestado, até aquela data, sobre o pedido de realização de back up das mídias apreendidas. E acrescenta que “a despeito de terem transcorrido alguns meses desde

¹⁴ Perante este órgão administrativo de julgamento, requer a nulidade do feito, por falta de intimação dos reais sócios e administradores da HUSS WILLIANS, no curso do procedimento fiscal. Perante a Justiça Federal, afirma haver sido intimada a HUSS WILLIANS a apresentar a documentação que teria sido apreendida pela Polícia Federal, em cumprimento a mandado judicial de busca e apreensão. Configura-se assim a má-fé dos reais sócios do empreendimento, na utilização de todos os meios processuais disponíveis, apenas para tumultuar a apuração dos fatos.

a prolação daquela r. decisão judicial, a N. Serventia não adotou qualquer providência para garantir o seu cumprimento!”

Na verdade, pela argumentação expendida pela defesa, a Justiça Federal deveria ter providenciado as cópias dos livros e documentos contábeis da empresa, independentemente de requerimento que especificasse a documentação pertinente e a providência necessária (in casu, o back up das mídias apreendidas), o que não se configura razoável.

*Ademais, a **escrituração comercial e fiscal** a ser apresentada à fiscalização, e devidamente mencionada nos diversos termos de intimação relativa aos anos-calendário de 2005, 2006 e 2007, **não se encontra entre a documentação apreendida pela Polícia Federal em cumprimento a diversos mandados de busca e apreensão.***

Já foram arrolados acima todos os documentos apreendidos em cumprimento aos mandados judiciais de busca e apreensão, entre os quais foram localizados apenas os seguintes registros contábeis ou fiscais, que foram carreados aos presentes autos por cópia:

- 1. Balancetes de Verificação de 01/01 a 31/12/2006 (fls. 1059/1063);*
- 2. Razão Analítico da Conta 1.1.04.01.02 – Valores a Regularizar –15002 de 01/01/2006 a 31/12/2007 (fls. 1064/1102);*
- 3. Livro Registro de Entradas e Saídas da matriz e da filial de Jandira/SP de janeiro de 2005 (em sua maior parte “sem movimento” a dezembro de 2005 (único mês com registros), de fevereiro de 2006 (sem movimento até março) a dezembro de 2006 (fls. 1108/1259).*

A validação da escrituração comercial e fiscal da empresa, para fins de determinação da base de cálculo a ser tributada, depende de sua completude, ou seja, da apresentação de todos os livros obrigatórios prescritos na legislação, assim como da documentação de suporte. É a seguinte a redação dos preceitos acerca dos livros obrigatórios para fins de determinação do Lucro Real:

CAPÍTULO II ESCRITURAÇÃO DO CONTRIBUINTE

Seção II **Livros Comerciais**

Art. 257. A pessoa jurídica é obrigada a seguir ordem uniforme de escrituração, mecanizada ou não, utilizando os livros e papéis adequados, cujo número e espécie ficam a seu critério (Decreto-Lei nº 486, de 3 de março de 1969, art. 1º).

Livro Diário

Art. 258. Sem prejuízo de exigências especiais da lei, é obrigatório o uso de Livro Diário, encadernado com folhas numeradas seguidamente, em que serão lançados, dia a dia, diretamente ou por reprodução, os atos ou operações da atividade, ou que modifiquem ou possam vir a modificar a situação patrimonial da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 5º).

(...)

Livro Razão

Art. 259. A pessoa jurídica tributada com base no lucro real deverá manter, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário, mantidas as demais exigências e condições previstas na legislação (Lei nº 8.218, de 1991, art. 14, e Lei nº 8.383, de 1991, art. 62).

(...)

Seção III **Livros Fiscais**

Art. 260. A pessoa jurídica, além dos livros de contabilidade previstos em leis e regulamentos, deverá possuir os seguintes livros (Lei nº 154, de 1947, art. 2º, e Lei nº 8.383, de 1991, art. 48, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, arts. 8º e 27):

I - para registro de inventário;

II - para registro de entradas (compras);

III - de Apuração do Lucro Real - LALUR;

(...)

Ainda que não fosse por falta de apresentação dos livros comerciais e fiscais obrigatórios, a escrituração apreendida dá sinais claros de sua imprestabilidade para a determinação do lucro real.

As cópias do Balancete de Verificação de 01/01 a 31/12/2006 (fls. 1059/1063) denotam que, ao final do período de apuração, a HUSS WILLIANS teria a seguinte composição patrimonial:

Caixa Geral	119.659,10	D	Contas a Pagar	33.056.901,93	C
Banco C/ Movimento	32.114,83	C	Obrigações Fiscais	786,09	C
Disponível	87.544,27	D	Obrigações Sociais	3.317,48	C
Aplicações de Liquidez Imediata	986.273,50	C	Obrigações Trabalhistas	5.604,54	C
Adiantamentos	500.520,68	D	Passivo Circulante	33.066.610,04	C
Contas a Receber/a Regularizar	62.467.950,73	C			
Clientes	85.989.086,52	D	Capital Social	300.000,00	C
Estoque de Mercadorias	95.692.233,11	D	Reserva de Capital	85.480.773,66	C
Valores a Receber	119.213.368,90	D	Patrimônio Líquido	85.780.773,66	C
Ativo Permanente	32.223,35	D			
VALOR TOTAL DO ATIVO	118.847.383,70	D	VALOR TOTAL DO PASSIVO	118.847.383,70	C

Consta também que a empresa, apesar de haver auferido receitas da ordem de R\$86.856.718,70, teria incorrido em custos e despesas de R\$87.764.839,02, e ainda assim teria apurado um lucro completamente inexplicável de R\$86.697.407,46.

Nas cópias do Razão Analítico da Conta 1.1.04.01.02 – “Valores a Regularizar” (de fls. 1064/110), de natureza retificadora ou redutora (credora) da conta de Ativo “Valores a Receber”, os lançamentos de 01/01/2006 a 31/12/2007, referem-se a depósitos efetuados nas contas correntes de titularidade da HUSS WILLIANS.

Em se tratando de operações normais e usuais, o recebimento dos direitos a receber, via depósitos bancários, deveria implicar débito à conta de disponibilidade, “caixa ou bancos” e crédito na conta “valores a receber”. O procedimento adotado pela empresa evidencia a falta de correspondência entre os direitos ou valores a receber da HUSS WILLIANS, e os valores efetivamente recebidos, como se os recebimentos não tivessem vinculação, pelo menos direta, com os direitos contabilizados, a ratificar o conluio entre a HUSS WILLIANS e as fábricas de cigarros e bebidas, no faturamento da distribuição dos produtos, para apropriação e partilha do IPI devido.

Às fls. 1108/1260 foram juntadas as cópias do Livro Registro de Entradas e Saídas, objeto de apreensão judicial, com escrituração dos períodos de dezembro de 2005 (matriz), e de abril a dezembro de 2006 (filial – 0002-37). Nos demais períodos, consta a informação: “sem movimento”. Além de estar comprovado pelos autos de apreensão e relatórios de análise acima referidos que a escrituração a ser apresentada à fiscalização não foi apreendida pela Polícia Federal, em cumprimento aos mandados judiciais, cumpre ainda anotar que o suposto extravio da documentação no âmbito do processo criminal já foi argüido judicialmente, conforme se verifica na decisão do TRF da 3ª Região, proferida no

habeas corpus nº 0005406-31.2010.4.03.0000/SP, na qual aquele juízo, ao indeferir a liminar, assim se pronunciou:

“O alegado extravio de parte da documentação acostada aos autos de busca e apreensão – **notadamente notas fiscais** – não tem o condão de, como tenta fazer crer a defesa, imediatamente sobrestar e tampouco trancar a ação penal promovida contra o paciente.

Segundo o teor das informações e documentos acostados às fls. 21/351, a **afirmação da defesa está longe de ser fato incontroverso**, eis que o pedido de restituição de notas fiscais foi desmembrado dos autos da ação penal originária, estando pendente de resposta o ofício expedido à Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros voltado justamente à confirmação ou não da existência de documentos não juntados aos autos de busca e apreensão (16.03.2010 – fls. 568).

Ou seja: não há, ao contrário do que foi dito, impedimento efetivo a colheita e apuração de corpo de delito.

Observe, ademais, que as teses articuladas na presente impetração – instauração de ação penal desprovida de comprovação de materialidade delitiva em virtude da ausência de exame de corpo de delito e a impossibilidade de sua realização ante o extravio da documentação necessária – sequer foram submetidas à apreciação do Juízo Impetrado, sendo manifesta a incompetência desta Corte para apreciar originariamente a matéria, sob pena de supressão de instância.

Além do mais, trata-se de mera hipótese engendrada pela impetração e o Judiciário não decide sobre meras possibilidades ou conjecturas. Assim sendo, é recomendável – e necessário – o desenrolar da instrução criminal e o exame aprofundado do conjunto fático-probatório pelo Juízo Processante para confirmar ou não a procedência da acusação”.

Destaque-se assim que: (i) o extravio se refere apenas a notas fiscais, e não à escrituração necessária à apuração do Lucro Real e já acima elencada; (ii) se trata de mera hipótese engendrada pela defesa; (iii) da mesma forma que o Poder Judiciário, a Administração Pública não decide sobre meras possibilidades ou conjecturas; e (iv) o fato deve ser levado à conhecimento e apreciação da autoridade competente para decidi-lo, qual seja, o juízo criminal de 1ª instância.

Infere-se daí a completa validade da exigência de IRPJ e da CSLL, com base nas regras do Lucro Arbitrado, tendo em conta que o contribuinte não apresentou a escrituração mantida na forma das leis comerciais e fiscais e deixou de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal. Ademais, na parte da escrituração apresentada, verificou-se evidentes indícios de fraudes, o que a teria tornado imprestável para a identificação da efetiva movimentação financeira, inclusive bancária, e para determinação do lucro real. É a seguinte a redação dos preceitos que fundamentaram o lançamento in verbis:

Subtítulo V Lucro Arbitrado

CAPÍTULO I HIPÓTESES DE ARBITRAMENTO

Art. 529. A tributação com base no lucro arbitrado obedecerá as disposições previstas neste Subtítulo.

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):

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

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

- a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou
- b) determinar o lucro real;
- (...)

Da correta determinação do Lucro Arbitrado

Convém explicitar ainda que a base de cálculo utilizada para determinação do Lucro Arbitrado, conforme se depreende da planilha de fls. 1755, foi a receita bruta conhecida a partir das vendas informadas no Anexo I do Parecer Pegasus, e ratificada, total ou parcialmente, nas Guias de Informação e Apuração do ICMS – GIA e nos depósitos bancários sem comprovação da origem. Tal procedimento encontra-se definido no art. 16 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995 in verbis:

Art. 16. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas será determinado mediante a aplicação, sobre a **receita bruta, quando conhecida**, dos percentuais fixados no art. 15, **acrescidos de vinte por cento**.

Apesar dos protestos da defesa, cumpre registrar a impossibilidade de adoção de outro critério para a determinação do lucro arbitrado, quando conhecida a receita bruta. Já há farta jurisprudência administrativa a referendar tal interpretação:

Nº Acórdão 101-95026 Data da Sessão 16/06/2005 Relator(a) Sandra Maria Faroni

IRPJ- ARBITRAMENTO DO LUCRO. A falta de apresentação dos livros e documentos da escrituração comercial e fiscal dá ensejo ao arbitramento do lucro.

CRITÉRIO DE ARBITRAMENTO - Conhecida a receita bruta a partir de declarações prestadas à Receita Federal pela empresa, não se justificando abandonar esse critério para adoção dos critérios subsidiários, previstos no artigo 51 da Lei 8.981/95.

Nº Acórdão 101-95322 Data da Sessão 08/12/2005 Relator(a) Valmir Sandri

IRPJ - ARBITRAMENTO - Registros contábeis feitos de forma global, em lançamento por partida única mensal, sem apoio em assentamento em livros auxiliares e documentos comprobatórios dos lançamentos contábeis, dá ensejo ao arbitramento do lucro.

BASE DE CÁLCULO - Conhecida a receita bruta da contribuinte, é incabível o arbitramento do lucro pela aplicação do coeficiente sobre o valor do capital social.

Nº Acórdão 101-94964 Data da Sessão 18/05/2005 Relator(a) Valmir Sandri

IRPJ – LUCRO ARBITRADO – RECEITA BRUTA NÃO CONHECIDA – Cabível o arbitramento do lucro através de procedimento de ofício, mediante a utilização de uma das alternativas de cálculo enumeradas no art. 51 da Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995, quando não conhecida à receita bruta.

Nº Acórdão 103-22705 Data da Sessão 08/11/2006 Relator(a) Márcio Machado Caldeira

ARBITRAMENTO DO LUCRO - ESCRITURAÇÃO IMPRESTÁVEL - A autoridade fiscal deve arbitrar o lucro da pessoa jurídica tributada pelo Lucro Real quando a escrituração a que estiver obrigada a contribuinte revelar evidentes de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária, ou determinar o lucro real, bem como pela não apresentação dos livros comerciais e fiscais e a respectiva documentação.

ARBITRAMENTO DE LUCROS - BASE DE CÁLCULO - A despeito de motivada a tributação com base no lucro arbitrado, descabe a exigência quando, conhecida a receita bruta, a fiscalização adota outro critério, no caso compras, sob a justificativa de serem as mesmas superiores à receita declarada.

Nº Acórdão 103-23612 Data da Sessão 12/11/2008 Relator(a) Antonio Bezerra Neto

LUCRO ARBITRADO. RECEITA BRUTA NÃO CONHECIDA. Constatado que os valores tidos como receitas não refletem a efetiva receita, o lucro arbitrado pode ser

mensurado por outros critérios, entre os quais está o valor das compras efetuadas no mês.

Nº Acórdão 103-22997 Data da Sessão 26/04/2007 Relator(a) Antonio Carlos Guidoni Filho

ARBITRAMENTO DE LUCROS. RECEITA NÃO CONHECIDA. Para a realização de arbitramento do lucro do contribuinte nas hipóteses de receita bruta não conhecida, o agente fiscal possui certa discricionariedade para a escolha de uma das alternativas previstas no art. 535 do RIR/99. Referido dispositivo não determina ordem sequencial ou de preferência entre as alternativas nele arroladas. Recurso voluntário a que se dá parcial provimento. Publicado no D.O.U. nº 112 de 13 de junho de 2007.

Compulsando os lançamentos se verifica que foram regularmente aplicados os percentuais de determinação do Lucro Arbitrado de 9,6% para o IRPJ e de 12% para a CSLL, tendo sido estritamente observadas as disposições: (i) para o IRPJ – do art. 15, caput, da Lei nº 9.249, de 1995, com o devido acréscimo de 20%; e (ii) para a CSLL – dos arts. 29, I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, c/c art. 20 da Lei nº 9.249, de 1995, in verbis:

LEI Nº 9.249, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1995

Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do **percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente**, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

Art. 20. A base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, devida pelas pessoas jurídicas que efetuarem o pagamento mensal a que se referem os arts. 27 e 29 a 34 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, e pelas pessoas jurídicas desobrigadas de escrituração contábil, corresponderá a **doze por cento da receita bruta**, na forma definida na legislação vigente, auferida em cada mês do ano-calendário, (...) (Redação dada Lei nº 10.684, de 2003)

LEI Nº 9.430, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1996.

Art. 29. A base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, devida pelas pessoas jurídicas tributadas com base no **lucro presumido ou arbitrado** e pelas demais empresas dispensadas de escrituração contábil, corresponderá à soma dos valores:

I - de que trata o art. 20 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995;

*Quanto à definição de **receita bruta**, transcrevem-se os preceitos do Regulamento do Imposto de Renda – RIR, que consolidam a legislação vigente:*

CAPÍTULO V LUCRO OPERACIONAL

Seção II Lucro Bruto

Subseção I Disposições Gerais sobre Receitas

Receita Bruta

Art. 279. A **receita bruta** das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia (Lei nº 4.506, de 1964, art. 44, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12).

Parágrafo único. **Na receita bruta não se incluem os impostos não cumulativos** cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante, dos quais o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário.

Observe-se que apenas os impostos não cumulativos poderiam ser excluídos do faturamento, para fins de determinação da receita bruta, base de determinação do lucro arbitrado. Como a HUSS WILLIANS não teria sofrido a incidência de IPI, de fato, por força da sistemática de tributação monofásica, mas também por haver obtido judicialmente uma decisão liminar, não haveria o que ser excluído do faturamento, corroborado pelas listagens de notas fiscais emitidas pela HUSS WILLIANS, e integrantes do Anexo I ao referido Parecer Técnico Contábil.

Quanto às vendas canceladas, não integraram os valores tributados ex-officio, de vez que na Listagem das Notas Fiscais de Venda do Anexo I ao Parecer Técnico

Contábil, apresentado perante o Juízo Criminal (fls. 795 em diante), não constam os valores das notas fiscais canceladas.

Por outro lado, como a sistemática de tributação com base no lucro arbitrado envolve a aplicação de um percentual de presunção do lucro (9,6% para o IRPJ e 12% para a CSLL) e, conseqüentemente, pressupõe a presunção dos custos e despesas (90,4% para o IRPJ e 88% para a CSLL), inaplicável também as exclusões da receita bruta para determinação da receita líquida (descontos concedidos incondicionalmente e impostos incidentes sobre vendas), o que somente é viável na sistemática de tributação com base no lucro real.

Da aplicação da multa qualificada por caracterização de sonegação, fraude e conluio

Quanto à imputação da multa qualificada, cumpre fazer remissão aos fundamentos fáticos e jurídicos que ensejaram a sua aplicação, previstos no art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, dispositivos regularmente referidos no quadro “Enquadramento Legal” contido nos “Demonstrativos de Multa e Juros de Mora”, de fls. 1770 e 1781 com a redação em vigor na data da ocorrência dos fatos geradores, in verbis:

“Multas de Lançamento de Ofício

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

.....
II - cento e cinquenta por cento, **nos casos de evidente intuito de fraude, definido 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.

Relevante destacar que atualmente se encontra em vigor a Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, que em seu art. 14 deu nova redação ao art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, mas manteve a aplicação da multa qualificada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), para as mesmas hipóteses, conforme transcrição abaixo:

“Art. 14. O art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

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

I - de 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 será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.**

.....”

Conforme expressamente definido na legislação, a imputação da fraude latu sensu vincula-se às hipóteses previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, que dispõem:

“Art. 71 – **Sonegação** é toda ação ou omissão dolosa tendente a **impedir ou retardar**, total ou parcialmente, **o conhecimento por parte da autoridade fazendária**:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II – **das condições pessoais de contribuinte**, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72 – **Fraude** é toda ação ou omissão dolosa tendente a **impedir ou retardar**, total ou parcialmente, **a ocorrência do fato gerador** da obrigação tributária principal, **ou a excluir ou modificar suas características essenciais**, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73 – Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72”.

Adotada a perspectiva de que a ocorrência do fato gerador somente se dá a conhecer por meio da conversão em linguagem competente dos eventos ocorridos no mundo fenomênico, não poderia subsistir a distinção legal entre os conceitos de sonegação (impedir ou retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador) e fraude (impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador). Na verdade, tanto na sonegação, quanto na fraude, o que estaria em questão seria a conduta dolosa tendente a impedir ou retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador, das condições pessoais de contribuinte, mediante a exclusão ou modificação de suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do tributo devido ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

*Em síntese, não pode haver distinção entre as hipóteses normativas de fraude lato sensu, contidas nos arts. 71 (sonegação) e 72 (fraude stricto sensu) da Lei nº 4.502, de 1964, na medida em que a incidência de tributação somente se dá sobre o **fato gerador conhecido**. Contraditando entendimentos divergentes, poder-se-ia até argumentar que se a conduta do sujeito passivo realmente fosse hábil a impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador (conforme a prescrição contida no art. 72), não haveria fato a ser tributado ou tributado no momento.*

Decorre daí que a interpretação da fraude lato sensu, no âmbito da legislação tributária, deve ser sempre em relação à conduta dolosa do sujeito passivo, tendente a impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária: (i) da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais; (ii) das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Na verdade, a norma jurídica a descrever a hipótese relativa à fraude stricto sensu (art. 72) denota apenas os meios utilizados para impedir ou retardar o conhecimento pelas autoridades fazendárias, quais sejam: (i) a ocultação da ocorrência do fato gerador; (ii) a exclusão ou modificação de suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

No caso em apreço, a fundamentação fática da aplicação da multa de ofício qualificada pelo evidente intuito de fraude é farta e diversificada:

1. a simulação/fraude do contrato social da HUSS WILLIANS, para interposição de pessoas no lugar dos reais sócios, administradores e beneficiários das atividades da HUSS WILLIANS, com a intenção de ocultar as condições pessoais de contribuinte;

2. a sonegação/fraude de IRPJ e CSLL, tendo em conta a sistemática e reiterada prática de omissão de receitas apurada em face:

a. do Parecer Contábil oferecido à Justiça Federal para contraditar a acusação de se tratar de empresa de fachada, ao qual foram anexadas listagens das notas fiscais de venda emitidas, a partir de dezembro de 2005;

b. das Guias de Informação e Apuração do ICMS – GIA apresentadas ao Fisco Estadual; e

c. dos depósitos bancários nas contas correntes de titularidade da empresa, sem comprovação da causa ou operação que teria dado origem aos recebimentos; e

3. o conluio entre os fabricantes e os sócios de fato da empresa autuada, na apropriação e partilha do IPI devido, com base em liminares judiciais.

Em assim sendo, cumpre reconhecer a fraude, na tentativa da contribuinte de impedir ou retardar o conhecimento pelo Fisco Federal das receitas auferidas na sua atividade operacional. Para tanto, **a contribuinte teria omitido, reiterada e sistematicamente, a quase totalidade das receitas auferidas**, nas Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ apresentadas à Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, assim como, deixou de informar em DCTF e pagar o IRPJ e a CSLL devidos sobre as receitas apuradas ex-offício.

Em relação ao período objeto de lançamento ex-offício (4º trimestre de 2005 ao 2º trimestre de 2007), apenas foi entregue a DIPJ 2006 (ano-calendário 2005) – extrato de fls. 1616 e cópia de fls. 1617/1638, na qual a empresa teria optado pelo Lucro Real Anual e informado a receita de revenda de mercadorias de R\$1.980.126,00, tendo apurado IRPJ e CSLL a pagar, nos valores respectivamente de R\$22.121,40 e R\$13.272,84. Entretanto, não declarou em DCTF (fls. 1660/1669) e não pagou o IRPJ e a CSLL apurados como devidos (fls. 1639/1659).

Conforme bem assinalado pela fiscalização, a conduta não pode ser caracterizada como mero erro de preenchimento, uma vez que estão “zeradas” **todas as DCTF apresentadas para os períodos do 1º semestre/2005 ao 2º semestre/2007**, conforme documentos às folhas 1659 a 1669, mostrando que a conduta da empresa é intencional, é sistemática e reiterada.

Desta forma, tendo em conta a conduta reiterada e sistemática de omissão de receitas, caracterizada está a ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

Com base na farta documentação acima exaustivamente arrolada, também restou demonstrado o conluio entre as empresas fabricantes SUDAMAX e ITABA e a distribuidora HUSS WILLIANS. Na verdade, há provas suficientes de que a HUSS WILLIANS foi constituída em associação, pelos proprietários das fábricas e por WILLIAN ROSÍLIO e LUIZ AUGUSTO DO VALLE DE LIMA com o fim específico de sonegação e apropriação do IPI devido ao Fisco Federal, incidente sobre a venda de cigarros.

Há documentação suficiente a corroborar que as distribuidoras e destinatárias finais das cargas, os reais clientes das fábricas, muitas vezes, faziam contato diretamente com os fabricantes, e recebiam também diretamente a carga despachada da fábrica, havendo apenas a formalmente a emissão de notas fiscais das fábricas (SUDAMAX e ITABA) para HUSS WILLIANS, e outra emissão de notas fiscais¹⁵ da HUSS WILLIANS para os destinatários finais e reais adquirentes das mercadorias (cigarros).

Quanto à alegação do Impugnante LUIZ AUGUSTO de que a responsabilidade solidária de terceiros pelo crédito tributário somente se aplicaria, em matéria de penalidades, às de caráter moratório, com base no Parágrafo único do art. 134 do

¹⁵ Denominada nota fiscal "espelho", porque apesar de reproduzir a venda contida na nota fiscal emitida pela fábrica, promove a interposição fictícia de terceiro como intermediário da operação.

CTN, importa apenas consignar a presente imputação de responsabilidade de terceiro foi formulada com base nas hipóteses dos arts. 124, I e art. 135, I e III, e não do art. 134 do CTN.

Adotados tais fundamentos, a exigência da multa qualificada subsiste.

Da aplicação da multa agravada por falta de atendimento às intimações

Preliminarmente, cumpre anotar que a multa foi agravada, porque configurada a falta de atendimento às reiteradas intimações, regularmente formalizadas pelo Fisco, e não por falta de apresentação da documentação solicitada.

No caso em apreço, não há como afastá-la, tendo em conta que as reiteradas intimações da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB foram completamente ignoradas pelos envolvidos no esquema fraudulento, não tendo nenhum deles se dado ao trabalho, sequer de justificar as supostas dificuldades encontradas na apresentação da documentação solicitada.

A petição de fls. 2857, protocolizada em 13/02/2009, na DRF Barueri/SP, para informar a impossibilidade de apresentação dos documentos e informações contábeis e fiscais solicitados pelo Termo de Início de Fiscalização, devido ao fato de todos os documentos solicitados estarem apreendidos pela Polícia Federal, não tem o condão de afastar a caracterização da completa desídia e do descaso dos envolvidos com a investigação levada a efeito pelos agentes fiscais.

Ressalte-se que se trata de um único documento, protocolizado quase 6 (seis) meses após os interessados terem tomado ciência do início do procedimento fiscal em 28/08/2007 (conforme afirmado na petição de fls. 771/776 apresentada perante a 2ª Vara Criminal da Justiça Federal).

Ademais, em seu conteúdo a petição não traz qualquer providência adotada pelos interessados na busca do atendimento aos termos de intimação, mas ao contrário, mais uma vez, denota a expectativa de que os servidores da Polícia Federal ou da Justiça Federal cumprissem a autorização do Juízo Criminal de extração de cópias dos documentos fiscais da empresa apreendidos, sem qualquer iniciativa do interessado, ou pior que pudesse ser reconhecido o suposto impedimento de acesso dos Impugnantes e réus à documentação apreendida no processo criminal.

E não é só: consta também de referida petição a informação inverídica de que haveria ordem judicial determinando a devolução dos documentos apreendidos, e a Polícia Federal teria deixado de adotar as providências cabíveis. É a seguinte a redação da petição:

“Pela presente HUSS WILLIANS (...) informa estar impossibilitada de apresentação dos documentos e informações contábeis e fiscais, solicitadas pelo Termo de Início de Fiscalização em epígrafe [2007.00018/01], devido ao fato de todos os documentos solicitados estarem apreendidos pela Polícia Federal.

Informa, em complemento, que os citados documentos foram solicitados, judicialmente, para devolução pela Polícia Federal, que não tomou tal providência.

Assim sendo, solicita dilação de prazo para apresentação dos mesmos, até que o órgão federal citado (Polícia Federal) cumpra sua parte da ordem judicial, devolvendo os documentos”.

A má-fé dos envolvidos é evidente, quando, ao mesmo tempo em que se recusam a receber as intimações postais no endereço constante do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, tendo sido providenciada a sua devolução à repartição, perante o Juízo Criminal, afirmam terem sido intimados a apresentar a escrituração, mas estarem impedidos devido a sua apreensão e extravio no âmbito do processo criminal.

Observe-se que ainda na referida petição, o endereço mencionado de atividade da empresa (Alameda Madeira, 258 – sala 1807 – Alphaville Industrial) é aquele no qual não é possível localizar qualquer dos envolvidos.

Procedente, portanto, a incidência do agravamento da penalidade.

Da inconstitucionalidade das multas e dos juros de mora

Apesar dos protestos da defesa, em relação à competência dos órgãos administrativos para apreciação da validade das normas jurídicas relativas às multas aplicadas e à incidência dos juros de mora, cumpre apenas consignar que foram estritamente observadas as disposições legais pertinentes, integrantes do ordenamento jurídico e devidamente enunciadas nos lançamentos.

A competência dos órgãos administrativos de julgamento restringe-se ao controle da legalidade dos lançamentos (norma jurídica individual e concreta), ou seja, à verificação da correta subsunção dos fatos à Lei, sendo-lhe vedada a apreciação de validade de dispositivos legais (normas jurídicas gerais e abstratas), validamente editados pela autoridade competente e segundo o processo legislativo constitucionalmente estabelecido.

Registre-se que, é em observância ao devido processo legal, que um controle da legalidade mais abrangente não pode ser feito na esfera administrativa, e que se configura incabível a distinção, por vezes pretendida, entre o controle de constitucionalidade e a decisão administrativa pela inaplicabilidade de norma inconstitucional ao caso concreto, porque o antecedente lógico desta última decorre de declaração implícita de inconstitucionalidade de norma.

E não se trata aqui de admitir que os órgãos administrativos não devem respeito à Constituição Federal – CF, mas de conferir concretude ao princípio constitucional da separação dos Poderes, que de tão relevante valor jurídico, tem o status de cláusula pétrea (art. 60, §4º, III, da CF). Como poderia a Administração Pública, por sua própria iniciativa, sem intervenção do Poder Judiciário, negar validade e vigência à norma editada pelo Poder Competente, segundo o processo legislativo constitucionalmente definido?

Saliente-se que atualmente já se encontra em vigor o art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, introduzido pela Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, que dispõe, in verbis:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Por oportuno esclareça-se que a petição de 17/08/2007 referida na defesa antecede à decisão proferida nos autos do *habeas corpus* nº 0005406-31.2010.4.03.0000/SP. Para além disso, apenas foi possível identificar a existência de incidente de restituição de coisas apreendidas sob o nº 0013141-70.2008.403.6181, requerido pelo recorrente, e indeferido em 11/12/2008, com posterior remessa ao TRF/3ª Região, onde o recurso interposto aguarda apreciação. No mais, apenas a pessoa jurídica autuada ingressou com incidente semelhante, sob nº 2007.61.81.010036-4, inicialmente para liberação de recursos em razão de obrigações a serem liquidadas, mas com juntada posterior das demais petições mencionadas na decisão recorrida para devolução dos documentos apreendidos e comunicação à Receita Federal acerca da impossibilidade de cumprimento de intimação que lhe foi dirigida. Esclareça-se que os autos deste último incidente já chegaram ao TRF/3ª Região, mas veiculando discussão apenas acerca do desbloqueio de numerários. Logo, inexistente qualquer outra evidência de decisão em favor do recorrente acerca do alegado extravio de documentos.

Por sua vez, como visto nos excertos acima transcritos, não prosperam as objeções, reiteradas pelo recorrente, contra o arbitramento dos lucros, vez que a contribuinte não dispunha de documentação contábil completa à época da apreensão, bem como não implementou as ações necessárias para, mediante acesso aos elementos apreendidos, recompor validamente sua escrituração. Não há qualquer evidência em favor da existência de Livros Diário ou Razão escriturados pelo sujeito passivo antes das apreensões, o extravio alegado restringe-se a notas fiscais, sendo certo que mesmo sem supostamente dispor destes documentos foi possível a elaboração do Parecer Pegasus, e não há qualquer prova de que a fiscalizada, ou seus representantes, tenham peticionado em juízo para obtenção de cópia das mídias apreendidas, ou mesmo promovido a abertura dos livros contábeis autorizada judicialmente. Por sua vez, a determinação do lucro arbitrado foi regularmente promovida a partir da receita bruta conhecida, circunstância na qual não se cogita de qualquer dedução referente a compras, confirmando a desnecessidade da perícia requerida em impugnação e agora reiterada, inclusive no que tange às supostas vendas canceladas, até porque estas poderiam ser objeto de prova documental, e como ressaltado na decisão recorrida, sequer foram consignadas no demonstrativo apresentado judicialmente. Ademais, é imprópria a determinação do lucro líquido mediante mera diferença entre a receita operacional e o custo dos produtos vendidos, como apresentado na defesa, dissociada de qualquer suporte em escritural regular, como exigido na legislação antes reproduzida.

Os argumentos assim reproduzidos também demonstram que em nada aproveitam ao recorrente as alegações de extravio da documentação apreendida, e conseqüentes referências a motivo de força maior e responsabilidade do Estado, ou a indicação da petição apresentada em 13/02/2009 na DRF/Barueri, devendo ser mantido o agravamento da penalidade pelas razões antes expostas, até porque não se verificou apenas a circunstância cogitada na Súmula CARF nº 96 (*A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros*), mas também a falta de atendimento a intimações que exigiram a comprovação do ingresso de recursos dos sócios para constituição do capital da empresa, a apresentação de extratos bancários, a comprovação da origem dos valores depositados em suas contas correntes, e justificativas para a falta de entrega de DIPJ. Aliás, este rol de exigências demonstra que, caso se cogite de a alegada garantia constitucional acerca do sigilo bancário justificar a falta de atendimento às intimações, por parte da pessoa jurídica,

para apresentação dos extratos bancários, contrariamente a todos os dispositivos legais que determinam a guarda dos documentos de suporte da escrituração comercial, ainda assim subsistiriam solicitações fiscais não atendidas, acerca de outros elementos comprobatórios, a justificar o agravamento da penalidade.

No mais, já restou demonstrado neste voto que a autoridade fiscal não estava obrigada a intimar o responsável tributário para se defender acerca das provas emprestadas no curso do procedimento fiscal, de modo que a ausência desta intimação não pode ser novamente invocada para afastar o agravamento da penalidade, especialmente frente à demonstração de que os interessados tinham conhecimento das intimações fiscais, consoante manifestação levada ao Poder Judiciário.

A arguição de caráter confiscatório da penalidade aplicada também não prospera, uma vez demonstrada a compatibilidade da acusação fiscal com a determinação legal, acerca da qual, nos termos da Súmula CARF nº 2, *o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade*, para assim cogitar da aplicação de princípios constitucionais com vistas à sua redução, à semelhança do que praticado pelo Poder Judiciário nas decisões invocadas pela defesa.

Por fim, claro está que a multa qualificada não resulta de *juízo discricionário da fiscalização*, mas sim da conduta omissiva e reiterada do sujeito passivo em deixar de recolher os tributos devidos em razão de suas atividades, muito antes de qualquer impedimento causado pela apreensão de documentos da pessoa jurídica e seqüestro de seus recursos, conduta esta precedida da *interposição de pessoas no lugar dos reais sócios, administradores e beneficiários das atividades da HUSS WILLIANS, com a intenção de ocultar as condições pessoais de contribuinte*, mormente tendo em conta o conluio, em paralelo, *entre os fabricantes e os sócios de fato da empresa autuada, na apropriação e partilha do IPI devido, com base em liminares judiciais*.

Nada há, portanto, que justifique a redução da penalidade a 75%, ou mesmo a 30%, como defendido pelo recorrente, nem que enseje a redução dos juros de mora, corretamente calculados com base na taxa SELIC, na forma do art. 61 da Lei nº 9.430/96. Esta a razão, também, para indeferir a perícia relativamente ao cálculo destes acréscimos.

Frente ao exposto, o presente voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário de Willian Roberto Rosílio, mantendo o crédito tributário exigido, as penalidades aplicadas, os juros acrescidos e a responsabilidade tributária que lhe foi imputada.

O recorrente Luiz Augusto do Valle de Lima, além de arguir a nulidade da decisão de 1ª instância e do lançamento, discorda da imputação de responsabilidade, promovida na decisão recorrida, em razão de depósitos promovidos por intermédio de José Edno Costa em seu favor, reiterando que intermediou a venda de títulos à autuada e tinha direito a receber o que lhe era devido.

Além de toda a abordagem antes exposta, a autoridade julgadora também produziu detalhada análise dos aspectos concernentes à responsabilização do recorrente:

II – Das provas obtidas em cumprimento aos mandados judiciais de busca e apreensão

[...]

No “Relatório Parcial de Análise” da documentação apreendida, em 22/06/2007, que estava com o Sr. LUIZ AUGUSTO DO VALLE DE LIMA, no HOTEL SLAVIERO, APTO 42, situado na Alameda Campinas, São Paulo/SP, a equipe da Polícia Federal responsável fez constar a existência dos seguintes documentos:

1. Para corroborar o vínculo com a atividade da HUSS WILLIANS:

- a. 02 pedaços de papel manuscritos, contendo controle de vendas das filiais da HUSS WILLIANS e valores a receber das fábricas;
- b. Tabelas descritivas de despesas das filiais da HUSS WILLIANS;
- c. Relatório de remessa de títulos da HUSS WILLIANS da carteira de cobrança escritural do Bradesco, constando como sacada a distribuidora BRASUR de Porto Alegre;
- d. Comprovantes de depósitos efetuados, ora pela SUDAMAX, ora pela HUSS WILLIANS, ora sem identificação do depositante, nas contas da PIONEIRA e de LUIZ AUGUSTO, no valor total de R\$4.520.947,04;
- e. Canhotos de cheques constando anotações e valores emitidos para pagamento de JEAN ou GEAN, contador responsável pela contabilidade da HUSS WILLIANS; Tabela constando a memória de cálculo de dívida da HUSS WILLIANS com a LOKAL, a ser amortizada mediante faturamento sem o destaque do IPI, e repasse integral dos valores de IPI à LOKAL;
- f. Fax contendo apontamentos de valores recebidos da ITABA, constando quantidades de caixas de cigarros vendida no Estado de São Paulo e fora do Estado, além de venda de cigarros da SUDAMAX, com destaque para os valores pagos a JEAN (contador da HUSS WILLIANS) e FELIPE¹⁶;
- g. Tabela de preços de cigarros, por marca, desde a origem no recebimento pela HUSS WILLIANS até o preço final, sem destaque de IPI e sem redução do preço, denotando a apropriação pelos envolvidos do tributo devido ao Fisco Federal;

2. Para corroborar o vínculo entre LUIZ AUGUSTO E WILLIAN:

- a. Laudo técnico de vistoria e avaliação da embarcação Alcântara Sea Wolf 84, de propriedade de LUIZ AUGUSTO e WILLIAN ROSÍLIO;
- b. Planilhas de controle de contas referentes ao barco Alcântara, onde se lê: TED PIONEIRA, TED LA (LUIZ AUGUSTO), WILLIAN PAGOU E PAGO POR WILLIAN;
- c. 02 comprovantes de depósitos em nome de VALEVERDE TRANSP. E TUR., sendo um deles efetuado pela HUSS WILLIANS, no valor de R\$130.000,00, para pagamento parcial da aeronave adquirida de JOSELITO GOLIN por WILLIAN e LUIZ AUGUSTO
- d. Acerto de contas entre LUIZ AUGUSTO e WILLIAN a partir de um depósito efetuado pela ITABA à PIONEIRA, no valor de R\$1.015.000,00, constando os apontamentos:
 - i. R\$110.00,00 PAULO (PAULO GOLIN ou JOSELITO GOLIN, pela aquisição do avião);
 - ii. R\$95.000,00 LA ou LILI (apelidos de LUIZ AUGUSTO);
 - iii. R\$500.000,00, W, TED e MERC. SLR (parte do pagamento de WILLIAN pela compra do veículo SLR MACLAREN MERCEDES);

¹⁶ FELIPE intermediador da venda da embarcação Alcântara para WILLIAN e LUIZ AUGUSTO.

iv. R\$17.000,00 PEÇA (pagamento de CAMPOS, segurança de WILLIAN no Rio de Janeiro);

e. Planilha com distribuição dos valores, a partir de um crédito de R\$10.000.000,00, com descrição de destinação dos valores principalmente para WILLIAN no valor de R\$10.450.317,07, BMW, X5, AUDI e CHEQUES;

3. Para corroborar os procedimentos adotados na tentativa de conferir uma origem lícita aos valores recebidos pela participação no esquema ilícito:

a. Controles de LUIZ AUGUSTO referentes aos contratos firmados pela PIONEIRA com a HUSS WILLIANS, ITABA, BANCO BRJ e VERICOM, com destaque para os seguintes lançamentos

i. R\$500.000,00 semanais a receber da HUSS WILLIANS por venda de títulos;

ii. R\$1.225.000,00, por prestação de serviços à ITABA;

iii. Apontamento: “PIONEIRA pagou imóvel à ITABA”, referente à aquisição do imóvel residencial de WILLIAN ROSÍLIO, que teria sido registrado em nome da PIONEIRA. Os valores teriam sido descontados da parte que caberia a WILLIAN pela sua participação no esquema;

iv. Autorização firmada pela HUSS WILLIANS para que a SUDAMAX depositasse R\$486.000,00 na conta pessoal de LUIZ AUGUSTO por suposta compra de títulos públicos;

[...]

IV – Das transferências de recursos da HUSS WILLIANS para as contas correntes de LUIZ AUGUSTO e PIONEIRA

No que diz respeito às transferências de recursos a LUIZ AUGUSTO, pretende o Impugnante justificá-las com a intermediação da venda de Títulos da Dívida Pública ao Portador, e que já teria esclarecido as operações quando da impugnação aos lançamentos efetuados contra a PIONEIRA CONSULTORIA FINANCEIRA LTDA. (CNPJ nº 20.437.059/0001-59) – processos administrativos nº 10640.000515/2010-16 (IRPJ) e 10640.000737/2010-21 (IRRF) – e contra a sua pessoa física no processo administrativo nº10640.000490/2010-42 (IRPF).

Preliminarmente, ressalte-se que a inidoneidade da documentação apresentada já foi objeto de investigação pela Polícia Federal, conforme Relatório do Inquérito de fls. 1404 em diante, no qual ficou comprovado, por intermédio de laudo grafotécnico (fls. 477/481 daqueles autos), que a venda dos títulos era feita de LUIZ AUGUSTO para ele mesmo, que dispunha, para tanto, de diversas folhas de cheques assinadas em branco por NEY e ANDRÊ (interpostas pessoas ou sócios de direito da HUSS WILLIANS)¹⁷. Tal prática teria sido confirmada na apreensão efetuada, em 22/06/2007, na Alameda Madeira, 258 – SALA 408, na qual constam dois talões de cheques da HUSS WILLIANS, todos assinados por JOSÉ EDNO e sem preenchimento dos campos, à disposição para utilização a critério de WILLIAN.

Entretanto, o mais relevante é a apuração efetuada pela Polícia Federal de que **as apólices negociadas entre a HUSS WILLIANS e a PIONEIRA seriam as mesmas negociadas entre a ITABA e a NEWTECH**. Constam cópias dos contratos às fls. 1404/1405 e 1407/1408 no citado relatório, das quais se extraem os seguintes dados:

1. Contrato entre LUIZ AUGUSTO e HUSS WILLIANS:

1.1. Data: outubro de 2006

¹⁷ Segundo o Relatório do Inquérito Policial, as folhas de cheque anteriormente referidas e objeto de exame grafotécnico teriam sido apreendidas na residência do pai de LUIZ AUGUSTO.

1.2. Vendedor: LUIZ AUGUSTO DO VALLE DE LIMA;

1.3. Comprador: HUSS WILLIAMS;

1.4. Objeto: Títulos Públicos da Espécie

1.4.1. Governo dos Estados Unidos do Brasil 1909 Apólice nº 195.603, no valor presente para 01/08/2006 de R\$31.084.773,03;

1.4.2. Governo dos Estados Unidos do Brasil 1909 Apólice nº 195.604, no valor presente para 01/08/2006 de R\$31.084.773,03;

1.4.3. Governo dos Estados Unidos do Brasil 1909 Apólice nº 130.892, no valor presente para 01/08/2006 de R\$31.084.773,03;

1.4.4. Estado do Amazonas da República dos Estados Unidos do Brasil 1906 Apólice nº 59.000, no valor presente para 01/08/2006 de R\$40.300.875,09;

1.4.5. Estado do Amazonas da República dos Estados Unidos do Brasil 1906 Apólice nº 13.307, no valor presente para 01/08/2006 de R\$40.300.875,09;

1.5. Valor de Face dos Títulos: R\$173.856.069,27;

1.6. Valor de Compra dos Títulos Equivalente a 7% do Valor de Face: R\$ 12.169.924,85;

1.7. Condições de Pagamento: em seis meses a contar da data de assinatura à razão de R\$500.000,00 por semana, através de depósito bancário, à ordem da empresa vendedora.

2. Contrato entre NEWTECH e ITABA

2.1. Data: 16/08/2006

2.2. Vendedor: NEWTECH¹⁸;

2.3. Comprador: ITABA;

2.4. Objeto: Títulos Públicos da Espécie

2.4.1. Governo dos Estados Unidos do Brasil 1909 Apólice nº 195.603, no valor presente para 01/08/2006 de R\$31.084.773,03;

2.4.2. Governo dos Estados Unidos do Brasil 1909 Apólice nº 195.604, no valor presente para 01/08/2006 de R\$31.084.773,03;

2.4.3. Governo dos Estados Unidos do Brasil 1909 Apólice nº 130.892, no valor presente para 01/08/2006 de R\$31.084.773,03;

2.4.4. Estado do Amazonas da República dos Estados Unidos do Brasil 1906 Apólice nº 59.000, no valor presente para 01/08/2006 de R\$40.300.875,09;

2.4.5. Estado do Amazonas da República dos Estados Unidos do Brasil 1906 Apólice nº 13.307, no valor presente para 01/08/2006 de R\$40.300.875,09;

2.5. Valor de Face dos Títulos: R\$173.856.069,27;

2.6. Valor de Compra dos Títulos Equivalente a 7% do Valor de Face: R\$ 12.169.924,85;

2.7. Condições de Pagamento: em seis meses a contar da data de assinatura à razão de R\$500.000,00 por semana, através de depósito bancário, à ordem da empresa vendedora.

¹⁸ Segundo relatório do inquérito policial, a NEWTECH seria utilizada pelo contador GEAN CARLOS LOBREGATT RODRIGUES e o advogado GILBERTO ALDO GAGLIANO JÚNIOR para lavagem de ativos, sendo ambos alvo da Operação Têmis, que investiga a venda de sentenças e decisões liminares no TRF da 3ª

A referendar a fraude, constam ainda as seguintes provas transcritas no relatório:

1. *ligação telefônica entre WILLIAN e LUIZ AUGUSTO em que WILLIAN questiona LUIZ AUGUSTO acerca de um negócio pendente com a GABRIELA CRUZES DUARTE, sócia de fato da ITABA, em que LUIZ AUGUSTO esclarece que teria feito todos os contratos no valor de 12 milhões, mas teve que refazer os laudos para constar o valor por ela concretizado de R\$500.000,00;*

2. *e-mail de 01/02/2007 entre GABRIELA e LUIZ AUGUSTO de seguinte teor: “Luiz, que aconteceu foi o seguinte a nota saiu no valor líquido que vcs [LUIZ AUGUSTO e WILLIAN] precisavam, correto? Sendo assim o cheque da ITABA tb saiu no valor total da nota. Só que na hora de recolher os encargos e pagar o DARF eu combinei com o WILLIAN que nós pagaríamos tudo de uma vez e acertaria com vcs nas caixas segunda-feira, dia 05/02, porém estes encargos teriam de ser pagos dia 31 de janeiro. Eu já paguei como: Fiz um depósito na conta da ITABA dizendo que foi vcs quem depositaram, nas o Gregório da Contabilidade está precisando de um recibo da PIONEIRA para que eu possa justificar este depósito, segue modelo do que precisa constar no recibo:*

ESTOU MANDANDO EM ANEXO O COMPROVANTE DE DEPÓSITO DOS ENCARGOS DA NOTA FISCAL Nº 3 REFERENTE À DEVOLUÇÃO DO:

IR R\$18.375,00
CSLL, PIS, COFINS R\$56.962,50
TOTAL R\$75.337,50

PIONEIRA CONSULTORIA FINANCEIRA LTDA.

(*) ASSINAR PREFERENCIALMENTE PAPEL TIMBRADO, CNPJ, ENDEREÇO (...) ESTAMOS ESPERANDO O TÍTULO OU A NOTA DA EMPRESA NEWTECH PARTICIPAÇÕES PARA JUSTIFICAR OS 2 TED DE R\$250.000,00 CADA UM FEITOS NO DIA 17/08/2006 E OUTRO NO DIA 18/08/2006.

Diante de tal instrução probatória, difícil de sustentar a tese da defesa.

Ademais, cumpre mencionar que, contrariamente ao alegado, nos processos administrativos nº 10640.000515/2010-16 e 10640.000737/2010-21, respectivamente, relativos à fiscalização e aos lançamentos de IRPJ e IRRF, efetuados contra a PIONEIRA CONSULTORIA FINANCEIRA LTDA (CNPJ nº 20.437.059/0001-59), a pessoa jurídica não teria conseguido fazer prova hábil e idônea, coincidente em datas e valores, da origem dos depósitos, e nem dos beneficiários ou da causa dos pagamentos debitados nas contas correntes de sua titularidade. Consta dos bancos de dados da RFB que os lançamentos teriam sido julgado procedentes na primeira instância administrativa (cf. Acórdãos nº 09-29.669 e 29.950 da 2ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ em Juiz de Fora/MG) e os recursos interpostos teriam sido encaminhados, em 22/07 e 19/08/2010, à apreciação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

Da mesma forma, no processo administrativo nº 10640.000490/2010-42 relativo à fiscalização e ao lançamento de IRPF, efetuado contra LUIZ AUGUSTO DO VALLE DE LIMA (CPF nº 946.276.066-72), a pessoa física também não teria conseguido fazer prova hábil e idônea, coincidente em datas e valores, da origem dos depósitos creditados nas contas correntes de sua titularidade. Consta dos bancos de dados da RFB que o lançamento teria sido julgado procedente na primeira instância administrativa (cf. Acórdãos nº 09-30.059 da 4ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de

Julgamento – DRJ em Juiz de Fora/MG) e o recurso interposto teria sido encaminhado, em 06/08/2010, à apreciação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

Na verdade, cumpre reconhecer que o “empreendimento” da HUSS WILLIANS, dedicado apenas à apropriação e partilha, em conluio com os fabricantes de cigarros e bebidas, de tributo devido (IPI), em função de liminares obtidas judicialmente, não é uma atividade que possa ser corroborada pela documentação fiscal disponível.

Questiona também o Impugnante LUIZ AUGUSTO, a compatibilidade entre as autuações efetuadas na PIONEIRA, por falta de comprovação da origem dos depósitos bancários efetuados pela HUSS WILLIANS, e a atribuição a ele também de responsabilidade solidária pelo crédito tributário devido pela HUSS WILLIANS, por omissão de receitas.

Há completa autonomia entre a tributação, por omissão de receitas, decorrente da falta de comprovação da origem dos recursos depositados nas contas correntes da PIONEIRA, com a tributação, por omissão de receitas da HUSS WILLIANS, comprovada: (i) pelas Guias de Informação e Apuração do ICMS – GIA, apresentadas à Fazenda Estadual; (ii) pela falta de comprovação da origem dos recursos depositados nas contas correntes; e (iii) pelo Parecer Contábil apresentado no juízo criminal para contestar a acusação de ser empresa de fachada. Destaque-se que a HUSS WILLIANS jamais informou em DCTF ou pagou qualquer valor de IRPJ e CSLL nos anos-calendário objeto de autuação.

*Não é verdade que a autuação da receita auferida pela PIONEIRA, implicaria reconhecimento da formação societária distinta da HUSS WILLIANS e da ocorrência do negócio. Ao contrário, a tributação na PIONEIRA foi feita justamente porque **não comprovada a operação (ou o negócio) que teria dado causa ao depósito efetuado pela HUSS WILLIANS**, e sendo desconhecida a natureza da operação, questionável também a autonomia entre as empresas.*

O recorrente aduz que a decisão recorrida *reconhece a existência de provas documentais que demonstram a origem dos pagamentos efetuados pela empresa autuada em favor do Recorrente* (contratos firmado entre a empresa Pioneira Consultoria Financeira Ltda e a autuada), mas sem promover qualquer perícia a autoridade julgadora *afirma serem documentos forjados na tentativa de “conferir uma origem lícita aos valores recebidos”*. Contudo, a decisão recorrida reporta-se ao resultado da investigação policial precisamente acerca dos documentos alegados pelo recorrente, no sentido de que a venda dos títulos era feita do recorrente para ele mesmo, ou seja, para sua figuração no empreendimento da autuada, na medida em que ele próprio detinha os cheques em branco assinados pelos sócios de direito da autuada para seu próprio pagamento. Não bastassem estas evidências, também foi demonstrado na investigação policial que as mesmas apólices negociadas pelo recorrente com a autuada, foram negociadas entre “Newtech” e ITABA.

A defesa, neste contexto, tem efeitos de negação geral. O recorrente diz que a autoridade julgadora não justifica suas conclusões, que não constam dos autos os contratos que provariam as negociações tendo por objeto os mesmos títulos, que inexistente prova de sua atuação como administrador da autuada, ou de que ele *teria determinado ou orientado os administradores* da autuada a omitir receitas ou deixar de recolher tributos, e assim tangencia os elementos probatórios de sua atuação ao lado de Willian Roberto Rosílio, na condução dos negócios da autuada, no usufruto de seus resultados, e na ocultação de valores recebidos de

ITABA mediante negociação com os mencionados títulos, como demonstrado na decisão recorrida, com suporte na acusação fiscal.

Pretende, também, desqualificar a defesa de José Edno da Costa, buscando incompatibilidades irrelevantes entre suas declarações, na medida em que a sua subordinação aos recorrentes não afastaria a preocupação manifestada por aquele com a saúde financeira da pessoa jurídica fiscalizada. E isto porque, ao contrário do que diz o recorrente, não se tratava ele de mero "laranja", como claramente exposto na acusação fiscal, da qual reproduz-se apenas a conclusão final:

Por outro lado, as provas mostram que o sócio de direito JOSÉ EDNO, apesar de manter relação de subordinação a WILLIAN e LUIZ AUGUSTO, não pode ser classificado como simples "laranja", posto que atuou como gerente administrador e movimentava os recursos financeiros da empresa, tendo pleno conhecimento das irregularidades que eram cometidas na empresa, de modo que cabe sua responsabilização sobre as obrigações tributárias na forma dos Incisos II e III do art. 135 do CTN.

Frise-se, ainda, que a autoridade julgadora de 1ª instância não divergiu desta conclusão:

Diante das provas acima relacionadas, é incontestável que os Srs. WILLIAN, LUIZ AUGUSTO e JOSÉ EDNO COSTA eram administradores da HUSS WILLIANS, tendo praticado atos com excesso de poderes, na medida em que não atendiam aos interesses da sociedade formalmente constituída, mas os interesses dos sócios ocultos, WILLIAN e LUIZ AUGUSTO. Na prática da interposição de pessoa no contrato social da empresa, reconhecida pelo Sr. JOSÉ EDNO na impugnação, teriam também atuado irrefutavelmente com infração à Lei. Inafastável, portanto a responsabilidade dos administradores pelo crédito tributário devido pela empresa administrada, HUSS WILLIANS.

Inadmissível, assim, a afirmação de que a autoridade julgadora de primeira instância não avaliou corretamente as provas, e promoveu a *sumária chancela do procedimento arbitrário que desconsiderou a personalidade jurídica da empresa autuada e de todos os negócios jurídicos firmados entre esta e o recorrente, sem qualquer amparo legal*. A decisão recorrida recolhe da acusação fiscal elementos de convicção suficientes para colocar o recorrente ao lado de Willian Roberto Rosílio como sócios de fato da autuada, e administradores de suas operações ilícitas, praticadas em paralelo com a sonegação dos tributos aqui exigidos. Em tais condições, não se cogita de desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de mera responsabilidade tributária, consoante previsto no CTN, para aqueles que atuam, sem vínculo societário, ao lado da pessoa jurídica que pratica os fatos jurídicos tributários (art. 124, I do CTN), além de conduzir sua administração em infração à lei (art. 135, I e III do CTN).

As interceptações telefônicas/telemáticas e os documentos apreendidos na operação policial não deixam dúvida quanto à atuação do recorrente acima descrita, restando infirmada a alegada *relação contratual de intermediação de compra e venda de ativos financeiros e assessoria financeira*. Os elementos assim reunidos não permitem acreditar que a autuada tenha determinado à Sudamax Indústria e Comércio de Cigarros Ltda que pagasse ao recorrente R\$ 486.000,00 como *quitação parcial pela venda de Títulos da Dívida Pública ao Portador no Mercado de Balcão, sobre os quais o mesmo recebia uma comissão equivalente a percentuais de 2% a 3%*, seguindo-se o pagamento do saldo remanescente desta dívida pela

própria atuada. Há evidências suficientes de que estes ajustes dimensionados de modo a dar cobertura às transferências de recursos decorreriam do conluio existente entre as pessoas jurídicas e seus administradores com vistas à sonegação de IPI.

Com referência ao resultado das fiscalizações promovidas pela DRF/Juiz de Fora em face do recorrente e de Pioneira Consultoria Financeira Ltda, cumpre acrescentar à decisão recorrida que os recursos interpostos nos processos administrativos nº 10640.000515/2010-16 e 10640.000490/2010-42 ainda aguardam apreciação neste Conselho, e o processo administrativo nº 10640.000737/2010-21 teve seu julgamento convertido em diligência por meio da Resolução nº 2202-000.560 justamente para que o recorrente apresente *minuciosamente provas e argumentos definitivos com os quais almeja demonstrar a causa dos pagamentos efetivamente lançados, apresentando entre outros pontos, explicação e comprovação para a RELAÇÃO DOS CHEQUES SEM COMPROVAÇÃO DA DESTINAÇÃO E/OU CAUSA DO PAGAMENTO, em face da alegada planilha LUCROS DISTRIBUÍDOS POR PIONEIRA – Beneficiários obtidos a partir de cópias de cheques*. Subsiste infirmada, portanto, a alegação do recorrente de que teria, naqueles autos, esclarecido a razão das operações realizadas com a atuada.

No mais, a decisão recorrida demonstra que na avaliação da prova que instrui estes autos é irrelevante o fato de a investigação criminal não ter por objeto crimes contra a ordem tributária. Os elementos aqui reunidos foram apreciados em razão de seu conteúdo e de sua repercussão nas operações da atuada, e assim se mostraram suficientes para provar a atuação do recorrente como sócio “de fato” e administrador da pessoa jurídica nas ações que conduziram à sonegação dos tributos aqui exigidos, permitindo a desconsideração dos atos formais constituídos para atribuir falsa natureza ao vínculo entre o recorrente e a atuada, não se tratando, pois, de mero inadimplemento, mas sim de responsabilidade solidária e pessoal dos agentes, na forma prevista no art. 124, I do CTN e art. 135, I e III do CTN, como bem demonstrado na decisão recorrida, antes reproduzida.

As demais objeções do recorrente acerca da imprestabilidade do art. 124, I do CTN para imputação de responsabilidade solidária a terceiros e dos efeitos do art. 128 do CTN foram validamente refutadas na decisão de 1ª instância, ao demonstrar que o sócio “de fato” apresenta o interesse comum na situação que constitui o fato gerador, e responde ao lado da pessoa jurídica, solidariamente, pelos créditos tributários devidos. Quanto à responsabilidade subsidiária prevista no art. 134 do CTN, claro está no art. 135 do CTN que ela passa a ser pessoal quando caracterizada a infração de lei, vastamente demonstrada na acusação fiscal, e assim autoriza que o Fisco busque sua satisfação diretamente no patrimônio do responsável, sem antes precisar esgotar seus meios para receber os tributos devidos em face do contribuinte.

Irrelevante, também, a inferência de que a pessoa jurídica teria operado regularmente nos períodos anteriores aos atuados, assim como dispensável a pretendida prova direta de que o recorrente *teria determinado a sonegação ou supressão de tributos ou mesmo a ocultação de fatos geradores ocorridos na operação da empresa*, ou de que José Edno Costa seria seu subordinado. A Fiscalização logrou reunir elementos suficientes de que o recorrente administrava a pessoa jurídica porque mantinha em sua posse talonários de cheques assinados em branco pelas interpostas pessoas incluídas no quadro social da empresa, estabelecia contato direto com os clientes da pessoa jurídica para formatar a transferência de recursos, e construiu patrimônio conjunto com Willian Roberto Rosílio com volumosos recursos advindos o patrimônio da fiscalizada.

Talvez o recorrente pretenda que se imponha ao Fisco o dever da prova direta das irregularidades subjacentes às evidências reunidas nestes autos, desmerecendo a validade da prova presuntiva defendida com sólidos argumentos por Maria Rita Ferragut (*in* Evasão Fiscal: o parágrafo único do artigo 116 do CTN e os limites de sua aplicação, Revista Dialética de Direito Tributário nº 67, Dialética, São Paulo, 2001, p. 119/120):

Por outro lado, insistimos que a preservação dos interesses públicos em causa não só requer, mas impõe, a utilização da presunção no caso de dissimulação, já que a arrecadação pública não pode ser prejudicada com a alegação de que a segurança jurídica, a legalidade, a tipicidade, dentre outros princípios, estariam sendo desrespeitados.

Dentre as possíveis acepções do termo, definimos presunção como sendo norma jurídica lato sensu, de natureza probatória (prova indiciária), que a partir da comprovação do fato diretamente provado (fato indiciário), implica juridicamente o fato indiretamente provado (fato indiciado), descritor de evento de ocorrência fenomênica provável, e passível de refutação probatória.

É a comprovação indireta que distingue a presunção dos demais meios de prova (exceção feita ao arbitramento, que também é meio de prova indireta), e não o conhecimento ou não do evento. Com isso, não se trata de considerar que a prova direta veicula um fato conhecido, ao passo que a presunção um fato meramente presumido. Só a manifestação do evento é atingida pelo direito e, portanto, o real não tem como ser alcançado de forma objetiva: independentemente da prova ser direta ou indireta, o fato que se quer provar será ao máximo jurídica certo e fenomenicamente provável. É a realidade impondo limites ao conhecimento.

Com base nessas premissas, entendemos que as presunções nada “presumem” juridicamente, mas prescrevem o reconhecimento jurídico de um fato provado de forma indireta. Faticamente, tanto elas quanto as provas diretas (perícias, documentos, depoimentos pessoais etc.) apenas “presumem”.

Mais à frente, abordando diretamente a questão da prova da fraude, a mesma autora acrescenta:

As presunções assumem vital importância quando se trata de produzir provas indiretas acerca de atos praticados mediante dolo, fraude, simulação, dissimulação e má-fe em geral, tendo em vista que, nessas circunstâncias, o sujeito pratica o ilícito de forma a dificultar em demasia a produção de provas diretas. Os indícios, por essa razão, convertem-se em elementos fundamentais para a identificação de fatos propositadamente ocultados para se evitar a incidência normativa.

Em tais condições, não pode prevalecer a *formação societária da empresa autuada*, ou a forma exposta para os negócios realizados entre esta e a empresa *Pioneira Consultoria Financeira Limitada, de propriedade do recorrente*. Há prova suficiente da atuação direta do recorrente nos negócios da fiscalizada, bem como do usufruto de seus resultados, o que dispensa outras provas de que a empresa autuada não era administrada por seus sócios “de direito”, ou de que estes se subordinavam ao recorrente. A prática, pelo recorrente, dos ilícitos tributários aqui autuados é evidenciada pela sua atuação como sócio “de fato” e administrador da pessoa jurídica autuada.

Por fim, quanto à sua responsabilização pelo crédito tributário decorrente do agravamento da penalidade, já foi demonstrado neste voto a validade do procedimento fiscal para sua imposição, refutando-se os questionamentos dirigidos contra a falta de intimação dos responsáveis no curso do procedimento fiscal. Ademais, também já se demonstrou que a imputação de responsabilidade com fundamento no art. 135 do CTN afasta a subsidiariedade tratada no art. 134 do CTN, de modo que não há porque se cogitar da aplicação de seu parágrafo único.

Processo nº 13896.000464/2010-19
Acórdão n.º **1101-001.226**

S1-C1T1
Fl. 75

Estas as razões, portanto, para também NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário interposto por Luiz Augusto do Valle de Lima.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora