



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

Processo n° 15586.720413/2012-90
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-001.716 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de novembro de 2014
Matéria IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2010, 2011

Ementa:

AÇÃO FISCAL E INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROCEDIMENTOS INDEPENDENTES.

O fato de a ação fiscalizadora ter sido impulsionada a partir de informações prestadas pelo Ministério Público, por si só, não interfere na autonomia e independência dos procedimentos investigativos, de modo que eventual vício na condução de um, em regra, não macula o resultado alcançado pelo outro.

COMETIMENTO DE INFRAÇÃO. DOLO. PRESENÇA. COMPROVAÇÃO.

Estando a autoridade fiscal de posse de elementos capazes de descortinar a verdadeira situação pessoal do contribuinte, cabe à ela, no procedimento de constituição dos créditos tributários, imputar àquele que tem relação direta com os fatos geradores das obrigações tributárias, bem como aos que contribuíram, à revelia da lei, para a consecução dos referidos fatos, as exigências previstas em lei. Tratando-se de infrações que decorrem, comprovadamente, de conduta dolosa, os lançamentos tributários devem, por força da lei, vir acompanhado de penalidade qualificada, devendo a autoridade competente adotar procedimentos no sentido de cientificar o Ministério Público acerca da ocorrência, em tese, de crime contra a ordem tributária.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. PROCEDÊNCIA.

Em conformidade com as disposições do art. 47 da Lei nº 8.981, de 1995, na hipótese de o contribuinte deixar de apresentar os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou, tratando-se de optante pela tributação com base no lucro presumido, ao menos o Livro Caixa, a autoridade tributária está autorizada a promover o arbitramento do lucro.

Documento assinado digitalmente conforme

Autenticado digitalmente em 08/12/2014 por WILSON FERNANDES GUIMARAES, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por WILSON FERNANDES GUIMARAES, Assinado digitalmente em 24/03/2015 por VALMAR FONSECA DE MEN

EZES

EZES

Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

INCONSTITUCIONALIDADES.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (súmula CARF nº 2).

PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO. INOBSERVÂNCIA. INOCORRRÊNCIA.

Ausentes indicativos de que o procedimento fiscal levado a efeito pela autoridade competente desviou-se das normas de regência, bem como da existência de elementos impeditivos de o contribuinte exercer, de forma plena e nos termos da norma processual, o seu direito de defesa, descabe falar em violação aos princípios do devido processo legal e do contraditório.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. PROCEDÊNCIA.

Se as provas carreadas aos autos deixam fora de dúvida que a gestão da empresa era exercida, de fato, por pessoas não integrantes do seu quadro societário, tendo elas influência direta nos fatos que redundaram em evasão fiscal, tais pessoas devem ser mantidas no pólo passivo das obrigações tributárias correspondentes, vez que presente hipótese legal autorizadora. Nos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional, os mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultante de atos praticados com infração de lei.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SOLIDARIEDADE.

Nos exatos termos do Parecer/PGFN/CRJ/CAT nº 55, de 2009, “a responsabilidade dos administradores, de acordo com a jurisprudência do STJ, não pode ser entendida como exclusiva (responsabilidade substitutiva), porquanto se admite na Corte Superior que a ação de execução fiscal seja ajuizada, ao mesmo tempo, contra a pessoa jurídica e o administrador”. Ainda, “para efeito de aplicação do art. 135, III, do CTN, responde também a pessoa que, de fato, administra a pessoa jurídica, ainda que não constem seus poderes expressamente do estatuto ou contrato social.”

JUROS SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto proferidos pelo relator.

“documento assinado digitalmente”

Valmar Fonseca de Menezes

Processo nº 15586.720413/2012-90
Acórdão n.º **1301-001.716**

S1-C3T1
Fl. 3.185

Presidente.

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães

Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Valmar Fonseca de Menezes, Paulo Jakson da Silva Lucas, Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Trata o presente processo de exigências de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, relativas ao anos calendário de 2008 e 2009, formalizadas a partir da imputação de omissão de receitas.

Aproveito fragmentos do Relatório constante na decisão de primeiro grau, que a seguir reproduzo.

Antes da apresentação do teor deste processo, convém informar que a numeração utilizada neste Relatório e Voto refere-se aos autos eletrônicos (e-Processo), salvo no caso de menção a texto anteriormente editado, quando poder-se-á citar numeração do processo físico (em papel).

2. O presente processo trata sobre impugnações contra os lançamentos tributários referentes a períodos de apuração dos anos-calendário 2009 e 2010, consubstanciados nos seguintes autos de infração:

...

3. A descrição dos fatos do lançamento de IRPJ contém as seguintes infrações:

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo supracitado, efetuamos o presente lançamento de ofício, nos termos dos arts. 904 e 926 do Decreto nº 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda RIR/99), em face da apuração da(s) infração(ões) abaixo descrita(s) aos dispositivos legais mencionados.

0001 RECEITA DA ATIVIDADE ESCRITURADA E NÃO DECLARADA

RECEITA BRUTA MENSAL DA ATIVIDADE

Receitas da atividade escrituradas e não declaradas na DCTF, conforme relatado no Termo de Encerramento da Ação Fiscal anexo, o qual faz parte deste Auto de Infração.

...

Razão do arbitramento no(s) período(s): 09/2009 e 12/2010

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, deixou de apresentá-los, conforme relatado no Termo de Encerramento da Ação Fiscal em anexo, o qual faz parte deste Auto de Infração.

Razão do arbitramento no(s) período(s): 03/2010, 06/2010 e 09/2010

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termo(s) de intimação em anexo, deixou de apresentá-los.

0002 RECEITAS DA ATIVIDADE

RECEITA BRUTA NA REVENDA DE MERCADORIAS

Arbitramento do lucro realizado com base na receita bruta de revenda de mercadorias, conforme relatório fiscal em anexo.

...

0003 RECEITAS DA ATIVIDADE

OUTRAS RECEITAS DA ATIVIDADE

Arbitramento do lucro realizado com base na receita bruta de outras receitas da atividade (aluguel de imóvel), conforme Termo de Encerramento da Ação Fiscal, anexo, o qual é parte deste Auto de Infração.

...

0004 OMISSÃO DE RECEITA NÃO OPERACIONAL

GANHOS DE CAPITAL

Arbitramento do lucro realizado com base na omissão de ganho de capital, conforme Termo de Encerramento da Ação Fiscal anexo, o qual é parte deste Auto de Infração.

...

4. Em apertada síntese, a autoridade fiscal considerou que os verdadeiros sócios da HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA. (contribuinte ora autuado) e de outras 06 (seis) pessoas jurídicas seriam VICTOR SARLO WILKEN JÚNIOR, inscrito no CPF sob o nº 852.323.94720, e HELINA MARIA BROTTO DÓREA SARLO WILKEN, inscrita no CPF sob o nº 015.346.00752, e esposa de VICTOR. Os rendimentos dessas 06 pessoas jurídicas foram imputados à HD KIDS. Os referidos sócios e a pessoa jurídica COMERCIAL HW S.A. foram considerados responsáveis tributários (vide fls. 2383, 2414, 2442, 2455 e 2469), essa última por ter incorporado o sexteto de empresas.

5. Cientificado dos autos de infração em 10/05/2012 (fls. 2566/2573), o contribuinte e os responsáveis apresentaram, em conjunto, 04 (quatro) impugnações, uma para cada tributo, em 08/06/2012 (fls. 2583/2967), com os seguintes argumentos, em síntese:

a) A HD KIDS é uma empresa optante pelo Simples Nacional, no período fiscalizado e indicado no Auto de Infração em epígrafe.[fl. 2778, item 10]

b) De acordo com Termo de Encerramento da Ação Fiscal, o auditor-fiscal baseou-se em informações colhidas no Processo Investigativo Criminal nº 94/2011, de titularidade do Grupo Especial de Trabalho de Proteção à Ordem Tributária — GETPOT do Ministério Público do Espírito Santo. Nesta ação, assim como no citado procedimento investigativo, a nenhum dos impugnantes foi dada a oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

c) O auditor-fiscal desconsiderou o regime de tributação das pessoas jurídicas envolvidas e arbitrou a base de cálculo dos tributos em completo arrepio à legislação tributária. Na realidade, não houve a exclusão formal, dentro dos procedimentos e de acordo com os princípios impostos pela lei de regência, das empresas do Simples Nacional. Tal falha representa violação frontal ao princípio do devido processo legal.

d) Merece destaque o fato das empresas NS Comércio de Brinquedos Ltda., Shopping dos Brinquedos Ltda., Kids Brinquedos Ltda. e Shopkids Brinquedos Novo Mundo Ltda. já terem efetuado alteração de seus contratos sociais para incluir Helina Dórea Sarlo Wilken no quadro societário das empresas.

e) Os depoimentos são imprestáveis para fazer a prova pretendida pelo Fisco, pois foram colhidos na sede do Ministério Público, durante a parte ostensiva da operação Fantoche, motivo pelo qual não podem ser considerados como prova de ilícito. Todos os envolvidos que prestaram declarações, o fizeram sob vara, com um mandado de prisão contra si expedido, e logo após o termo, foram postos em liberdade.

f) Qualquer alegação de que os Impugnantes Victor e Helina admitiram a fraude é fruto de especulações do Ministério Público e do Auditor-Fiscal.

g) Ao apreciar o Habeas Corpus impetrado em favor de Victor Sarlo Wilken Júnior perante o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, a Desembargadora Catharina Maria Novaes Barcellos, concedeu a ordem para revogar a ordem de prisão preventiva do paciente.

h) A impossibilidade do Ministério Público investigar se fundamenta na contaminação do investigador com a investigação, não podendo ser a denúncia o marco coroador dessa atividade, fato esse que levou o constituinte de 1988 a afastar do Ministério Público o poder de investigar, conforme artigo 129, VIII da Constituição Federal, e artigo 26, IV da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

i) No que se refere à Comercial HW, não houve nenhum 'artifício' nas transferências de estoques na incorporação das demais pessoas jurídicas. Os atos foram devidamente arquivados na Junta Comercial do Espírito Santo, a Inscrição Estadual dos estabelecimentos foi emitida pela Secretaria de Estado da Fazenda do Espírito Santo. A incorporação das empresas pela Comercial HW ocorreu de acordo com a legislação societária e tributária. Qualquer consideração do auditor-fiscal sobre este fato é mera conjectura.

j) Sabe-se que, nos termos do art. 148 do Código Tributário Nacional, sempre que forem omissas ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados pelo sujeito da obrigação, a autoridade lançadora, para efeito de base de cálculo do imposto, mediante processo regular, arbitrará o valor ou o preço.' (Apelação Cível n.º 2000.0136794, de Tubarão. Rel. Des. Luiz César Medeiros).

k) Conforme o artigo 142, caput, do CTN, o lançamento de crédito tributário tem natureza jurídica declaratória de obrigação tributária preexistente e deve ser efetivado com base na certeza e não em mera presunção.

l) Comparando-se o valor arbitrado com as informações prestadas é possível aferir total discrepância. Mesmo que se admitisse a ausência de documentos, o que se faz para efeitos de argumentação, o Auditor-Fiscal deveria buscar elementos que o pudessem conduzir à proximidade da verdade material e não utilizar um

contribuinte anônimo com informações desconhecidas como paradigma para aferição de base de cálculo.

m) Houve ferimento ao princípio da proporcionalidade e nada pode justificar o valor do tributo lançado pelo Auditor-Fiscal. Tal valor é expropriatório e até mesmo impeditivo da realização das normais atividades comerciais dos Impugnantes.

DOS RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS

n) Os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado somente serão responsabilizados pessoalmente pelas obrigações tributárias desta, quando agirem com excesso de poderes ou infração a lei, contrato social ou estatuto. A infração de lei é toda proposição prescritiva vinculada ao exercício da administração, cujo desrespeito implique a ocorrência dos fatos jurídicos tributários. Sendo assim, é a lei que rege as ações da pessoa jurídica, e que, de alguma forma, interaja com o ilícito praticado. Poderá ser lei comercial, civil, financeira, desde que se relacione com uma conduta transgressiva praticada pelo administrador ou sócio, e que implicará em obrigação tributária.

o) A responsabilidade nasce somente se o administrador agir intencionalmente, com o *animus* de praticar a conduta típica, mesmo sabendo que o ordenamento jurídico proíbe tal comportamento.

p) A Portaria PGFN nº 180 sanou qualquer dúvida que pudesse remanescer a respeito do assunto, estipulando que a inclusão do responsável solidário na CDA da União somente poderá ocorrer após a declaração fundamentada da autoridade competente acerca da ocorrência de excesso de poderes, infração à lei, infração ao contrato social ou estatuto, ou dissolução irregular da pessoa jurídica.

q) Por todo o exposto e analisando o caso em análise, observa-se que não resta comprovado qualquer dos atos ilícitos aqui mencionados e mais, a imputação da responsabilidade pessoal tributária recaiu sobre pessoas físicas que não são sócios nem administradores das empresas autuadas, sendo eles o Senhor Victor Sarlo Wilken Júnior e a Senhora Helina Maria Brotto Dorea Sarlo Wilken.

r) As provas utilizadas no processo criminal que culminou na ação fiscal deflagrada contra os Impugnantes não são suficientes para comprovar que os Impugnantes praticaram qualquer conduta capaz de lhes atribuir a responsabilidade pelo crédito tributário apurado.

s) [Aduziu decisões administrativas e judiciais].

DA MULTA QUALIFICADA

t) É absolutamente necessário restar demonstrada a materialidade dessa conduta, ou então que fique configurado o dolo específico do agente evidenciando não somente a intenção mas também o seu objetivo, isso porque a fraude não pode ser presumida mas deve sim ser comprovada através de elementos contundentes apuráveis, inclusive, através do devido processo legal.

u) [Aduziu a súmula CARF nº 14 e decisões administrativas].

v) São casos típicos de evidente intuito de fraude a adulteração de notas fiscais, conta bancária fictícia, falsidade ideológica, notas calçadas, notas frias, notas paralelas, etc. situações onde é possível identificar uma ação dolosa específica. Ora, não é disso que aqui se trata. Como afirmado pela própria autuação, a razão

apontada para a exasperação da multa foi a própria omissão dos rendimentos nas suas declarações, omissão essa, vale ressaltar, apurada mediante presunção.

w) Cumpre destacar, ainda, a inexistência de citação ou intimação da Impugnante para se defender de qualquer acusação que lhe tenha sido feita no sentido de caracterizar a sua atuação fraudulenta, de modo que resta evidente a violação ao princípio do devido processo legal, pilar básico de toda a legislação brasileira.

x) Qualquer circunstância que autorize a exasperação da multa de lançamento de ofício deverá ser minuciosamente justificada e comprovada nos autos, o que não ocorre no presente caso.

DA ILEGALIDADE DA APLICAÇÃO DA TAXA SELIC E OUTROS ARGUMENTOS

y) A aplicação da Taxa Selic é inconstitucional, uma vez que ela não foi criada por lei para fins tributários, o que impede sua utilização, pois em matéria tributária, os juros e correção monetária devem estar expressamente definidos em lei, conforme versa o artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

z) Além disso, o cálculo da taxa Selic é feito sobre os juros cobrados nas operações de venda de título negociável em operação financeira com cláusula de compromisso de recompra e não sobre a diferença entre o valor de compra e de resgate dos títulos. Sendo assim, a Taxa SELIC reflete a remuneração dos investidores pela compra e venda dos títulos públicos e não os rendimentos do Governo com a negociação e renegociação da Dívida Pública Mobiliária Federal Interna. Por este motivo, a Taxa Selic não poderia ser aplicada aos impostos. Isto porque, segundo a definição dada pelo Código Tributário Nacional, tributo é prestação pecuniária compulsória, diferentemente dos títulos, que têm natureza negocial.

aa) A multa aplicada por essa fiscalidade, embora prevista em lei, está claramente em dissonância com os preceitos constitucionais, por violação ao artigo 150, inciso IV, da Constituição da República, que veda ao Estado a utilização de tributo com efeito de confisco.

bb) Os pagamentos realizados pelas empresas não foram considerados no presente lançamento, cujos valores poderão ser conhecidos através da realização da prova pericial, o que desde já requer.

cc) Quanto à acusação de ganho de capital em imóvel vendido, não houve qualquer atualização do seu valor de aquisição, o que deveria ter sido feito pelo Auditor-Fiscal, independentemente das alegações e não apresentação de documentos. Ademais, segundo informações do próprio Auditor-Fiscal, o valor da venda não foi omitido, mas incluído na apuração do lucro presumido do 3º trimestre de 2009. Inclusive, os tributos devidos foram pagos.

6. Por fim, os impugnantes requereram:

a) que seja anulado o auto de infração em epígrafe; ou b) caso seja enfrentado o mérito, seja o Auto de Infração em epígrafe julgado insubsistente;

c) seja afastada a responsabilidade tributária de Victor Sarlo Wilken Júnior e Helina Maria Brotto Dórea Sarlo Wilken;

d) caso seja mantido o lançamento, não seja aplicada a multa qualificada, bem como seja a multa reduzida para 15% (quinze por cento);

e) a produção de prova documental e pericial, para demonstrar que os cálculos feitos pelo Sr. Auditor-Fiscal não se coadunam com as receitas obtidas pelas empresas citadas, bem como que o arbitramento foi aplicado indevidamente.

7. E aduziram os seguintes quesitos e assistente técnico:

a) Através dos documentos apresentados, é possível verificar a correção dos recolhimentos feitos pelas empresas citadas?

b) Houve exclusão formal das empresas citadas do Simples Nacional ?

c) Na hipótese de ter havido o processo, foi dada oportunidade para as empresas apresentarem defesa, produzirem provas e exercerem o contraditório?

d) Houve provas de que Victor Sarlo Wilken Júnior e Helina Maria Brotto Dórea Sarlo Wilken praticaram as condutas previstas no artigo 135 do Código Tributário Nacional?

e) Os valores pagos pelas empresas foram devidamente deduzidos dos cálculos feitos pelo Auditor-Fiscal?

ASSISTENTE TÉCNICO: contador Gilberto José do Carmo Batista, com endereço na Rua Jony João de Deus, 6, Enseada do Suá, Vitória ES.

A 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Fortaleza, Ceará, apreciando as razões trazidas pelas impugnações interpostas, decidiu, por meio do acórdão nº 08-27.102, de 02 de outubro de 2013, pela procedência dos lançamentos tributários.

O referido julgado restou assim ementado:

PROVA PRODUZIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.
CONTRADITÓRIO.

A garantia do contraditório estabelecida em favor da pessoa investigada/fiscalizada não incide na esfera pré-processual da investigação penal ou do procedimento fiscalizatório realizado pela Administração Tributária. O início do contraditório se dá apenas com o processo criminal ou com o processo administrativo tributário.

LUCRO ARBITRADO.

A falta da apresentação da escrituração contábil-fiscal e do livro Caixa por sociedade optante pela sistemática do lucro presumido viabiliza a apuração do IRPJ pelo regime do lucro arbitrado.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SÓCIO/ADMINISTRADOR DE FATO. INFRAÇÃO DE LEI.

O sócio/administrador de fato é responsável pelos créditos tributários de sociedade empresarial decorrentes de atos praticados com infração de lei.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUCESSORA.

A pessoa jurídica incorporadora é responsável pelos créditos tributários devidos pela incorporada, mormente quando pertencem ao mesmo grupo econômico.

MULTA QUALIFICADA. FRACIONAMENTO DE RECEITAS.

Caracteriza-se o dolo no fracionamento de receitas entre diversas “empresas” conchavadas para dificultar o conhecimento do fisco quanto à identificação do correto sujeito passivo, devendo, nessa hipótese, ser aplicada a multa de ofício qualificada.

CONFISCO. CONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

Não cabe ao órgão administrativo de julgamento a discussão sobre constitucionalidade de lei, que autoriza a cobrança de multa de ofício nos percentuais ali indicados, salvo quando ela já tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

JUROS SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

CSLL. PIS/PASEP. COFINS. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Tratando-se da mesma matéria fática, aplica-se às exigências reflexas (CSLL, COFINS e PIS/Pasep), no que couber, o que foi decidido quanto à exigência matriz (IRPJ), devido à íntima relação de causa e efeito entre elas.

Irresignados com o alcance da decisão de primeiro grau, a empresa autuada e os indicados como sujeitos passivos solidários apresentaram recursos (fls. 3.031/3.178), de igual teor, sendo um para cada tributo/contribuição lançado.

Em suas peças recursais, os autuados, em essência, repisam os argumentos expendidos nas peças impugnatórias anteriormente apresentadas.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães

Atendidos os requisitos de admissibilidade, conheço dos apelos.

Cuida o presente processo de exigências de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), relativas aos anos calendário de 2009 e 2010, formalizadas a partir da imputação de insuficiência de recolhimento.

Para o período de 1º de julho de 2009 a 31 de dezembro de 2010, o IRPJ e a CSLL foram determinados com base no lucro arbitrado, enquanto para os dois primeiros trimestres do ano de 2009 a tributação se deu com base no lucro presumido.

Por entender que a insuficiência no recolhimento dos tributos e contribuições derivou de conduta dolosa, a autoridade fiscal aplicou multa qualificada de 150% em relação a parte do crédito tributário constituído, tendo sido imputada, ainda, responsabilidade tributária à pessoa jurídica COMERCIAL HW LTDA, e às pessoas físicas VICTOR SARLO WILKEN JUNIOR e HELINA MARIA BROTTO DOREA SARLO WILKEN.

As exigências formalizadas foram integralmente mantidas pela autoridade julgadora de primeira instância, motivo pelo qual os autuados interpuseram recurso voluntário, de igual teor, cujas razões passo a apreciar.

PROCESSO INVESTIGATIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A AÇÃO FISCAL

Alegam os Recorrentes que a Fiscalização baseou-se em informações colhidas em processo investigativo do Ministério Público estadual, sendo que em tal processo não foi dada oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa a nenhum dos autuados. Afirmam que a ação fiscal em debate serviu-se de depoimentos colhidos pelo *parquet* estadual, depoimentos esses que são imprestáveis para “fazer a prova pretendida pelo Fisco”, eis que as declarações foram prestadas “*sob vara, com um mandado de prisão contra si expedido*”.

Para que se possa contextualizar a ação fiscal tratada no presente processo, releva destacar, inicialmente, algumas informações constantes do Termo de Encerramento da Ação Fiscal de fls. 2.469/2.565.

1. O procedimento fiscal instaurado contra a empresa HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA (HD KIDS) teve por base informações transmitidas pelo denominado GRUPO ESPECIAL DE TRABALHO DE PROTEÇÃO À ORDEM TRIBUTÁRIA – GETPOT do Ministério Público do estado do Espírito Santo.

2. De acordo com as citadas informações, o Sr. VICTOR SARLO WILKEN JUNIOR e a Sra. HELINA MARIA BROTTTO DOREA SARLO WILKEN, gestores da HD KIDS, e o Sr. SEBASTIÃO ALBERTO BERNARDO, contador, constituíram uma série de empresas por meio de interposição de pessoas (“laranjas”), utilizando a marca HD KIDS.

3. Abaixo, relação das interpostas pessoas acima referenciadas, com a indicação das suas qualificações.

IDIVAL RAMOS DE CERQUEIRA – corretor de imóveis;

JOÃO BATISTA DE CERQUEIRA – funcionário de empresa de ônibus;

AMARILIO BRAGA - mestre de obras;

EDEZIO VENÂNCIO DE ARAÚJO - porteiro;

JEFFERSON WENDEL DE FREITAS BRAGA - marinheiro;

KLEBER DA SILVA BERNARDO - securitário;

DENADIR DA PENHA MEDINA – acompanhante de idosos;

JACKELINE FREITAS BRAGA - estagiária;

JOVANI FRANCISCO PINTO – proprietário de lanchonete;

GERALDO ANTONIO GONÇALVES BERNARDO – motorista desempregado;

JANETE LIRIO – empregada doméstica;

VANESSA COELHO COLODETE COUTINHO – vendedora da HD KIDS ;

MARINALVA RODRIGUES DOS SANTOS - desempregada;

JULIANA COELHO COLODETE – caixa da HD KIDS e,

IRENE DE FÁTIMA PAVONI DE OLIVEIRA – funcionária da HD KIDS.

4. Com o intuito de atenuar a incidência tributária, os gestores da HD KIDS (VICTOR SARLO WILKEN JUNIOR e HELINA MARIA BROTTTO DOREA SARLO WILKEN), contando com a colaboração efetiva do contador (SEBASTIÃO ALBERTO BERNARDO), diluíram a receita auferida pela HD KIDS entre outras empresas, com quadros societários próprios, de modo que cada uma teve a possibilidade de ser submetida à tributação simplificada (SIMPLES NACIONAL).

5. A HD KIDS, inaugurada em 2008, constitui, conforme informação contida em seu sítio na INTERNET (www.hdkids.com.br), “a maior rede de lojas de brinquedos do Espírito Santo”.

6. A HD KIDS foi constituída em 23 de abril de 2008, por meio de alteração da razão social, do endereço e do objeto social da pessoa jurídica R&C

EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, que havia sido constituída em 09 de setembro de 2005 por IDIVAL RAMOS DE CERQUEIRA e JOÃO BATISTA DE CERQUEIRA.

7. Em 15 de junho de 2009, IDIVAL RAMOS DE CERQUEIRA e JOÃO BATISTA DE CERQUEIRA foram substituídos no quadro societário da HD KIDS por AMARILDO BRAGA e EDEZIO VENÂNCIO DE ARAÚJO.

8. Abaixo, reproduzo considerações trazidas pelo Termo de Constatação da Ação Fiscal acerca dos históricos profissionais dos Srs. IDIVAL RAMOS DE CERQUEIRA, JOÃO BATISTA DE CERQUEIRA, AMARILDO BRAGA e EDEZIO VENÂNCIO DE ARAÚJO.

[...]

Consulta ao CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais (fls. 1209/1212) revela que JOÃO BATISTA DE CERQUEIRA trabalhou, no período de 12/12/2002 a 11/06/2007, na CIA SÃO GERALDO DE VIAÇÃO no grupo de ocupação CBO 7832 – Trabalhadores de carga e descarga de mercadorias, depois, de 01/03/2008 a 03/06/2008, já como “sócio” da HD KIDS, trabalhou no POSTO RODONALDO LTDA e, no período de 30/01/2009 a 02/2011 foi empregado da VIAÇÃO TABUAZEIRO LTDA no grupo de ocupação CBO 5112 – Fiscais e cobradores de transporte coletivo.

IDIVAL RAMOS CERQUEIRA é corretor de imóveis e sempre constou no CNIS como contribuinte individual. Ele e JOÃO nunca foram inscritos no INSS como empresários da HD KIDS.

EDEZIO VENÂNCIO DE ARAÚJO consta no CNIS como porteiro do ed. PRAIA VERMELHA de 25/06/1989 a 02/2011. Não há no INSS vínculos dele com a HD KIDS.

AMARÍLIO BRAGA é mestre de obras e não possui qualquer vínculo empregatício registrado no CNIS.

9. Reproduzo também, a seguir, comentários feitos pela autoridade autuante acerca dos referidos senhores, bem como dos depoimentos por eles prestados ao Ministério Público estadual.

IDIVAL RAMOS CERQUEIRA, declarou que é corretor de imóveis e que (fls.467/468):

(...) criou a empresa HD KIDS juntamente com seu irmão João Batista de Cerqueira; Que a empresa funcionou aproximadamente 01 (um) ano, tendo o depoente como sócio; Que a empresa foi criada a pedido de Victor Sarlo Júnior e Helina; Que a empresa não foi colocada no nome de Victor Sarlo Júnior pois tem o nome sujo; Que o depoente e seu irmão apenas cederam o nome, não praticando qualquer ato na empresa; Que o depoente não recebia nada pela cessão do nome; Que não foi criada conta em nome do depoente sendo apenas criada conta em nome da empresa; Que quem administrava à época era Victor; Que o depoente e seu irmão deram lugar no quadro societário da empresa a Amarílio e Edézio; Que o Victor não tem qualquer dívida com o depoente; Que não administra qualquer imóvel para Victor; Que não possui qualquer ligação comercial com Victor, sendo apenas seu amigo; Que após ser apresentado um email enviado por Victor Sarlo Júnior, com citações ao seu nome, tem a esclarecer que certa vez pegou 100 (cem)

mil reais emprestado com Victor, no qual o mesmo queria receber um terreno que o depoente tinha em Domingos Martins, no condomínio Aldeia do Imperador, como pagamento, que este acerto não foi feito em razão do depoente não possuir mais o imóvel, Que indagado se havia algo mais a acrescentar, disse que o depoente deu baixa em 2008, não possuindo qualquer responsabilidade pelos fatos praticados dali em diante.[grifo nosso]

Segundo IDIVAL RAMOS DE CERQUEIRA, ele e seu irmão JOÃO BATISTA DE CERQUEIRA, atendendo a pedido de VICTOR SARLO JUNIOR e sua esposa HELINA, permitiram que, em 23/04/2008, sua empresa R&C EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA fosse transformada na HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA. Depois da transformação a empresa passou a ser administrada por VICTOR SARLO JUNIOR. IDIVAL e JOÃO BATISTA continuaram apenas figurando no contrato social, sem nenhuma influência na empresa.

Em alteração contratual formalizada em 17/06/2009 (fls. 2257/2266), IDIVAL e JOÃO BATISTA deram lugar no quadro societário da empresa a EDÉZIO e AMARÍLIO, os quais também prestaram depoimentos ao MPES.

EDEZIO VENANCIO DE ARAUJO, declarou que é porteiro e faz “bicos” como lavador de carros e pintor e que (fls.465/466):

Que o depoente é porteiro; Que trabalha no edifício Praia Vermelha, onde mora o Sr. Victor Sarlo Júnior e família; Que certa vez o Sr. Victor Sarlo Júnior lhe pediu para que assinasse alguns papéis, pois não podia ter empresas em seu nome; Que Victor disse que isso seria provisório, por uns 2 (dois) meses e então o depoente assinou sem ler os referidos documentos; Que o depoente assinou outros documentos cerca de 2 (duas) ou 3 (três) vezes; Que uma das vezes o depoente foi ao cartório Sarlo da Praia do Canto assinar um documento; Que não sabia que existia empresa no seu nome; Que o depoente possui conta na Caixa Econômica Federal (poupança) e no Itaú, onde mantém conjuntamente com sua esposa; Que desconhece o fato ter conta aberta no Banestes; Que nunca recebeu qualquer valor por ter assinado os documentos para Victor; Que somente assinou os documentos em confiança a Victor, pois trabalha no mesmo prédio há 22 (vinte e dois) anos; Que conhece o Sr. Amarílio Braga somente de vista; Que não conhece pelo nome a pessoa de Janete Lírio; Que nunca desembolsou qualquer valor para constituir empresa e nunca participou de sua gestão, trabalhando somente como porteiro e fazendo "bicos" como lavador de carros e pintor. [grifo nosso]

EDÉZIO afirmou que assinou, sem ler, a pedido de VICTOR SARLO JUNIOR, diversos documentos e que não sabia da existência de empresa em seu nome. Disse também desconhecer a existência de conta aberta no Banestes e que nunca recebeu qualquer valor por ter assinado os documentos para VICTOR. Afirmou conhecer seu “sócio” AMARILIO BRAGA somente de vista e que nunca desembolsou qualquer valor para constituir a HD KIDS além de nunca ter participado da gestão da empresa.

AMARILIO BRAGA declarou que é mestre de obras e que (fls. 453/455):

(...) é amigo da família do Sr. Hélio Dórea a cerca de 40 (quarenta) anos; Que certa vez, Helina Dórea, procurou o depoente e lhe pediu que este cedesse seu nome para constituição de uma empresa que usava a marca HD KIDS; Que esse pedido foi justificado pelo fato do antigo sócio do seu marido Victor Sarlo Júnior, de nome Idival Ramos, estar contraindo empréstimos pessoais em nome da empresa; Que assim o depoente ingressou na sociedade no quadro social da

empresa HD KIDS, que funcionava na Praia do Canto, na Rua João da Cruz; Que juntamente com o depoente, os seus filhos Jeferson Braga e Jaqueline Braga também cederam seus nomes para a constituição de empresas; Que esclarece que nunca recebeu qualquer quantia pelo empréstimo do nome, somente o tendo cedido por amizade, vez que a família Dórea estava envolvida em problemas jurídicos e não podia ter "um prego" em seu nome; Que não sabe dizer se seus filhos recebem alguma gratificação pela cessão dos nomes; Que após o pedido de Helina, o restante da transação foi feita com Vitor Sarlo Júnior e seu contador Sebastião; Que os seus filhos somente recebem algum dinheiro quando o depoente faz obras nas lojas do grupo e o pagamento e repassado diretamente aos seus filhos; Que o depoente trabalha com reforma de apartamentos e aplicação de papel de parede; Que a cerca de 2 (dois) meses o depoente retirou o seu nome da empresa; Que a retirada do nome foi devido ao fato do depoente ter comparecido a uma audiência na Justiça do Trabalho, representando a HD KIDS, onde a reclamante informou a Juíza que os verdadeiros proprietários da rede eram Helina e Vitor, tendo profetizado que os mesmos mais cedo ou mais tarde seriam presos; Que em razão disso pediu a retirada do seu nome e recomendou aos seus filhos que procedessem de igual forma; Que essa retirada se daria nesta semana; Que quem promovia a retirada ou inclusão de sócios eram Victor e o contador Sebastião; Que o depoente por diversas vezes, confiando em Victor, assinou diversos documentos sem ler; Que outorgou procurações a Victor, pelo que se recorda, nos cartórios Sarlo, Fafá e um que fica atrás do Edifício Conilon; Que seus filhos procederam de igual forma; Que o depoente abriu contas bancárias no Banco do Brasil e no Bradesco, as quais são movimentadas por Victor; Que não tem nenhum dinheiro do depoente nessas contas; Que seus filhos também emprestaram seus nomes para abertura de contas; Que acredita que também exista cartão de crédito no seu nome; Que não conhece João Batista de Cerqueira, Kleber da Silva Bernardo, Denadir da Penha Medina, Geraldo Antônio Gonçalves Bernardo, Jovalci Francisco Pinto, Juliana Coelho Colodete e Marinaiva Rodrigues dos Santos; Que conhece Edézio Venâncio de Araújo, que é porteiro do prédio de Helina e Victor; Que Janete Lirio é empregada doméstica do casal; Que Irene de Fátima Pavoni e Vanessa Coelho Colodete são empregadas do HD KIDS sendo a última esposa do motorista de Victor; Que conhece Edival de vista; Que o depoente possui apenas um imóvel em seu nome que é a casa onde vive; Que não sabe dizer se Victor colocou algum imóvel no seu nome; Que não sabe dizer se Victor colocou as outras lojas em nome de terceiros; Que as pessoas citadas pelo depoente como sendo suas conhecidas, o mesmo sabe dizer que também emprestaram o nome para constituição de empresas em seus nomes, sendo essas de propriedade de Victor e Helina; Que as declarações de imposto de renda do depoente são feitas pelo contador Sebastião; Que Sebastião orientou o depoente a retirar o seu nome em razão de um problema de sonegação fiscal envolvendo a empresa; Que nunca participou da gestão das empresas. [grifo nosso]

AMARÍLIO foi o que se denomina popularmente de “testa-de-ferro” da HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA. Participou ativamente da fraude na medida em que arregimentou filhos e amigo para também se submeterem à condição de interpostas pessoas do grupo, como demonstraremos mais adiante.

Destacamos a seguir as principais informações prestadas por AMARÍLIO em seu contundente depoimento:

- é amigo da família de HELIO DÓREA (pai de HELINA DÓREA, esposa de VICTOR SARLO JUNIOR) há cerca de 40 anos;

- HELINA DÓREA lhe pediu para que cedesse seu nome para constituição da HD KIDS;
- nunca recebeu qualquer quantia pelo empréstimo do nome, somente o cedeu por amizade;
- compareceu há cerca de 2 meses a uma audiência na Justiça do Trabalho na qual a reclamante informou à Juíza que os verdadeiros proprietários da rede (HD KIDS) eram HELINA e VICTOR e que estes seriam presos mais cedo ou mais tarde, e por esse motivo, resolveu pedir a retirada de seu nome da empresa;
- quem promovia a retirada ou inclusão de sócios eram VICTOR e o contador SEBASTIÃO;
- por diversas vezes, confiando em VICTOR, assinou documentos sem ler;
- outorgou procurações a VICTOR nos cartórios SARLO, FAFÁ e outro que funciona no ed. Conilon;
- abriu contas bancárias nos bancos do Brasil e Bradesco, as quais eram movimentadas por VICTOR;
- não tem nenhum dinheiro seu nessas contas bancárias;
- não conhece JOÃO BATISTA CERQUEIRA;
- conhece EDÉZIO VENÂNCIO DE ARAUJO que é porteiro do prédio de HELINA e VICTOR;
- conhece EDIVAL de vista;
- nunca participou da gestão da HD KIDS.
- Que seus filhos procederam de igual forma, atuando como laranjas em estabelecimentos da rede de lojas HD KIDS.

10. VICTOR SARLO WILKEN JUNIOR e HELINA MARIA BROTTO DOREA SARLO WILKEN também prestaram depoimentos, conforme transcrição abaixo, em que admitiram ser os reais proprietários e gestores do GRUPO HD KIDS.

VICTOR SARLO WILKEN JUNIOR declarou que é empresário e que (fls. 483/487):

(...) que em julho do ano de 2008, o depoente abriu a primeira empresa que usou a marca HD KIDS, na Rua Eugênio Netto, Prata do Canto; que, por ter restrições relativas a seu nome, face problema judicial envolvendo a empresa MARVAL, para a qual o mesmo havia alugado um imóvel, o mesmo não podia ser sócio de empresa; que as restrições se limitavam a créditos, bancários; que não houve bloqueio de seus bens, de contas bancárias relativas ao caso MARVAL; que a primeira empresa teve o nome de HD KIDS SHOPPING DOS BRINQUEDOS e foi constituída em nome de IDIVAL RAMOS CERQUEIRA e seu irmão, que não se recorda o nome; que IDIVAL é amigo do depoente há mais de quarenta anos; que IDIVAL tinha restrições de crédito e, em razão disso, foi sucedido na empresa por AMARÍLIO BRAGA, também seu amigo há mais de trinta anos; que também ingressou nessa sociedade EDEZIO VENÂNCIO DE ARAÚJO, que era porteiro do prédio do depoente há mais de vinte e cinco anos e que figurou como detentor de 1% da empresa; que tanto IDIVAL quanto EDEZIO sabiam a razão da cessão do

nome; que IDIVAL não recebia diretamente nenhum valor para figurar no contrato mas o mesmo tinha acesso à conta bancária da empresa e contraiu empréstimo em nome dela, bem como, eventualmente, pedia para que alguns cheques fossem descontados pelo depoente; que EDEZIO fez acordo com o depoente e passou a fazer a limpeza e manutenção externa de todas as lojas e recebia por esse serviço; que AMARÍLIO também não recebia nenhum valor pela cessão do nome, entretanto passou a realizar qualquer tipo de obra e reformas nas empresas do depoente; que, após o fechamento da Casa dos Brinquedos, surgiu a oportunidade de criação de uma empresa no Shopping Laranjeiras, tendo sido criada uma filial da empresa HD KIDS SHOPPING DOS BRINQUEDOS naquele local e, posteriormente, uma terceira filial no Shopping Vitória; que, a partir daí, AMARÍLIO começou a ter problemas cadastrais e, juntamente com o contador SEBASTIÃO ALBERTO BERNARDO, decidiram por baixar as duas filiais, por transferir a matriz para uma loja pequena no Shopping Vitória, bem como por abrir duas novas empresas; que, face essa necessidade, o depoente pediu a AMARÍLIO que lhe fornecesse algum nome de confiança para que constituísse uma nova empresa; que AMARÍLIO indicou seu filho JEFFERSON BRAGA e então foi criada a JW DE FREITAS; que, inicialmente, JEFFERSON trabalharia com o depoente na loja, entretanto este começou a trabalhar no Iate Clube com manutenção de lanchas e o depoente passou a lhe pagar o valor correspondente a um salário mínimo por mês, o que ocorre até a presente data; que outra empresa de nome KD COMÉRCIO DE BRINQUEDOS também foi constituída e sediada na Rua Eugênio Neto, nesta cidade; que essa empresa foi constituída em nome de KLEBER DA SILVA BERNARDO e DENADIR DA PENHA MEDINA; que esses nomes foram fornecidos pelo contador SEBASTIÃO, sob a condição de que fosse recolhido o INSS dessas pessoas e que fossem feitas suas declarações de Imposto de Renda; que depoente conhece KLEBER, pois ambos trabalhavam na área de seguros, bem como às vezes o mesmo comparecia ao seu escritório; que não conhece DENADIR DA PENHA MEDINA, mas sabe dizer que ela é conhecida ou prima de SEBASTIÃO; que o único benefício recebido por essas pessoas é o recolhimento de seu INSS; que, posteriormente, foi aberta uma empresa na Glória de nome JF-BRAGA, em nome de JACKELINE FREITAS BRAGA; que JACKELINE também recebia um salário mínimo pela cessão do nome; que JACKELINE também trabalharia com o depoente, mas passou a trabalhar na Vitória Diesel; que também foi constituída a empresa SHOP-KIDS BRINQUEDOS CAMPO GRANDE LTDA em nome de JANETE LÍRIO, que continha 98% da empresa, bem como de JOVANI FRANCISCO PINTO, que era amigo de JEFFERSON e tinha sido indicado por AMARÍLIO BRAGA; que JOVANI logo pediu para sair, após aproximadamente seis meses, pois iria viajar e, para compor o quadro social, SEBASTIÃO buscou outro nome, tendo incluído GERALDO ANTÔNIO GONÇALVES BERNARDO; que não conhece GERALDO, mas acredita ser parente de SEBASTIÃO, em razão de seu sobrenome; que Geraldo não recebia nenhum valor; que JANETE trabalhava na casa do depoente há dezesseis anos como empregada doméstica e babá; que JANETE tinha ciência da constituição da empresa e recebia um valor mensal de 450 reais; que também foi criada a empresa NS COMÉRCIO DE BRINQUEDOS, que tem como sócias JULIANA COELHO COLODETE e IRENE PAVONI; que IRENE trabalha com o depoente desde de 3 meses após constituir a primeira empresa, sendo sua gerente financeira-administrativa; que JULIANA é conhecida do depoente há mais de vinte anos, sendo afilhada de DAILSON CARLOS COUTINHO, que é seu motorista há 17 anos; que JULIANA trabalha como caixa da empresa KD KIDS e recebe, além de seu salário, mais 450 reais; que IRENE recebe apenas seu salário; que, por fim, foi criada a empresa MUNDO DOS BRINQUEDOS LTDA, que teve como sede a nova loja no Shopping Vitória; que, em razão da restrição de crédito da empresa em nome de AMARÍLIO, o Shopping Vitória não aceitou celebrar o contrato

permanente com esta empresa; que isso ocorreu por critério do próprio shopping; que a empresa foi criada em nome de VANESSA COELHO COLODETE COUTINHO e de outra pessoa de que não se recorda o nome; que MARINALVA RODRIGUES DOS SANTOS, foi indicação do contador SEBASTIÃO para compor o contrato social com 1% das cotas; que, inicialmente, a intenção do depoente era manter as empresas em nome de uma única pessoa de sua confiança, mas, por aconselhamento de SEBASTIÃO BERNARDO, criava empresas em nome de duas pessoas, pois seria mais fácil substituir uma pessoa do que dar baixa na empresa e constituir uma nova em caso de problema; que todas as empresas que utilizam a marca HD KIDS são de propriedade do depoente e sua esposa; que sua esposa HELINA tratava da parte de marketing das empresas, não tendo conhecimento sobre a gestão administrativa ou tributária; que, à exceção da primeira empresa criada e de suas filiais, as demais foram constituídas no sistema SIMPLES; que as empresas foram constituídas nesse sistema pois o seu faturamento era compatível com o teto previsto; que somente a empresa MUNDO DOS BRINQUEDOS, no final de 2010, excedeu o faturamento e entrou no regime normal de tributação; que o depoente acredita que o teto para o SIMPLES diz respeito a cada empresa e não ao grupo de empresas; que não foi orientado no sentido diverso por seu contador; que esse fracionamento de empresas não teve como objetivo fraudar o sistema SIMPLES; que tem conhecimento neste Estado e no Rio de Janeiro de diversas empresas que funcionam dessa forma e, por isso, acreditou que não houvesse nada de errado; que a intenção do depoente era a de franquiar a marca; que o depoente registrou a marca em nome da empresa HD KIDS SHOPPING DOS BRINQUEDOS cujos sócios são AMARÍLIO e EDEZIO; que existe um contrato de uso da marca com todas as empresas; que a intenção do depoente era de vender as empresas e apenas receber os royalties da marca, pois sua esposa havia se desligado totalmente das empresas; que SEBASTIÃO não recebia nenhum valor além do que lhe era devido pela escrita contábil das empresas; que todos os sócios majoritários das empresas mencionadas tinham pleno conhecimento da cessão dos nomes; que essas pessoas não outorgavam procurações ao depoente; que qualquer documento que fosse necessário era levado para essas pessoas assinarem ou, se preciso, essas iam pessoalmente aos bancos, Secretaria de Fazenda, PROCON's, audiências, etc, não havendo nada de obscuro em relação às mesmas; que, inclusive, no ano passado JACKELINE BRAGA lhe pediu para ver os documentos da empresa, que lhe foram mostrados; que algumas vezes essas pessoas de confiança do depoente compareciam ao escritório onde eram cientificados do que estavam assinando pela Sra. IRENE; que somente existe débito com a SEFAZ, o qual está sendo parcelado em dia; que há um débito sendo discutido com a SEFAZ relativo a transferência de estoque; que cada empresa movimentava seus recursos em contas próprias, cujos documentos eram assinados pelos sócios administradores; que esclarece que AMARÍLIO também movimentava, de forma pessoal, a conta que existe em seu nome; que o depoente utiliza, para fins pessoais, contas bancárias em nome de JANETE e AMARÍLIO, e cartão de crédito de AMARÍLIO, pois este é corporativo; que os cartões de crédito em nome de JÉFFERSON, JANETE, KLÉBER e JACKELINE, apreendidos na HD KIDS da Praia do Canto, nunca foram utilizados; que os demais cartões do BNDES-Bradesco, em nome de JF BRAGA, NS, MUNDO DOS BRINQUEDOS, SHOP-KIDS, KD e JW, em nome de seus respectivos sócios, foram utilizados para montagem de cada uma das lojas; que esses cartões se referem a uma linha de crédito do BNDES junto ao banco repassador, exclusivamente para montagem de empresas junto a estabelecimentos credenciados; que não conhece PEDRO BERNARDO JÚNIOR e não tem qualquer ligação com a conta por ele titularizada; que se recorda de uma ligação telefônica onde trata com uma empresa USUAL PLASTIC, com sede em São Paulo ou Santa Catarina, acerca do recebimento de mercadoria subfaturada e esclarece que essa constatação se deu

pela própria empresa HD KIDS e a ligação tinha o intuito que o fornecedor regularizasse a situação; que a situação foi regularizada e a empresa mandou uma nota complementar; que o depoente tenta negociação para constituição de nova empresa no Shopping Mestre Alvaro, a ser inaugurado em novembro deste ano, mas até o momento não teve êxito; que o depoente também abrirá uma loja no Shopping Moxuara, em Cariacica, cujo contrato está em nome de sua sogra; que esclarece que tentou buscar nomes junto à família para constituição das empresas citadas, mas não obteve êxito; que o depoente não tinha conhecimento do caráter ilícito de suas ações, bem como nunca teve intenção de lesar ninguém; que o depoente nunca foi orientado por ninguém para regularizar sua situação; que acredita que o faturamento médio anual de todas as empresas gira em torno de 2 milhões de reais; que todas as lojas são informatizadas e o próprio sistema impede o subfaturamento; que 80% dos seus fornecedores são empresas multinacionais; que não tem conhecimento da existência de créditos tributários inscritos em dívida ativa relativos à empresa HD KIDS, baixada recentemente; que indagado se havia algo mais a acrescentar, o depoente esclarece que uma transcrição de diálogo telefônico constante do pedido de busca e apreensão, onde o mesmo pede ao gerente do Bradesco de nome Paulo para retirar seu nome como depositante do valor e colocar em nome da empresa, se deve ao fato de o dinheiro ser da conta da própria empresa; que reafirma que nunca teve a intenção de lesar ninguém e está disposto a regularizar qualquer débito eventualmente existente em relação às suas empresas, pois seu único desejo é trabalhar e sustentar sua família. [grifo nosso]

HELINA MARIA BROTTO DOREA SARLO WILKEN declarou que é empresária e que (fls. 469/471):

Que a cerca (sic) de 03 (três) anos a depoente pediu a seu marido que criasse uma empresa no ramo de brinquedos a fim de que pudesse contribuir com o sustento da família; Que o ramo escolhido foi o de brinquedos, visto que a depoente possui 05 filhos com idade entre 3 e 16 anos; Que em razão do nome do seu marido Victor estar envolvido em processos judiciais relativos ao caso Marval; Que em razão disso Victor não podia ter nada em seu nome e conseqüentemente, a depoente por ser sua esposa; Que a primeira loja foi constituída na Rua Eugênio Neto, na Praia do Canto e foi constituída em nome de terceiros que não sabe os nomes; Que a depoente sempre viu isso ocorrer em outras empresas e não achou que isso fosse errado, tanto que colocou suas iniciais no nome fantasia da empresa; Que também suas iniciais foram colocadas na razão social; Que conhece algumas das pessoas que emprestaram os nomes para constituição das empresas, sendo essas: Amarílio Braga, Vanessa Colodete, os filhos do Sr. Amarílio Braga, Janete Lírio, Edésio Venâncio, sendo que Janete é empregada doméstica da família e Edésio, porteiro do prédio; Que com o fechamento das Casas dos Brinquedos abriu-se uma lacuna no mercado que foi ocupada pela HD KIDS; Que os imóveis das lojas não são próprios; Que sabe dizer que era oferecido uma "ajuda de custo" para as pessoas que cediam os nomes; Que não sabe dizer se essas pessoas cediam suas contas bancárias, acreditando que não; Que a função da depoente na empresa é a área de marketing, vez que sempre trabalhou nessa área; Que não tem conhecimento sobre a gestão financeira e tributária das empresas; Que, pelo que sabe, as empresas recolhem devidamente os tributos; Que somente há parcelamento com relação a débito da HD KIDS - Shopping Vitória; Que não há qualquer intenção da depoente em fraudar o Fisco e que se há algo de errado está disposta a corrigir; Que não tem conhecimento de qualquer ato ilícito praticado, acreditando que todas as contas estejam regulares; Que as pessoas que cederam os nomes são todas conhecidas e não há qualquer intenção em prejudicá-las; Que reafirma que não tinha conhecimento que a inclusão dessas pessoas no quadro social configurava crime; Que não tem qualquer conhecimento sobre a gestão das empresas; Que não

conhece João Batista de Cerqueira, Kleber da Silva Bernardo, Denadir da Penha Medina, Geraldo Bernardo, Jovalci Pinto e Mannalva Rodrigues; Que Juliana, Irene e Vanessa são funcionárias da HD KIDS e Idival Ramos é amigo da família; Que a depoente recentemente submeteu a uma cirurgia na coluna, bem como está sob tratamento psiquiátrico devido a um incidente (choque anafilático) ocorrido com seu filho; Que a depoente está disposta a colaborar com que puder e está disposta a corrigir os atos que por ventura não estejam em conformidade com a lei; que não existem imóveis em nome da depoente e de seu marido em razão de terem vendido tudo para arcar com os gastos relativos ao caso Marval; Que a depoente e seu marido residem no apartamento do pai da depoente; Que não conhece Pedro Bernardo Júnior; Que todas as pessoas que colaboraram cedendo os seus nomes tinham conhecimento da finalidade e recebiam para isso; Que nenhum deles foi enganado. [grifo nosso]

11. VICTOR SARLO WILKEN JUNIOR e HELINA MARIA BROTTO DOREA SARLO WILKEN providenciaram a exclusão das interpostas pessoas dos quadros societários de todas as empresas integrante do GRUPO.

12. O Sr. SEBASTIÃO ALBERTO BERNARDO, CPF nº 113.882.427/53, contador e sócio administrador da empresa SABERCONTA SERVICOS DE SOFTWARE LTDA-ME – CNPJ 36.008.605/0001-76, além de ter atuado de forma decisiva na inserção de informações inverídicas em diversos contratos sociais (ocultação da verdadeira proprietária da marca e da nova empresa e simulação de transferências de quotas societárias e endereços), participou diretamente arregimentando pessoas (“laranjas”) para serem utilizadas nos quadros societários das empresas integrantes do denominado GRUPO KIDS.

13. É merecedor de transcrição o histórico da empresa HD KIDS apresentado pela autoridade autuante no Termo de Encerramento da Ação Fiscal.

Em julho de 2008 foi inaugurada a loja HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA na rua Eugênio Netto, 111, Praia do Canto, Vitória-ES, tendo como sócios de fato VICTOR SARLO WILKEN JUNIOR e HELINA MARIA BROTTO DOREA SARLO WILKEN. Contudo, figuravam no quadro societário o corretor de imóveis IDIVAL RAMOS CERQUEIRA e o fiscal/cobrador de ônibus JOÃO BATISTA DE CERQUEIRA, que depois deram lugar ao porteiro e lavador de carros EDEZIO VENANCIO DE ARAUJO e ao mestre de obras AMARILIO BRAGA.

No mesmo ano foram abertas duas filiais, uma no Shopping Vitória (Vitória-ES) e outra no Shopping Laranjeiras (Serra-ES).

Dando início ao ilícito planejamento tributário, VICTOR SARLO WILKEN JUNIOR e seu contador SEBASTIÃO ALBERTO BERNARDO decidiram baixar as filiais e “substituí-las” pela pessoas jurídicas constituídas exclusivamente para este fim (encobrir as filiais do grupo). A operação consistiu em uma série de inserções de declarações falsas nos contratos sociais e no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, para ocultar o casal VICTOR e HELINA e simular a integralização do capital social, a transferência de cotas, mudanças de endereço, etc.

J.W DE FREITAS - SHOPPING DOS BRINQUEDOS LTDA – CNPJ 10.876.082/0001-96 recebeu o endereço da filial do Shopping Laranjeiras;

HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA recebeu o endereço da filial do Shopping Vitória;

KD COMÉRCIO DE BRINQUEDOS LTDA - CNPJ 11.072.557/0001-54 recebeu o antigo endereço da matriz.

As pessoas utilizadas para figurar nos quadros societários da **J.W DE FREITAS - SHOPPING DOS BRINQUEDOS LTDA** e **KD COMÉRCIO DE BRINQUEDOS LTDA** foram arrematadas por AMARILIO BRAGA e pelo contador SEBASTIÃO.

Entre 2009 e 2010 foram constituídas mais 4 empresas com a marca HD KIDS, criadas todas em nome de pessoas humildes, sem patrimônio e sem capacidade econômica. A título exemplificativo, citamos algumas atividades das interpostas pessoas: empregadas domésticas, marinho, acompanhante de idosos, motorista, desempregado, caixa de loja, etc.

Relembrando as palavras de VICTOR SARLO WILKEN JUNIOR: “*todas as empresas que utilizam a marca HD KIDS são de propriedade do deponente e sua esposa*”.

14. A seguir, fragmentos do relato constante no Termo de Encerramento da Ação Fiscal acerca do surgimento das demais empresas que, para a Fiscalização, representam na verdade estabelecimentos da ora Recorrente.

Em 2008 a HD KIDS tinha sua sede na Rua Eugenio Netto, 111, Praia do Canto, Vitória-ES e possuía duas filiais: Em Vitória-ES, na Av. Américo Buaiz, 200, lojas 229 e 229-A, ed. Shopping Vitória, Enseada do Suá e na Serra-ES, na Av. Primeira Avenida, 231, lojas 109 a 114, 121 e 122, Parque Residencial Laranjeiras.

...

Em 23/07/2009 a filial de Serra-ES, foi extinta (fls. 2271). Em seu lugar, na Av. Primeira avenida, 231, Serra-ES, lojas 109 a 114 e 121 a 122, passou a funcionar a **J.W DE FREITAS - SHOPPING DOS BRINQUEDOS LTDA** - CNPJ 10.876.082/0001-96, nome fantasia SHOPPING DOS BRINQUEDOS, cujo registro na Junta Comercial ocorreu em 04/06/2009 (fls. 1868/1870). Conforme procuração registrada no livro 996-p, folha 159, do cartório Castello (fls.567/570), em 10/06/2009 foi conferido a **IRENE DE FÁTIMA PAVONI DE OLIVEIRA** - CPF 054.058.268-98 “poderes amplos gerais e ilimitados para gerir e administrar todos os bens e negócios” da **J.W. DE FREITAS BRAGA - SHOPPING DOS BRINQUEDOS LTDA**. IRENE era funcionária do setor financeiro da HD KIDS desde 2008 (ver relato acerca da **NS COMERCIO DE BRINQUEDOS LTDA** mais adiante).

...

JEFFERSON WENDEL DE FREITAS BRAGA – CPF 088.040.977-01 figura como titular da firma individual **J.W. DE FREITAS BRAGA - SHOPPING DOS BRINQUEDOS LTDA** - CNPJ 10.876.082/0001-96, inscrita na Junta Comercial do Estado do Espírito Santo – JUCEES sob o nº 3210165889, em 04/06/2009, conforme contrato social (fls.1868/1870).

Observa-se, na capa do contrato social, que no campo “telefone de contato” foi informado o e-mail saberconta@bol.com.br da SABERCONTA SERVIÇOS DE SOFTWARES LTDA, empresa de contabilidade de SEBASTIÃO ALBERTO BERNARDO contador do grupo HD KIDS até a deflagração da operação Fantoche.

JEFFERSON WENDEL DE FREITAS BRAGA é filho de AMARILIO BRAGA o qual, conforme relatado aqui, foi interposta pessoa da HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA.

...

JEFFERSON, assim como fez seu pai AMARILIO e sua irmã JACKELINE e seu amigo JOVANI, cedeu seus documentos para que **VICTOR SARLO JUNIOR E HELINA MARIA BROTTO DOREA SARLO WILKEN**, por intermédio do contador **SEBASTIÃO**, formalizassem nos órgãos de registro a **J.W DE FREITAS - SHOPPING DOS BRINQUEDOS LTDA - CNPJ 10.876.082/0001-96** na qual ele figurou como titular.

...

Também em 23/07/2009 a filial de Vitória foi extinta (fls. 2271). Em seu lugar passou a funcionar a matriz da **HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA**, cujo novo endereço passou a ser Av. Américo Buaiz 200 loja 229 / 229-a, Shopping Vitória, Enseada do Sua, Vitória-ES.

No lugar da matriz, na rua Eugênio Netto, 111, Praia do Canto Vitória-ES, passou a funcionar a **KD COMÉRCIO DE BRINQUEDOS LTDA - CNPJ 11.072.557/0001-54**, nome fantasia K D BRINQUEDOS, inscrita na Junta Comercial do Estado do Espírito Santo – JUCEES sob o nº 32201437984, em 13/08/2009, conforme contrato social (fls.1923/1935). Conforme procuração registrada no livro 264, folha 77, do cartório Sarlo (fls. 553/554), em 13/11/2009 foi conferido a **ORLANDO BROTTO** – CPF 086.258.407-87 “poderes amplos gerais e ilimitados para gerir e administrar todos os bens e negócios” da KD COMÉRCIO DE BRINQUEDOS LTDA.

ORLANDO é tio de HELINA.

KLEBER DA SILVA BERNARDO – CPF 173.862.507-97 e **DENADIR DA PENHA MEDINA** – CPF 027.541.627-55 figuram como sócios da **KD COMÉRCIO DE BRINQUEDOS LTDA**.

Também observa-se na capa do contrato social que no campo “telefone de contato” foi informado o e-mail saberconta@bol.com.br da SABERCONTA SERVIÇOS DE SOFTWARES LTDA, empresa de contabilidade de SEBASTIÃO ALBERTO BERNARDO que assina o documento como testemunha.

KLEBER DA SILVA BERNARDO é irmão do contador **SEBASTIÃO ALBERTO BERNARDO**.

...

Merece destaque o excerto do depoimento no qual KLEBER, antes de aceitar o convite de VICTOR SARLO, consultou seu irmão SEBASTIÃO ALBERTO BERNARDO, **PROFISSIONAL DE CONTABILIDADE**, que lhe respondeu que **TAL CONDUTA É LEGAL E NORMAL NO MERCADO**.

KLEBER Informou ainda que a “sócia” minoritária DENADIR é empregada doméstica de seu pai e que mal sabe assinar o nome.

...

DENADIR é acompanhante do Sr. PEDRO BERNARDO JUNIOR, 96 anos de idade, pai de KLEBER e de SEBASTIÃO e foi arrematada pelo primeiro. Segundo informou, teve sua carteira de trabalho assinada em troca de ceder seu nome para figurar na **KD COMÉRCIO DE BRINQUEDOS LTDA**.

...

Em 28/07/2009 foi constituída a **KIDS BRINQUEDOS LTDA** – CNPJ 11.020.238/0001-03, nome fantasia JACKIDS BRINQUEDOS, na Av. Carlos Lindemberg 7175, loja 6, Glória Vila Velha-ES. Conforme procuração registrada no livro 0999-p, folha 24, do cartório Castello (fls. 574/575), em 25/08/2009 foi conferido a **LUIZ CARLOS DALLA BROTTTO** - CPF 087.249.387-34 “poderes amplos gerais e ilimitados para gerir e administrar todos os bens e negócios” da KIDS BRINQUEDOS LTDA.

LUIZ CARLOS é tio de HELINA.

...

JACKELINE FREITAS BRAGA - CPF 123.265.067-66 figurou como titular da **KIDS BRINQUEDOS LTDA - CNPJ 11.020.238/0001-03**, inscrita na Junta Comercial do Estado do Espírito Santo – JUCEES sob o nº 32101667813, em 28/07/2009, conforme contrato social (fls.1975/1977).

Também aqui observa-se na capa do contrato social que no campo “telefone de contato” foi informado o e-mail saberconta@bol.com.br da SABERCONTA SERVIÇOS DE SOFTWARES LTDA, empresa de contabilidade de SEBASTIÃO ALBERTO BERNARDO.

JACKELINE FREITAS BRAGA é filha de AMARILIO BRAGA e irmã de JEFFERSON WENDEL DE FREITAS BRAGA, interpostas pessoas da **HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA** e da **J.W. DE FREITAS BRAGA - SHOPPING DOS BRINQUEDOS LTDA**, respectivamente.

Inquirida pelo GETPOT/MPES declarou em 14/03/2011 (fls. 458/459) que é **estagiária** e:

...

Depreende-se do depoimento de JACKELINE que:

- que sua família é amiga da família do Sr. HÉLIO DOREA [pai de HELINA] há muito tempo e certa vez, VICTOR e HELINA procuraram a depoente e lhe pediram que cedesse seu nome para constituição de uma empresa que usava a marca HD KIDS;

- que esse pedido foi justificado pelo fato de VICTOR estar com o nome sujo em razão de algumas compras que havia feito e não poder ter nada em seu nome;

- que para isso recebe um salário mínimo por mês;

- que assinou diversos papéis sem ler;

- que não sabe dizer se existe conta em seu nome movimentada por VICTOR e HELINA;

- que possui contas pessoais no Banco do Brasil onde recebe seu salário como estagiária da Vitória Diesel e no Banco Itaú onde tem uma conta universitária;

- que seu irmão JEFFERSON se encontra na mesma situação dela;
- que o convite para a cessão do nome foi feito por VICTOR e acompanhado a todo tempo por HELINA;
- que a documentação foi formalizada pelo contador SEBASTIÃO;
- que nunca participou da gestão da empresa.

...

Em 05/11/2009 foi constituída **SHOPKIDS BRINQUEDOS CAMPO GRANDE LTDA ME** - CNPJ 11.301.566/0001-70, nome fantasia SHOPKIDS, na av. Expedito Garcia, 24, térreo, Campo Grande, Cariacica-ES.

...

JOVANI FRANCISCO PINTO - CPF 097.882.407-55 e GERALDO ANTÔNIO GONÇALVES BERNARDO - CPF 195.434.257-87 figuraram como sócios na constituição da **SHOPKIDS - BRINQUEDOS CAMPO GRANDE LTDA**, depois denominada **SHOPKIDS BRINQUEDOS NOVO MUNDO LTDA** - CNPJ 11.301.566/0001-70, inscrita na Junta Comercial do Estado do Espírito Santo - JUCEES sob o nº 32201455630, em 05/11/2009, conforme contrato social (fls. 2142/2154).

Posteriormente, em 22/01/2010, JANETE LIRIO - CPF 001.816.567-28, empregada doméstica de VICTOR e HELINA passou a figurar como sócia administradora em substituição a JOVANI. (fls. 2157/2170)

Em 20/01/2011 o endereço da SHOPKIDS foi alterado para o Shopping Vitória, na Av. Américo Buaiz 200 loja 608 Enseada do Sua Vitória-ES. (fls. 2176)

Observa-se na capa do contrato social que no campo "telefone de contato" foi informado o e-mail saberconta@bol.com.br da SABERCONTA SERVIÇOS DE SOFTWARES LTDA.

...

JOVANI disse não conhecer VICTOR SARLO JUNIOR nem sua esposa HELINE DOREA e que em certa ocasião foi procurado por AMARILIO BRAGA, pai de JEFFERSON WENDEL, que é seu amigo, para que seu nome fosse utilizado na constituição de uma empresa de VICTOR em troca de um salário mínimo mensal;

Afirmou também não conhecer os "sócios" GERALDO ANTONIO GONÇALVES BERNARDO e JANETE LIRIO.

...

Desempregado, sem renda e sem patrimônio, com o quarto ano primário, foi procurado em sua residência pelo contador do grupo HD KIDS, SEBASTIÃO, seu primo, que solicitou-lhe a assinatura de alguns documentos, alegando que seria para "registrar alguma coisa da receita federal". E assim **GERALDO ANTONIO GONÇALVES BERNARDO** passou a figurar como sócio da SHOPKIDS.

(...) que ontem viu pela TV as notícias da prisão do seu primo SEBASTIÃO BERNARDO, sendo logo em seguida notificado a comparecer e prestar depoimento na data de hoje; **(GERALDO ANTONIO GONÇALVES BERNARDO)**

(..) *que se sente enganado e arrependido de ter atendido os desejos de SEBASTIÃO se recordando de que este disse em certa ocasião que “ se desse algum problema, seria para ele, SEBASTIÃO BERNARDO”; que não conhece JANETE LIRIO, muito menos JOVANE FRANCISCO PINTO; que sequer sabe onde fica a loja HD KIDS. (GERALDO ANTONIO GONÇALVES BERNARDO)*

...

Trabalhando há 12 anos na casa do Sr. HÉLIO DÓREA, pai de HELINA, onde moram VICTOR SARLO e HELINA DÓREA, JANETE LIRIO assinou documentos a pedido de VICTOR, na expectativa de que tivesse sua carteira de trabalho assinada. Resultado: tornou-se “sócia” da SHOPKIDS.

...

Em 29/04/2010 **MUNDO DOS BRINQUEDOS LTDA** - CNPJ 11.884.795/0001-64, nome fantasia MUNDO DOS BRINQUEDOS, foi inscrita na Junta Comercial do Estado do Espírito Santo – JUCEES sob o nº 32201488121. Endereço: Av. Américo Buaiz 200 loja 608 Shopping Vitória Enseada do Sua, Vitória-ES. (fls. 2034/2045)

...

MUNDO DOS BRINQUEDOS LTDA foi instalada, em agosto de 2010, na loja nº 608 localizada na área nova resultante da expansão do Shopping Vitória. No mesmo Shopping, nas lojas 229/229-a, funcionava a HD KID SHOPPING BRINQUEDOS LTDA.

Por intermédio dos termos de Diligência Fiscal nº 01 e 02-195/2012 (fls. 328;359) NOVA CIDADE SHOPPING CENTERS S/A, administradora do Shopping Vitória, foi intimada pela fiscalização a:

1 – IDENTIFICAR por intermédio de planta baixa e/ou outro documento hábil, a localização exata dos seguintes espaços do Shopping Vitória, utilizados pela HD KIDS:

a) **loja 229 / 229-a** (endereço registrado na Junta Comercial e no cadastro CNPJ da **HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA** e que consta nos documentos apresentados pela diligenciada em atendimento ao TERMO DE DILIGÊNCIA FISCAL Nº 01-195/2012);

b) **loja 608** (endereço que consta no anexo II – Aditivo ao termo de acordo apresentado pela diligenciada em atendimento ao TERMO DE DILIGÊNCIA FISCAL Nº 01-195/2012).

2 – Informar se devido à expansão havida no Shopping Vitória, tais espaços passaram a se confundir, ou seja, se o espaço originalmente identificado pelos nºs 229 e 229-a passou a ser identificado pelo nº 608.

NOVA CIDADE SHOPPING CENTERS S/A apresentou os documentos solicitados (fls. 331/358; 36/388) e por intermédio do “Anexo II – Aditivo ao Instrumento de Reserva de Espaço e Localização nº 001”, de 01/06/2010, demonstrou que **MUNDO DOS BRINQUEDOS LTDA** foi constituída para ocupar o novo espaço (nº 608) surgido com a expansão.

Complementado sua resposta, NOVA CIDADE SHOPPING CENTERS S/A informou que:

Informamos que tais espaços [lojas nº 229/229-a e 608] não passaram a se confundir, ocorrendo, na realidade, a transferência do lojista em epígrafe [HD KIDS] para novo espaço comercial (loja nº 608) [grifo nosso]

A fiscalização constatou, portanto, que com a expansão do Shopping, o espaço nº 229/229-a deixou de existir. A única loja do grupo HD KIDS no Shopping Vitória passou a ocupar o espaço nº 608. No endereço cadastral da HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA, av. Americo Buaiz, 200, lojas 229 e 229-a não há mais atividade comercial.

...

VANESSA COELHO COLODETE COUTINHO - CPF 079.028.427-88 e **MARINALVA RODRIGUES DOS SANTOS** - CPF 008.761.148-18 figuraram como sócias no ato constitutivo da **MUNDO DOS BRINQUEDOS LTDA ME** – CNPJ 11.884.795/0001-64.

Observa-se na capa do contrato social que no campo “telefone de contato” foi informado o e-mail saberconta@bol.com.br da SABERCONTA SERVIÇOS DE SOFTWARES LTDA.

...

MARINALVA RODRIGUES DOS SANTOS assinou os papéis, sem ler, a pedido do contador **SEBASTIÃO**, seu ex-cunhado.

Em 24/01/2011 o endereço da **MUNDO DOS BRINQUEDOS LTDA** – CNPJ 11.884.795/0001-64 foi alterado do Shopping Vitória, 608, para a Av. Expedito Garcia, 24, térreo, Campo Grande, Cariacica-ES. Em seu lugar ficou a **SHOPKIDS BRINQUEDOS NOVO MUNDO LTDA**. (fls. 2056/2057; 2176/2177)

Finalmente, em 13/07/2010 foi formalizada na Junta Comercial do Espírito Santo sob o nº 32201503766, conforme contrato social (fls. 2091/2104), a **NS COMERCIO DE BRINQUEDOS LTDA** – CNPJ 12.227.445/0001-98, nome fantasia **BRINQUEDOS NORTE SUL**, na Av. José Maria Vivacqua Santos, 400 loja 204, Shopping Norte Sul, Jardim Camburi, Vitória-ES.

Exatamente como previra **HELINA DOREA** em entrevista ao jornal Folha de Vitória:

*(...) e os investimentos não param por aí e a empresária avisa que haverá nova expansão em setembro. A sétima loja da rede será lançada no Shopping Norte-Sul e vai seguir o mesmo padrão da que foi inaugurada nesta sexta-feira. (Entrevista de **HELINA DOREA** à folha Vitória).*

...

JULIANA COELHO COLODETE - CPF 119.699.127-82 e **IRENE DE FÁTIMA PAVONI DE OLIVEIRA** - CPF 054.058.268-98 figuraram como sócias na constituição da **NS COMÉRCIO DE BRINQUEDOS LTDA** – CNPJ 12.227.445/0001-98.

Observa-se na capa do contrato social que no campo “telefone de contato” foi informado o e-mail saberconta@bol.com.br da SABERCONTA SERVIÇOS DE SOFTWARES LTDA.

JULIANA e IRENE eram funcionárias da loja da HD KIDS, uma trabalhando no caixa e a outra no setor financeiro.

15. Todas as pessoas jurídicas constituídas, que, para a Fiscalização, representam meros estabelecimentos da fiscalizada, optaram pelo SIMPLES, usam a marca HD KIDS, foram constituídas por meio de interpostas pessoas e pertencem, de fato, ao casal HELINA e VICTOR.

16. As pessoas jurídicas a que faz referência o item anterior são as seguintes:

**J.W. DE FREITAS BRAGA - SHOPPING DOS BRINQUEDOS LTDA
– CNPJ 10.876.082/0001-96;**

KD COMÉRCIO DE BRINQUEDOS LTDA – CNPJ 11.072.557/0001-54;

KIDS BRINQUEDOS LTDA - CNPJ 11.020.238/0001-03;

SHOPKIDS BRINQUEDOS CAMPO GRANDE LTDA ME - CNPJ 11.301.566/0001-70;

MUNDO DOS BRINQUEDOS LTDA - CNPJ 11.884.795/0001-64; e

NS COMERCIO DE BRINQUEDOS LTDA – CNPJ 12.227.445/0001-98.

17. Entre março e maio de 2011, as interpostas pessoas inseridas nos quadros societários das empresas acima referenciadas foram substituídas por HELINA MARIA BROTTO DOREA SARLO WILKEN e VERA LÚCIA VILLASCHI SARLO WILKEN (mãe de VICTOR SARLO WILKEN JUNIOR), sendo que, nos contratos sociais, HELINA e VICTOR foram qualificados administradores.

18. Em 05 de maio de 2011, da mesma forma, as interpostas pessoas integrantes do quadro societário da fiscalizada foram substituídas por HELINA MARIA BROTTO DOREA SARLO WILKEN e VERA LÚCIA VILLASCHI SARLO WILKEN, mantendo-se o registro no contrato social que HELINA e VICTOR seriam os administradores.

19. Transcrevo, abaixo, relato da Fiscalização acerca da criação da empresa COMERCIAL HW LTDA:

Em 11/05/2011 a empresa DISTRIBUIDORA FONTE DE VIDA LTDA – EMPÓRIO DAS ÁGUAS, CNPJ 12.143.739/0001-31, teve alterada sua denominação social para COMERCIAL HW LTDA e recebeu como nome de fantasia: HD KIDS BRINQUEDOS. (contrato e alterações às fls. 2309/2377)

O endereço da COMERCIAL HW LTDA foi alterado para o já conhecido endereço da Rua Eugênio Netto 111 Praia do Canto - este foi o endereço da HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS e também da KD COMÉRCIO DE BRINQUEDOS LTDA).

O objeto social foi alterado para venda de brinquedos e no quadro societário foram incluídas como únicas sócias HELINA MARIA BROTTO DOREA SARLO WILKEN e REGINA CELI DALLA BROTTO DORES (mãe de HELINA), sendo a primeira qualificada como administradora da sociedade.

No mesmo ato são criadas 5 filiais, nos mesmos endereços de J.W. DE FREITAS BRAGA - SHOPPING DOS BRINQUEDOS LTDA, KD COMÉRCIO DE BRINQUEDOS LTDA, KIDS BRINQUEDOS LTDA, SHOPKIDS BRINQUEDOS CAMPO GRANDE LTDA ME, MUNDO DOS BRINQUEDOS LTDA e NS COMERCIO DE BRINQUEDOS LTDA .

Em 24/05/2011, COMERCIAL HW LTDA incorpora as pessoas jurídicas J.W. DE FREITAS BRAGA - SHOPPING DOS BRINQUEDOS LTDA, KD COMÉRCIO DE BRINQUEDOS LTDA, KIDS BRINQUEDOS LTDA, SHOPKIDS BRINQUEDOS CAMPO GRANDE LTDA ME, MUNDO DOS BRINQUEDOS LTDA e NS COMÉRCIO DE BRINQUEDOS LTDA .

Conforme consta nos atos de incorporação registrados na Junta Comercial do ES todos os ativos e passivos das empresas incorporadas foram transferidos para a COMERCIAL HW LTDA.

Quando a COMERCIAL HW LTDA foi criada, o grupo HD KIDS operava com as seguintes empresas: J.W. DE FREITAS BRAGA - SHOPPING DOS BRINQUEDOS LTDA, KD COMÉRCIO DE BRINQUEDOS LTDA, KIDS BRINQUEDOS LTDA, SHOPKIDS BRINQUEDOS CAMPO GRANDE LTDA ME, MUNDO DOS BRINQUEDOS LTDA e NS COMERCIO DE BRINQUEDOS LTDA.

Conforme informação prestada pela administradora do Shopping Vitoria (item 8 deste relatório), devido à expansão do Shopping Vitória a loja HD KIDS foi transferida para o novo espaço comercial (loja nº 608). A loja que havia no nº 229/229-a, endereço cadastral da HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA, deixou de existir. A marca HD KIDS passou a funcionar na loja nº 608 do Shopping por intermédio da empresa do grupo MUNDO DOS BRINQUEDOS LTDA .

Dessa forma, no ato da incorporação das empresas J.W. DE FREITAS BRAGA - SHOPPING DOS BRINQUEDOS LTDA, KD COMÉRCIO DE BRINQUEDOS LTDA, KIDS BRINQUEDOS LTDA, SHOPKIDS BRINQUEDOS CAMPO GRANDE LTDA ME, MUNDO DOS BRINQUEDOS LTDA e NS COMERCIO DE BRINQUEDOS LTDA ocorreu a transferência do estoque de todo o grupo HD KIDS para a COMERCIAL HW LTDA.

Mediante mais este artifício os proprietários e gestores do grupo HD KIDS transferiram os estoques da HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA, existentes nos estabelecimentos J.W. DE FREITAS BRAGA - SHOPPING DOS BRINQUEDOS LTDA, KD COMÉRCIO DE BRINQUEDOS LTDA, KIDS BRINQUEDOS LTDA, SHOPKIDS BRINQUEDOS CAMPO GRANDE LTDA ME, MUNDO DOS BRINQUEDOS LTDA e NS COMERCIO DE BRINQUEDOS LTDA, para a recém-criada COMERCIAL HW LTDA.

Como se constata, nada mudou em relação às instalações, espaços físicos, funcionários, fornecedores, marca e administração. Os gestores do grupo HD KIDS somente substituíram as empresas J.W. DE FREITAS BRAGA - SHOPPING DOS BRINQUEDOS LTDA, KD COMÉRCIO DE BRINQUEDOS LTDA, KIDS BRINQUEDOS LTDA, SHOPKIDS BRINQUEDOS CAMPO GRANDE LTDA ME, MUNDO DOS BRINQUEDOS LTDA e NS COMERCIO DE BRINQUEDOS LTDA pela COMERCIAL HW LTDA.

COMERCIAL HW LTDA é mais uma empresa do grupo HD KIDS. Grupo este que, em 03/04/2012, foi ampliado com a constituição de mais um

estabelecimento no endereço Shopping Praia da Costa, na av. Doutor Olívio Lira, 353, praia da costa, Vila Velha-ES.

Em 03/04/2012 COMERCIAL HW LTDA foi transformada em COMERCIAL HW S/A, conforme Ata registrada na Junta Comercial do ES (fls.2344/2368).

Atualmente, o grupo HD KIDS está assim configurado:

a) HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA com endereço na Av. Américo Buaiz, 200 lojas 229 e 229-a, Shopping Vitória, Enseada do Suá, Vitória-ES CEP 29.050-902, sem atividades desde o 4º trimestre de 2010, e

b) COMERCIAL HW S/A – MATRIZ, em nome da qual as atividades do grupo estão sendo realizadas, com endereço na Rua Eugênio Netto 111 Praia do Canto, Vitória-ES e nas seguintes filiais:

- Av. Américo Buaiz 200, Shopping Vitória, loja 608 Enseada do Sua Vitória-ES;
- Av. José Maria Vivacqua Santos, 400 loja 204, Shopping Norte Sul, Jardim Camburi, Vitória-ES;
- Av. Expedito Garcia, 24, térreo, Campo Grande, Cariacica-ES;
- Av. Primeira Avenida, 231, lojas 109 a 114, 121 e 122, Parque Residencial Laranjeiras, Serra-ES;
- Av. Carlos Lindemberg 7175 loja 6 Glória Vila Velha-ES;
- Av. Doutor Olívio Lira, 353, Shopping Praia da Costa, praia da costa, Vila Velha-ES .

20. A partir das informações colhidas, a Fiscalização, no que tange à constituição dos créditos tributários, adotou as seguintes providências:

a) relativamente ao primeiro e segundo trimestres de 2009, na medida em que a fiscalizada não apresentou DCTF e diante da compatibilidade entre os valores que foram declarados e os que foram registrados no Livro Caixa, promoveu o lançamento de ofício do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, considerando, para tanto, o regime de opção da contribuinte (LUCRO PRESUMIDO);

b) para o período de 01/07/2009 a 31/12/2010, por entender que as pessoas jurídicas J.W. DE FREITAS BRAGA - SHOPPING DOS BRINQUEDOS LTDA; KD COMÉRCIO DE BRINQUEDOS LTDA; KIDS BRINQUEDOS LTDA; SHOPKIDS BRINQUEDOS CAMPO GRANDE LTDA ME; MUNDO DOS BRINQUEDOS LTDA; e NS COMERCIO DE BRINQUEDOS LTDA, representavam mera extensão da fiscalizada, constituídas com o intuito de pulverizar as receitas por ela auferidas e com isso evitar uma incidência tributária mais gravosa, decidiu: agregar às receitas apuradas pela fiscalizada a totalidade das receitas auferidas pelas citadas empresa; em virtude da ausência de apresentação de livros de escrituração obrigatória, arbitrou o lucro; aplicou multa qualificada por entender que, no caso, houve subtração fraudulenta dos tributos e contribuições devidos; e imputou responsabilidade tributária ao Sr. VICTOR SARLO WILKEN JUNIOR, à Sra. HELINA MARIA BROTTO DOREA SARLO WILKEN e à pessoa jurídica COMERCIAL HW LTDA;

c) adicionou à parcela da base de cálculo apurada com base na receita bruta relativa ao terceiro trimestre de 2009, GANHO DE CAPITAL não tributado.

Como bem assinalado na peça recursal (item 15), o encaminhamento à Receita Federal de cópia do Procedimento Investigatório Criminal (OPERAÇÃO FANTOCHE) por parte do Ministério Público estadual, seu deu em razão da constatação de que os documentos que o compunha sugeriu a existência de “laranjas” na constituição das empresas do Grupo HD KIDS. Os fatos apurados pela Fiscalização e que, resumidamente, foram aqui retratados, demonstram à exaustão o quanto era procedente a ilação do *parquet* estadual.

O presente processo administrativo, embora possa ter sido impulsionado a partir de investigações promovidas no âmbito do Ministério Público, nenhuma relação guarda com o feito em referência, gozando, assim, de total autonomia.

Nessa linha, revela-se absolutamente equivocada a tentativa da Recorrente de transferir vícios supostamente existente no procedimento levado a efeito pelo Ministério Público estadual para o presente processo.

Consideradas a amplitude das investigações empreendidas e a abundância de provas carreadas ao processo, penso que a informação dos Recorrentes no sentido de que é merecedor destaque “*o fato das empresas NS Comércio de Brinquedos Ltda, Shopping dos Brinquedos Ltda, Kids Brinquedos Ltda e Shopkids Brinquedos Novo Mundo Ltda, já terem efetuado alteração de seus contratos sociais para incluir Helina Dórea Sarlo Wilken no quadro societário das empresas, sendo que essas alterações foram arquivadas na Junta Comercial do Espírito Santo em 20.4.2011*”, é confirmador, ainda que tardiamente, da verdadeira realidade econômica do denominado GRUPO KIDS, devidamente descortinada pela eficiente ação fiscalizadora, com o auxílio do Ministério Público do estado do Espírito Santo.

A alegação em sede de defesa de que os depoimentos retratados nos presentes autos são imprestáveis em razão de uma suposta “*coação moral*” praticada contra os declarantes, com o devido respeito, por qualquer que seja o ângulo da análise, não é consistente, pois, como é fácil observar, referidos pronunciamentos são meramente confirmadores dos fatos levantados pela autoridade fiscal por meio de controles internos do órgão.

Não identifico nos autos, também, elementos capazes de retirar a credibilidade das informações prestadas pelos Sr. Victor e pela Sra. Helina, especialmente no que diz respeito ao fato de terem admitido a constituição de empresas por meio de interposição de pessoas, o que, nos termos da legislação de regência, revela ato volitivo e doloso na prática de infração.

O pronunciamento do Tribunal Justiça do Espírito Santo na apreciação do *Hábeas Corpus* impetrado em favor de Victor Sarlo Wilken Junior, ao menos na seara tributária, em nada socorre aos Recorrentes, vez que a ausência de demonstração, à época em que a medida foi impetrada, da existência de lançamento definitivo de tributo, não tem qualquer relevância para a apuração dos fatos no âmbito da Administração Tributária.

Tem razão os Recorrentes quando asseguram que, na ausência de lançamento definitivo, “*não pode prosperar qualquer afirmativa no sentido de que os Recorrentes sonegaram tributos*”, eis que, se crime contra a ordem tributária houve, quem poderá afirmar a é a autoridade judicial competente. Contudo, no que diz respeito às atribuições das autoridades administrativas tributárias, a reunião de elementos colhidos em procedimento de fiscalização regular, capazes de conferir elevado grau de certeza de conduta dolosa na prática de infração à legislação tributária, além de autorizar que a acusação seja formalizada com a aplicação de multa qualificada, impõe ao agente fiscal o dever de formalizar Representação Fiscal para Fins de Penais, de modo a dar conhecimento ao Ministério Público de fatos que, em tese, configuram crime contra a ordem tributária.

Revela-se desconectada com a própria realidade processual na qual encontra-se inserida a afirmação contida na peça recursal no sentido de que “*não há que se falar em fraude ou declaração falsas, simulação ou dolo, conquanto não houve qualquer procedimento administrativo com o fito de lançar tributos eventualmente devidos* (item 28 do recurso), pois, afinal, de que trata o presente processo administrativo?

Embora haja pronunciamento do Supremo Tribunal Federal reconhecendo o poder de o Ministério Público realizar investigações, penso que a discussão acerca da matéria não diz respeito aos atos administrativos de que cuida o presente processo.

Aliás, quanto a tal aspecto, qual seja, atuação do Ministério Público estadual na apuração dos fatos que impulsionaram a investigação pela Receita Federal, destaco que a peça recursal destina boa parte da argumentação no sentido de recriminá-la, o que, repito, nenhuma contribuição traz aos Recorrentes, eis que nela não existe indicação de qualquer elemento capaz de macular os feitos fiscais.

Com o devido respeito, mais uma vez, afirmar que, no caso presente, “*não houve comprovação de fraude, dolo, simulação ou qualquer outra conduta que autorize a exclusão das empresas do Simples Nacional e o lançamento dos tributos*” significa simplesmente fechar os olhos à realidade traduzida pelos elementos reunidos ao processo.

Com efeito, revela-se abundante a comprovação de que, no caso vertente, os verdadeiros empreendedores do negócio, Sr. VICTOR SARLO WILKEN JUNIOR e Sra. HELINA MARIA BROTTO DOREA SARLO WILKEN, seduzidos pela ideia de que seria possível atenuar a tributação incidente sobre os crescentes e vultosos rendimentos produzidos pela atividade econômica explorada, resolveram distribuir a receita auferida pela unidade produtora dos citados rendimentos por seis outras pessoas jurídicas, constituídas, todas, por meio da interposição de pessoas (LARANJAS), suavizando, assim, os efeitos da tributação.

Nesse diapasão, merece destaque o fato de que, a partir da deflagração de ação investigadora por parte do Ministério Público, os referidos empreendedores buscaram, por meio de reorganização societária, reverter o quadro, eis que promoveram a exclusão das interpostas pessoas dos quadros societários das pessoas jurídicas constituídas e as transformaram, em uma significativa aproximação da realidade, em uma única fonte produtora de rendimentos.

A reorganização societária referenciada, a meu ver, representa elemento de elevado significado para a confirmação do “planejamento” ilícito intentado pelo Sr. VICTOR SARLO WILKEN JUNIOR e pela Sra. HELINA MARIA BROTTO DOREA SARLO WILKEN, visto que, finalizada a incorporação das empresas por parte da então denominada

COMERCIAL HW LTDA., o quadro fático resultante aproximou-se de forma expressiva do apontado pela Fiscalização, sendo que, na medida em que não houve alteração de ocupação de espaços físicos; movimentação de funcionários; mudança de fornecedores, de marca e de administração, pode-se afirmar que, a exemplo do que ocorrera na fragmentação, referida concentração foi de natureza estritamente formal, revelando-se, assim, absolutamente artificial.

Quanto a tal aspecto, inclusive, equivocam-se os Recorrentes quando dão a entender que a Fiscalização viu artifício na transferência de estoques decorrente da incorporação promovida pela HW COMERCIAL, pois o “artifício” referenciado no Termo de Encerramento da Ação Fiscal diz respeito à reversão à situação fática existente antes da constituição de empresas por meio de interpostas pessoas.

O fato de os atos correspondentes ao processo de incorporação terem sido devidamente arquivados na Junta Comercial do estado do Espírito Santo e a inscrição estadual dos estabelecimentos ter sido emitida pela Secretaria de Estado da Fazenda do Espírito Santo, revela, apenas, atendimento às exigências de cunho meramente formal, absolutamente irrelevantes em face do conteúdo fático explicitado pela autoridade fiscalizadora.

A meu ver, no caso sob apreciação, os fatos falam por si, sendo desnecessárias maiores considerações acerca dos procedimentos adotados pela Fiscalização, especialmente no que diz respeito à agregação das receitas para fins de incidência dos tributos e contribuições devidos.

Não identifico, pois, reparos a serem feitos aos procedimentos adotados pela autoridade fiscal.

ARBITRAMENTO DO LUCRO

Argumentam os Recorrentes que a Fiscalização desconsiderou o regime de tributação das pessoas jurídicas envolvidas e arbitrou a base de cálculo dos tributos em completo arrepio à legislação tributária. Dizem que as razões que levaram a tal providência padecem de vício de ilegalidade, pois não houve a exclusão formal das empresas, dentro dos procedimentos e conforme os princípios impostos pela lei do SIMPLES NACIONAL. Tomando por base as disposições do art. 148 do Código Tributário Nacional, asseveram que o referido dispositivo legal “*permite o arbitramento do valor ou preço quando duvidosas as informações prestadas pela contribuinte, e não a suposição quanto à própria ocorrência do fato gerador*”.

Relativamente ao arbitramento, em conformidade com o referido Termo de Encerramento da Ação Fiscal temos que:

i) a HD KIDS foi intimada em 17 de novembro de 2011 a apresentar os livros de escrituração obrigatória, conforme Termo de Início da Ação Fiscal (fls. 04/06);

ii) em virtude do não atendimento da intimação, a HD KIDS foi reintimada em 14 de dezembro de 2011 (Termo de Reintimação de fls. 09/10);

iii) em 19 de dezembro de 2011, a HD KIDS apresentou Livros Registro de Inventário, Livro Registro de Entradas/ICMS e Livros Caixa.

iv) os Livros Caixa apresentados só continham registros relativos ao período de 1º de janeiro a 30 de junho de 2009, motivo pelo qual, em 30 de janeiro de 2012, a HD KIDS foi intimada a reapresentá-lo, contudo, não houve atendimento à referida intimação;

v) reintimada a reapresentar os Livros Caixa, a HD KIDS não respondeu;

vi) em 26 de março de 2012, a ação fiscal, inicialmente instaurada para verificações relativas aos anos de 2008 e 2009, foi ampliada para alcançar também o ano de 2010, e, cientificada de tal providência, foi a HD KIDS intimada a apresentar os livros e documentos relativos ao citado ano (2010) e os arquivos digitais do período de 2008 a 2010, sendo que, mais uma vez, não houve resposta por parte da fiscalizada;

vii) concomitantemente, foram instaurados procedimentos fiscais nas pessoas jurídicas J.W. DE FREITAS BRAGA - SHOPPING DOS BRINQUEDOS LTDA, KD COMÉRCIO DE BRINQUEDOS LTDA, KIDS BRINQUEDOS LTDA, SHOPKIDS BRINQUEDOS CAMPO GRANDE LTDA ME, MUNDO DOS BRINQUEDOS LTDA, e NS COMERCIO DE BRINQUEDOS LTDA, sendo a sucessora (por incorporação) delas, COMERCIAL HW LTDA, intimada a tomar ciência dos Mandados de Procedimento Fiscal e a apresentar os livros de escrituração obrigatória;

viii) a COMERCIAL HW LTDA, atendendo parcialmente a intimação, apresentou Livros de Registro de Entradas correspondentes a quatro das empresas acima mencionadas e, na tentativa de justificar a não apresentação dos demais livros de escrituração obrigatória, apresentou cópia de um protocolo de entrega de livros e documentos à Secretaria de Fazenda do estado do Espírito Santo, cabendo destacar que na relação de documentos entregues, constante do citado do documento, não estavam incluídos os LIVROS CAIXA, DIÁRIO e RAZÃO;

ix) por meio de Termo de Constatação e de Reintimação Fiscal, COMERCIAL HW LTDA foi mais uma vez intimada a apresentar a documentação faltante, porém, não atendeu

Contextualizada a ação fiscal e descritas as intimações direcionadas à fiscalizada no sentido de obter acesso à sua escrituração comercial e fiscal, passo a enfrentar os argumentos expendidos na peça recursal.

Ao descrever os fatos, a Recorrente afirma:

[...]

4. A HD KIDS é uma empresa de comércio varejista de brinquedos e artigos recreativos que era optante pelo **Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional**, no período fiscalizado e indicado neste processo. (GRIFO DO ORIGINAL)

Supondo que a assertiva diz respeito à HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA, ela digna de reparo, pois, no período fiscalizado, qual seja, 1º de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2010, a Recorrente optou pela tributação com base no lucro presumido, conforme registro efetuado nas Declarações de Informações (DIPJ) apresentadas (fls. 1.250, 1.266 e 1.282).

Optantes pelo SIMPLES NACIONAL foram as pessoas jurídicas cujas receitas foram agregadas à auferida pela HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA, em razão da imputação feita pela Fiscalização no sentido de ter havido constituição fraudulenta de entidades econômicas autônomas.

No que tange ao arbitramento do lucro propriamente dito, penso restar evidenciado que, excepcionado o período de 1º de janeiro a 30 de junho de 2009, para o qual a Recorrente, tendo optado pela tributação pelo lucro presumido no ano calendário correspondente, apresentou o Livro Caixa, a Fiscalização, embora tenha formalizado reiteradas intimações, não teve acesso aos livros de escrituração obrigatória da fiscalizada (Caixa ou Razão e Diário).

Diante de tal circunstância, tomando por base as disposições do inciso III do art. 530 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99), que encontra seu fundamento de validade no art. 47 da Lei nº 8.981, de 1995, a autoridade fiscal promoveu corretamente o arbitramento do lucro.

O arbitramento do lucro decorre de hipóteses previstas na lei, de modo que, uma vez concretizadas qualquer delas, está a autoridade tributária autorizada a efetuar-lo.

No caso vertente, resta comprovado que a Recorrente, assim como as “pessoas jurídicas” cujas receitas foram a ela agregadas pela Fiscalização, efetivamente não apresentaram a escrituração que possibilitava a aferição das bases de cálculo dos tributos e contribuições sob investigação, sendo, dessa forma, irretocável o procedimento adotado pela autoridade autuante.

Equívocada, pois, a argumentação de que a desconsideração do regime de tributação foi feita “*em completo arripio à legislação tributária*”.

Sem ainda apreciar o mérito da agregação das receitas promovida pela autoridade fiscal, rejeito, em contexto específico, a alegação de que “*não houve a exclusão formal das empresas, dentro dos procedimentos e conforme os princípios imposto pela lei de regência, do Simples Nacional*”, pois, são os próprios Recorrentes quem afirma, *in verbis*:

[...]

29. **Embora a Secretaria de Estado do Espírito Santo tenha concluído pela exclusão das empresas do regime do SIMPLES**, não há prova de falsidade das declarações prestadas e muito menos prova de sua utilização com dolo, fraude, simulação ou dissimulação. E nem poderia haver, pois a prova produzida unilateralmente, sem o exercício do devido processo legal padece de eficácia.

Ora, nos termos do disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006, que estabelece as normas gerais relativas ao SIMPLES NACIONAL, a competência para excluir de ofício empresas optantes pela referida sistemática de recolhimento é de natureza concorrente entre a Receita Federal do Brasil, as Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal e, sendo o caso, do Município (art. 33 do referido ato legal, art. 4º da Resolução CGSN nº 15, de 2007, e art. 75 da Resolução CGSN nº 94, de 2011).

Não obstante, penso que, na situação retratada nos autos, em que por meio do processo investigativo deflagrado pelo Ministério Público e pela Receita Federal restou amplamente comprovado que as empresas constituídas por meio de interposição de pessoas

efetivamente não representavam unidades econômicas autônomas, mas, sim, meras extensões da fiscalizada, o procedimento de exclusão do SIMPLES seria até mesmo dispensável, pois, adotá-lo, significaria, até certo ponto, contraditório, haja vista que, do ponto de vista estritamente tributário, os elementos trazidos ao processo só permitem enxergar como pessoa jurídica realizadora dos fatos que deram origem às obrigações tributárias a HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA.

Inaplicável, ao caso vertente, as disposições do art. 148 do Código Tributário Nacional, eis que não estamos diante de omissão ou desconsideração de preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos.

Aqui, a tributação escuda-se no disposto no art. 44 do referido Código Tributário Nacional, que estabelece que, na tributação da renda, a base de cálculo pode ser o montante, real, arbitrado ou presumido, da citada renda ou dos proventos tributáveis, e, como já dito, na Lei nº 8.981, de 1995, que dispõe:

SEÇÃO V

Do Regime de Tributação com Base no Lucro Arbitrado

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

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

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

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

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o livro Caixa, na hipótese de que trata o art. 45, parágrafo único;

IV - o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de cumprir o disposto no § 1º do art. 76 da Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958;

VI - revogado

VII - o contribuinte não mantiver, 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.

VIII – o contribuinte não escriturar ou deixar de apresentar à autoridade tributária os livros ou registros auxiliares de que trata o § 2º do art. 177 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e § 2º do art. 8º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º Quando conhecida a receita bruta, o contribuinte poderá efetuar o pagamento do Imposto de Renda correspondente com base nas regras previstas nesta seção.

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior:

a) a apuração do Imposto de Renda com base no lucro arbitrado abrangerá todo o ano-calendário, assegurada a tributação com base no lucro real relativa aos meses não submetidos ao arbitramento, se a pessoa jurídica dispuser de escrituração exigida pela legislação comercial e fiscal que demonstre o lucro real dos períodos não abrangido por aquela modalidade de tributação, observado o disposto no § 5º do art. 37;

b) o imposto apurado com base no lucro real, na forma da alínea anterior, terá por vencimento o último dia útil do mês subsequente ao de encerramento do referido período.

Correto, a meu ver, o arbitramento do lucro no período de julho de 2009 a dezembro de 2010, haja vista a ocorrência da hipótese legal autorizadora.

Impertinente, por outro lado, a discussão acerca da exclusão do SIMPLES NACIONAL, seja pelo fato de os próprios Recorrentes afirmarem na peça de defesa que o procedimento foi adotado pela autoridade tributária estadual, seja pela sua desnecessidade em razão da agregação de resultados promovida pela autoridade autuante federal.

Os Recorrentes tecem ainda considerações acerca de uma suposta violação ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação das normas referentes ao arbitramento do lucro, o que, como é cediço, não pode ser alvo de apreciação no âmbito deste Colegiado, haja vista o impedimento estampado na súmula CARF nº 2, abaixo reproduzida.

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

AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Argumentam os Recorrentes que o lançamento promovido pela Fiscalização afronta aos princípios constitucionais. Tecendo considerações acerca do significado dos “princípios”, alegam que houve violação aos princípios do devido processo legal e do contraditório, trazendo, mais uma vez, argumentos relacionados à exclusão do SIMPLES.

O procedimento fiscal tratado nos presentes autos foi executado por autoridade administrativa competente, tendo sido observadas as normas de regência, e, quanto ao exercício do contraditório, ainda que não se possa falar em seu cerceamento na fase de execução do procedimento fiscalização, constata-se, com facilidade, que à contribuinte foram oferecidos, por meio de múltiplas intimações, prazo para apresentação de documentos e esclarecimentos acerca dos fatos apurados. No mais, ainda com relação à alegada violação ao princípio do contraditório, os Recorrentes, ao apresentarem impugnação e recurso administrativos, estão tendo oportunidade de exercer de forma plena o contraditório, revelando-se, assim, absolutamente improcedente a alegação de que o direito em questão restou de alguma forma violado.

Quanto à exclusão do SIMPLES NACIONAL, matéria recorrentemente suscitada em sede de defesa, penso que a questão já foi adequadamente apreciada no item precedente.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Sustentam os Recorrentes que a responsabilidade prevista no art. 135 do Código Tributário Nacional não é solidária, nem subsidiária, mas, sim, pessoal. Alegam, também, que não resta comprovado nos autos a prática de qualquer dos atos que poderiam impulsionar a aplicação das disposições do art. 135 do Código Tributário Nacional. Aditam que, no caso, a imputação recaiu sobre pessoas físicas que não são sócios e nem administradores da empresa autuada, e que não se pode alegar que a responsabilidade em questão decorre do art. 124 do mesmo diploma legal, visto que o mero interesse econômico não é suficiente para caracterizá-la.

Observo, inicialmente, que não encontro argumentos de defesa no sentido de contestar a imputação de responsabilidade à COMERCIAL HW LTDA, promovida com suporte nas disposições dos arts. 121, II, 129 e 132 do Código Tributário Nacional.

No que diz respeito à alegação de que a aplicação das disposições do art. 135 do Código Tributário Nacional não comportaria a imputação de responsabilidade solidária ao Sr. VICTOR SARLO WILKEN JUNIOR e à Sra. HELINA MARIA BROTTO DOREA SARLO WILKEN, em que pese pronunciamentos em sentido diverso, alinho-me ao entendimento esposado no Parecer/PGFN/CRJ/CAT nº 55, de 2009.

Nessa linha, reproduzo excertos do referido Parecer, reveladores do entendimento ali esposado.

[...]

20. A solidariedade entre contribuinte e responsável, por sua vez, ocorre quando a obrigação nasce em face do contribuinte mas, em decorrência de fato posterior, passa um terceiro a responder solidariamente com aquele, sem benefício de ordem. Nesse caso, respondem os dois igualmente, sendo a pretensão fiscal dirigida diretamente contra os dois. Eis a responsabilidade tributária solidária em sentido estrito.

[...]

84. Realmente, preocupando-se o Direito Tributário com o fato econômico da circulação de riqueza, se a pessoa jurídica promove esse fato econômico, surge para si a obrigação tributária, independentemente de haver ilicitude ou não por parte dos administradores. Não há o menor sentido em “desonerar” dos respectivos tributos a pessoa jurídica que “auferiu faturamento”, “vendeu mercadorias”, “prestou serviços”. Portanto, deve ser excluída a tese da responsabilidade tributária exclusiva, por substituição propriamente dita.

[...]

86. De fato, representando as normas de responsabilidade tributária “garantia” especial ao crédito tributário, não faz sentido algum interpretar o Código Tributário Nacional de modo a dotar essa espécie de crédito de menor garantia que os créditos comuns da empresa para com terceiros. Assim, se, por força do Código Civil, respondem os administradores solidariamente com a pessoa jurídica pelos atos

ilícitos que cometerem, não é possível aceitar que, se o ato ilícito for cometido contra a Administração Tributária, a responsabilidade desse administrador fique condicionado à ausência de bens da sociedade, bem como não é correto defender que a pessoa jurídica fique desonerada¹.

[...]

88. Por sua vez, a tese da responsabilidade por substituição, pessoal e exclusiva, peca por prever implícito no art. 135 do CTN a desoneração da pessoa jurídica contribuinte, coisa que não está dita nem insinuada nesse dispositivo legal. A desoneração do contribuinte não pode ocorrer por obra de mera interpretação extensiva; demanda, rigorosamente, norma expressa de desoneração. Logo, não havendo qualquer preceito que afaste o dever da pessoa jurídica de pagar o crédito tributário, continua ela com este dever, sem óbice para a exigência de pagamento também do terceiro responsável.

89. Em verdade, a responsabilidade tributária imposta ao administrador em decorrência da prática de ato ilícito é, no que tange ao nascimento, à natureza e à cobrança, autônoma da responsabilidade (em sentido amplo) da pessoa jurídica contribuinte pelo pagamento do crédito tributário. O dever desta decorre de ato lícito: o fato jurídico tributário propriamente dito (evento econômico – produção, circulação ou detenção de riqueza). Já a responsabilidade daquele decorre de ato ilícito: a “infração de lei” prevista no *caput* do art. 135 do CTN. A hipótese normativa de nascimento duma obrigação é fato lícito; a doutra, fato ilícito. Em substância, as naturezas de ambas as obrigações são distintas. A obrigação do responsável é tributária tão-só mediatamente, pois a norma que a impõe remete seu prescritor à obrigação tributária *stricto sensu*. Em suma, trata-se de obrigações distintas, autônomas (nesses termos), atadas entre si simplesmente pelo *nexo de adimplemento*: o pagamento duma extingue a outra.

90. Assim, surgindo a responsabilidade do administrador-infrator, não temos *uma obrigação solidária* propriamente dita, senão *obrigações solidárias*. Explicamos. Não temos uma obrigação unitária com pluralidade de sujeitos passivos na relação jurídica. Temos, isto sim, duas ou mais obrigações, ligadas pelo vínculo da solidariedade. É o que a doutrina antiga chamava de *solidariedade imprópria*.

[...]

95. Por fim, ressalvamos que o art. 135, III, do CTN pode ser aplicado para responsabilizar não só o administrador de direito, mas também o administrador de fato da empresa. Assim, ainda que o estatuto ou contrato social não confira poderes a um dos sócios para praticar atos de gerência, se este é o administrador de fato da pessoa jurídica, deve ser igualmente responsabilizado pela prática de atos ilícitos.

[...]

106. Em resumo, alinhamos aqui os fundamentos e as conclusões do presente Parecer:

[...]

¹ A menção ao regramento do Código Civil, que também impõe a responsabilidade solidária dos administradores que infringirem a lei, é feita com maestria pelo eminente Procurador da Fazenda Nacional Dr. Marcus Abraham, em artigo científico ainda pendente de publicação. Também faz referência à responsabilidade solidária dos sócios-gerentes, em decorrência do Código Civil, José Eduardo SOARES E MELO: *Curso de Direito Tributário*, 4ª ed., São Paulo, Dialética, 2005, p. 211.

d) A responsabilidade dos administradores, de acordo com a jurisprudência do STJ, não pode ser entendida como exclusiva (responsabilidade substitutiva), porquanto se admite na Corte Superior que a ação de execução fiscal seja ajuizada, ao mesmo tempo, contra a pessoa jurídica e o administrador;

e) A tese da responsabilidade substitutiva também deve ser excluída pela inexistência de norma legal de desoneração da pessoa jurídica em razão da prática de ato ilícito por parte do administrador;

f) A tese da responsabilidade subsidiária, em sentido próprio, dos administradores é incompatível com a adoção da tese da responsabilidade subjetiva, acolhida pelo STJ, visto que não se pode conceber que o terceiro, sendo sancionado pela prática de ato ilícito, condicione sua responsabilidade à inexistência de bens da pessoa jurídica, suficientes para a satisfação do crédito;

g) A tese da responsabilidade subsidiária, em sentido próprio, dos administradores também deve ser afastada em razão da jurisprudência do STJ que admite que a execução fiscal seja ajuizada, desde logo, contra sociedade e administrador; não se trata de mera questão de legitimidade, como seria no processo de conhecimento, pois que, no processo de execução, não se admite o processamento da ação sem que se tenha presente, desde o início, a exigibilidade da pretensão em face do executado;

h) Os acórdãos do STJ que fazem referência à “responsabilidade subsidiária” somente podem ser entendidos no sentido impróprio da expressão, que exige, além da existência de poderes de gerência e da prática de ilicitude pelo administrador, a ausência de pagamento pontual da obrigação tributária, e não a insolvabilidade da pessoa jurídica, o que se aproxima, na prática, da responsabilidade solidária decorrente de ato ilícito;

i) Os acórdãos do STJ que fazem referência à “responsabilidade por substituição” somente podem ser entendidos no sentido de que respondem os terceiros “em lugar” do contribuinte (pessoa jurídica), o que é válido para qualquer tipo de responsabilidade;

j) A jurisprudência do STJ aponta para a responsabilidade solidária, inclusive em precedentes desfavoráveis à Fazenda Nacional, em que se afirma que o “sócio” só pode ser responsabilizado solidariamente se detiver poderes de gerência e se tiver praticado ato ilícito no exercício dessa gerência, na forma do art. 135, III, do CTN;

k) a análise sistemática da ordem jurídica aponta para a responsabilidade solidária dos administradores, visto que estes, no regramento do Código Civil (art. 1.016), respondem solidariamente perante terceiros (inclusive o Estado) pela prática de atos ilícitos; não haveria sentido em ser o crédito tributário menos garantido que o crédito comum;

l) a obrigação do responsável é autônoma à da pessoa jurídica no que tange à natureza (licitude ou ilicitude do fato jurídico), ao nascimento (momento do surgimento) e à cobrança (exigência simultânea ou não), mas é subordinada no que tange à existência, validade e eficácia; a obrigação da pessoa jurídica contribuinte, por sua vez, independe da obrigação do responsável no que tange a esses elementos;

Quanto ao argumento de que a Fiscalização não reuniu aos autos elementos capazes de autorizar a aplicação das disposições do art. 135 do Código Tributário Nacional, penso de forma diversa.

Com efeito, embora não tenham integrado formalmente o quadro societário de cada uma das empresas que, juntas, representavam, na verdade, uma única entidade produtora de rendimentos, o Sr. VICTOR SARLO WILKEN JUNIOR e a Sra. HELINA MARIA BROTTO DOREA SARLO WILKEN efetivamente são os verdadeiros proprietários do denominado Grupo HD KIDS, fato indubitavelmente comprovado, haja vista os elementos robustos carreados ao processo pela autoridade autuante.

No que diz respeito à participação dos imputados na infração dolosa detectada pela Fiscalização, os depoimentos aportados aos autos convergem, todos, para demonstrar que eles tinham total conhecimento da ilicitude do “planejamento”, vez que não é sequer razoável supor que o desmembramento da empresa por meio de “criação” de outras, meramente de papel, eis que integradas por “laranjas” e por eles administradas, seria algo perfeitamente legal.

Como bem destaca a autoridade fiscal, para que a fiscalizada fosse fragmentada de modo a possibilitar a pulverização das receitas auferidas, inúmeros atos tiveram de ser praticados (contratos sociais e alterações com falsa declaração de quadro societário; simulação de transferências de quotas; simulação na transferências de domicílios; informações falsas acerca de capital social; entre outras), todos eivados de vício, vez que ideologicamente falsos.

Penso, pois, não restar dúvida que, embora seja possível que o planejamento ilícito tenha sido arquitetado, todo ele, pelo contador SEBASTIÃO ALBERTO BERNARDO, o Sr. VICTOR SARLO WILKEN JUNIOR e a Sra. HELINA MARIA BROTTO DOREA SARLO WILKEN tinham total conhecimento da ilicitude dos atos praticados, mas, seduzidos pela possibilidade de reduzir significativamente a carga tributária incidente sobre os rendimentos auferidos, resolveram assumir o risco trazido pela condutas adotadas..

Quanto ao fato de o Sr. VICTOR SARLO WILKEN JUNIOR e a Sra. HELINA MARIA BROTTO DOREA SARLO WILKEN não constarem como sócio ou administrador nos contratos sociais das pessoas jurídicas investigadas, penso que isso não macula a imputação feita pela Fiscalização, eis que, como reiteradamente repisado, as provas carreadas ao processo são abundantes e robustas para demonstrar que eles efetivamente exerciam a administração dos negócios da GRUPO HD.

Transcrevo, mais uma vez, passagem do Parecer/PGFN/CRJ/CAT nº 55, de 2009, acerca da responsabilidade do administrador de fato de uma empresa em relação aos atos ilícitos praticados.

95. Por fim, ressalvamos que o art. 135, III, do CTN pode ser aplicado para responsabilizar não só o administrador de direito, mas também o administrador de fato da empresa. Assim, ainda que o estatuto ou contrato social não confira poderes a um dos sócios para praticar atos de gerência, se este é o administrador de fato da pessoa jurídica, deve ser igualmente responsabilizado pela prática de atos ilícitos.

Entendendo que o art. 135 do Código Tributário Nacional traz norma suficiente para servir de suporte à imputação de responsabilidade promovida pela autoridade autuante, deixo de apreciar os argumentos relacionados ao fato de a autoridade fiscal ter feito referência também às disposições do art. 124 do mesmo diploma. Registro, contudo, que tal providência não traz qualquer prejuízo ao feito fiscal.

MULTA QUALIFICADA

Sustentam os Recorrentes que não se vislumbra, no caso vertente, a ocorrência de situação que possa configurar o evidente intuito de fraude, motivo pelo qual a multa qualificada não pode prosperar.

Penso que a questão da ilicitude das condutas retratadas nos autos já foi suficientemente apreciada e confirmada no presente processo.

Não obstante, destaco ainda os seguintes aspectos:

1º - a qualificação da multa de ofício aplicada alcançou tão somente os créditos tributários decorrentes dos fatos geradores contaminados com o planejamento ilícito promovido pela fiscalizada;

2º - as condutas estampadas no presente processo amoldam-se com exatidão às disposições do art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, vez que retardaram o conhecimento por parte da autoridade tributária das condições pessoais da fiscalizada, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito correspondente;

3º - inaplicável, ao presente caso, a súmula CARF nº 14, eis que as provas aportadas ao processo são abundante no sentido de demonstrar a caráter doloso da infração praticada, não se tratando, pois, “*de simples apuração de omissão de receita*”, como querem crer os Recorrentes; e

4º - relativamente ao planejamento ilícito engendrado, não se identifica nos autos e nem na peça de defesa justificativa outra para a sua colocação em prática que não a busca pela redução da carga tributária.

JUROS SELIC E MULTA DE OFÍCIO

Argumentam os Recorrentes que a taxa de juros com base na SELIC é inconstitucional e que a multa aplicada tem efeitos confiscatórios.

Quanto a tais argumentos, restrinjo-me a reproduzir as súmulas nºs 2 e 4, destacando que a de nº 2 já foi anteriormente referenciada no presente voto e que tanto a utilização da taxa selic, como a multa qualificada, têm por suporte leis tributárias dotadas de vigência plena.

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

Súmula CARFnº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

VALORES PAGOS

Alegam os Recorrentes que o cálculo feito pelo agente fiscal deixou de considerar os valores pagos pelas empresas.

O alegado pelos Recorrentes não merece acolhimento, eis que no Termo de Encerramento da Ação Fiscal (item 10 – APURAÇÃO DO IMPOSTO E CONTRIBUIÇÕES) restou assinalado:

Os valores de IRPJ, CSLL, PIS e COFIS declarados em DCTF pela HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA bem como os valores dos mesmos tributos calculados a partir da partilha dos valores recolhidos/declarados pela sistemática do SIMPLES em nome dos demais estabelecimentos foram compensados com os tributos apurados.

Cabe ressaltar que os demonstrativos que integram o referido Termo de Constatação confirmam o abatimento, na determinação dos valores objeto de lançamento, dos montantes recolhidos.

APURAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL

Por fim, argumentam os Recorrentes que na apuração do GANHO DE CAPITAL “*não houve qualquer atualização do valor de aquisição*”.

No que tange ao GANHO DE CAPITAL não tributado, assinala a autoridade autuante (item 9.2 do Termo de Encerramento da Ação Fiscal):

Atendendo ao Ofício nº 012/2012 GAB/DRF/VIT/ES/Sefis (fls. 318), o Cartório do 2º Ofício de Notas Vila Velha-ES apresentou à fiscalização a Escritura Pública de Compra e Venda registrada nas fls. 158/161 do livro nº 200 (fls. 321/327) na qual **HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS, CNPJ 07.631.670/0001-55, na época denominada de R&C EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, adquiriu de HDR – CORRETORA DE SEGUROS E ADMINISTRADORA LTDA, em 07/05/2007, o imóvel registrado sob matrícula 3.339 no Registro Geral de Imóveis da 3ª Zona de Vitória-ES, na folha 39 do livro 2-M, pelo valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais).**

HDR – CORRETORA DE SEGUROS E ADMINISTRADORA LTDA, CNPJ 02.316.785/0001-31, tinha como sócios HELIO DE OLIVEIRA DOREA e MIGUEL BROTTTO DOREA, pai e irmão de HELINA MARIA BROTTTO DOREA SARLO WILKEN, respectivamente. Atualmente VICTOR SARLO WILKEN JUNIOR e AMARILIO BRAGA (ex-“laranja” da HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS) fazem parte do quadro societário juntamente com HELIO DE OLIVEIRA DOREA.

Em 20/07/2009, HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS vendeu o imóvel para a LPN PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ 04.868.000/0001-69, pelo valor de R\$3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais).

Atendendo aos TERMOS DE DILIGÊNCIA FISCAL nº 01-62/2012 e 02-62/2012 (reintimação) a empresa LPN apresentou à fiscalização os seguintes documentos (fls. 311/317):

- cópia da escritura de compra e venda do imóvel;
- cópia dos comprovantes de pagamento do imóvel (recibo e TED).

O Banco do Brasil, na condição de locatário, constou como parte interveniente nas operações de compra e venda do imóvel.

Os documentos comprobatórios das operações de compra e venda do imóvel foram obtidos junto ao Cartório e à LPN, face a HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS não ter atendido, sem qualquer justificativa, os TERMOS DE INTIMAÇÃO FISCAL nº 03-1623/2011, 05-1623/2011 e 06-1623/2011, nas quais o contribuinte foi reiteradamente intimado a apresentar cópia autenticada das escrituras de compra e venda do imóvel situado na av. Dante Michelini, 779, Vitória-ES, matrícula nº 3.339, livro 196S6, folha 297, alienado em 20/07/2009, conforme arquivamento nº 2113923527 no cartório Sarlo CNPJ 27.744.663/0001-77 e a informar o tratamento tributário conferido a esta operação de alienação.

HD KIDS SHOPPING BRINQUEDOS LTDA, mesmo regularmente intimada por intermédio do TERMO nº 06-1623/2011, também não apresentou os balanços patrimoniais e os registros contábeis relativos ao anos da venda do imóvel:

...

O ganho de capital nas alienações de bens do ativo permanente corresponde à diferença positiva verificada entre o valor da alienação e o respectivo valor contábil.

Entende-se por valor contábil do bem aquele que estiver registrado na escrituração do contribuinte, diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada (RIR/1999, art. 418, § 1º).

Ainda com relação ao registro contábil do custo de aquisição de bens e direitos, deverá ser observado que os bens e direitos adquiridos a partir de 01.01.1996 não estão sujeitos a qualquer atualização monetária (Lei nº 9.249/1995, art. 4º).

Face o contribuinte não ter apresentado os livros contábeis e o balanço patrimonial do ano venda do imóvel, solicitados pela fiscalização, o valor contábil do bem será considerado o custo de aquisição.

Dessa forma apura-se o ganho de capital que será adicionado ao lucro arbitrado (ver item 10) e à base de cálculo da CSLL .

(+) Valor da venda (julho/2009): R\$3.500.000,00

(-) Valor da aquisição: R\$200.000,00

(=) Ganho de capital: R\$3.300.000,00

...

(GRIFEI)

Vê-se, pois, que a apuração do ganho de capital questionada pelos Recorrentes foi promovida com fiel observância da lei regência, descabendo falar em atualização do custo de aquisição, eis que esta (a aquisição) se deu após a vigência da Lei nº 9.249, de 1995, que assim estabeleceu:

Art. 4º Fica revogada a correção monetária das demonstrações financeiras de que tratam a Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989, e o art. 1º da Lei nº 8.200, de 28 de junho de 1991

Parágrafo único. Fica vedada a utilização de qualquer sistema de correção monetária de demonstrações financeiras, inclusive para fins societários.

Como bem destacado pela decisão recorrida, relativamente a essa questão, o Regulamento do Imposto de Renda, com suporte nas disposições da citada Lei nº 9.249, de 1995, estabeleceu:

Art. 522. Para os fins de apuração do ganho de capital, as pessoas jurídicas de que trata este Subtítulo observarão os seguintes procedimentos (Lei nº 9.249, de 1995, art. 17):

I - tratando-se de bens e direitos cuja aquisição tenha ocorrido até o final de 1995, o custo de aquisição poderá ser atualizado monetariamente até 31 de dezembro desse ano, não se lhe aplicando qualquer atualização monetária a partir dessa data;

II - tratando-se de bens e direitos adquiridos após 31 de dezembro de 1995, ao custo de aquisição dos bens e direitos não será atribuída qualquer atualização monetária.

Parágrafo único. Nos caso de incorporação, fusão ou cisão, as pessoas jurídicas de que trata este Subtítulo observarão o disposto nos arts. 235 e 386.

Os Recorrentes alegam ainda que o próprio agente fiscal informa que o valor de venda não foi omitido, tendo sido incluído na determinação do lucro presumido relativo ao terceiro trimestre de 2009. Aditam que foi informado também que os tributos devidos foram pagos, mas, no lançamento de ofício ora sob apreciação, os pagamentos efetuados foram desconsiderados.

Não assiste razão aos Recorrentes.

O que resta consignado no Termo de Encerramento de Ação Fiscal é que, de forma absolutamente equivocada, a fiscalizada submeteu o valor de alienação do imóvel aos percentuais de presunção do lucro (8% para o IRPJ e 12% para a CSLL). Como é cediço, nos termos dos arts. 25 e 29 da Lei nº 9.430, de 1996, o GANHO DE CAPITAL constitui parcela aditiva à determinada com base nos percentuais de presunção, eis que, tratando-se de GANHO (resultado líquido), descabe a aplicação dos referidos percentuais.

Enganam-se também os Recorrentes quando alegam que os valores “pagos” não foram considerados, vez que, conforme registros efetuados nas planilhas de fls. 2.552, os valores efetivamente confessados (declarados em DCTF) foram deduzidos para fins de determinação dos montantes a serem lançados.

Cumpre anotar, na linha do ato decisório recorrido, que não existe litígio, relativamente a essa matéria, no que tange ao PIS e à COFINS, eis que o valor não foi considerado pela autoridade autuante para fins de lançamento tributário.

Assim, considerado tudo que do processo consta, conduzo meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário interposto.

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães - Relator

Processo nº 15586.720413/2012-90
Acórdão n.º **1301-001.716**

S1-C3T1
Fl. 3.227

CÓPIA