



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

**Processo n°** 13896.722310/2014-05  
**Recurso n°** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão n°** 1301-002.748 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 21 de fevereiro de 2018  
**Matéria** IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS  
**Recorrentes** JSM ENGENHARIA E TERRAPLENAGEM LTDA. - ME E OUTROS  
FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2009, 2010

LANÇAMENTO. NULIDADE. REQUISITOS LEGAIS PRESENTES.

Não é nulo o auto de infração lavrado por autoridade competente quando se verificam presentes no lançamento os requisitos exigidos pela legislação tributária e não restar caracterizado o cerceamento do direito de defesa.

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. TRANSFERÊNCIAS ENTRE CONTAS.

Incabível a exclusão de depósitos bancários que se alega serem provenientes de transferências entre contas de mesma titularidade quando não comprovadas com documentação hábil e idônea.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

DECADÊNCIA.

O direito de a Fazenda Pública rever lançamento por homologação extingue-se no prazo de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, exceto quando o sujeito passivo tenha se utilizado de dolo, fraude ou simulação, ou quando ausente o pagamento antecipado, hipóteses em que o prazo é contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Ausente comprovação de dolo, fraude ou simulação, em relação aos tributos em que houve comprovação de pagamento antecipado, a contagem do prazo decadencial se dá a partir da data de ocorrência do fato gerador.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

Às instâncias administrativas não compete apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

#### PROVA. EXTRATOS BANCÁRIOS. OBTENÇÃO.

Válida é a prova consistente em informações bancárias requisitadas em absoluta observância das normas de regência e ao amparo da lei, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

#### MULTA QUALIFICADA. PRESUNÇÃO LEGAL. SIMPLES OMISSÃO DE RECEITA. IMPOSSIBILIDADE

Omissão de receita baseada em presunção legal, sem qualquer outra circunstância ligada à ocorrência do fato gerador não pode ensejar a qualificação da penalidade. O fato de a pessoa jurídica estar constituída em nome de interpostas pessoas não altera qualquer característica atinente à ocorrência do fato gerador, inclusive no que toca à identificação de movimentação financeira incompatível com a renda, uma vez que as contas bancárias em questão estavam todas em nome da pessoa jurídica autuada, não se aplicando o disposto na Súmula CARF nº 34, mas sim os enunciados das Súmulas CARF nº 14 e nº 25.

#### MULTA AGRAVADA. REDUÇÃO.

Incabível a aplicação da multa de ofício majorada em 50%, quando não se encontram materializados nos autos, de forma inequívoca, os pressupostos previstos na legislação tributária para sua majoração.

#### RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 124, I, DO CTN. INTERESSE COMUM. CABIMENTO.

Cabe a imposição de responsabilidade tributária em razão do interesse comum na situação que constitui fato gerador da obrigação principal, nos termos do art. 124, I, do CTN, quando demonstrado, mediante conjunto de elementos fáticos convergentes, que os responsabilizados não apenas ostentavam a condição de sócios de fato da autuada, como estabeleceram entre ela e outras empresas de sua titularidade atuação conjunta.

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

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: I) por unanimidade de votos negar provimento ao recurso de ofício e aos recursos voluntários dos coobrigados. Os Conselheiros

Processo nº 13896.722310/2014-05  
Acórdão n.º **1301-002.748**

**S1-C3T1**  
Fl. 1.939

---

José Eduardo Dornelas Souza, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro e Bianca Felícia Rothschild acompanharam pelas conclusões o voto do Relator em relação aos recursos dos coobrigados. II) Em relação à exigência do crédito tributário da pessoa jurídica: (i) por unanimidade de votos rejeitar as arguições de nulidade; (ii) por maioria de votos acolher a arguição de decadência para exonerar o crédito tributário de IRPJ e de CSLL referente ao 4º trimestre de 2008, e aos 1º e 2º trimestres de 2009, e, no mérito, dar provimento parcial aos recursos para reduzir a multa de ofício para o percentual de 75%, vencida a Conselheira Milene de Araújo Macedo que votou por negar provimento aos recursos voluntários.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

## Relatório

JSM ENGENHARIA E TERRAPLENAGEM LTDA. - ME e coobrigados recorrem a este Conselho contra a decisão proferida pela DRJ em primeira instância (Acórdão 14-60.547) que julgou parcialmente procedentes as impugnações apresentadas, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF).

Em razão do montante de tributos e juros exonerados, o Presidente do colegiado *a quo* recorre de ofício a este Conselho, com fulcro no art. 34 do Decreto nº 70.235, de 1972, c/c , art. 1º da Portaria MF nº 03, 03 de janeiro de 2008, haja vista o acórdão de origem ter exonerado o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa em valor total superior a R\$ 1.000.000,00.

Ressalte-se que mesmo com o advento da Portaria MF nº 63, de 9 de fevereiro de 2017, que elevou o limite para interposição de recurso de ofício para R\$ 2.500.000,00, o montante exonerado ainda exige novo pronunciamento desta Corte Administrativa.

Por bem retratar o litígio, adoto o relatório da decisão recorrida, complementando-o ao final:

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo supracitado, foram constatadas, nos anos-calendário de 2008 (novembro e dezembro), 2009 e 2010, as seguintes infrações:

- 1) omissão de receitas provenientes de depósitos bancários de origem não comprovada.
- 2) arbitramento de receitas declaradas provenientes de prestação de serviços em geral;

Foi arbitrado o lucro da pessoa jurídica, com fundamento no art. 530, III, do RIR/1999, tendo em vista que a contribuinte, sendo intimada, não apresentou os livros e documentos de sua escrituração.

Foram lavrados os autos de infração exigindo os seguintes valores:

TRIBUTO	VALOR DO TRIBUTO R\$	VALOR DOS JUROS DE MORA R\$	VALOR DA MULTA R\$	VALOR TOTAL R\$
IRPJ	3.775.484,26	1.654.074,58	6.801.887,54	12.231.446,38
PIS	181.360,60	82.941,86	408.061,35	672.363,81
CSLL	803.566,95	365.429,15	1.808.025,63	2.977.021,73
COFINS	837.048,90	382.808,65	1.883.360,04	3.103.217,59
TOTAL				18.984.049,51

O enquadramento legal para o lançamento dos tributos encontra-se descrito nos autos de infração.

Consta no processo que foi lavrado o Termo de Início de Procedimento Fiscal, solicitando a apresentação dos livros Diário, Caixa, Registro de Entradas de Mercadorias, Registro de Saídas de Mercadorias, Registro de Apuração de ICMS, notas fiscais de saídas de mercadorias e/ou serviços, arquivos digitais de notas fiscais de entrada e saída e extratos bancários de contas em instituições financeiras.

Consta também que foi enviado um Termo de Ciência para o domicílio tributário do sócio cadastrado no sistema da Receita Federal do Brasil, como responsável pela contribuinte, Sr Mauro José Abbud, CPF: 076.439.308-13, em 19/10/2012. O Termo de Ciência do Sr Mauro Jose Abbud foi enviado por via postal através do AR RQ884821906BR, e entregue no dia 24/10/2012.

Em 22/11/2012 foi lavrado o Termo de Reintimação Fiscal, com ciência da empresa em 07/12/2012, através do Edital SEFIS/DRF/BRE nº 77/2012 reintimando a contribuinte a apresentar os documentos solicitados no Termo de Início de Procedimento Fiscal. O contribuinte não atendeu a nenhuma destas intimações.

Em 07/03/2013 compareceu a esta delegacia o Sr Adalberto Palhinha Martins - CPF: 024.570.678-04, que alegou ser o contador do contribuinte, mas não apresentou procuração, informando verbalmente que a empresa não possui os documentos solicitados, inclusive os Livros Contábeis e Fiscais.

Como a contribuinte não apresentou a documentação solicitada nos Termos acima citados, ela se enquadrou no § 5º do artigo 2º e incisos VII e XI do artigo 3º do Decreto 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que ensejam a lavratura de Requisição de Movimentação Financeira (RMF):

Foi expedida RMF para o HSBC Bank Brasil S/A Banco Múltiplo, que informou (por meio da Dimof) uma movimentação de recursos no montante de R\$ 3.325.240,00, R\$ 39.084.414,75 e R\$ 61.817.558,73, nos anos-calendário de 2008, 2009 e 2010, respectivamente. Contudo, o sujeito passivo declarou em DIPJ nos referidos anos calendário o montante de R\$ 164.220,00, R\$ 20.535.241,60 e R\$ 47.905.087,20. Assim sendo, ficou demonstrada a hipótese de indispensabilidade do exame das informações financeiras do contribuinte, conforme previsto no inciso VII, e XI do artigo 3º do Decreto nº 3.724/2001.

De posse das informações fornecidas pela instituição bancária em atendimento à RMF, a contribuinte foi intimada e reintimada a comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, mas não logrou fazê-lo.

Em 01/10/2013 a Polícia Federal deflagrou uma ampla operação baseada nas investigações primárias da CPMI do Cachoeira, com ampla cobertura da mídia nacional, chamada "Operação Saqueador", com busca e apreensão nas empresas de fachada controladas pelos Sr ADIR ASSAD e MARCELLO JOSÉ ABBUD em São Paulo, entre elas a JSM ENGENHARIA E TERRAPLENAGEM LTDA - ME. As empresas controladas pelos Sr Adir Assad e Marcello José Abbud, e investigadas por essa operação são todas registradas em nome de interpostas pessoas (laranjas), todas com vínculos profissionais e pessoais com este senhor e as provas serão exaustivamente relatadas neste relatório.

A decisão do MM. Juiz Federal Substituto no exercício da Titularidade da 7ª Vara Federal Criminal da Capital/RJ, Dr. Eduardo de Assis Ribeiro Filho, processo nº 0802315-42.2013.4.02.5101, que autorizou a busca e apreensão nas empresas de fachada

controladas pelos Sr ADIR ASSAD e MARCELLO JOSÉ ABBUD em São Paulo, entre elas a JSM ENGENHARIA E TERRAPLENAGEM LTDA. - ME, autorizou no seu item 8 o compartilhamento dos dados obtidos na investigação com a RFB.

Em 12/05/2014 compareceu a esta Delegacia da Receita Federal do Brasil em Barueri o Sr Adalberto Palhinha Martins, contador da contribuinte, que mesmo não possuindo procuração, informou que "a empresa e o Sr ADIR ASSAD não poderiam atender a fiscalização devido ao fato de todos os documentos terem sido apreendidos pela Polícia Federal no seu escritório, e que a mesma estaria de posse desta documentação até a presente data".

Cumprido esclarecer que do primeiro Termo lavrado nesta fiscalização, o Termo de Início de Procedimento Fiscal, de 03/10/2012, com ciência da contribuinte em 18/10/2012, até o dia da apreensão dos documentos pela Polícia Federal na Rua Capitão Otávio Machado, 491 casa, Chácara Santo Antônio - São Paulo / SP, conforme Mandado de Busca e Apreensão e Auto Circunstanciado de Busca e Arrecadação, de 01/10/2013, em anexo a este, passaram-se 348 (trezentos e quarenta e oito) dias sem que a empresa apresentasse os Livros Contábeis e Fiscais. O próprio contador Sr Adalberto Palhinha Martins já havia comunicado à fiscalização da inexistência destes Livros. A fiscalização, de acordo com o compartilhamento autorizado pela Justiça, recebeu todos os documentos apreendidos pela Polícia Federal, e ainda, utilizou cópia das Notas Fiscais neste procedimento, mas não havia qualquer Livro Contábil ou Fiscal entre os documentos apreendidos.

Dentre a documentação apreendida pela Polícia Federal e compartilhada com a fiscalização, constavam Notas Fiscais de prestação de serviços emitidas pela contribuinte, compreendendo os anos calendários de 2008 a 2010, e que estão demonstrados no Anexo 2 - Notas Fiscais JSM - Polícia Federal.

Foram abertas diligências nas empresas que supostamente tomaram serviços da JSM ENGENHARIA E TERRAPLENAGEM LTDA — ME, solicitando-lhes a apresentação das notas fiscais (que constam no Anexo 1) e dos contratos de prestação de serviços nos anos-calendário de 2008 a 2010.

Além das notas fiscais apresentadas pelos tomadores de serviços, foram apreendidas notas fiscais pela Polícia Federal, compreendendo os anos-calendário de 2009 e 2010, as quais estão demonstradas no Anexo 2.

A contribuinte foi considerada inapta, com o motivo de localização desconhecida, conforme Ato Declaratório Executivo ADE nº 40, de 27/07/2012. Sua inscrição cadastral foi baixada de ofício nos termos do Ato Declaratório Executivo – ADE nº 32, de 29/08/2014.

A Prefeitura do Município de Santana de Parnaíba, em resposta ao Ofício SEFIS/DRF/Barueri nº 12/2013 informou que "a empresa JSM ENGENHARIA E TERRAPLENAGEM LTDA. - ME, CNPJ No 10.361.606/0001-06, possui cadastro neste Município sob o CCM nº 63.363, encontra-se bloqueada, até que, apresente os documentos conforme solicitado, de acordo com a Lei nº 1.826, de dezembro de 1993".

Outro dado a reforçar este entendimento é que, apesar da empresa ter uma elevada movimentação financeira, nos anos calendários de 2008 a 2010, não consta na base de dados da RFB qualquer recolhimento de contribuição previdenciária ou informação, desde a constituição da empresa, de movimentação de segurados através da entrega das GFIP — Guia

de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, ou mesmo retenções de imposto de renda na fonte declarada através de DIRF — Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte, relativo à prestação de serviços por empregados ou prestadores de serviços pessoa física e todas as RAIS — Relação Anual de Informações Sociais, estão negativas, indicando a inexistência de vínculos empregatícios ou prestadores de serviços pessoa física para este contribuinte, e confirmando que uma empresa de prestação de serviços da área da construção civil não conseguiria operar sem a existência de funcionários para lhe prestar serviços.

O objeto social da contribuinte são: "obras de terraplenagem e serviços de engenharia". Para se atingir os objetivos sociais da empresa, é necessário que esta tenha em sua posse máquinas e equipamentos necessários à execução destes serviços. Foi solicitado que a empresa apresentasse documentação que indicasse a obtenção das máquinas e equipamentos necessários à execução dos serviços tais como: notas fiscais de compra de equipamentos, notas fiscais / contratos de locação ou arrendamento das máquinas e dos equipamentos, contratos de prestação de serviços, medições dos serviços prestados, notas fiscais de movimentação dos equipamentos aos locais das obras, placas dos veículos e CRLV - Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo, mas nenhum documento foi apresentado.

O Detran, em resposta à solicitação da RFB, informou que o único veículo encontrado nos seus registros em nome da JSM ENGENHARIA E TERRAPLENAGEM LTDA - ME. é uma moto cor preta, modelo Yamaha / XT 660R, Placa EJR 3728, RENAVAM 201231387, adquirida em 18/02/2011 e transferida em 23/09/2011. Uma empresa que apresenta uma receita tributável (conforme relatamos neste Termo) no montante de R\$ 3.325.240,00, no ano calendário de 2008, R\$ 40.685.304,75, no ano calendários de 2009 e R\$ 63.385.143,96, no ano calendário de 2010, tendo como atividade principal o "aluguel de máquinas e equipamentos", e dispõe de apenas um veículo (moto) para cumprir este objetivo, não nos parece crível que consiga realizar uma real prestação de serviços sem ter em seus ativos as máquinas, equipamentos, veículos e caminhões para tal fim.

Também na análise dos extratos bancários ficou comprovado que nos débitos efetuados pela JSM Engenharia e Terraplenagem Ltda. não se encontram pagamentos efetuados para a manutenção operacional de qualquer empresa de engenharia ou terraplenagem, tais como, pagamentos a funcionários ou prestadores de serviços pessoa física, aluguel de máquinas e equipamentos, aluguel de espaços físicos, pagamentos de luz, água, telefone, pagamento a escritórios de contabilidade. Também não localizamos alguns outros pagamentos extremamente necessários e básicos para que uma empresa de locação de máquinas e equipamentos possa funcionar, tais como, compra de combustíveis, peças e acessórios para manutenção, pagamento de mecânicos de manutenção ou empresas especializadas neste tipo de prestação de serviços. Tais pagamentos não foram encontrados simplesmente porque não foram necessários já que a empresa não existe e foi constituída apenas para operar o seu esquema fraudulento.

Foram abertas diligências nas empresas que supostamente tomaram serviços da JSM ENGENHARIA E TERRAPLENAGEM LTDA - ME. Para estas empresas, discriminadas no quadro 4, também foi solicitado que apresentassem "a documentação que identifica estes veículos tais como: placas dos veículos e CRLV - Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo, bem como identificação das máquinas e equipamentos, notas fiscais de transporte destes equipamentos". As empresas Consórcio Desenvolvimento Viário - CNPJ: 10.840.761/0001-05, EIT - Empresa Industrial Técnica S/A - CNPJ: 08.402.620/0041-56 e

Santa Bárbara Engenharia S/A - CNPJ: 17.290.057/0001-75 apesar de reiteradamente intimadas não apresentaram nenhum documento ou informação que pudessem identificar tais veículos, máquinas e equipamentos.

A empresa Constran S/A Construções e Comércio - CNPJ: 61.156.568/0001-90 deu a seguinte resposta a esta intimação:

Quadro 7 - Resposta á intimação Constran S/A Construções e Comércio

Por fim, informa a Requerente que não dispõe de documentos de propriedade dos equipamentos locados, bem como que, por acordo entre as partes, o transporte dos equipamentos e seus acessórios, do local de origem até a obra e seu retorno, foi efetuado por conta e ordem da LOCADORA, sem a emissão, pela Locatária, das Notas Fiscais de devolução dos equipamentos locados.

A empresa S/A Paulista de Construções e Comércio - CNPJ: 60.332.319/0001-46 respondeu a esta intimação nos seguintes termos:

Quadro 8 - Resposta á intimação S/A Paulista de Construções e Comércio

O contribuinte vem encontrando dificuldade em reunir as informações e documentos solicitados nos itens 1 e 2, tendo em vista sua grande quantidade e, especialmente, o nível de detalhamento solicitado, bem como por se tratar de informações antigas (2010), não controladas dentro da contabilidade e cuja obtenção somente pode se dar no local de cada obra.

Por tais razões, não pudemos reunir as informações e documentos solicitados até o momento.

A partir das respostas, e ausência destas, dadas pelas construtoras intimadas concluiu-se que as Notas Fiscais de prestação de serviços emitidas pela JSM ENGENHARIA E TERRAPLENAGEM LTDA - ME são inidôneas, pois foram emitidas por pessoa jurídica sem existência de fato, ou seja, mesmo que constituída formalmente, não possuiu existência real de fato e ainda se encontra baixada por órgão competente, e por isto não refletem as operações ali discriminadas, "aluguel de máquinas e equipamentos sem operador". Todas as construtoras intimadas não lograram êxito em comprovar através de provas robustas que os serviços foram prestados, e estes documentos inidôneos jamais poderão servir para amparar saídas ou entradas de valores (receitas), ou mesmo sustentar despesas ou valores atribuídos aos custos operacionais de uma empresa do Lucro Real, ou qualquer outro tipo de tributação federal da qual seja optante, e não serão considerados para se efetuar qualquer lançamento de crédito tributário neste procedimento.

Conforme já mencionado, a contribuinte, sendo intimada a apresentar os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, nada apresentou, sendo tributada com base no LUCRO ARBITRADO na totalidade de suas receitas tributáveis, com base na sua Receita Bruta Conhecida (ou seja, receita confessada em DCTF e depósitos bancários de origem não comprovada), conforme artigo 532 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR / 99 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999).

Sobre os valores da omissão apurada com base em depósitos bancários de origem não comprovada foi aplicada a multa de 150%, tendo em vista a configuração de ação dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da

obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento,.

Também, pelo fato de a contribuinte não ter, em momento algum do procedimento fiscal, apresentado esclarecimentos para o não atendimento das intimações, que foram várias, Termo de Início de Procedimento Fiscal, Termo de Reintimação, Termo de Constatação e Reintimação, Termo de Intimação Fiscal nº 1 e Termo de Intimação e Reintimação, houve o agravamento da multa de lançamento de ofício, aumentada pela metade, conforme § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996.

Foi atribuída responsabilidade solidária a Mauro José Abbud, Marcello José Abbud, Sandra Maria Branco Malago, Sonia Mariza Branco, Adir Assad, Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Four's Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Cientificada da autuação, a contribuinte ingressou com a impugnação, na qual alega:

- Decadência do crédito tributário.

Ocorreu a decadência dos débitos relativos ao ano-calendário de 2008, uma vez que o presente auto de infração foi lavrado em 04/09/2014, isto é, posteriormente aos termos finais da decadência seja com fulcro no artigo 150, § 4º ou no artigo 173, inciso I do CTN.

Quanto aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2009, ocorreu a decadência, pois, de acordo com o art. 150, § 4º do CTN, somente poderia ser constituído o crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos a partir de 04/09/2009. Não se aplica o disposto no art. 173, I, do citado Código, uma vez que houve pagamento antecipado e não ocorreu fraude.

- Nulidade do auto de infração. Incorreta identificação do sujeito passivo.

A rigor do § 5º do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, o contribuinte dos tributos exigidos com fundamento da constatação de depósitos bancários sem origem comprovada é o "efetivo titular da conta de depósitos", ou seja, o suposto interponente. Este, por conseguinte, não é responsável tributário, mas o próprio contribuinte, sujeito passivo principal da obrigação tributária.

No campo específico de aplicação do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, o legislador determinou a obrigatoriedade da intimação do titular da conta de depósito como medida de garantia, já neste momento, do contraditório e da ampla defesa.

No presente caso, defendeu-se a tese da interposição de pessoa que foi desenvolvida de maneira conturbada no decorrer do auto de infração, como se vê:

(i) de um lado: a Impugnante seria a titular dos montantes depositados, e, por conseguinte, a contribuinte dos tributos devidos sobre as receitas supostamente omitidas (tributos, repita-se, calculados sobre bases de cálculo e mediante a aplicação de alíquotas às quais se sujeitam as pessoas jurídicas);

(ii) de outro lado:

a) a Impugnante seria "empresa de fachada" de Adir e Marcello;

b) a Impugnante, embora fosse "empresa de fachada", seria ela própria a interponente, utilizado os seus sócios (de direito) como "laranjas" para ocultar os seus "sócios de fato";

c) os sócios (de direito) seriam "laranjas" de Marcello e Adir;

d) Sônia e Sandra seriam "laranjas" apenas de Adir.

O que a autoridade fiscal defende é que a "empresa de fechada" teria sido utilizada por terceiros (embora também diga que ela teria se valido de "laranjas") para a movimentação de recursos financeiros.

Em um caso tal não se justifica, em absoluto, a desconsideração do § 5º do artigo 42 da Lei nº 9.430/96. Ora, se os valores dos depósitos bancários pertencem, em última análise, somente a Adir e Marcello - ou ainda que pertencessem a estes e a Sônia, Sandra e Mauro, o que excluiria a possibilidade desses últimos serem "laranjas" dos primeiros não podem pertencer, por imperativo da lógica, à Impugnante. Seria, sob tais circunstâncias, imperiosa a aplicação do § 5º do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, por força do qual os interponentes da pessoa jurídica deveriam reputar-se contribuintes, não responsáveis tributários.

Nem se cogite da possibilidade de equiparar a identificação dos supostos interponentes como responsáveis tributários ao que seria correto, isto é, a identificação destes como contribuintes. A uma, porque, diante das contradições encontradas no decorrer do auto de infração, nem mesmo é possível saber quais seriam os interponentes efetivamente tachados como tal pela autoridade fiscal; Sônia e Sandra, por exemplo, são consideradas, ao mesmo tempo, como interponentes e como "laranjas". A duas, porque o regime tributário dos contribuintes é aquele que deve ser levado em conta para a válida constituição do crédito tributário fundamentado no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, mas a inclusão dos supostos interponentes no rol de responsáveis em nada influencia a definição da matéria tributável, da base de cálculo e da alíquota dos tributos exigidos. E, por fim, a três, porque a própria titularidade dos recursos depositados (fator que determina a aplicação do § 5º do artigo 42 da Lei nº 9.430/96) é descrita de maneira ilógica no auto de infração, pois a tentativa de incluir outras pessoas jurídicas supostamente relacionadas às pessoas físicas no rol de responsáveis tributários (Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda. ME e Four's Empreendimentos Imobiliários Ltda. - ME) leva a autoridade fiscal a defender que, no final das contas, o dinheiro movimentado pela "empresa de fachada" lhes pertenceria.

Embora a autoridade fiscal tenha afirmado que a pessoa jurídica é "empresa de fachada", jamais intimou os Srs. Adir e Marcello, por exemplo, para, especificamente, demonstrarem ou comprovarem a origem dos montantes depositados em conta bancária mantida pela "empresa de fachada", e cuja titularidade lhe estava sendo imputada, diante da suspeita de ter ocorrido interposição fraudulenta.

A falta de intimação do titular da conta bancária no procedimento de aplicação do artigo 42 da Lei nº 9.430/96 é causa de nulidade material do auto de infração.

O erro na identificação do sujeito passivo traz consequências concretas para a válida constituição do crédito tributário, pois, além de desrespeitar o caráter vinculado a que se refere o artigo 142 do CTN, pode acarretar:

(i) a inadequada definição da base de cálculo (trocar o lucro arbitrado, presumido, ou real, por rendimentos brutos de pessoa física, ou vice-versa);

(ii) a inadequada definição do aspecto temporal do fato gerador (trocar apuração mensal por trimestral, ou mensal por anual);

(iii) a inadequada definição da alíquota (trocar 15% mais adicional de 10% por tabela progressiva, ou vice-versa); e

(iv) a inadequada definição da matéria tributável (cobra PIS/COFINS de pessoa física, ou IRPF de pessoa jurídica).

Como, no presente caso, não seria possível nomear qualquer "efetivo titular" do dinheiro movimentado pela "empresa de fachada" que fosse pessoa jurídica, resta evidente que "omissão de receitas" é matéria tributável errada; poder-se-ia, no máximo, cogitar de "omissão de rendimentos", mas a autoridade fiscal não se deu conta disso.

A motivação do auto de infração não se pode dizer ausente, mas é sem dúvida, imprestável. Daí a nulidade material do lançamento ora combatido.

- Indevido uso de informações bancárias obtidas sem autorização judicial.

Os extratos bancários utilizados pela Autoridade Fiscal para fundamentar a presente autuação foram obtidos diretamente das instituições bancárias mediante mera Requisição de Movimentação Financeira (RMF), sem qualquer autorização judicial para a quebra do sigilo bancário da Impugnante.

O presente lançamento é nulo de pleno direito, tendo em vista que efetuado com base em prova ilícita decorrente da ilegal quebra de sigilo bancário não autorizada por ordem judicial específica.

É oportuno esclarecer que o plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR realizado em 15/12/2010, colocou fim à discussão quanto à quebra do sigilo bancário dos contribuintes para fins fiscais, afastando a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários sem ordem emanada do Poder Judiciário.

Segundo o Tribunal Pleno do STF, o artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, que autorizou a quebra do sigilo bancário da Impugnante encontra-se eivado de inconstitucionalidade.

- Violação do art. 5º, X e XII, e do art. 145, § 1º, da Constituição Federal pela Lei Complementar nº 105, de 2001.

- INCORRETA APLICAÇÃO DA PRESUNÇÃO -NECESSIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DAS TRANSFERÊNCIAS ENTRE CONTAS DO MESMO TITULAR.

A autoridade fiscal afirma que os sócios de fato seriam os verdadeiros “donos do dinheiro”, logo, efetivos titulares das contas bancárias mantidas apenas formalmente em nome da pessoa jurídica autuada. Afirma, por mais de uma vez, que os tais "sócios de fato" da pessoa jurídica autuada seriam, também, "sócios de fato" de outras pessoas jurídicas. Aduz, a autoridade fiscal, que haveria uma "rede" de "empresas de fachadas", e esta circunstância seria confirmada pela circunstância de que as outras "empresas de fachada" teriam relações com os "sócios de fato" da empresa autuada.

Sendo assim, a referida autoridade deveria ter constatado que :

(i)muitos dos depósitos autuados provieram de outras empresas que, segundo o auto de infração, seriam "empresas de fachada" dos mesmos sócios de fato que os da empresa autuada;

(ii)segundo o auto de infração, o dinheiro movimentado por estas empresas não lhes pertenceria, mas aos sujeitos interponentes, que delas se utilizariam para manter na penumbra grandes somas de dinheiro; e

(iii)logicamente, à luz das duas afirmações anteriores, os depósitos provenientes de todas as outras "empresas de fachadas" proviriam de contas cujos "efetivos titulares" - os únicos que interessam para a aplicação da lei, nos termos do já citado § 5º do artigo 42 da Lei nº 9.430/96 - são os mesmos "efetivos titulares" que os das contas mantidas "apenas formalmente" em nome da empresa autuada.

A autoridade fiscal tentou promover uma desconsideração de personalidades jurídicas generalizada.

Nesse contexto, seria impossível não concluir que estar-se-ia diante, na espécie, de valores de mesma titularidade (efetiva) circulando entre contas bancárias mantidas, apenas formalmente, pelas "empresas de fachada". Tal espécie de movimentação bancária, por força do inciso I do § 3º do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, não poderia dar azo à aplicação da presunção fundada em depósitos bancários.

● NECESSIDADE DE EXCLUIR OS VALORES JÁ TRIBUTADOS DA BASE DE CÁLCULO DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Como se vê no Quadro 10 contido na página 25 do Termo de Verificação Fiscal, a Impugnante declarou em DCTF os valores considerados devidos por ela.

Assim, como parte dos valores ora cobrados foram objeto de declaração por meio de DCTF, esses já se encontravam constituídos de modo pelo qual não poderiam ser exigidos novamente por meio de auto de infração lançado posteriormente.

Diante disso, resta evidente a necessidade de cancelamento dos débitos lavrados sob a rubrica "receita bruta apurada com base nos valores informados em DCTF", haja vista que, antes mesmo da lavratura em tela, os débitos nela exigidos já haviam sido declarados em DCTF.

A autoridade fiscal reconhece que houve montantes declarados como receitas nas DIPJs da empresa autuada, e que sobre estes montantes foram calculados os tributos pertinentes, conforme consta das DCTF correspondentes aos períodos autuados.

Nada obstante, afirma que não seria possível excluir tais montantes da base de cálculo do lançamento porque, não tendo a empresa autuada apresentado condições de disponibilizar os seus livros contábeis e fiscais, teria se tornado impossível realizar o cotejo entre as receitas supostamente omitidas, e aquelas espontaneamente declaradas.

Tal justificativa não pode prosperar. Como se extrai do auto de infração, a autoridade fiscal optou por sujeitar a empresa autuada ao lucro arbitrado.

Insta salientar, nesta ordem de idéias, que o lucro arbitrado não é uma grandeza que pode ser adicionada a outra forma de apuração do lucro tributável, nomeadamente o lucro real ou o lucro presumido. Ao optar por sujeitar a contribuinte ao lucro arbitrado, a autoridade fiscal assume que aquelas receitas que ela identificou é o total das receitas do contribuinte.

Nestes termos, os valores declarados e tributados espontaneamente pelo contribuinte devem ser excluídos do lançamento, como reconhecimento de que a adoção do lucro arbitrado possui um efeito substitutivo com relação ao lucro real ou presumido, e, uma vez realizada, dá origem a um único lucro tributável.

#### • DESCABIMENTO DA APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA E MAJORADA

A autoridade fiscal fundamenta a qualificação da multa de ofício a partir de dois pressupostos:

- (i) a omissão de receitas; e
- (ii) a utilização de "laranjas".

Ocorre, todavia, que nenhum destes fundamentos é hábil a autorizar a exasperação da penalidade, como pretendido pela autoridade fiscal.

Em primeiro lugar, cabe notar que a simples omissão de receitas não é suficiente para concluir ter havido evidente intuito de fraude. Nesse sentido, confira-se a Súmula CARF 14:

*Súmula CARF nº 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.*

Registre-se, nesse passo, que não há, no auto de infração, nem a afirmação, e muito menos a prova, de que a omissão de receitas teria sido prática reiteradamente adotada pela empresa autuada.

Segundo a autoridade fiscal, aqueles depósitos bancários sem origem comprovada pertenceriam, na realidade, a terceiros.

Ora, é por isso mesmo que não há como saber se a omissão, no caso, engloba o "total das receitas", pois este total - tentando-se interpretar coerentemente o auto de infração - somente poderia ser identificado após a analisar-se a situação tributária do(s) efetivo(s) titular(es) dos depósitos bancários.

Como isso não foi feito pelo autuante, deve prevalecer o entendimento da Súmula 14 do Carf.

Quanto à utilização de “laranjas”, o que se tem é a descrição de suposta fraude cometida pelo suposto "sócio de fato", o qual, no presente caso, figura como "responsável tributário". Não há, no auto de infração, a demonstração de qualquer conduta dolosa da própria "empresa de fachada". Tudo o que se diz que foi fraudulento, em última instância, teria sido, supostamente, cometido pelos responsáveis, não pela "empresa de fachada".

Segundo a autoridade fiscal, a utilização de "laranjas" não teria sido utilizada para impedir o conhecimento ou a ocorrência do fato gerador, nem ocultar quaisquer condições pessoais do contribuinte. A utilização de "laranjas" di-lo a autoridade fiscal teria se prestado a ocultar o responsável tributário, e o artigo 73 da Lei nº 4.502/64 (assim como os artigos 71 e 72, aos quais ele remete) não fazem qualquer menção ao conhecimento da responsabilidade ou às condições pessoais do responsável.

Nestes termos, impõe-se o cancelamento da qualificação da multa de ofício, em vista, sobretudo, da ausência de prova do evidente intuito de fraude, tal qual previsto e descrito na legislação pertinente.

- Ausência de Embaraço à Fiscalização.

Não houve, no presente caso, embaraço à fiscalização - em sentido próprio. Ocorreu, simplesmente, que a autoridade fiscal não gostou da resposta que recebeu, desaprovou o conteúdo do que lhe foi reportado. Mas não há, nisto, o elemento do embaraço, que permite o agravamento da penalidade.

Até porque, diante da informação recebida, não poderia, jamais, a autoridade fiscal vislumbrar embaraço, mas um caminho certo para prosseguir com a ação fiscal: a via do arbitramento.

Ao dizer que os livros não existiam, a Impugnante, muito longe de embaraçar, criou as condições necessárias a que a autoridade fiscal prosseguisse com o arbitramento. Sob tais circunstâncias, é descabido cogitar-se de embaraço à fiscalização.

Pelo exposto, deve ser cancelado o agravamento da penalidade, diante da ausência do seu pressuposto, qual seja, o embaraço à fiscalização.

- Diante do exposto, a Impugnante requer seja declarada a nulidade material da presente autuação. Caso assim não entenda, seja reconhecida a ilegitimidade da quebra do sigilo bancário da Impugnante e, subsidiariamente, a exclusão das multas aplicadas.

Requer, outrossim, que todas as intimações e notificações a serem feitas, relativamente às decisões proferidas neste processo sejam encaminhadas aos seus procuradores, todos com escritório na Capital do Estado de São Paulo, na Avenida Angélica, nº 2.163, conjunto 61, em atenção a RAFAEL PINHEIRO LUCAS RISTOW, bem como sejam enviadas cópias à Impugnante, no endereço constante dos autos.

Finalmente, a Impugnante protesta por todos os meios de prova em Direito admitidas, notadamente pela juntada de novos documentos.

Sendo científicas da autuação, Sonia Mariza Branco, Sandra Maria Branco Malago e Four's Empreendimentos Imobiliários Ltda. Me, apresentaram impugnação (fls. 1123 a 1168), na qual alegam:

- Decadência do crédito tributário relativamente ao ano-calendário de 2008, seja em função do disposto no artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN) ou até mesmo do artigo 173, Inciso I, também do CTN.

Quanto ao ano-calendário de 2009, tendo em vista o disposto no art. 150, § 4º do CTN, o fisco somente poderia constituir créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos a partir de 04/09/2009.

É inaplicável ao presente caso o disposto no art. 173, I, do CTN, uma vez que houve declaração dos débitos federais por meio de DCTF e DIPJ e não há que se falar em dolo, fraude ou simulação das impugnantes.

- Nulidade da autuação. Erro na identificação do sujeito passivo.

A tese condutora do auto de infração é a de que a pessoa jurídica - bem como as Impugnantes - teriam servido de interpostas pessoas. Essa tese é desenvolvida de maneira conturbada no decorrer do auto de infração, podendo-se notar afirmações que se opõem:

(i) de um lado: a pessoa jurídica autuada seria a titular dos montantes depositados, e, por conseguinte, a contribuinte dos tributos devidos sobre as receitas supostamente omitidas (tributos, repita-se, calculados sobre bases de cálculo e mediante a aplicação de alíquotas às quais se sujeitam as pessoas jurídicas);

(ii) de outro lado:

a) a pessoa jurídica autuada seria "empresa de fachada" de Adir e Marcello;

b) a pessoa jurídica autuada, embora fosse "empresa de fachada", seria ela própria a interponente, utilizado os seus sócios (de direito) como "laranjas" para ocultar os seus "sócios de fato";

c) os sócios (de direito) seriam "laranjas" de Marcello e Adir;

d) Sônia e Sandra seriam "laranjas" apenas de Adir.

Vê-se o que a autoridade fiscal defende é que a "empresa de fachada" teria sido utilizada por terceiros (embora ela também diga que ela teria se valido de "laranjas") para a movimentação de recursos financeiros.

Assim, não se justifica, em absoluto, a desconsideração do § 5º do artigo 42 da Lei nº 9.430/96. Ora, se os valores dos depósitos bancários pertencem, em última análise, somente a Adir e Marcello - ou ainda que pertencessem a estes e às Impugnantes, o que excluiria a possibilidade dessas últimas serem "laranjas" dos primeiros -, não podem pertencer, por imperativo da lógica, à pessoa jurídica. Seria, sob tais circunstâncias, imperiosa a aplicação do § 5º do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, por força do qual os interponentes da pessoa jurídica deveriam reputar-se contribuintes, não responsáveis tributários.

Como consequência, os “efetivos titulares” do dinheiro é que deveriam ter sido intimados a comprovar a origem dos depósitos bancários.

Nem se cogite da possibilidade de equiparar a identificação dos supostos interponentes como responsáveis tributários ao que seria correto, isto é, a identificação destes como contribuintes. A uma, porque, diante das contradições encontradas no decorrer do auto de infração, nem mesmo é possível saber quais seriam os interponentes efetivamente tachados como tal pela autoridade fiscal; Sônia e Sandra, por exemplo, são consideradas, ao mesmo tempo, como interponentes e como "laranjas". A duas, porque o regime tributário dos contribuintes é aquele que deve ser levado em conta para a válida constituição do crédito tributário fundamentado no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, mas a inclusão dos supostos interponentes no rol de responsáveis em nada influencia a definição da matéria tributável, da base de cálculo e da alíquota dos tributos exigidos. E, por fim, a três, porque a própria titularidade dos recursos depositados (fator que determina a aplicação do § 5º do artigo 42 da Lei nº 9.430/96) é descrita de maneira ilógica no auto de infração, pois a tentativa de incluir outras pessoas jurídicas supostamente relacionadas às pessoas físicas no rol de responsáveis tributários (Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda. - ME e Four's Empreendimentos Imobiliários Ltda. - ME) leva a autoridade fiscal a defender que, no final das contas, o dinheiro movimentado pela "empresa de fachada" lhes pertenceria.

Como já se pode notar, o erro na identificação do sujeito passivo traz consequências concretas para a válida constituição do crédito tributário, pois, além de desrespeitar o caráter vinculado a que se refere o artigo 142 do CTN, acarretou:

(i) a inadequada definição da base de cálculo (trocar o lucro arbitrado, presumido, ou real, por rendimentos brutos de pessoa física, ou vice-versa);

(ii) a inadequada definição do aspecto temporal do fato gerador (trocar apuração mensal por trimestral, ou mensal por anual);

(iii) a inadequada definição da alíquota (trocar 15% mais adicional de 10% por tabela progressiva, ou vice-versa); e

(iv) a inadequada definição da matéria tributável (cobrar PIS/COFINS de pessoa física, ou IRPF de pessoa jurídica).

● A Maior das Nulidades decorre da Inconsistência Lógica do Auto de Infração (Vício de Motivação).

As contradições são numerosas. Vale a pena lembrar:

(i) "empresa de fachada": a pessoa jurídica nomeada como contribuinte é, ao mesmo tempo, "empresa de fachada" e dona do dinheiro que por sua conta bancária circulou; como seria possível ser "empresa fantasma" e "efetiva titular" da conta de depósitos ao mesmo tempo? Além disso, afirma-se que ela teria utilizado "laranjas" para mascarar a identidade de seus "sócios de fato"; como se isto fosse possível (aqui valeria, à autoridade fiscal, uma revisão das noções fundamentais do direito societário), e como se não fosse insólita a afirmação de que uma "empresa fantasma" pudesse ela própria estar por detrás de outros "fantasmas";

(i) Adir e Marcello: são apontados como interponentes (mentores de todo o suposto esquema de sonegação), mas, ao mesmo tempo, são tidos como apenas dois dos "sócios de direito" da "empresa de fachada";

(iii) impugnantes: são tidas como interponentes dos "sócios de direito", mas, concomitantemente, são descritas como "laranjas"; como poderia um "laranja" usar outros "laranjas"?

Mas as contradições do auto de infração não param por aí. Quando tenta, com notável esforço, atribuir "responsabilidade" -a quem, se fosse o caso, deveria ser contribuinte, na realidade - a autoridade fiscal invoca, indistintamente, as hipóteses do artigo 124 e 135 do CTN. Não se dá conta, porém, do fato de que o artigo 124 disciplina a obrigação solidária, e o artigo 135 trata da responsabilidade pessoal.

A motivação do auto de infração (requisito material, à luz do artigo 142 do CTN e do artigo 50 da Lei nº 9.784/99) não se pode dizer ausente, mas é sem dúvida, imprestável. Daí a nulidade material do lançamento ora combatido.

● AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA OU PESSOAL DAS IMPUGNANTES.

-Inaplicabilidade do art. 124, I, do CTN.

Se é verdade que as impugnantes são interpostas pessoas de Adir e Marcello, os recursos presumidamente furtados à tributação (i) não têm origem nelas e (ii) nem foram destinados a elas.

Desde o início do TVF, a Autoridade Fiscal repete como um mantra que os sócios da empresa autuada eram interpostas pessoas.

A Autoridade Fiscal afirma que as pessoas físicas impugnantes são responsáveis solidárias pelo débito em discussão porque seriam sócias administradoras da pessoa jurídica autuada. E é só. Entretanto, esse fato não leva ao "interesse comum". Não se demonstrou o auferimento de benefícios pelas impugnantes, não há provas de que as impugnantes agiram em conjunto com Adir e Marcello em atos fraudulentos; ou que existiu o interesse jurídico, mas tão somente o interesse econômico.

Quanto à empresa Four's as acusações são (i) ter sido constituída em endereço coincidente com a da empresa Rockstar - menos de dois anos depois, mudou-se para a Vila Guarani, também na cidade de São Paulo, (ii) ter recebido todo o patrimônio da Sra. Sônia, (iii) suas quotas foram doadas pelas Sras. Sônia e Sibely para a filha da Sra. Sibely e para a sua irmã, (iv) as sócias de direito são diferentes das sócias de fato - que seriam a Sra. Sônia e a Sra. Sibely, (iv) esses expedientes teriam o intuito de blindar o patrimônio das pessoas físicas contra a fiscalização da Receita Federal do Brasil.

Tais acusações não têm o condão de conferir à Four's o interesse comum exigido pelo artigo 124, inciso I, do CTN, para que ela fosse considerada responsável solidária dos débitos lançados contra a pessoa jurídica autuada.

- Inaplicabilidade do art. 135, III, do CTN.

Não houve a separação das condutas que levaram à responsabilidade solidária e à responsabilidade pessoal, para que as impugnantes pudessem exercer seu direito de defesa com plenitude.

Não foi demonstrado pela autoridade fiscal a conduta com excesso de poderes ou fraude à lei e não há prova de atos de gestão por parte das impugnantes, muito menos relacionados à suposta fraude relatada no presente auto de infração.

- Questões subsidiárias: Impossibilidade de responsabilização das impugnantes pelas multas aplicadas.

A Constituição Federal determina, no art. 5º, XLV, que as multas punitivas, na qualidade de penalidades, não podem atingir pessoa diversa daquela que cometeu a infração e foi por tal ato condenada, de maneira que nenhuma multa poderia ser objeto de responsabilização solidária das Impugnantes.

E ainda, segundo o art. 137 do CTN, a responsabilidade pela obrigação principal pode comportar a solidariedade, mas a responsabilidade pelas penalidades decorrentes de infrações será apenas do agente que as praticar quando as infrações em questão constituam crime, ou ainda quando dependam de dolo específico.

- Ainda que seja mantida a responsabilidade pela penalidade aplicada, as Impugnantes não podem responder pelo agravamento.

As condutas descritas nos art. 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964 constituem crimes tributários tipificados na Lei nº 8.137/90, de maneira que, em conformidade com os incisos I e II do artigo 137 do CTN, a penalidade gerada por qualquer dessas infrações não poderia passar da pessoa do agente que a cometeu e, portanto, não poderia ser objeto de responsabilização solidária das Impugnantes.

- Impossibilidade de Qualificação da Multa por Embaraço Mesmo Contra a Pessoa Jurídica Autuada.

Antes mesmo de mencionar que a qualificação da multa por embaraço não pode ser imputada às Impugnantes, deve-se notar que tal aumento da pena sequer poderia ter sido perpetrado contra a própria pessoa jurídica autuada. Isso porque, toda vez que a inércia da contribuinte tiver alguma consequência agravante prevista na legislação, seja ela o arbitramento ou a presunção de omissão de receitas, a multa não poderá ser agravada por embaraço, pois a conduta não gera prejuízo ao Fisco.

Quanto ao embaraço, segundo o § 2º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, tem-se que ele também depende do dolo específico de que trata o inciso II, do artigo 137, do CTN.

Dessa forma, é inoponível às Impugnantes por três razões.

A primeira delas é consequência da própria narrativa do TVF, pois, se é verdade que as Impugnantes não são administradoras de fato da pessoa jurídica autuada, não poderiam embaraçar a fiscalização.

A segunda razão para que tal agravamento não seja oponível às Impugnante é que elas jamais receberam qualquer notificação para apresentação de documentos referentes à

fiscalização da pessoa jurídica autuada, o que demonstra a completa impossibilidade de não terem atendido a um chamado do Fisco, pois tal chamado não foi feito.

- Diante do exposto, as Impugnantes requerem seja declarada a nulidade material da presente autuação. Caso assim não entenda, seja reconhecida a decadência; excluída a sua responsabilização e, subsidiariamente, a exclusão das multas aplicadas.

- Requer, outrossim, que todas as intimações e notificações a serem feitas, relativamente às decisões proferidas neste processo sejam encaminhadas aos seus procuradores, todos com escritório na Capital do Estado de São Paulo, na Avenida Angélica, nº 2.163, conjunto 61, em atenção a RAFAEL PINHEIRO LUCAS RISTOW, bem como sejam enviadas cópias ao Impugnante, no endereço constante dos autos.

Finalmente, as Impugnantes protestam por todos os meios de prova em Direito admitidas, notadamente pela juntada de novos documentos.

Marcello José Abbud, ingressou com a impugnação de fls. 1181 a 1193, na qual alega:

- Ocorreu a decadência do direito de constituir o crédito tributário relativo ao ano-calendário de 2008, uma vez que tomou ciência do auto de infração em 11 de setembro de 2014, portanto, há mais de cinco anos da ocorrência dos fatos geradores, quer seja considerando-se o art. 150, § 4º, ou art. 173, I, ambos do CTN.

- Da impossibilidade de responsabilização solidária.

O Impugnante, como reconhecido pelo próprio termo de verificação fiscal, retirou-se do quadro societário da empresa Legend em 12/12/2007, ou seja, anteriormente aos fatos geradores que deram origem à presente cobrança (2008).

No último parágrafo reservado ao Impugnante (10.15.2), o Fisco apresenta a parte final de um suposto contrato firmado entre a empresa autuada e o Consórcio Triunfo-Copasa. Segundo a Fiscalização, o referido contrato seria capaz de comprovar a gerência e administração do Impugnante sobre a empresa autuada.

Em primeiro lugar, o mencionado documento foi apresentado parcialmente pelo Fisco, sendo impossível verificar suas características, como, por exemplo, o seu objeto.

Na realidade, somente é possível identificar a data de assinatura e as partes que assinaram o suposto contrato.

Antes mesmo de demonstrar cabalmente que a pretensa "prova" trazida no termo de verificação fiscal não serve a demonstrar qualquer ato ilícito ou interesse comum por parte do Impugnante, deve-se atentar que ela não obedece sequer a um critério temporal razoável.

Como se verifica do termo de verificação fiscal, os supostos fatos geradores foram praticados nos anos de 2008 a 2010, todavia, a única "prova" apresentada refere-se a 26 de agosto de 2011. Frise-se: nada há qualquer prova no tocante aos anos calendário autuados.

A Fiscalização não demonstrou a existência de atos de gestão com interesse comum e com excesso de poderes ou contra a lei que pudessem responsabilizar pessoal e solidariamente o Impugnante pelos débitos lançados contra a pessoa jurídica autuada.

- Subsidiariamente, impossibilidade de cominação de multa agravada e qualificada.

A Fiscalização afirma que deveria ser aplicada no presente caso a multa qualificada (150%), uma vez que a pessoa jurídica autuada teria ocultado a maior parte das suas receitas.

Ocorre que tal argumentação não pode ser mantida, haja vista o disposto na Súmula 14 do CARF, a qual atesta que "a simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo".

Analisando a referida súmula também é possível verificar que a multa qualificada somente é cabível quando a fiscalização demonstrar adequadamente o seu elemento subjetivo, qual seja, *o dolo específico*.

Como já referido, a Fiscalização alegou apenas que "há evidência nos autos deste processo de que a autuada ocultou a maior parte das suas receitas". Ora, como se vê, o Fisco afirma que a empresa autuada teria agido com o intuito de ocultar suas receitas, mas em momento algum aduz que tal conduta foi tomada pelo Impugnante.

O presente auto de infração também comina multa agravada, com fulcro no artigo 44, § 2º, da Lei nº 9.430/96, por suposta falta de prestação de esclarecimentos à Fiscalização.

Segundo o Fisco, a referida multa seria devida uma vez que a empresa autuada não teria apresentado informações solicitadas durante o trâmite da fiscalização.

Ocorre que tal imputação de falta de prestação de informações não pode transcender a pessoa jurídica autuada. Isso porque as intimações supostamente não respondidas foram encaminhadas somente à pessoa jurídica autuada.

Na realidade, nem que as intimações houvessem sido encaminhadas ao Impugnante, ele poderia ser sujeito à multa em tela.

Não há dúvidas que somente a empresa autuada seria capaz de responder as intimações em questão, uma vez que objetivavam a apresentação de documentos que somente ela poderia possuir, tais como Livro Diário, Livro Caixa etc.

Não bastasse isso, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já reconheceu que em casos como o presente, em que ocorre a presunção de omissão de receitas com base no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, não é cabível o agravamento da multa em razão de ausência de prejuízo ao fisco, uma vez que a presunção legal corre em seu favor.

- Requer o reconhecimento da decadência parcial dos créditos tributários constituídos por meio do auto de infração ora impugnado e, no mérito, a exclusão do Impugnante do rol dos responsáveis solidários pelo débito em testilha.

● Protesta, outrossim, pela juntada de novos documentos, em especial aqueles comprobatórios das razões pelas quais não seria cabível a exigência em questão, além da produção de quaisquer provas adicionais que se façam necessárias ao bom deslinde do feito.

Por fim, o Impugnante protesta, com fulcro no artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.906/1994, pela posterior juntada de procuração conferindo poderes aos presentes patronos.

Adir Assad, sendo notificado da autuação, ingressou com a impugnação de fls. 1206 a 1229, na qual alega:

● Decadência quanto aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2008.

● Da impossibilidade de responsabilização solidária.

Como exposto no termo de verificação fiscal, o Impugnante foi considerado responsável solidário pelos débitos lançados contra a pessoa jurídica autuada, com arrimo nos artigos 124, inciso I, e 135, inciso III, ambos do CTN.

Entretanto, as provas apresentadas pelo fisco se referem aos anos de 2008, 2012 e 2013. Não há prova no tocante aos anos-calendário de 2009 e 2010.

Note-se:

(i) os e-mails são de 2008;

(ii) as correspondências bancárias e DARFs são de 2008 e 2012;

(iii) as guias da Previdência Social são de 2012;

(iv) a lista de documentos enviada ao contador é de 2012, e

(v) os recortes da revista Veja são de 2012 e 2013.

Será demonstrado adiante que as "provas" trazidas no termo de verificação fiscal não são capazes de gerar qualquer conclusão quanto à participação do Impugnante em conjeturado esquema fraudulento, e em muitas delas sequer se observa o nome ou qualquer referência ao Impugnante.

- AS pretensas "provas" trazidas não vinculam o Impugnante à pessoa jurídica autuada. Além de as "provas" expostas no termo de verificação fiscal não se referirem aos anos-calendário de 2009 e 2010, deve-se ter em mente que grande parte delas somente trata das empresas Rock Star Marketing Ltda. e Legend Engenheiros Associados Ltda.

- Efetiva ausência de provas da responsabilidade pessoal e solidária: O Termo de Verificação Fiscal traz assertivas e evidências imprestáveis a demonstrar qualquer fraude.

- E-mails

Mencione-se novamente que os e-mails recortados e colados no termo de verificação fiscal, (i) não se referem aos anos de 2009 e 2010, (ii) boa parte sequer envolve o nome do Impugnante e (iii) o domínio envolvido é "@rstar", que se refere à Rock Star

Marketing Ltda., empresa da qual o Impugnante foi sócio no passado, isto é, jamais poderia vincular o Impugnante à pessoa jurídica autuada.

Quanto ao conteúdo, o primeiro e-mail trazido tem título "confirmação de agendamento", e nele não há referência ao nome do Impugnante, nem a qualquer ato referente à fraude imputada à pessoa jurídica. Este e-mail foi encaminhado, provavelmente, para uma agência de turismo.

O segundo e-mail, sob título "valor para depósito", menciona de passagem o nome do Impugnante em uma aquisição de duas motocicletas - uma Sundown Motard e uma Sundown Future. É notório que o valor dessas duas motocicletas, somados, não chegam a R\$ 20.000,00.

É impossível aferir dessa comunicação algum ato praticado com excesso de poderes ou contra a lei - frise-se, as pessoas do e-mail estão combinando a compra de duas motos!

O terceiro e-mail, sob título "doido", foi enviado pelo Impugnante para Sônia Branco e se refere a um depósito de R\$ 1.000,00, aparentemente sobre uma aquisição de um "capacete do He-man".

Por fim, o quarto e-mail constante do termo de verificação fiscal, sob título "conta do Bradesco Jesus", refere-se a uma palestra provavelmente ministrada por um professor da Faculdade Getúlio Vargas, em algum evento que tenha sido organizado pela Rock Star Marketing Ltda.

Nesse e-mail, é solicitado ao Sr. Adir e à Sra. Sibely o depósito do valor referente à palestra, todavia, tendo o Impugnante sido sócio da empresa em questão em anos anteriores, e mantendo uma boa relação com os sócios atuais da empresa -indicando clientes, muitas vezes - nada mais natural que o próprio cliente se refira também a ele na comunicação.

Mesmo assim, é impraticável entender que esse quarto e-mail demonstre que o Impugnante fosse gestor da empresa. Mas ainda que essa comunicação desse ensejo a alguma dúvida quanto à participação do Impugnante na gestão da empresa, falta a demonstração do dolo, do ato ilícito, com excesso de poderes, ou que demonstrasse a existência de interesse comum do Impugnante em relação aos atos ilícitos.

- Correspondências bancárias, DARF e Guias da Previdência Social

Quanto às correspondências bancárias recebidas em nome do Impugnante no mesmo endereço da Legend Engenheiros Associados Ltda., vale lembrar que ele foi sócio dessas empresas em períodos anteriores.

Além disso, esta constatação não traz consigo qualquer possibilidade de vincular o Impugnante à pessoa jurídica autuada, pois a Legend Engenheiros Associados Ltda. é outra empresa, com CNPJ e operações distintos.

Enfim, é de se indagar por mais essa vez como os endereços dessas correspondências vinculam o Impugnante à pessoa jurídica autuada, vez que não demonstram qualquer ato de gestão e muito menos ato com excesso de poderes ou contra a lei. Aliás, sequer se trata de conduta.

E qual seria o interesse comum emanado pelo endereço constante da correspondência bancária do Impugnante? Nenhum.

Quando muito, a correspondência em questão poderia servir como ponto de partida para outras verificações, tais como um vínculo empregatício, a prestação de serviços ou, quem sabe, até mesmo uma sociedade oculta. Mas tudo isso não poderia ser presumido.

A sequência de Darf e GPS aponta para existência de pagamentos de tributos da Rock Star Marketing Ltda. por uma empresa denominada Legend Eng Associados Ltda., e para pagamento de tributos do Impugnante por essa mesma empresa denominada Legend.

A uma, onde é que a empresa atuada entraria nessa estória e qual com o Impugnante demonstrado por esses DARFs e GPS?

A duas, a constatação de que a empresa Legend pagou tributos em favor do Impugnante e da Rock Star Marketing Ltda., quando muito, serviria para vincular o Impugnante à Legend, e não à empresa atuada.

Por fim, a verificação de que alguns tributos das pessoas referidas acima pela empresa Legend nada tem a ver com a fraude imputada à pessoa jurídica, e muito menos com a suposta gestão com excesso de poderes dela pelo Impugnante.

- Lista de documentos enviada ao contador

Segundo a Fiscalização, a lista de documentos enviada ao contador, Sr. Adalberto Palhinha, revelaria que o Impugnante seria o responsável pelo termo de verificação fiscal.

Não se fala sobre quem enviou a lista, mas apenas que ela foi "enviada ao contador". Simples assim. Como se isso não fizesse diferença.

Além disso, como exaustivamente referido, a documentação enviada ao contador, não se sabe por quem, tem aparentemente Darf, guias da Previdência e do INSS com vencimento em 2012, ou seja, completamente fora do período atuado.

Segundo a Fiscalização, "os documentos abaixo demonstram mais uma vez o relacionamento existente" entre diversas pessoas jurídicas e o Impugnante, todavia, esqueceu-se a Fiscalização de justificar seu raciocínio.

Aparentemente, as empresas e o Impugnante seriam relacionados simplesmente por supostamente terem o mesmo contador. Este ponto merece uma pausa, pois se essa assertiva é verdadeira, todas as empresas do país que contratam contabilidade externa deverão, antes de fazê-lo, proceder a uma auditoria para saber quais são os demais clientes do contador a ser contratado.

Caso contrário, todas essas empresas poderão ser colocadas no mesmo "cesto" de eventuais fraudadores, ou, mesmo, terão de responder a autos de infração com os quais não têm qualquer relação.

- Recortes da Revista Veja

A utilização, como "prova", de um recorte de revista é talvez a prova mais emblemática de um auto de infração sem conteúdo.

Como dito de início, se fosse mesmo verdade que existe uma fraude latente praticada pelo Impugnante, certamente não seria necessário colacionar nos autos um recorte de revista.

Não é possível que, mesmo se utilizando de provas emprestadas de um processo criminal (não concluído), resultante de uma operação com quebra de todos os sigilos possíveis e imagináveis de todos os suspeitos, a Fiscalização só conseguiu uma meia dúzia de recortes de correspondências bancárias, e-mails sobre assuntos triviais e algumas reportagens da Revista Veja.

Apenas por boa vontade, e não mais do que isso, o Impugnante analisa a seguir se (i) realmente as reportagens se referem ao que menciona a Fiscalização e (ii) se, por ela, demonstra-se qualquer relação do Impugnante com atos fraudulentos.

As datas das reportagens foram mencionadas pela própria Fiscalização no termo de verificação fiscal (2012 e 2013), o que leva o Impugnante a novamente mencionar que nada há em relação aos anos de 2009 e 2010.

Note-se, também, que o início do parágrafo dá a entender que a mídia em geral publicou reportagens sobre o tema, mas, na realidade, a única fonte da Fiscalização é revelada ao final - a Revista Veja.

No que se refere ao conteúdo das reportagens, afirma a Fiscalização que o Impugnante admite que as empresas são suas, todavia, nas referidas reportagens não há assertiva alguma nesse sentido. Diferente disso, em uma delas consta que o Impugnante "não quis dar entrevista".

Refuta-se, também, de toda a fonte utilizada como prova, pois a Revista Veja é o veículo de comunicação que já condenou à força o ex-presidente Luis Ignácio Lula da Silva, a Presidente Dilma Roussef, metade do Congresso Nacional, boa parte dos Governadores e Prefeitos do país, e todo e qualquer cidadão que tenha alguma tendência que não seja a extrema direita.

Não se condena que a Revista exponha seu ponto de vista com a parcialidade que lhe é peculiar, pois isso faz parte do "jogo democrático", mas há um grande salto entre ler e compartilhar dessas idéias e utilizar essa pregação ideológica como prova em um processo administrativo fiscal.

Ao final, deve-se realizar o juízo que vem sendo exercido desde o início da presente defesa, com o intuito de verificar se a "prova" colacionada serve para demonstrar (i) interesse comum, (ii) ato de gestão e (ii) conduta com excesso de poderes.

O Impugnante deixa ao intérprete que tire suas próprias conclusões quanto ao conteúdo das reportagens, mas não é possível aduzir do texto algo que forneça ao Impugnante a condição de gestor da pessoa jurídica autuada. Se nem isso é possível, que se pode dizer, então, da demonstração do ato com excesso de poderes e do interesse comum?

- Depósitos feitos pela empresa autuada ao Impugnante

Adiante-se que, mais uma vez, nenhum depósito feito em favor do Impugnante foi constatado para os anos-calendário de 2009 e 2010 e não trazem, por si, qualquer demonstração de que o Impugnante tem relação com a fraude imputada à pessoa jurídica.

Mais uma vez, essa "prova" trazida sem qualquer contexto ou explicação é incapaz de demonstrar ato de gestão do Impugnante ou interesse comum, e muito menos a prática de atos de gestão com o dolo específico capaz de gerar responsabilização pessoa ou solidária.

Nesta esteira, jamais se poderia falar em responsabilização do Impugnante por milhões de reais, em razão de depósitos que são ínfimos em relação à quantia exigida no auto de infração.

Quando muito, e apenas por hipótese, a responsabilização pessoal do Impugnante poderia se dar em relação ao valor de R\$ 62.579,90 do total exigido pelo auto de infração.

- Síntese sobre as "provas" constantes do Termo de Verificação Fiscal

Os recortes trazidos pela Fiscalização que tinham o intuito de vincular o Impugnante à pessoa jurídica autuada não cumprem o seu papel.

Da maior parte das "provas" não se extrai nem mesmo um vínculo entre o Impugnante e a pessoa jurídica autuada. E daquelas "evidências" que, de alguma forma, atrelam o Impugnante a uma ou outra pessoa jurídica, nenhuma delas é capaz de comprovar um ato de gestão sequer praticado pelo Impugnante.

Por consequência, se não há demonstração de condutas do Impugnante junto à pessoa jurídica autuada, impossível que se verifique o interesse comum na fraude e a conduta com excesso de poderes ou contrária à lei.

A maior parte das provas sequer se refere ao Impugnante, e naquelas situações em que se verifica algum contato entre o Impugnante e a pessoa jurídica, não há sequer indícios de algum ato de gestão para os períodos autuados.

Diante disso, e constatando-se com toda certeza que o auto de infração é falho no que tange à produção de provas, não merece prosperar a responsabilização pessoal e solidária do Impugnante no presente caso.

- Ausência de fundamentação da responsabilidade solidária e pessoal.

O fisco no TVF simplesmente diz qual documento trará a seguir e afirma que esse documento comprovaria que a impugnante seria gestora da pessoa jurídica autuada.

Não se trata de fundamentação, mas de mera afirmação sem supedâneo algum. A Fiscalização afirma que há e-mails, e que estes provam algo, mas esquece-se de explicar como e por quê.

No que tange à acusação de responsabilidade pessoal, a Fiscalização simplesmente repete a acusação feita contra a pessoa jurídica autuada, mas não explica qual

teria sido o ato de gestão com excesso de poderes ou contra a lei que teria sido praticado pelo Impugnante.

Sequer menciona o interesse comum no termo de verificação fiscal.

- Subsidiariamente, impossibilidade de cominação de multa agravada e qualificada.

A Fiscalização afirma que deveria ser aplicada no presente caso a multa qualificada (150%), uma vez que a pessoa jurídica autuada teria ocultado a maior parte das suas receitas.

Ocorre que tal argumentação não pode ser mantida, haja vista o disposto na Súmula 14 do CARF, a qual atesta que "a simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo".

Analisando a referida súmula também é possível verificar que a multa qualificada somente é cabível quando a fiscalização demonstrar adequadamente o seu elemento subjetivo, qual seja, o *dolo específico*.

Como já referido, a Fiscalização alegou apenas que "há evidência nos autos deste processo de que a autuada ocultou a maior parte das suas receitas". Ora, como se vê, o Fisco afirma que a empresa autuada teria agido com o intuito de ocultar suas receitas, mas em momento algum aduz que tal conduta foi tomada pelo Impugnante.

O presente auto de infração também comina multa agravada, com fulcro no artigo 44, § 2º, da Lei nº 9.430/96, por suposta falta de prestação de esclarecimentos à Fiscalização.

Segundo o Fisco, a referida multa seria devida uma vez que a empresa autuada não teria apresentado informações solicitadas durante o trâmite da fiscalização.

Ocorre que tal imputação de falta de prestação de informações não pode transcender a pessoa jurídica autuada. Isso porque as intimações supostamente não respondidas foram encaminhadas somente à pessoa jurídica autuada.

Na realidade, nem que as intimações houvessem sido encaminhadas ao Impugnante, ele poderia ser sujeito à multa em tela.

Não há dúvidas que somente a empresa autuada seria capaz de responder as intimações em questão, uma vez que objetivavam a apresentação de documentos que somente ela poderia possuir, tais como Livro Diário, Livro Caixa etc.

Não bastasse isso, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já reconheceu que em casos como o presente, em que ocorre a presunção de omissão de receitas com base no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, não é cabível o agravamento da multa em razão de ausência de prejuízo ao fisco, uma vez que a presunção legal corre em seu favor.

- Requer o reconhecimento da decadência parcial dos créditos tributários constituídos por meio do auto de infração ora impugnado e, caso assim não se entenda, no mérito, a exclusão do Impugnante do rol dos responsáveis solidários pelo débito em testilha.

- Protesta-se pela juntada de novos documentos, em especial aqueles comprobatórios das razões pelas quais não seria cabível a exigência em questão, além da produção de quaisquer provas adicionais que se façam necessárias ao bom deslinde do feito.

- Por fim, requer que as intimações relativas ao presente processo Administrativo sejam endereçadas ao Impugnante na Rua Armando Petrella, 431, torre 8, unidade 9, Jardim Panorama, São Paulo/SP.

Mauro José Abbud ingressou com a impugnação de fls. 1330 a 1339, na qual alega:

- Decadência do crédito tributário relativamente ao ano-calendário de 2008, seja em função do disposto no artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN) ou até mesmo do artigo 173, Inciso I, também do CTN.

- Da impossibilidade de responsabilização solidária

Como exposto no termo de verificação fiscal, o Impugnante foi considerado responsável solidário pelos débitos lançados contra a pessoa jurídica autuada, com arrimo nos artigos 124, inciso I, e 135, inciso III, ambos do CTN.

Evidente que a Fiscalização teria que demonstrar a existência de atos de gestão com interesse comum e com excesso de poderes ou contra a lei para que pudesse responsabilizar pessoal e solidariamente o Impugnante pelos débitos lançados contra a pessoa jurídica autuada.

O Fisco limita-se a afirmar que o Impugnante foi sócio da empresa autuada desde de 26/02/2010, mas em momento algum prova (nem mesmo alega) a ingerência do Impugnante sobre a empresa autuada, muito menos sua participação em conjeturado esquema fraudulento.

- Subsidiariamente, impossibilidade de cominação de multa agravada e qualificada

A Fiscalização afirma que deveria ser aplicada no presente caso a multa qualificada (150%), uma vez que a pessoa jurídica autuada teria ocultado a maior parte das suas receitas.

Ocorre que tal argumentação não pode ser mantida, haja vista o disposto na Súmula 14 do CARF, a qual atesta que "a simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo".

Analisando a referida súmula também é possível verificar que a multa qualificada somente é cabível quando a fiscalização demonstrar adequadamente o seu elemento subjetivo, qual seja, o *dolo específico*.

Como já referido, a Fiscalização alegou apenas que "há evidência nos autos deste processo de que a autuada ocultou a maior parte das suas receitas". Ora, como se vê, o Fisco afirma que a empresa autuada teria agido com o intuito de ocultar suas receitas, mas em momento algum aduz que tal conduta foi tomada pelo Impugnante.

O presente auto de infração também comina multa agravada, com fulcro no artigo 44, § 2º, da Lei nº 9.430/96, por suposta falta de prestação de esclarecimentos à Fiscalização.

Segundo o Fisco, a referida multa seria devida uma vez que a empresa autuada não teria apresentado informações solicitadas durante o trâmite da fiscalização.

Ocorre que tal imputação de falta de prestação de informações não pode transcender a pessoa jurídica autuada. Isso porque as intimações supostamente não respondidas foram encaminhadas somente à pessoa jurídica autuada.

Na realidade, nem que as intimações houvessem sido encaminhadas ao Impugnante, ele poderia ser sujeito à multa em tela.

Não há dúvidas que somente a empresa autuada seria capaz de responder as intimações em questão, uma vez que objetivavam a apresentação de documentos que somente ela poderia possuir, tais como Livro Diário, Livro Caixa etc.

Não bastasse isso, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já reconheceu que em casos como o presente, em que ocorre a presunção de omissão de receitas com base no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, não é cabível o agravamento da multa em razão de ausência de prejuízo ao fisco, uma vez que a presunção legal corre em seu favor.

- Requer o reconhecimento da decadência parcial dos créditos tributários constituídos por meio do auto de infração ora impugnado e, no mérito, a exclusão do Impugnante do rol dos responsáveis solidários pelo débito em testilha.

- Protesta pela juntada de novos documentos, em especial aqueles comprobatórios das razões pelas quais não seria cabível a exigência em questão, além da produção de quaisquer provas adicionais que se façam necessárias ao bom deslinde do feito.

- Por fim, o Impugnante protesta, com fulcro no artigo 5ª, parágrafo 1º, da Lei nº 8.906/1994, pela posterior juntada de procuração conferindo poderes aos presentes patronos.

Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda. ingressou com a impugnação de fls. 1342 a 1358, alegando:

- Os fatos indicados no relatório fiscal para indevida inclusão da Impugnante não conferem com a realidade, pois os condutores da Impugnante são independentes, não há identidade ou comunhão de serviços contábeis; o endereço da Impugnante é diverso da empresa responsável tributada autuada, a sede da Impugnante é na Rua Joaquim Nabuco, 1898, sala 14, São Paulo e a receita obtida é oriunda de um patrimônio familiar constituído há quase trinta anos, ou seja, inexistiu desde sua constituição qualquer relação comercial ou financeira entre as empresas.

Portanto, a arbitrária e equivocada inclusão da Impugnante como responsável tributária, de forma vertical e indireta, baseada por suposta presunção de que o pai das sócias da Impugnante, Sr. Adir Assad, houvera exercido cargo de gerência em uma das empresas fiscalizadas, e por este fato constituído a sociedade Impugnante para blindar seu patrimônio é um erro, posto que seu pai não foi e não é sócio da empresa autuada, bem como a constituição da empresa Santa Sônia se deu em 20/04/1988 há mais de 26 anos (Doc. 01), e seus bens constituídos antes mesmo da ação fiscal, o que foi confessado pelo próprio relatório fiscal.

- Da equivocada e insubsistente inclusão da Impugnante no pólo passivo do auto de infração.

Não há como aduzir responsabilidade em razão do simples fato de que o pai das sócias supostamente teria vínculo com a empresa autuada, pois a Impugnante foi constituída há 30 anos como iria blindar um patrimônio futuro de fatos futuros, só se o casal fosse vidente!

O fato isolado de que uma outra pessoa jurídica, a Rock Star Produções, tenha pago uma conta de telefone no valor de R\$ 309,39, jamais poderia justificar a sujeição passivo do auto, posto que é uma relação econômica que em nada se vincula ao uma relação jurídica que possa configurar responsabilização pelo pagamento de tributos para os quais de forma alguma tenha concorrido.

A sociedade Impugnante não participou fática ou juridicamente do fato gerador constante do auto, requisito básico e essencial para caracterizar sua responsabilização tributária.

Com efeito, a Impugnante não prestou qualquer serviço, venda mercantil, ou beneficiou-se de qualquer espécie das operações narradas pelo auto de infração, o que torna incompatível *com sua inclusão no auto combatido*.

Não bastasse isto a Impugnante não se beneficiou de qualquer bem, direito ou ativo em seu patrimônio, posto ter sido este constituído anteriormente com origem completamente distinta e dissociada das atividades da contribuinte autuada.

- Da inexistência de relação jurídica tributária da Impugnante com o fato gerador objeto da ação fiscal.

A empresa Santa Sônia, ora impugnante, constituída há quase 30 ANOS, teve sua existência e constituição oriunda de patrimônio anterior constituído, sendo totalmente independente de relação comercial com a empresa fiscalizada.

Não há razão, que justifique a responsabilidade tributária no auto de infração combatido à sociedade impugnante, o fato isolado de o pai das sócias da Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda ter sido funcionário ou exercido suposta gerência sobre uma das empresas fiscalizadas não apresenta base legal para extensão vertical indireta da sujeição passiva do auto ora impugnado.

Portanto inexistente qualquer vínculo ou relação capaz de subsumir a sujeição passiva indevidamente imposta, haja vista que a lavratura do auto se dá sobre débitos constituídos por fatos geradores totalmente dissociados das atividades e patrimônio das empresas fiscalizadas.

● Da insubsistência e ausência de razoabilidade na inclusão da Impugnante na condição de sujeito passivo.

A indevida inclusão no pólo passivo do débito resultou na constrição de bens da sociedade, bens estes adquiridos pelos frutos dos sócios e da sociedade impugnante, isto anterior a própria constituição o que demonstra a desproporcionalidade e arbitrariedade da ação fiscal.

De certo, todos os bens adquiridos pela empresa, constituída há quase 30 (trinta) anos, são frutos do trabalho lícito e de direitos do casal, de herança; e não de negócios das empresas referidas nos autos de infração que deram causa ao presente processo administrativo.

O equivocado argumento de que haveria usufruto na doação das cotas pelos pais é inexistente, uma vez que o próprio Instrumento Contratual anexo (Doc. 03) comprova a inexistência da condição de usufruto narrado no Termo Fiscal.

Pode-se extrair do próprio Termo de Vistoria Fiscal: "*Em 20/04/2010 foi alterado o objeto social da sociedade para "incorporação de empreendimentos imobiliários e construções de edifícios". Em 01.08.2012 aconteceu a ultima alteração cadastral retirando-se da sociedade o Sr. ADIR ASSAD e sua esposa SÔNIA REGINA ASSAD e sendo admitidas como sócias administradoras as filhas do casal Nicole Ferreira Assad - CPF 408.981.968-76 e Natalie Ferreira Assad - CPF 371.171.478-14. Importante frisar, que a grande maioria dos bens do casal Adir Assad e Sônia Regina Assad encontra-*

*se registrado nesta empresa, e todos eles, a exceção de um automóvel BMW, foram adquiridos antes desta última alteração cadastral.*

Os fatos narrados no relatório fiscal não guardam relação com a empresa Impugnante cujo objeto é patrimonial e sua atividade voltada única e exclusivamente para a administração de seus próprios bens.

A Impugnante não tem relações outras senão estas, não presta serviços, nem tampouco contrata, comercializa ou faz empreitadas, atividade esta apenas adstrita a sociedade autuada.

A inclusão indevida da empresa Santa Sônia, ora Impugnante, fere o princípio da legalidade, a autoridade fiscal na consecução do auto de infração extrapolou as limitações ao poder de tributar do fisco, além de tal sujeição ferir o texto constitucional disposto no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, assim como o disposto do artigo 121 do Código Tributário Nacional, haja vista que a Impugnante não tem e nunca teve qualquer relação pessoal e direta com os fatos e negócios da empresa autuada, portanto, não tem condição necessária para sujeição do ônus do tributo.

Ressalta-se que, a extensão da solidariedade em face da empresa Impugnante é medida demasiada arbitrária, ilegal e indevida, pois, realizada face uma presunção descabida, posto que a Impugnante trata-se de pessoa jurídica autônoma, com atividade patrimonial independente, cuja origem que não guarda qualquer relação jurídica direta ou indireta com as demais empresas fiscalizadas ou seus administradores, nem tampouco qualquer responsabilidade por atos praticados por terceiros a caracterizar solidariedade ou subsidiariedade no cumprimento de obrigações.

● Ilegitimidade passiva da Impugnante ao presente processo administrativo - inoocorrência de hipótese de responsabilidade solidária.

Não se aplica à Impugnante a imputação indireta da condição da responsabilidade solidária, posto que nunca houve o compartilhamento ou benefício de qualquer espécie da empresa objeto da fiscalização com a existência ou não dos bens imóveis pertencentes à empresa Impugnante.

Os bens imóveis de propriedade da Impugnante foram adquiridos e pagos antes da ocorrência do fato gerador, e antes da ação fiscal, além de inexistir vínculo entre as empresas e a Impugnante, não podendo se falar em "interesse comum".

Portanto, a simples presunção de que o ex-sócio da Impugnante teria suposto interesse nas operações realizadas pela empresa que sofreu fiscalização são insuficientes para sua validade, quais sejam; a prática direta ou em conjunto com o sujeito passivo e o mesmo intuito a realização do fato gerador, o que incorreu.

Para que se configure o interesse comum é necessária de presença de condições que não se encontram presentes no caso em tela. A primeira delas seria a participação da Impugnante no mesmo grupo econômico das demais empresas com relações jurídicas comuns, interesse jurídico comum, benefícios de qualquer ordem e coligados de forma habitual entre si. A outra seria a prática de conluio ou fraude, ambas munidas de dolo, o que também não se evidencia por inexistir qualquer nexó patrimonial ou negocial entre as empresas.

O relatório fiscal traz como fundamento para caracterização da sujeição passiva o pagamento de uma conta telefônica, ou fatos e matérias jornalísticas falaciosas que nada se relacionam com o real histórico da Impugnante.

A comprovação do vínculo ou da solidariedade, sobretudo em sede de direito tributário não se presume, mas depende efetiva comprovação da coordenação dos entes empresariais, o que não ocorreu no caso em tela.

● Inexistência de relação jurídica entre a Impugnante e a contribuinte autuada.

● Questão de Ordem Pública - Ilegalidade das provas colhidas - inexistência de intimação no processo administrativo.

A ação fiscal se baseou em documentos e informações colhidas por meios ilegítimos, da qual não teve ciência a Impugnante, bem como todo o processo administrativo afrontou os princípios constitucionais consignados no disposto artigo 5º. Inciso LV da CF.

● Da ocorrência da decadência referente ao fato gerador do ano base 2008, nos termos do parágrafo 4º inciso 150 do Código Tributário Nacional.

● Em razão de todo exposto, requer seja provida a presente Impugnação, expondo para tanto, os seguintes pedidos:

- "a" seja excluída a Impugnante na qualidade de responsável solidária da obrigação tributária;

- "b" seja reconhecida a nulidade do processo administrativo em razão da inocorrência de intimação da Impugnante para exercício de pleno direito de defesa e afronta aos princípios constitucionais, determinando-se o retorno dos autos à autoridade fiscal a fim de que reabra o prazo para o contraditório;

- "c" seja reconhecida a decadência parcial do crédito tributário referente ao fato gerador ano base 2008, nos termos do parágrafo 4º inciso 150 do Código Tributário Nacional.

Analisando a impugnação apresentada, a decisão recorrida julgou-a parcialmente procedente, acolhendo parcialmente a preliminar de decadência do lançamento relativa aos fatos geradores de PIS e de Cofins referentes ao mês de novembro de 2008, bem como reduzindo a multa de ofício de 225% para 150% por entender não caracterizado embaraço à fiscalização necessário ao agravamento da penalidade em 50%. Houve interposição de recurso de ofício.

Contribuinte e coobrigados foram cientificados da decisão de primeira instância e apresentaram recursos voluntários, conforme discriminado a seguir:

Contribuinte / Coobrigado	Data Ciência	Data de Interposição de Recurso Voluntário	Fls. do Recurso Voluntário
JSM ENGENHARIA E TERRAPLENAGEM LTDA	14/06/2016 (fl. 1525)	22/06/2016 (fl. 1535)	1536-1538
FOURS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA	03/06/2016 (fl. 1530)	24/06/2016 (fl. 1637)	1638-1675
MARCELO JOSÉ ABBUD	03/06/2016 (fl. 1529)	29/06/2016 (fl. 1687)	1687-1697
ADIR ASSAD	27/06/2016 (fl. 1532)	08/07/2016 (fl. 1710)	1710-1732
MAURO JOSÉ ABBUD	03/06/2016 (fl. 1528)	29/06/2016 (fl. 1698)	1698-1707
SÔNIA MARIZA BRANCO	03/06/2016 (fl. 1527)	22/06/2016 (fl. 1594)	1594-1635
SANDRA MARIA BRANCO MALAGO	03/06/2016 (fl. 1526)	22/06/2016 (fl. 1594)	1594-1635
SANTA SONIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA - ME	27/06/2016 (fl. 1533)	07/07/2016 (fl. 1535)	1739-1752

Em resumo, reafirmaram os termos de suas impugnações.

Após o processo ser incluído em pauta de julgamentos a recorrente anexou aos autos cópias de inúmeros documentos, em especial a respeito de delações premiadas homologadas envolvendo os responsáveis pela pessoa jurídica atuada, em que, em resumo, assume-se que somente um percentual da movimentação financeira em questão teria ficado a disposição dos delatores, sendo o restante repassado a diversos outros beneficiários do esquema narrado em suas delações.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Relator.

### 1 ADMISSIBILIDADE

O recurso de ofício deve ser conhecido, uma vez que exonerada parcela de crédito tributário superior a R\$ 2.500.000,00.

De igual forma, devem ser conhecidos também os recursos voluntários, posto que tempestivos e dotados dos demais pressupostos legais de admissibilidade.

### 2 RECURSO DE OFÍCIO

A turma de julgamento *a quo* recorreu de ofício a este Colegiado em razão da exoneração de crédito tributário superior a R\$ 2.500.000,00.

O provimento parcial à impugnação se deu pelo reconhecimento da decadência de PIS e de Cofins relativamente ao período de apuração de novembro de 2008, posto que o lançamento foi cientificado ao contribuinte após o lapso temporal previsto no art. 173, I, do CTN, bem como em pela redução da multa de ofício do percentual de 225% para 150%, haja vista o entendimento da turma julgadora de que não houve embaraço à fiscalização.

Mostra-se correta a decisão recorrida.

No que diz respeito à decadência, conforme bem analisado pelo ilustre relator *a quo*, ainda que o prazo decadencial seja contado com base no art. 173, I, do CTN, conforme já pacificado pelo STJ no julgamento do REsp 973.733 para os casos em que haja dolo, fraude ou simulação, ou ainda ausência de pagamento antecipado, em relação ao PIS e a Cofins relativos ao mês de novembro de 2008, o crédito somente foi constituído após transcorrido o prazo de cinco anos, ainda que o prazo de decadência seja apurado a partir do primeiro dia do ano seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado (o lançamento poderia ter sido realizado ainda em 2008, e o início da contagem do prazo se deu em 1º de janeiro de 2009, extinguindo-se em 31 de dezembro de 2013, tendo o lançamento sido cientificado ao contribuinte somente no segundo semestre de 2014).

Convém ressaltar que tal precedente do STJ foi julgado na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil/1973, implicando, portanto, a adoção cogente de tal entendimento por este Colegiado, conforme determina o art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF.

No que atine ao agravamento da penalidade em 50%, nos termos do § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, correta a conclusão da decisão recorrida de que a previsão para o agravamento é a falta de prestação de esclarecimentos, o que não ocorreu no caso concreto, onde o contribuinte prestou os esclarecimentos, informando não possuir os livros contábeis e fiscais solicitados.

Especificamente em relação ao agravamento da penalidade na hipótese em que houve ausência de apresentação de livros e documentos, e tal omissão implicou o arbitramento de lucros, a impossibilidade de agravamento da penalidade é pacífica, a ponto de ser alvo de enunciado de Súmula<sup>1</sup>, nos termos a seguir reproduzidos:

*Súmula CARF nº 96: A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros.*

Desse modo, voto por negar provimento ao recurso de ofício.

### 3 RECURSO VOLUNTÁRIO

#### 3.1 PRELIMINARES

##### 3.1.1 SIGILO BANCÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. NULIDADE.

Em seu recurso voluntário, aduz a recorrente que o lançamento seria nulo em razão da quebra de seu sigilo bancário sem autorização judicial, procedimento que entende ser inconstitucional.

Entre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XII, assegura que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” Entre os dados cuja a inviolabilidade está assegurada, nos dizeres da recorrente, encontra-se o sigilo bancário, somente sendo admitido seu acesso, com ordem judicial, para fins criminais.

Da leitura da norma constitucional acima transcrita depreende-se que o legislador constituinte estabeleceu limites ao legislador ordinário, isto é, somente permitiu a edição de lei regulando o acesso ao sigilo bancário mediante duas condições: a) para fins de investigação criminal; b) mediante ordem judicial.

Da leitura da norma constitucional acima transcrita depreende-se que o legislador constituinte estabeleceu limites ao legislador ordinário, isto é, somente permitiu a edição de lei regulando o acesso ao sigilo bancário mediante duas condições: a) para fins de investigação criminal; b) mediante ordem judicial.

O ponto principal do recurso em que se baseia o recurso é se o legislador ordinário poderia ter editado a Lei Complementar nº 105, de 2001 e a Lei nº 10.147, de 2001, outorgando poderes à Administração para requisitar a movimentação financeira dos contribuintes. Mais, além desta indagação há que se verificar se o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão da Administração que é, tem competência para conhecer e julgar questões afetas à constitucionalidade das leis.

Inicialmente, observo que sancionada determinada lei ela entra no sistema jurídico e presume-se constitucional até que seja declarada sua inconstitucionalidade,

---

<sup>1</sup> A observância do entendimento firmado em súmulas do CARF é obrigatória aos membros do CARF, nos termos do art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF.

retirando-a do sistema ou impedindo sua aplicação em relação ao caso concreto, isto é “inter partes”. Por outro lado, o Judiciário pode deixar de aplicar lei que a considere inconstitucional, contudo, o mesmo não se aplica em relação à Administração. A razão desta lógica é que o Estado-Administração não pode avocar para si a prerrogativa de julgar a constitucionalidade ou não de lei. Tal prerrogativa, por força das previsões contidas nos artigos 97, 102, I, compete ao Poder Judiciário.

À luz do artigo 103, I, da Constituição Federal, o chefe do Poder Executivo, no caso o Presidente da República, tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade sustentando que determinada lei viola da Constituição. Contudo, nem o Presidência da República e tampouco os demais órgãos da Administração podem deixar de cumprir lei sob o pretexto de que esta viola norma Constitucional. Neste sentido, à luz do artigo 26-A, § 6º, I, do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, a seguir transcrito, os Conselheiros do Carf somente podem deixar de aplicar lei sob o fundamento de inconstitucionalidade após o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, em controle concentrado ou difuso, por decisão definitiva, ter reconhecido a inconstitucionalidade da norma.

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

....

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

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

Sobre a matéria este Conselho já pacificou seu entendimento por meio da Súmula nº 2, cujo teor é o seguinte:

*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

De todo modo, analisando o tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 601314, e nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs 2390, 2386, 2397 e 2859 garantiu ao Fisco o acesso a dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial, nos termos da Lei Complementar nº 105 e do Decreto nº 3.724, de 2001.

Quanto ao procedimento para acesso às informações bancárias diretamente pela Receita Federal, convém tecer alguns comentários adicionais.

A respeito da suposta quebra de sigilo bancário, convém reforçar que o parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, estabelece que as informações e documentos obtidos pela RFB junto às instituições financeiras serão conservados em sigilo.

No mesmo sentido, o mesmo diploma legal estabelece em seu art. 1º, § 3º, VI, que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos seus arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 10.

Para preservar a inviolabilidade do direito constitucional que as pessoas têm à intimidade e à privacidade, preceitua o § 5º do art. 5º da precitada LC que: "As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor". Relativamente ao sigilo fiscal, vigora o art. 198 do Código Tributário Nacional, lei materialmente complementar, que, no seu caput, de acordo com a nova redação atribuída pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, assim dispõe: "Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades". Portanto, as informações bancárias sigilosas são transferidas à administração tributária da União sem perderem a proteção do sigilo.

Desse modo, voto por não conhecer do recurso no que atine às arguições de inconstitucionalidade.

Passo a tratar das nulidades suscitadas nos recursos voluntários.

Os pressupostos legais para a validade do auto de infração são determinados pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, que trata do Processo Administrativo Fiscal, a seguir transcrito:

*Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:*

*I - a qualificação do autuado;*

*II - o local, a data e a hora da lavratura;*

*III - a descrição do fato;*

*IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;*

*V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;*

*VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.*

A respeito da nulidade, o mesmo diploma legal assim dispõe:

*Art. 59. São nulos:*

*I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*

*II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.*

*§ 1.º. A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.*

*§ 2.º. Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.*

§ 3.º. *Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Acrescido pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)*

*Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (grifo nosso)*

*Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.*

Compulsando o processo, constata-se que os autos de infração lavrados preenchem os requisitos elencados pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972.

A despeito do já exposto, no caso concreto não há qualquer dúvida quanto à ausência de prejuízo dos recorrentes.

Compulsando os autos constata-se que nenhuma das hipóteses legais de nulidade ocorreu. Saliente-se que não há que se falar em preterição do direito de defesa, uma vez o contribuinte, as sócias e todos os coobrigados foram intimados, desde o início do procedimento fiscal, a comprovar a origem dos créditos bancários efetuados nas contas correntes da pessoa jurídica autuada.

De igual forma, contribuinte e coobrigados foram cientificados da atuação e da sujeição passiva solidária que lhes foi imputada, sendo-lhes aberto prazo para apresenta impugnação. Apresentadas suas defesas, todas foram apreciadas pela DRJ e, cientificados individualmente dessa decisão, apresentaram recurso voluntários ora em análise.

Foi-lhes concedido o prazo legal para impugnação, direito que foi exercido plenamente pela contribuinte e pelos responsáveis solidários, com apresentação de defesa, ora em análise.

Tanto nas impugnações apresentadas, quanto nos recursos voluntários, alegou-se que, se a pessoa jurídica autuada é "empresa de fachada" que teria sido utilizada por terceiros para a movimentação de recursos financeiros, os valores dos depósitos bancários não pertenceriam à pessoa jurídica, mas sim aos interponentes. Ante a esses fatos, argumentou-se que deveria ser aplicado o disposto no § 5º do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, uma vez que os interponentes da pessoa jurídica deveriam ser considerados contribuintes, e não responsáveis tributários.

Entendo que esse argumento não se sustenta. A esse respeito, assim concluiu a decisão recorrida:

*Tal argumento não procede. Em momento algum se afirmou que os depósitos bancários não pertenciam à contribuinte, a qual estava constituída perante os órgãos de registro e Receita Federal, teve uma vultosa movimentação financeira incompatível com os valores declarados à Receita Federal e, sendo intimada a comprovar a origem de tal movimentação, não logrou fazê-lo.*

*Cabe enfatizar que o citado art. 42, “caput”, da Lei nº 9.430/1996, consigna que se caracterizam também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.*

*No presente caso, a JSM Engenharia e Terraplenagem Ltda., figura como efetiva titular da conta bancária investigada no procedimento fiscal, cabendo a ela o ônus de comprovar que os recursos não lhe pertenciam, situação que não se caracterizou nos autos.*

*Quanto à aplicação do § 5º, do art. 42, da Lei nº 9.430/1996, deve-se ressaltar que ele dispõe que quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.*

*No caso dos autos, a fiscalização não menciona que os valores não pertencem à contribuinte, nem esta agrega prova de que os recursos efetivamente pertencem a terceiras pessoas.*

*Repita-se, ainda, que Adir Assad, Sonia Mariza Branco, Mauro José Abbud, Sandra Maria Branco Málago e Marcello José Abbud, responsáveis tributários arrolados, foram intimados (fls. 877, 888, 867, 857, 847) a se manifestarem acerca dos créditos bancários apurados, sem que nenhum deles tenha se pronunciado a respeito.*

*Portanto, não há erro na identificação do sujeito passivo e não há que se falar em erro na determinação da base de cálculo, da alíquota ou que houve vício na motivação. Consta claramente nos autos a indicação dos dispositivos legais aplicados no lançamento e os motivos de fato que ensejaram a lavratura dos autos de infração, ou seja, a apuração, em investigação realizada pela Polícia Federal, da existência de empresas controladas por Adir Assad, entre elas a JSM Engenharia e Terraplenagem Ltda., as quais omitiram receitas provenientes de depósitos bancários de origem não comprovada.*

O que se observa, na realidade, é que, longe de haver erro na identificação do sujeito passivo, há, sim, uma constatação clara de que a pessoa jurídica autuada foi utilizada como instrumento de fraude, não havendo que se falar em sua desconsideração para fins de aplicação do que dispõe o art. 42 da lei nº 9.430, de 1996.

Argui ainda a pessoa jurídica recorrente que haveria ofensa ao art. 4º do Decreto nº 3.724, de 2001, pois os extratos bancários em que se basearam o lançamento teriam sido obtidos sem a intimação prévia a que alude o dispositivo regulamentar em questão.

Não assiste razão à recorrente. Basta observar-se o Termo de Início do Procedimento Fiscal que se constata que já no primeiro termo lavrado solicitou-se à recorrente a apresentação de seus extratos.

Desse modo, voto por rejeitar as preliminares suscitadas.

A respeito da arguição de decadência, deixarei para apreciá-la após análise da exigência da multa qualificada.

### 3.2 INCORRETA APLICAÇÃO DA PRESUNÇÃO – NECESSIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DAS TRANSFERÊNCIAS ENTRE CONTAS DO MESMO TITULAR

A pessoa jurídica autuada, em seu recurso voluntário, aduz que a autoridade fiscal deveria ter excluído da tributação as transferências feitas entre as contas bancárias das empresas integrantes do grupo Rock Star.

A autuada é acusada de omissão de receita, caracterizada pela falta de comprovação da origem dos depósitos/créditos efetuados em suas contas bancária, tendo por base legal o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, que assim dispõe:

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

Tal dispositivo legal estabeleceu uma presunção de omissão de receitas, autorizando a exigência de imposto de renda e de contribuições correspondentes, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

A inversão legal do ônus da prova é perfeitamente aceita por nosso ordenamento jurídico, estando regulada também no artigo 374, inciso IV, do Código de Processo Civil – CPC/2015 – equivalente ao art. 334, inciso IV, do CPC/1973), aplicado subsidiariamente ao Decreto nº 70.235/1972 no Processo Administrativo Fiscal:

*Art. 374. Não dependem de prova os fatos:*

*(...)*

*IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.*

A Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN), recepcionada pela nova Constituição, consoante artigo 34, § 5º, do Ato das Disposições Transitórias, define, em seus artigos 43, 44 e 45, o fato gerador, a base de cálculo e os contribuintes do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. De acordo com o artigo 44, a tributação do imposto de renda não se dá só sobre rendimentos reais, mas, também, sobre rendimentos arbitrados ou presumidos por sinais indicativos de sua existência e montantes. Esses artigos assim dispõem:

*Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:*

*I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;*

*II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.*

*Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.*

*Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.*

*Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.*

A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos utilizados para efetuar os depósitos bancários. Trata-se, afinal, de presunção relativa, passível de prova em contrário.

É função do Fisco, entre outras, comprovar o crédito dos valores em contas de depósito ou de investimento e intimar o titular da conta bancária a apresentar os documentos, informações e esclarecimentos, com vistas à verificação da ocorrência de omissão de receitas de que trata o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Contudo, a comprovação da origem dos recursos utilizados nessas operações é obrigação do contribuinte.

Não comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o poder e o dever de considerar os valores depositados em conta bancária como receita, efetuando o lançamento do imposto e contribuições correspondentes. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente seguir a legislação.

Dessa forma, detectadas irregularidades que conduzem à presunção de omissão de receita, por imposição legal e por ser a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional, cabe à fiscalização efetuar o lançamento de acordo com a legislação aplicável ao caso.

A autuada, e também todos os coobrigados, foram intimados a comprovar, com documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados/creditados nas suas contas corrente não o fazendo nem durante o procedimento fiscal, tampouco nas impugnações e recursos voluntários apresentados.

É importante ressaltar que a autoridade fiscal autuante intimou a empresa a esclarecer e comprovar a origem dos recursos depositados em suas contas correntes e a contribuinte não logrou fazê-lo. Ficou bastante claro no processo que não restou comprovada a origem de todos os depósitos durante a ação fiscal. Portanto, a materialidade do fato gerador ficou evidenciada.

Para que a comprovação da origem dos valores creditados em contas bancárias seja aceita, há de se comprovar que tais valores já foram oferecidos à tributação ou se referem a valores não tributáveis.

Nesse contexto, perfeita a conclusão da decisão de primeira instância ao concluir que, “*se existem depósitos não tributáveis provenientes de contas bancárias de outras empresas (ainda que do mesmo grupo), é ônus da contribuinte a comprovação de tal ocorrência, o que não foi feito até o momento*”.

Assim sendo, mostra-se improcedente o argumento de defesa a respeito de suposta impossibilidade de utilização dos valores dos depósitos como base de cálculo dos tributos lançados, assim como a arguição de nulidade do lançamento, devendo ser mantida a exigência.

### 3.3 NECESSIDADE DE EXCLUIR OS VALORES TRIBUTADOS DA BASE DE CÁLCULO DO AUTO DE INFRAÇÃO.

A contribuinte questiona o fato de a fiscalização não ter excluído os valores declarados da base de cálculo do lançamento, sob argumentando que como não foram apresentados os livros contábeis e fiscais, teria se tornado impossível realizar o cotejo entre as receitas omitidas e as declaradas.

Aduz que ao se realizar o lançamento com base no lucro arbitrado, a autoridade tributária teria assumido que aquelas receitas lançadas de ofício equivaleriam ao total das receitas auferidas pela autuada. Nesse contexto, requer que os valores declarados e tributados espontaneamente pela autuada sejam excluídos da base de cálculo do lançamento.

Mais uma vez, não assiste razão à contribuinte. Uma vez arbitrado o lucro, toda a receita auferida deve ser tributada com base nesse regime, não havendo que se falar em tributação somente das receitas omitidas. Para se excluir as receitas declaradas da omissão de receitas apontadas, deveria a contribuinte demonstrar quais depósitos referir-se-iam às receitas já declaradas, o que não foi realizado até esse momento, conforme já discutido no tópico anterior deste voto.

Problema haveria se a autoridade fiscal não tivesse excluído do lançamento os valores de tributos já declarados/pagos pela contribuinte, o que, efetivamente, não ocorreu, pois, após computar as receitas omitidas às já declaradas, apurou-se o montante global de tributo devido pelo contribuinte, excluindo-se os valores já confessados em DCTF. Com esse procedimento determinou-se efetivamente os tributos devidos pela contribuinte, incidindo sobre esse montante a penalidade aplicada e os juros moratórios correspondentes.

Correto, portanto, o procedimento adotado pela autoridade fiscal.

### 3.4 MULTA DE OFÍCIO DE 150%

Para melhor entendimento, transcreve-se, a seguir, a redação do art. 44 da Lei nº 9.430 de 1996, com a redação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores:

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

*I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de*

*declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;*

*II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.*

[...]

É importante ressaltar que qualquer questionamento a respeito da constitucionalidade de tais normas é tema que foge da competência desta Corte Administrativa, nos termos da Súmula CARF nº 2<sup>2</sup>.

Conforme se observa, nos termos do § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, só é admitida a aplicação da multa no percentual de 150%, nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, que assim dispõem:

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

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

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

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

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

Desse modo, a multa de 150% de que trata o inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, em sua redação original, terá aplicação sempre que em procedimento fiscal constatar-se a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio.

Vê-se que, para enquadrar determinado ilícito fiscal nos dispositivos dessa lei, há necessidade que esteja caracterizado o dolo. O dolo, que se relaciona com a consciência e a vontade de agir, é elemento de todos os tipos penais de que trata a Lei nº 4.502, de 1964, ou seja, a vontade de praticar a conduta, para a subsequente obtenção do resultado. Deve ficar demonstrada que a conduta praticada teve o intuito consciente voltado a suprimir ou reduzir o pagamento do tributo ou contribuições devidos.

No caso concreto, em primeiro lugar, há de lembrar que a exigência baseou-se em presunção legal.

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

A esse respeito foram editadas as Súmulas CARF nº 14 e 25, assim vazadas:

*Súmula CARF nº 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.*

*Súmula CARF nº 25: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.*

Analisando os argumentos da autoridade fiscal que lavrou a exigência, bem como da decisão recorrida, entendo que a penalidade qualificada não deve prosperar.

A meu ver, os elementos apontados pela autoridade fiscal, e corroborados pela decisão de primeira instância não permitem concluir ter o contribuinte tenha agido com dolo, de modo a caracterizar a sonegação a que alude o artigo 71 da Lei nº 4.502/1964.

Em primeiro lugar porque a autuação baseia-se única e exclusivamente em presunção legal de omissão de receitas - baseada em depósitos bancários sem comprovação de origem. Nesse contexto, não havendo qualquer outra circunstância ligada à ocorrência do fato gerador, não se pode dar ensejo à qualificação da penalidade.

Não se desconhece o teor da Súmula CARF nº 34<sup>3</sup>. Contudo, o fato de a pessoa jurídica estar constituída em nome de interpostas pessoas não caracteriza ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, hipótese que caracteriza a fraude a que alude o art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964. Frise-se que tal hipótese inclusive não gera qualquer dificuldade por parte do Fisco no que toca à identificação de movimentação financeira incompatível com a renda, uma vez que as contas bancárias em questão estavam todas em nome da pessoa jurídica autuada, não se aplicando o disposto na Súmula CARF nº 34, mas sim os enunciados das Súmulas CARF nº 14 e nº 25, que trata da simples omissão de receita, ou de omissão de receitas baseadas em presunção legal.

Veja-se que o fato de a empresa estar em nome de terceiros em nada dificultou a seleção da pessoa jurídica para procedimento fiscal, ou seja, não impediu, dificultou ou retardou tanto o conhecimento da ocorrência do fato gerador por parte da autoridade fiscal (sonegação) quanto a própria ocorrência do fato gerador (fraude), uma vez que as contas bancárias a partir das quais se apurou a omissão de receita estavam em nome da própria pessoa jurídica autuada.

Portanto, o fato de a fiscalização acusar o contribuinte de possuir interpostas pessoas, embora possa surtir efeitos no que atine à responsabilidade tributária de terceiros, em nada altera as características da ocorrência do fato gerador, este sim, elemento a ser levado em consideração para fins de dosimetria da penalidade a ser cominada.

---

<sup>3</sup> Súmula CARF nº 34: Nos lançamentos em que se apura omissão de receita ou rendimentos, decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, é cabível a qualificação da multa de ofício, quando constatada a movimentação de recursos em contas bancárias de interpostas pessoas.

Neste mesmo sentido, já decidi que nos lançamentos em que reste configurado que a pessoa jurídica autuada encontra-se em nome de interpostas pessoas, mas o fato gerador correspondente não tenha qualquer correlação com tal interposição (por exemplo, depósitos bancários, sem comprovação de origem, nas próprias contas da pessoa jurídica autuada – art. 42 da Lei nº 9.430/96), não há incidência de multa qualificada, mas os reais proprietários de tal pessoa jurídica devem responder pelo crédito tributário correspondente, quer por força do art. 124, I, do CTN, quer pelo disposto no art. 135, III, do CTN quando demonstrados que administravam tal pessoa jurídica.<sup>4</sup>

Assim, concluo que a fraude detectada tem a ver com a cobrança do crédito tributário, e não com sua constituição.

A respeito da pretensa prática reiterada justificar a exasperação da penalidade, saliento que de nenhuma maneira alterou-se o panorama inicial: o lançamento continuou a estar embasado em mera presunção legal.

Portanto, entendo que não há que se falar em qualificação da multa.

Desse modo, voto por reduzir a penalidade ao percentual de 75%.

### 3.5 ARGUIÇÃO DE DECADÊNCIA

Em relação à contagem do prazo decadencial, não se pode ignorar que o STJ entendeu em caráter definitivo (julgamento de recurso representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C, do CPC/1973) que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, a questão do pagamento antecipado é relevante para definição do prazo, assim como a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, conforme se observa na ementa do REsp 973.733/SC, 1ª Seção, Dje 18/09/2009, de relatoria do Ministro Luiz Fux:

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O*

<sup>4</sup> A esse respeito, veja-se o Acórdão 1402-002.120, por mim relatado e julgado por esta turma na sessão de 01 de março de 2016, cujo o seguinte excerto do voto condutor do aresto é elucidativo:

“[...]A meu ver, os elementos apontados pela autoridade fiscal não permitem concluir ter o contribuinte tenha agido com dolo, de modo a caracterizar a fraude a que alude o artigo 72 da Lei nº 4.502/1964.

Em primeiro lugar porque a autuação baseia-se única e exclusivamente em presunção legal de omissão de receitas, sendo que as contas bancárias em que se apoia o lançamento estavam em nome da própria empresa. No mais, o fato de a fiscalização acusar o contribuinte de possuir interpostas pessoas, embora possa surtir efeitos no que atine à responsabilidade tributária de terceiros, em nada altera as características da ocorrência do fato gerador, este sim, elemento a ser levado em consideração para fins de dosimetria da penalidade a ser cominada.

Veja-se que o fato de a empresa estar em nome de terceiros em nada dificultou a seleção da pessoa jurídica para procedimento fiscal, ou seja, não impediu, dificultou ou retardou tanto o conhecimento da ocorrência do fato gerador por parte da autoridade fiscal (sonegação) quanto a própria ocorrência do fato gerador (fraude), uma vez que as contas bancárias a partir das quais se apurou a omissão de receita estavam em nome da própria RECORRENTE.

Assim, concluo que a fraude detectada tem a ver com a cobrança do crédito tributário, e não com sua constituição.”

*CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.*

*1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).*

*2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).*

*3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, antea configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).*

*5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.*

6. *Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.*

7. *Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.*

No caso concreto, caso o colegiado acompanhe meu voto no sentido de reduzir a multa de ofício para 75%, afasta-se a ocorrência dolo, fraude ou simulação. E considerando-se que no próprio relatório fiscal constam menções a pagamentos antecipados de IRPJ e CSLL, a contagem do prazo decadencial deve se reger pelo disposto no art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, contado a partir da ocorrência do fato gerador.

Em relação ao PIS e a Cofins não há prova do recolhimento antecipado, logo, a contagem do prazo decadencial há de ser feita com base no art. 173, I, do CTN. Portanto, considerando-se que o crédito referente ao mês de novembro de 2008 já foi exonerado a partir da confirmação da decisão de primeira instância, o período de apuração mais longínquo é dezembro de 2008. Nesse caso, o lançamento somente poderia ser efetuado em 2009, iniciando o prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte, qual seja, 01/01/2010. Desse modo, o lançamento poderia ter sido realizado até 31/12/2014, mas foi constituído em setembro de 2014. Assim sendo, não há que se falar em decadência em relação ao crédito tributário remanescente de PIS e de Cofins.

Com efeito, tendo sido o lançamento constituído no mês de setembro de 2014, e o IRPJ e a CSLL foram lançados com base em apuração trimestral (lucro arbitrado), o crédito tributário referente ao 4º trimestre de 2008, e aos 1º e 2º trimestres de 2009 também deve ser cancelado.

### 3.6 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

Conforme já me manifestei quando da análise da multa qualificada, nos lançamentos em que reste configurado que a pessoa jurídica autuada encontra-se em nome de interpostas pessoas, mas o fato gerador correspondente não tem qualquer correlação com tal interposição (por exemplo, depósitos bancários, sem comprovação de origem, nas próprias contas da pessoa jurídica autuada – art. 42 da Lei nº 9.430/96), não há incidência de multa qualificada, mas os reais proprietários de tal pessoa jurídica devem responder pelo crédito tributário correspondente, quer por força do art. 124, I, do CTN, quer pelo disposto no art. 135, III, do CTN quando demonstrados que administravam tal pessoa jurídica.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> A esse respeito, veja-se o Acórdão 1402-002.120, por mim relatado e julgado por esta turma na sessão de 01 de março de 2016, cujo o seguinte excerto do voto condutor do aresto é elucidativo:

“[...]A meu ver, os elementos apontados pela autoridade fiscal não permitem concluir ter o contribuinte tenha agido com dolo, de modo a caracterizar a fraude a que alude o artigo 72 da Lei nº 4.502/1964.

Em primeiro lugar porque a autuação baseia-se única e exclusivamente em presunção legal de omissão de receitas, sendo que as contas bancárias em que se apoia o lançamento estavam em nome da própria empresa. No mais, o fato de a fiscalização acusar o contribuinte de possuir interpostas pessoas, embora possa surtir efeitos no que atine à responsabilidade tributária de terceiros, em nada altera as características da ocorrência do fato gerador, este sim, elemento a ser levado em consideração para fins de dosimetria da penalidade a ser cominada.

Veja-se que o fato de a empresa estar em nome de terceiros em nada dificultou a seleção da pessoa jurídica para procedimento fiscal, ou seja, não impediu, dificultou ou retardou tanto o conhecimento da ocorrência do fato gerador por parte da autoridade fiscal (sonegação) quanto a própria ocorrência do fato

Nesse mesmo sentido, assim decidiu a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais no acórdão 9101-002.349, na sessão de 14 de junho de 2016:

*RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 124, I, DO CTN. INTERESSE COMUM. CABIMENTO. Cabe a imposição de responsabilidade tributária em razão do interesse comum na situação que constitui fato gerador da obrigação principal, nos termos do art. 124, I, do CTN, quando demonstrado, mediante conjunto de elementos fáticos convergentes, que os responsabilizados não apenas ostentavam a condição de sócios de fato da autuada, como estabeleceram entre ela e outras empresas de sua titularidade atuação comercial conjunta.*

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

*RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. APLICAÇÃO CONCORRENTE DOS ARTS. 124, I, E 135, III, DO CTN. POSSIBILIDADE. Não se vislumbra qualquer óbice à imputação de responsabilidade tributária aplicando-se, de forma concorrente os arts. 124, I, e 135, III, do CTN. (Acórdão 9101-002.349, Relatora Conselheira Adriana Gomes Rêgo)*

[...]

No caso concreto, há imputação de responsabilidade tributária tanto em relação aos sócios que constavam como efetivos administradores – e que, comprovadamente, se não eram sócios, ao menos administravam as operações levadas a efeito pela pessoa jurídica autuada – como por pessoas físicas que seriam as proprietárias de fato da autuada. Há ainda imputação de responsabilidade a empresas, da mesma titularidade dos sócios e/ou cobrigados em que se constatou atuação comercial conjunta ou ainda que teriam servido tão somente para tentar blindar o patrimônio dos sócios e coobrigados.

Em relação a esse último ponto, peço vênha para destacar novamente a parte inicial da ementa do acórdão 9101-002.349:

*RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 124, I, DO CTN. INTERESSE COMUM. CABIMENTO. Cabe a imposição de responsabilidade tributária em razão do interesse comum na situação que constitui fato gerador da obrigação principal, nos termos do art. 124, I, do CTN, quando demonstrado, mediante conjunto de elementos fáticos convergentes, que os responsabilizados não apenas ostentavam a condição de sócios de fato da autuada, como estabeleceram entre ela e outras empresas de sua titularidade atuação comercial conjunta.*

---

gerador (fraude), uma vez que as contas bancárias a partir das quais se apurou a omissão de receita estavam em nome da própria RECORRENTE.

Assim, concluo que a fraude detectada tem a ver com a cobrança do crédito tributário, e não com sua constituição.”

Além das conclusões da denominada “CPMI do Cachoeira”, e dos resultados da “Operação Saqueador”, “Operação Monte Carlo” e “Operação Vegas” levadas a efeito pela Polícia Federal quanto à condição de controle dos senhores Adir Assad e Marcello José Abbud em relação a diversas empresas do denominado “Grupo Rock Star”, entre elas JSM Engenharia e Terraplanagem Ltda – ME (autuada), em relação ao senhor Adir Assad e Sônia Mariza Branco pesa ainda robusta acusação de envolvimento na “Operação Lava Jato”, como se pode observar da sentença proferida pelo Excelentíssimo Dr. Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, disponível no link <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-caixa-partido.pdf>. Destaco as conclusões da sentença que levaram ambos a iniciarem o cumprimento da pena fixada em regime fechado desde então:

15. *Para alguns repasses, no montante de R\$ 38.402.541,40, foi utilizado grupo criminoso dirigido por Adir Assad. Para tanto, seguiu-se inicialmente similar caminho ao já relatado acima quanto à Diretoria de Abastecimento. Foram, primeiro e como já visto, simulados contratos entre o Consórcio Interpar e a empresa Setal, no montante de R\$ 111.700.000, 00, esta última dirigida por Augusto (fls. 115 116 da denúncia). Os valores respectivos foram repassados para outras empresas controladas por Augusto Mendonça, como a SETEC (antiga Setal Engenharia), Tipuana Participações, Projotec Projetos e Tecnolocia e PEM Engenharia. Os valores foram então repassados mediante celebração de contratos simulados com as empresas Legend Engenheiros Associados, a Power To Ten Engenharia Ltda., a Rock Star Marketing Ltda., a Soterra Terraplanagem e Locação de Equipamentos, a SM Terraplanagem Ltda. e a JSM Engenharia e Terraplanagem. Essas empresas foram indicadas a Augusto por Dario Teixeira e Sueli Mavali. Dario e Sueli, em realidade Sueli Maria Branco, já falecida, faziam parte, juntamente com Sonia Mariza Branco, de grupo dirigido por Adir Assad, que atuou no caso como intermediador financeiro da propina e da lavagem de dinheiro. O grupo dirigido por Adir Assad encarregou-se então de realizar os repasses à Diretoria de Serviços mediante pagamentos em espécie e remessas ao exterior, entre março de 2009 a março de 2012. Nas fls. 154-172, há descrição detalhadas das operações efetuadas. [grifos nossos]*

[...]

423. *Já Adir Assad, em seu álibi (evento 1.025), alegou, em síntese, que se afastou das empresas antes dos fatos delitivos, passando a se dedicar somente aos esportes.*

424. *O álibi não é, porém, consistente com os documentos.*

425. *Adir afastou-se da Legend e da Power To Ten somente em 23/03/2009, como visto acima, mas o contrato entre a Setal Engenharia e a Legend Engenheiros Associados é de 05/08/2008, ou seja, anterior. [grifos nossos]*

426. *A quebra judicial de sigilo fiscal e bancário (decisão judicial de 16/03/2015, evento 3, processo 501170922.2015.404.7000) ainda revelou que o afastamento foi meramente formal. Adir recebeu R\$ 3.616.885,63 da Legend Engenheiros Associados, sendo que R\$ 2.227.227,59 entre 07/04/2009 a 26/04/2013, conforme resumo constante no Relatório de Análise 068/2015, do MPF (evento 927, out2, fl. 5). Também identificados, em menor volume, transferências da Rock Star e da Power To Ten após a saída formal de Adir Assad do quadro social e ainda transferências em seu favor da SM Terraplanagem, mesmo sem ter ele feito parte do quadro social dessa empresa (evento 927, out2, fl. 6). Apesar de ser relatório elaborado pelo MPF, ele apenas resume os dados constantes nos extratos*

*bancários enviados por sistema eletrônico pelas instituições financeiras decorrentes da quebra de sigilo bancário. As transações específicas podem ser visualizadas nos próprios extratos no evento 927. Assim, por exemplo, em 26/02/2010, Adir Assad recebeu R\$ 30.000,00 da Legend Engenheiros, em 02/03/2010 mais R\$ 25.000,00 e em 05/03/2010 mais R\$ 50.000,00 da mesma empresa (evento 927, out4, p. 164165). [grifos nossos]*

*427. Não há justificativa para o recebimento de valores milionários por Adir Assad após o seu afastamento formal das empresas, isso não só da Rock Star, mas também da Legend, Power to Ten e SM Terraplanagem, máxime quando as últimas são empresas de fachada, sem atividade real. O fato, para o qual não foi prestada explicação pelo acusado ou sua Defesa, infirma o álibi e confirma que ele permaneceu no comando de fato das empresas. Deve ser tido como responsável pelos crimes.*

*[...]*

*667. Adir Assad*

*Para os crimes de lavagem: Adir Assad não tem antecedentes registrados no processo. As provas colacionadas neste mesmo feito, pelo volume de operações das empresas de fachada com as empreiteiras envolvidas no esquema criminoso da Petrobrás e de outros indicam que se trata de profissional da lavagem de dinheiro, o que deve ser valorado negativamente a título de personalidade. Culpabilidade, conduta social, motivos, comportamento da vítima são elementos neutros. Circunstâncias devem ser valoradas negativamente. A lavagem, no presente caso, envolveu especial sofisticação, com a realização de diversas transações subreptícias, simulação de prestação de serviços, contratos e notas fiscais falsas, com o emprego de pelo menos quatro empresas de fachada e uma outra, de existência real, mas com ocultação dos recursos criminosos por contratos de prestação de serviços fraudulentos. Tal grau de sofisticação não é inerente ao crime de lavagem e deve ser valorado negativamente a título de circunstâncias (a complexidade não é inerente ao crime de lavagem, conforme precedente do RHC 80.816/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma do STF, un., j. 10/04/2001). Consequências devem ser valoradas negativamente. A lavagem envolve a quantia substancial de cerca de dezoito milhões de reais. Mesmo considerando as operações individualmente, os valores são elevados, tendo só uma delas envolvido cerca de catorze milhões de reais. A lavagem de grande quantidade de dinheiro merece reprovação especial a título de consequências. Considerando três vetoriais negativas, fixo, para o crime de lavagem de dinheiro, pena de cinco anos de reclusão. [grifos nossos]*

*A operação de lavagem, tendo por antecedentes crimes de cartel e de ajuste fraudulento de licitações (art. 4º, I, da Lei nº 8.137/1990, e art. 90 da Lei nº 8.666/1993), tinha por finalidade propiciar o pagamento de vantagem indevida, ou seja, viabilizar a prática de crime de corrupção, devendo ser reconhecida a agravante do art. 61, II, "b", do CP. Entretanto, não há prova de que o condenado tinha ciência desta destinação específica, não sendo aplicável, para ele, essa agravante. Não há também atenuantes, ficando a pena inalterada nessa fase.*

*Fixo multa proporcional para a lavagem em cento e dez dias multa.*

*Entre todos os crimes de lavagem, reconheço continuidade delitiva. Considerando a quantidade de crimes, pelo menos seis vezes, elevo a pena do crime mais*

*grave em 2/3, chegando ela a oito anos e quatro meses de reclusão e e cento e oitenta e dois dias multa.*

*Considerando a dimensão dos crimes que leva à presunção da elevada capacidade econômica de Adir Assad, fixo o dia multa em cinco salários mínimos vigentes ao tempo do último fato delitivo (03/2012).*

*Para o crime de associação criminosa: Adir Assad não tem antecedentes criminais informados no processo. As provas colacionadas neste mesmo feito, pelo volume de operações das empresas de fachada com as empreiteiras envolvidas no esquema criminoso da Petrobrás e de outros indicam que se trata de profissional da lavagem de dinheiro, o que deve ser valorado negativamente a título de personalidade. Considerando que não se trata de associação criminosa complexa, circunstâncias e consequências não devem ser valoradas negativamente. As demais vetoriais, culpabilidade, conduta social, motivos e comportamento das vítimas são neutras. Motivos de lucro são normais em associações criminosas, não cabendo reprovação especial. Fixo pena pouco acima do mínimo, de um ano e seis meses de reclusão.*

*Não há atenuantes ou agravantes.*

*Não há causas de aumento ou de diminuição, sendo esta pena definitiva.*

*Entende este Juízo que a associação criminosa em questão perdurou pelo menos até a saída de Renato Duque da Diretoria de Serviços da Petrobrás, em abril de 2012, tendo havido pagamento de propina no mês imediatamente anterior.*

*Entre os crimes de corrupção, de lavagem e de associação criminosa, há concurso material, motivo pelo qual as penas somadas chegam a nove anos e dez meses de reclusão, que reputo definitivas para Adir Assad. Quanto às multas deverão ser convertidas em valor e somadas.*

*Considerando as regras do art. 33 do Código Penal, fixo o regime fechado para o início de cumprimento da pena.*

*Na mesma sentença, assim consta em relação a Sônia Mariza Branco:*

*417. "Sueli Mavali" é Sueli Maria Branco, irmã falecida de Sonia Mariza Branco.*

*418. Em Juízo, Sonia Mariza Branco (evento 1.025) admitiu que trabalhava na Rock Star, mas negou que realizasse atividades para as outras empresas, atribuindo toda a responsabilidade à irmã falecida.*

*419. Ocorre que a alegação não é consistente com a documentação acima referida, que revela que ela, além de ser a representante legal das empresas Rock Star, Legend Engenheiros Associados, Power to Ten Engenharia Ltda., Soterra Terraplanagem e SM Terraplanagem, assinou todos os contratos, de valores milionários, delas com as empresas de Augusto Mendonça.*

*420. Além disso, quebra judicial de sigilo fiscal e bancário (decisão judicial de 16/03/2015, evento 3, processo 501170922.2015.404.7000) revela que Sonia Branco recebeu no período dos fatos recursos vultosos dessas empresas, não só da Rock Star, R\$ 960.617,58, mas também da Legend Engenheiros (R\$ 883.967,38) e da SM Terraplanagem (R\$ 246.451,57), conforme resumo constante no Relatório de Análise 068/2015, do MPF (evento 927, out2, fl. 19). Apesar de ser*

*relatório elaborado pelo MPF, ele apenas resume os dados constantes nos extratos bancários enviados pelas instituições financeiras decorrentes da quebra de sigilo bancário. As transações específicas podem ser visualizadas nos próprios extratos no evento 927.*

**421. Não é minimamente crível a alegada ignorância de Sonia Branco, já que assina os contratos milionários e é beneficiária de valores vultosos repassados por pelo menos duas das empresas de fachada.** [grifos nossos]

**422. Sonia Branco foi, portanto, responsável por esses fatos.** [grifos nossos]

[...]

668. *Sônia Mariza Branco*

*Para os crimes de lavagem: Sônia Mariza Branco não tem antecedentes registrados no processo. As provas colacionadas neste mesmo feito, pelo volume de operações das empresas de fachada com as empreiteiras envolvidas no esquema criminoso da Petrobrás e de outros indicam que se trata de profissional da lavagem de dinheiro, o que deve ser valorado negativamente a título de personalidade. Culpabilidade, conduta social, motivos, comportamento da vítima são elementos neutros. Circunstâncias devem ser valoradas negativamente. A lavagem, no presente caso, envolveu especial sofisticação, com a realização de diversas transações subreptícias, simulação de prestação de serviços, contratos e notas fiscais falsas, com o emprego de pelo menos quatro empresas de fachada e uma outra, de existência real, mas com ocultação dos recursos criminosos por contratos de prestação de serviços fraudulentos. Tal grau de sofisticação não é inerente ao crime de lavagem e deve ser valorado negativamente a título de circunstâncias (a complexidade não é inerente ao crime de lavagem, conforme precedente do RHC 80.816/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma do STF, un., j. 10/04/2001). Consequências devem ser valoradas negativamente. A lavagem envolve a quantia substancial de cerca de dezoito milhões de reais, considerando apenas as operações em reais. Mesmo considerando as operações individualmente, os valores são elevados, tendo só uma delas envolvido cerca de catorze milhões de reais. A lavagem de grande quantidade de dinheiro merece reprovação especial a título de consequências. Considerando três vetoriais negativas, fixo, para o crime de lavagem de dinheiro, pena de cinco anos de reclusão.*

*A operação de lavagem, tendo por antecedentes crimes de cartel e de ajuste fraudulento de licitações (art. 4º, I, da Lei nº 8.137/1990, e art. 90 da Lei nº 8.666/1993), tinha por finalidade propiciar o pagamento de vantagem indevida, ou seja, viabilizar a prática de crime de corrupção, devendo ser reconhecida a agravante do art. 61, II, "b", do CP. Entretanto, não há prova de que o condenado tinha ciência desta destinação específica, não sendo aplicável, para ela, essa agravante. Não há também atenuantes, ficando a pena inalterada nessa fase.*

*Fixo multa proporcional para a lavagem em cento e dez dias multa.*

*Entre todos os crimes de lavagem, reconheço continuidade delitiva. Considerando a quantidade de crimes, pelo menos seis vezes vezes, elevo a pena do crime mais grave em 2/3, chegando ela a oito anos e quatro meses de reclusão e e cento e oitenta e dois dias multa.*

*Considerando a dimensão dos crimes que leva à presunção da elevada capacidade econômica de Sônia Mariza Branco, fixo o dia multa em cinco salários mínimos vigentes ao tempo do último fato delitivo (03/2012).*

*Para o crime de associação criminosa: Sônia Mariza Branco não tem antecedentes criminais informados no processo. As provas colacionadas neste mesmo feito, pelo volume de operações das empresas de fachada com as empreiteiras envolvidas no esquema criminoso da Petrobrás e de outros indicam que se trata de profissional da lavagem de dinheiro, o que deve ser valorado negativamente a título de personalidade. Considerando que não se trata de associação criminosa complexa, circunstâncias e consequências não devem ser valoradas negativamente. As demais vetoriais, culpabilidade, conduta social, motivos e comportamento das vítimas são neutras. Motivos de lucro são normais em associações criminosas, não cabendo reprovação especial. Fixo pena pouco acima do mínimo, de um ano e seis meses de reclusão.*

*Não há atenuantes ou agravantes.*

*Não há causas de aumento ou de diminuição, sendo esta pena definitiva. Entende este Juízo que a associação criminosa em questão perdurou pelo menos até a saída de Renato Duque da Diretoria de Serviços da Petrobrás, em abril de 2012, tendo havido pagamento de propina no mês imediatamente anterior.*

*Entre os crimes de corrupção, de lavagem e de associação criminosa, há concurso material, motivo pelo qual as penas somadas chegam a nove anos e dez meses de reclusão, que reputo definitivas para Sônia Mariza Branco. Quanto às multas deverão ser convertidas em valor e somadas.*

*Considerando as regras do art. 33 do Código Penal, fixo o regime fechado para o início de cumprimento da pena.*

Evidentemente, tratando-se de processo criminal em relação ao qual ainda não há trânsito em julgado, há de analisar com certas ressalvas as conclusões da sentença em questão.

Contudo, essa narrativa pode facilitar a compreensão dos fatos que levaram a autoridade fiscal a incluir coobrigados no polo passivo da obrigação tributária, inclusive pessoas jurídicas utilizadas para tentar blindar o patrimônio de muitos dos coobrigados.

No que diz respeito aos debates sobre individualização de conduta para fins de qualificação da multa, há de se ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo, de fato, ser necessária identificação da conduta dos acusados dos chamados “crimes societários”. Contudo, há reiteradas decisões no sentido de que mostra-se suficiente para tal individualização de conduta a comprovação de que o acusado detinha poderes de administração da pessoa jurídica. Veja-se, por exemplo, o decidido no AgRg no REsp 1.551.783/SP:

[...]

*Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, não há como reconhecer a inépcia da denúncia se a descrição da pretensa conduta delituosa foi feita de forma suficiente ao exercício do direito de defesa, com a narrativa de todas as circunstâncias relevantes, permitindo a leitura da peça acusatória a*

*compreensão da acusação, com base no artigo 41 do Código de Processo Penal (RHC 46.570/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 20/11/2014, DJe 12/12/2014).*

*Não se desconhece que esta Corte Superior tem reiteradamente decidido ser inepta a denúncia que, mesmo em crimes societários e de autoria coletiva, atribui responsabilidade penal à pessoa física, levando em consideração apenas a qualidade dela dentro da empresa, deixando de demonstrar o vínculo desta com a conduta delituosa, por configurar, além de ofensa à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio (RHC 35.687/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 18/09/2014, DJe 07/10/2014).*

*Assim, nos chamados crimes societários, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se consideram preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal (RHC 77.050/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 01/02/2017).*

*Nessa linha, os seguintes julgados:*

*PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR. ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP ATENDIDOS. RECURSO DESPROVIDO.*

*[...]*

*4. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar, o quanto possível, a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu. Na hipótese em apreço, por certo, a inicial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve a conduta atribuída ao ora recorrente, permitindo-lhe rechaçar os fundamentos acusatórios.*

*5. Malgrado seja imprescindível explicitar o liame do fato descrito com a pessoa do denunciado, importa reconhecer a desnecessidade da pormenorização das condutas, até pelas comuns limitações de elementos de informações angariados nos crimes societários, por ocasião do oferecimento da denúncia, sob pena de inviabilizar a persecução penal. A acusação deve correlacionar com o mínimo de concretude os fatos delituosos com a atividade do acusado, não sendo*

suficiente a condição de sócio da sociedade, sob pena de responsabilização objetiva.

6. Narra a denúncia que o recorrente seria o administrador da empresa varejista e responsável imediato por todos os contratos de compra e venda celebrados, não podendo tal conclusão, lastreada em elementos probatórios amealhados aos autos, ser infirmada em sede de writ.

7. Recurso desprovido. (RHC 34.684/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. **CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PEÇA EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. CRIME SOCIETÁRIO. POSSIBILIDADE DE DENÚNCIA GERAL. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

3. Nos crimes societários, não se exige a descrição individualizada das condutas de cada acusado, bastando para se assegurar o direito à ampla defesa a descrição do fato delituoso e a indicação da participação de cada autor na empreitada criminosa. Assim, **no caso dos autos, não há falar em responsabilidade penal objetiva, tendo em vista que ficou demonstrado na denúncia o liame subjetivo na conduta imputada ao recorrente, que, como sócio e administrador da pessoa jurídica, supostamente teria sonogado tributo mediante a omissão de informação às autoridades fazendárias e fraude na fiscalização tributária.** Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (RHC 70.805/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016) [grifos nossos]

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DELITO SOCIETÁRIO. FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DOS RECORRENTES. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE CRIME EM TESE. AMPLA DEFESA GARANTIDA. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA. CONSTRANGIMENTO AFASTADO.

[...]

4. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente a conduta típica, cuja autoria é atribuída aos recorrentes devidamente qualificados, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal.

5. Nos chamados crimes societários, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se consideram preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal.

6. No caso dos autos, de acordo com a peça vestibular, os recorrentes, na qualidade de administradores da Drogaria Principal do

*Bairro Ltda., teriam fraudado a fiscalização tributária, omitindo receita relativa a saídas de mercadorias tributadas em documento exigido pela lei fiscal, creditando-se, indevidamente, do ICMS incidente sobre tais operações, o que teria resultado em prejuízo à Fazenda Estadual superior a 2 (dois) milhões de reais, descrição que atende de forma satisfatória as exigências legais para que se garanta ao réu o exercício da ampla defesa e do contraditório. [...]*

*2. Recurso desprovido. (RHC 67.183/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 9/8/2016, DJe 24/08/2016).*

*PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME SOCIETÁRIO. LEI 8.137/90, ART. 1º, II E V. IMPOSSIBILIDADE DA SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL SE A ADESÃO AO PROGRAMA DE PARCELAMENTO OCORRE APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. COAÇÃO INEXISTENTE. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. AMPLA DEFESA GARANTIDA. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA. RECURSO DESPROVIDO.*

*[...]*

*II - A exordial acusatória cumpriu todos os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, sem que a peça incorresse em qualquer violação do que disposto no art. 395 do mesmo diploma legal. Cuida-se, in casu, de denúncia geral, aceita pela jurisprudência pátria. (Precedentes).*

*III - Nos delitos societários, a peça acusatória (ainda que não possa ser de toda genérica) é válida quando demonstra um liame entre a atuação dos denunciados e a conduta delituosa (mesmo que não individualize as condutas de cada um), a revelar a plausibilidade da imputação deduzida e permitindo o exercício da ampla defesa com todos os recursos a ela inerentes.*

*IV - Na hipótese em análise, a peça inaugural da acusação revela que os denunciados, por meio da empresa CPI Engenharia Ltda, teriam suprimido valores reativos ao ICMS, através da inserção de elementos inexatos em documentos fiscais e utilização de documentos inexatos, conforme auto de infração e outros documentos do processo criminal.*

*V - Quanto à autoria, o liame entre o agir do denunciado e o crime imputado está estabelecido em face da condição de responsável que ostenta perante a sociedade. Por isso, no caso, ao contrário do que se alega na peça recursal, verifica-se a possibilidade de plena defesa do acusado a partir da imputação do Ministério Público. Recurso ordinário desprovido. (RHC 67.089/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 17/08/2016)*

Com efeito, se tal interpretação é dada pelo próprio STJ no julgamento de recursos no âmbito criminal derivados de procedimentos fiscais, não há como se distanciar, em relação aos mesmos fatos, no que diz respeito à individualização de conduta para fins de apuração de responsabilidade tributária.

No mais, não havendo novos argumentos trazidos pelos recorrentes, valho-me de excertos da decisão recorrida para manter integralmente a imputação de responsabilidade tributária a todos os coobrigados<sup>6</sup>:

*Foi imputada responsabilidade solidária a Adir Assad, Sonia Mariza Branco, Sandra Maria Branco Málaga, Mauro José Abbud e Marcello José Abbud, com fundamento nos arts. 124, I, e 135, III, ambos do CTN, e a Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Four's Empreendimentos Imobiliários Ltda. com base no art. 124, I, daquele Código.*

*A respeito da atribuição de responsabilidade com base no artigo 124, I, do CTN, expõe Rubens Gomes de Souza (Compêndio de Legislação Tributária, Edições Financeiras, 3.ª ed, p. 67):*

*[...] É solidária a pessoa que realiza conjuntamente com outra, ou outras pessoas, a situação que constitui fato gerador, ou que, e comum com outras, esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio que dá origem à tributação; (sublinhei)*

*E Marcos Vinicius Neder aduz o seguinte (ensaio publicado na Revista sobre Responsabilidade Tributária: Dialética. São Paulo: 2007. p.42.): “(...) Conclui-se, portanto, que o fato jurídico suficiente à constituição da solidariedade não é o mero interesse de fato, mas sim o interesse jurídico que surge a partir da existência de direitos e deveres comuns entre as pessoas situadas do mesmo lado de uma relação jurídica privada que constitua o fato jurídico tributário.” (sublinhei)*

*Segundo Luciano Amaro (Direito Tributário Brasileiro, 12ª ed., Saraiva, p. 314), há a solidariedade passiva quando duas ou mais pessoas podem apresentar-se na condição de sujeito passivo da obrigação tributária, cada um obrigando-se por toda a dívida, o que dá ao sujeito ativo a prerrogativa de exigi-la de qualquer um dos devedores até realização integral da obrigação (sublinhei).*

*Relativamente ao art. 135, inciso III, do CTN, ele estabelece a responsabilidade tributária dos diretores, gerentes e administradores de pessoas jurídicas de direito privado, pelos créditos decorrentes de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei.*

*É preciso esclarecer, que a imputação de responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa não exclui a responsabilidade do contribuinte, salvo quando a lei assim prescrever, na dicção do art. 128 do CTN. No caso do art. 135 do CTN, não há exclusão expressa da responsabilidade do contribuinte, de modo que permanece ele respondendo pelo crédito tributário lançado.*

*Nesse sentido, é a lição de Hugo de Brito Machado:*

*A lei diz que são pessoalmente responsáveis, mas não diz que sejam as únicas. A exclusão da responsabilidade, a nosso ver, teria de ser expressa. Com efeito, a responsabilidade do contribuinte*

---

<sup>6</sup> Com a ressalva de que meu entendimento a respeito da aplicação do art. 124, I, do CTN, no sentido de que o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal não se refere a interesses de fato ou econômicos, mas sim a interesse jurídico. No caso concreto, a tese de inclusão de outras pessoas jurídicas no polo passivo da obrigação tributária deve-se ao intuito doloso dos coobrigados que transferirem seus bens a essas pessoas jurídicas com o intuito de evadir-se ao pagamento dos tributos.

*decorre de sua condição de sujeito passivo direto da relação obrigacional tributária. Independe de disposição legal que expressamente a estabeleça. Assim, em se tratando de responsabilidade inerente à própria condição de contribuinte, não é razoável admitir-se que desapareça sem que a lei o diga expressamente. Isto, aliás, é o que se depreende do disposto no art. 128 do Código Tributário Nacional...” (Curso de Direito Tributário. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 142)*

*Esse entendimento é compartilhado por Luís Eduardo Schoueri, conforme se observa do seguinte excerto:*

*Descartada a possibilidade de o contribuinte afastar-se do debitum, cabe ver se lhe resta a responsabilidade. A leitura do artigo 128 indica a situação do contribuinte: de regra, uma vez apontada, de modo expresse, a responsabilidade pelo crédito a terceira pessoa, pode a lei, também de modo expresse:*

- Excluir a responsabilidade do contribuinte, ou*
- Atribuir a responsabilidade ao contribuinte em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.*

*Ocorre que o art. 135 silencia acerca da responsabilidade do contribuinte. Não a exclui nem a atribui em caráter supletivo. Ora, se o referido artigo 128 dispõe dever a lei regular o assunto de modo expresse, não há como concluir pela exclusão ou subsidiariedade da responsabilidade do contribuinte. (Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 511)*

*Como se vê, a responsabilidade solidária obriga os responsáveis pelo crédito tributário total, obrigando-se cada um pela dívida toda e não apenas pelos tributos exigidos. Dessa forma, é improcedente a alegação de que os responsáveis solidários não podem arcar com as penalidades aplicadas, uma vez que os arts. 113, § 1º e art. 139 do CTN, determinam que a multa faz parte do crédito tributário.*

*Quanto à comprovação da responsabilidade solidária pela fiscalização, cabe registrar que, na busca pela verdade material – princípio esse informador do processo administrativo fiscal –, a comprovação de uma dada situação fática pode ser feita, em regra, por prova única, direta, concludente por si só, ou por um conjunto de elementos/indícios que, se isoladamente nada atestam, agrupados têm o condão de estabelecer a certeza daquela matéria de fato. Não há, em sede de processo administrativo, uma pré-estabelecida hierarquização dos meios de prova, sendo perfeitamente regular a formação da convicção a partir do cotejo de elementos de variada ordem. É a consagração da chamada prova indiciária, de largo uso no direito.*

*A comprovação fática do ilícito raramente é passível de ser produzida por uma prova única, isolada, a qual, aliás, só seria possível, praticamente, a partir de uma confissão expressa do(s) infrator(es), coisa que, como se infere, dificilmente se terá, por mais evidentes que sejam os fatos.*

*Ao indício, isoladamente, pouca eficácia probatória é dada, ganhando ele relevo apenas quando, olhado conjuntamente com outros indícios, dá azo à convicção de que apenas um resultado fático seria verossímil; se do cruzamento de vários indícios se chega não a um resultado único, mas a mais de um, não se pode ter por comprovado o que quer que seja.*

*No presente caso, foi criada a CPMI destinada a investigar práticas criminosas do senhor Carlos Augusto Ramos, conhecido vulgarmente como Carlinhos Cachoeira, desvendadas pela operação "Saqueador" da Polícia Federal. Essa Comissão apurou a existência de uma série de "empresas (dentre elas a JSM ENGENHARIA E TERRAPLENAGEM LTDA. – ME.) controladas por interpostas pessoas", colaboradores, todas com vínculos profissionais ou pessoais com o Marcello José Abbud, Adir Assad e Mauro José Abbud, verdadeiros responsáveis por essas sociedades.*

*Constatou-se que todas essas empresas têm sócios em comum. O Sr. Marcello José Abbud é ex-sócio da J.S.M. e da Legend (além da Power to Ten). A Sra. Sônia Mariza Branco atualmente é sócia da Rock Star e da Soterra (além da S.M.). Já a Sra. Sandra Maria Branco é sócia, atualmente, da Rock Star e da S.P.Terraplenagem, e ex-sócia da JSM e da Soterra. Vê-se, portanto, a estreita interligação entre todas essas empresas.*

*Tais empresas fizeram parte do esquema montado por estes empresários, os quais, posteriormente e paulatinamente, foram sendo sucedidos, ou mesmo constituíram novas empresas, cujos quadros societários são constituídos por pessoas que lhe são próximas, caso das irmãs Sonia Mariza Branco e Sandra Maria Branco Malago.*

*Como exemplo, temos a Legend Engenheiros Associados que foi aberta pelos sócios Adir Assad e Marcello José Abbud e já sofreu sucessivas mudanças societárias. Uma que chamou a atenção foi a da Sra. Sônia Mariza Branco, que - além de ser proprietária de uma série de empresas "laranjas" - já figurou como sócia desta empresa e, também, da LEGEND ASSESSORIA E CONSULTORIA DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DE MARKETING LTDA. Esta última alterou seu nome empresarial para S.M. TERRAPLENAGEM LTDA.*

*Segundo a fiscalização, a contribuinte utiliza o endereço da sociedade Legend Engenheiros Associados Ltda – CNPJ: 07.794.669/0001-41, Rua Iraí, 1.292 – Planalto Paulista – São Paulo /SP – CEP: 04082-003, para o recebimento de correspondências e o próprio Adir Assad, sua esposa Sonia Regina Assad e as sócias Sonia Mariza Branco e Sandra Maria Branco Malago também utilizam este endereço com o mesmo fim. A própria Polícia Federal considera este endereço como o centro de operações das empresas controladas pelos empresários Adir Assad e Marcello José Abbud.*

*Da leitura das conclusões do Relatório Final da CPMI do Cachoeira, tem-se que não restaram dúvidas ao trabalho investigativo promovido pelo Congresso Nacional, do vínculo societário e profissional das pessoas físicas aqui citadas, e que todas elas direta ou indiretamente participaram ativamente da administração dos negócios da JSM Engenharia e Terraplenagem Ltda. ME, sob a orientação e direção dos senhores Marcello José Abbud e Adir Assad.*

*Constatou-se que os contadores destas sociedades (todas ligadas a Adir Assad) são sempre os mesmos: i) ADALBERTO PALHINHA MARTINS; e ii) AMAURY PONTALTI. Boa parte dessas sociedades encontram-se "sediadas" em endereços coincidentes, todos invariavelmente incompatíveis com as atividades prestadas e com as receitas milionárias que foram auferidas e que hoje se encontram na situação cadastral de BAIXADAS DE OFÍCIO (motivação: inexistente de fato).*

*Além disso, foi levantado um conjunto de provas, quais sejam, compra de passagens aéreas para o Sr Adir Assad e para a sua esposa Sra Sonia Regina Assad feita e paga pela sociedade Rock Star Marketing Ltda, cuja sócia é SÔNIA MARIZA BRANCO; e-mail nos quais Adir Assad, Sonia Mariza e Sibely utilizam a extensão “@rstar” em suas caixas de mensagem (indicativo do Grupo Rock Star, composto por várias empresas controladas pelo Sr. Adir Assad) e que comprovam de forma clara o poder de gerência de Adir Assad; Darf de pagamentos de tributos de Adir Assad pela empresa JSM; a apresentação de Adir Assad como representante da Rock Star; os depoimentos constantes no processo (de Sônia Mariza Branco e Sandra Maria Branco Malago), etc.*

*Tais provas, isoladamente, têm pouca força probante, mas ganham relevo quando tomadas conjuntamente, levando-se à comprovação do vínculo existente entre as empresas e à constatação feita na investigação policial de que Adir Assad, apesar de não ter participado formalmente do quadro societário da contribuinte, exercia o controle sobre ela por meio de pessoas que lhe são próximas (Sônia Mariza Branco, Sandra, Mauro José e Marcello).*

*Foi apreendida pela Polícia Federal uma relação de documentos enviada ao contador comum das empresas (Adalberto Palhinha Martins), na qual são remetidos, além dos documentos da Legend Engenheiros Associados Ltda., da JSM Engenharia e Terraplenagem Ltda. - ME, da Power To Ten Engenharia Ltda. - ME, da SM Terraplenagem Ltda. - ME, da Soterra Terraplenagem e Locação de Equipamentos Ltda. - ME e da SP Terraplenagem Ltda. – ME, documentos pessoais de Adir Assad e de outra empresa de Marcello José Abbud (Marcello José Abbud Planejamento Est.).*

*Foi apreendido, também, o e-mail, de 05/04/2010, em que Sandra Maria Branco, sócia administradora da Rock Star Marketing Ltda., encaminha ao Sr Amauri Pontalti (contador das empresas administradas de fato por Adir Assad), informações relativas às Notas Fiscais das empresas Rock Star Produções Comércio e Serviços Ltda., Rock Star Marketing Ltda., Legend Engenheiros Associados Ltda., Rock Star Marketing Promoções e Eventos Ltda. e SM Terraplanagem Ltda. , nos seguintes termos:*

- *Rock Star Prod. NF 483 - cancelada esta nota eu mandei o jogo todo para a gráfica ela vai ser cancelada.*
- *Rock Star Marketing -NF-1468 foi emitida p/ Inst. Tomie Ohtake valor 6300,00 e a nota 1482 - p/ BMG 1.300,00 a Sueli vai tirar um Xerox e trazer as originais. O Marcello deve ter comido as copias ou.....e a 1470 e cancelada foi também um jogo completo da nota para gráfica que ela vai me mandar.*
- *Rock Star Promoções e Eventos as notas que você passou a relação estão todas canceladas a Sueli vai trazer.*
- *SM essas notas quando nos separamos os talões esse joguinho de notas sumiram não sei aonde foi parar não achamos revirei tudo e não encontramos.*
- *LEGEND -1232/1233/1235 canceladas a Sueli vai trazer.*

*E mais, nos depoimentos prestados pela sócia Sandra Maria Branco Malago e por Sonia Mariza Branco, em 13/06/2012, não resta a menor dúvida da participação e*

*gerência do Sr Adir Assad na condução dos negócios comerciais e financeiros das sociedades em que estas senhoras configuram como sócias. Outro documento que comprova o vínculo societário e a subordinação de Sônia Mariza Branco e Sandra Maria Branco Malago ao Sr. Adir Assad são as procurações por elas concedidas a ele, que, apesar de relacionadas a outras sociedades, demonstram que elas são interpostas pessoas daquele senhor, que as utiliza de forma freqüente, tentando se ocultar da responsabilidade dos atos praticados pelas citadas empresas.*

*Todas essas constatações demonstram o modo de agir de Adir Assad na realização da fraude com a participação de um grupo de pessoas e empresas, todos agindo em conjunto com o objetivo de sonegar tributos.*

*Constatou-se, em todo o procedimento levado a efeito nas empresas investigadas, a existência do interesse jurídico antes mencionado, caracterizado pela existência de direitos e deveres comuns aos participantes do esquema de sonegação.*

*O conjunto de provas (já citadas) reunidas na investigação policial e no procedimento fiscal levam à conclusão de que Adir Assad participa e é gerente na condução dos negócios comerciais e financeiros das sociedades.*

*Quanto à alegação feita por Adir Assad de que não há provas relativas aos anos-calendário de 2009 e 2010, cabe registrar que a ação fiscal englobou os anos-calendário de 2008 a 2010 e as ações praticadas em 2008 foram perpetradas nos anos seguintes, nos quais referida pessoa figurava como sócio de fato da contribuinte.*

***Marcello José Abbud** foi sócio administrador da contribuinte de 11/09/2008 até 26/02/2010 e depois retornou como sócio administrador em 05/02/2013.*

*Entretanto, de acordo com documentos constantes no processo, continuou a exercer a gerência da empresa, pois, em 2011, assinou como representante da contribuinte em contrato de prestação de serviço.*

*Além disso, participou da gerência de outras empresas (Power To Tem, Legend Engenheiros Associados Ltda.) integrantes do grupo de pessoas jurídicas constituídas para sonegar tributos.*

***Sonia Mariza Branco e Sandra Maria Branco Malaga** tinham interesse jurídico a que se refere o art. 124, I, do CTN, pois tinham conhecimento dos fatos e participaram da realização, conjuntamente com outras pessoas, da situação que constituiu o fato gerador.*

*Participaram como sócias administradoras de várias empresas controladas por Adir Assad, que foram alvo de investigação pela Polícia Federal, quais sejam, SM Terraplenagem Ltda., Soterra Terraplenagem e Locação de Equipamentos Ltda., SP Terraplenagem Ltda. (Sandra e Sonia), Rock Star Marketing Ltda., Rock Star Marketing, Promoções e Eventos Ltda., Rock Star Produções, Comércio e Serviços Ltda. e Solu Terraplenagem Ltda..*

*Essas empresas foram alvo de investigações pela “Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, criada pelo requerimento nº 1, de 2012-CN, destinada a investigar práticas criminosas do Sr. Carlos Augusto Ramos, conhecido como Carlinhos Cachoeira, desvendadas pelas operações “Vegas” e “Monte Carlo” da Polícia Federal”, que concluiu que todas as empresas acima citadas são controladas pelo Sr Adir Assad.*

*E, ainda, Sonia Mariza Branco, apesar de não integrar formalmente o quadro societário da JSM, assinava cheques desta empresa, demonstrando que administrava e participava da gestão financeira da contribuinte.*

*Mauro José Abbud é sócio administrador da contribuinte desde 26/02/2010 e é apontado pela CPMI do Cachoeira, Operação Monte Carlo e Saqueador da Polícia Federal, relatos da mídia em geral e também em fiscalizações abertas na da DRF/Barueri, como interposta pessoa do Sr ADIR ASSAD e MARCELLO JOSÉ ABBUD nas seguintes empresas: JSM Engenharia e Terraplenagem Ltda. - ME, Legend Engenheiros Associados Ltda e Power To Ten Engenharia Ltda. – ME.*

*Assim, tinha interesse jurídico a que se refere o art. 124, I, do CTN, pois tinha conhecimento dos fatos e participou da realização, conjuntamente com outras pessoas, da situação que constituiu o fato gerador.*

*Todas essas pessoas citadas, sendo sócias administradoras, são responsáveis solidárias pelo crédito tributário por se enquadrarem na hipótese prevista no art. 135, III, daquele Código, uma vez que exerciam a gerência da sociedade e, no julgamento do mérito do lançamento, restou demonstrada a ocorrência de fraude, nos termos da Lei nº 4.502, de 1964, art. 72, portanto a ocorrência do dolo e a infração à lei.*

*Com relação à responsabilidade solidária atribuída à empresa Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda., é fato comprovado no processo que, no período fiscalizado, era mais uma das empresas controladas por Adir Assad (nesse caso era sócio de fato e de direito), sendo nela registrado a maioria dos bens do casal (Adir e Sônia Regina Assad) adquiridos no período de 2007 a agosto de 2012, época em que houve a transferência, mediante doação (inclusive, constando inicialmente, reserva de usufruto para o citado casal) das quotas da empresa para as suas filhas.*

Quadro 40 – Relação de Bens Adir Assad e Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda

IMÓVEL	REGISTRO	DATA	ALLENANTE	ADQUIRENTE	VALOR
Apartamento E-2 do Bloco E localizado no 2º Andar do "CONDOMÍNIO AS BRISAS", situado na Rua Cívica nº 280, Guarujá / SP	Cartório de Registro de Imóveis de Guarujá / SP - Livro 2 - Matrícula: 37.019 - Ficha 1	05/04/2007	Maria Cristina Pereira de Almeida Manzano e Outros	Adir Assad e Sônia Regina Assad	230.000,00
		30/10/2009	Adir Assad e Sônia Regina Assad	Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda.	250.000,00
Três prédios sob os nº 5, 7 e 9, situados na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini e seu respectivo terreno	15º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo / SP - Livro nº 2 - Matrícula: 189.022 - Ficha 1	21/02/2011	J.M. Empreendimentos Imobiliários Ltda	Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda.	1.200.000,00
Apartamento nº 231 localizado no 23º Andar do Condomínio Edifício Campo Belo Double, situado na Rua Conde de Porto Alegre nº 869, São Paulo / SP	15º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo / SP - Matrícula: 208.033	27/06/2012	Adir Assad e Sônia Regina Assad	Tatiana Assad	1.303.449,62
Apartamento nº 15 do 1º Andar do Edifício Icarai, situado na Rua Petropolis nº 276, Guarujá / SP.	Cartório de Registro de Imóveis de Guarujá / SP - Livro 2 - Matrícula: 05.755 - Ficha 2	02/07/2008	Izilda Aparecida Francisco Paulino	Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda.	50.000,00
Apartamento nº 103 do 10º Andar do Edifício Condomínio Marina Del Rey, situado na Rua Petropolis nº 192, Guarujá / SP.	Cartório de Registro de Imóveis de Guarujá / SP - Livro 2 - Matrícula: 57.690 - Ficha 1	19/04/2007	Maria Aparecida Berloff e Walter Roberto Berloff	Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda.	67.286,22
Apartamento nº 9 do 9º Andar, da Torre 8 - Edifício Limantós do Setor Residencial II, do Parque Cidade Jardim, situado na Avenida Magalhães de Castro nº 12.000, São Paulo / SP	18º Registro de Imóveis da Capital São Paulo / SP - Matrícula 204.618	15/03/2012	JHSF Incorporações S/A	Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda., Adir Assad, Sônia Regina Assad, Nicole Ferreira Assad e Natalie Ferreira Assad	2.714.894,78
Aporte referente à participação de 7,2057% do Empreendimento Icon Alphaville a ser desenvolvido no terreno da Alameda Mamoré, 503, Barueri / Alphaville / SP	N/C	10/02/2012	Icon Alphaville Incorporação e Venda de Imóveis SPE Ltda.	Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda.	1.522.934,70
Automóvel I / Mini Cooper Verde 2009 / 2010, Placa FNN 3109, RENAVAL 00219764743, São Paulo / SP	DENATRAN / SP	02/05/2012		Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda.	81.737,00
Automóvel I / Mini Cooper S Verde 2011 / 2012, Placa FZZ 3105, RENAVAL 00341797103, São Paulo / SP	DENATRAN / SP	02/05/2012		Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda.	89.415,00
Automóvel I / BMW X5 XDRIVE 50I 2V81 Cinza 2010 / 2011, Placa FJY 3838, RENAVAL 00280742223, São Paulo / SP.	DENATRAN / SP	31/01/2013		Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda.	337.178,00
<b>TOTAL</b>					<b>7.846.895,32</b>

*Constatou-se, também, que, depois, da referida “doação” das quotas de capital da Santa Sônia foi outorgada uma procuração concedendo amplos poderes para que Adir Assad e sua esposa Sônia Regina Assad pudessem exercer todos os atos de gerência da citada empresa.*

*Não há dúvida de que, apesar de as duas filhas do mencionado casal aparecerem como sócias de direito desta sociedade, o real sócio de fato, administrador e gerente dos negócios é Adir Assad que continua com poderes totais de gestão financeira e patrimonial da sociedade Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda.*

*Dessa forma, restou clara a configuração do interesse comum (econômico e jurídico) tipificado no art. 124, I, do CTN, uma vez que era empresa controlada por Adir Assad, responsável pelo planejamento do esquema de sonegação, para a qual se destinou o produto da sonegação de tributos, ou seja, o patrimônio construído em benefício de Adir Assad, que por meio dos fatos antes narrados tentou blindar este patrimônio.*

*A empresa **Four's Empreendimentos Imobiliários Ltda.** foi constituída em 29/07/2008, tendo como sócias as filhas da Sônia Mariza Branco, Sibely Coelho e Soiany Coelho, e tendo o mesmo endereço que foi domicílio tributário de várias empresas do grupo Rock Star. Ressalte-se que a totalidade dos bens de Sônia Mariza Branco foi doada para a empresa.*

**Quadro 42 – Relação de Bens Sônia Mariza Branco e Four's Empreendimentos Imobiliários Ltda**

IMÓVEL	REGISTRO	DATA	ALIENANTE	ADQUIRENTE	VALOR
Apartamento nº 41, localizado no 4º pavimento do Bloco 3 - Edifício Jasmim, Condomínio Clima Bothanico, situado na Rua Domiciano Leite Ribeiro nº 51, Vila Guarani, Jabaquara, São Paulo / SP.	8º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo / SP - Matrícula 161.832 - Ficha 01	06/04/2010	Jauaperi Incorporadora Ltda.	Sônia Mariza Branco	393.132,81
		24/02/2012	Sônia Mariza Branco	Four's Empreendimentos Imobiliários Ltda.	
Um Prédio, área construída de 262,00 m2, na Rua Barão de Iguape, nº 752, Liberdade, São Paulo / SP	1º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo / SP - Matrícula 80.779 - Ficha 2	23/02/2011	Elza Maria de Oliveira e Fabiola Cristina Cordeiro	Four's Empreendimentos Imobiliários Ltda.	303.982,00
Apartamento nº 91, localizado no 9º pavimento do Bloco 4 - Edifício Orquídea, Condomínio Bothanico, situado na Rua Domiciano Leite Ribeiro nº 51, Vila Guarani, Jabaquara, São Paulo / SP.	8º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo / SP - Matrícula 161.952 - Ficha 01	01/03/2010	Jauaperi Incorporadora Ltda.	Four's Empreendimentos Imobiliários Ltda.	354.817,65
Vaga de garagem nº M259, localizada no 1º subsolo do Condomínio Clima Bothanico, situado na Rua Domiciano Leite Ribeiro nº 51, Vila Guarani, Jabaquara, São Paulo / SP.	8º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo / SP - Matrícula 162.098 - Ficha 01	06/04/2010	Jauaperi Incorporadora Ltda.	Sônia Mariza Branco	38.709,27
		24/02/2012	Sônia Mariza Branco	Four's Empreendimentos Imobiliários Ltda.	
Apartamento nº 174, localizado no 17º pavimento do Edifício Bosco - Bloco II, integrante do Condomínio Spazio Vitae, situado na Avenida Bosque nº 782, Saúde, São Paulo / SP.	14º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo / SP - Matrícula 153.544 - Ficha 01	20/01/2009	Patrícia de Lúcia Nadruz	Four's Empreendimentos Imobiliários Ltda.	104.000,00
Apartamento nº 12, localizado no 1º Andar ou 4º pavimento do Edifício Carla Valéria, situado na Avenida Bosque da Saúde nº 834, Saúde, São Paulo / SP	14º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo / SP - Matrícula 166.269 - Ficha 01	02/06/2010	Marco Antônio da Costa Patrão e Vânia Aparecida Saraiva Patrão	Sônia Mariza Branco	132.510,67
		01/02/2012	Sônia Mariza Branco	Four's Empreendimentos Imobiliários Ltda.	
TOTAL					1.327.152,40

*Em dezembro de 2012, as citadas sócias retiraram-se da sociedade e foram admitidas como sócias administradoras Nathaly Coelho Adesso (filha de Sibely Coelho) e Simone Coelho Adesso (filha de Sonia Mariza Branco).*

*Em 09/02/2012 foi lavrada no 12º Tabelião de Notas de São Paulo/SP uma procuração tendo como outorgante Simone Coelho Guimarães, constituindo sua bastante procuradora a Sra Sonia Mariza Branco, sua mãe, com amplos poderes para gerir seu patrimônio, representá-la perante órgãos e repartições públicas, receber e movimentar contas bancárias, representá-la perante juízo, instância ou tribunal.*

*Em 04/01/2013 foi lavrada outra procuração no 12º Tabelião de Notas de São Paulo/SP, constituindo como sua procuradora Sibely Coelho, tendo como outorgantes a sua irmã Sra Simone Coelho Guimarães - CPF: 246.278 768-23 e a sua filha*

---

*Nathaly Coelho Adesso - CPF: 387.642.928-51, concedendo amplos poderes para que esta pudesse exercer todos os atos de gestão da sociedade Four's Empreendimentos Imobiliários Ltda..*

*Ou seja, apesar de sua irmã e filha aparecerem como sócias de direito da sociedade, as reais sócias de fato, administradoras e gerente dos negócios são a Sra SÔNIA MARIZA BRANCO (que disponibilizou a totalidade de seu patrimônio através de doação para esta sociedade) e da sua filha Sra SIBELY COELHO - que continua com poderes totais de gestão financeira e patrimonial da sociedade Four's Empreendimentos Imobiliários Ltda..*

*Dessa forma, restou clara a configuração do interesse comum ([...] e jurídico) tipificado no art. 124, I, do CTN, uma vez que era empresa controlada por Sônia Mariza Branco, que era sócia-administradora de várias empresas participantes do esquema de sonegação, cujo patrimônio adquirido com o produto da referida sonegação de tributos foi destinado à empresa em questão.*

#### **4 CONCLUSÃO**

Isso posto, voto por: (I) negar provimento ao recurso de ofício e aos recursos voluntários dos coobrigados; II) em relação à exigência do crédito tributário da pessoa jurídica: (i) rejeitar as arguições de nulidade; (ii) acolher a arguição de decadência para exonerar o crédito tributário de IRPJ e de CSLL referente ao 4º trimestre de 2008, e aos 1º e 2º trimestres de 2009; e (iii) no mérito, dar provimento parcial aos recursos para reduzir a multa de ofício para o percentual de 75%.

(assinado digitalmente)  
Fernando Brasil de Oliveira Pinto