



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



| | |
|-------------------|--|
| PROCESSO | 19515.720638/2014-01 |
| ACÓRDÃO | 1402-007.010 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA |
| SESSÃO DE | 16 de julho de 2024 |
| RECURSO | VOLUNTÁRIO |
| RECORRENTE | SUPERMERCADO GENERAL JARDIM LTDA. |
| RECORRIDA | FAZENDA NACIONAL |

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2010

PRELIMINAR. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

As alegações de nulidade são improcedentes quando a autuação se efetivou dentro dos estritos limites legais, com descrição clara e precisa dos fatos a amparar lançamento, sendo facultado ao contribuinte e responsáveis solidários, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

IRPJ. ARBITRAMENTO. VALORES DECLARADOS AO FISCO ESTADUAL NÃO APRESENTAÇÃO/APRESENTAÇÃO PARCIAL. DESCONSIDERAÇÃO DE DOCUMENTOS CONTÁBEIS E COMERCIAIS. PROCEDÊNCIA.

O arbitramento é forma de apuração do lucro, com a aplicação de um percentual preferencialmente sobre a receita bruta conhecida, que pode ser, como neste caso, a receita omitida. É técnica legal de apuração válida do lucro do IRPJ e da CSLL, nos casos previstos na legislação. Ademais, a apuração com base nas informações prestadas pelo contribuinte ao fisco estadual constitui meio válido para o arbitramento de lucro e apuração de receitas omitidas.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2010

MULTA AGRAVADA. NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL / APRESENTAÇÃO PARCIAL DA DOCUMENTAÇÃO. MOTIVAÇÃO PARA O ARBITRAMENTO DO LUCRO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO FISCO. SÚMULA CARF Nº 96.

O agravamento da penalidade só se mostra possível quando presentes (ou ausentes) atos do fiscalizado no sentido de tolher ou obstruir o procedimento fiscal de forma contumaz. Tendo o contribuinte, de uma

forma ou outra, integral ou parcialmente, na data fixada ou após esta, apresentado, o que lhe foi exigido e contribuído para que a ação fiscal se desenrolasse e chegasse ao final, descabe o agravamento da multa. Outrossim, também não cabe o agravamento da multa de ofício quando os fatos indicados como base para a exasperação da penalidade já foram base para o arbitramento dos lucros. Aplicação da Súmula CARF nºs 96 .

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

São solidariamente obrigadas as pessoas físicas e jurídicas que tenham, comprovadamente, interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária, na linha do que dispõe o artigo 124, I, do CTN.

JUROS DE MORA SELIC. INCIDÊNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. (PRINCIPAL + MULTA DE OFÍCIO)

A aplicação da taxa de juros Selic para corrigir o crédito tributário lançado decorre de expressa disposição legal, inexistindo ilegalidade ou inconstitucionalidade na sua aplicação. Observância da Sumula nº 4 do CARF. Sobre a multa de ofício lançada parcela esta que integra o crédito tributário incidem juros de mora à taxa SELIC. Precedentes do STJ e da CSRF.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Ano-calendário: 2010

REFLEXOS. PIS / COFINS. EXCLUSÃO. VALOR DESTACADO EM NOTA.

O Egrégio Sodalício fixou em sede de Embargos no RE n. 574.706/PR que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições é o destacado em nota, o que foi acatado pela Procuradoria da Fazenda, conforme Parecer SEI nº 7698/2021/ME.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Tratando-se de lançamentos reflexos, aplica-se a decisão prolatada no lançamento matriz às demais exigências.

APLICAÇÃO DO ART. 114 § 12º, INC. I DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. DECLARAÇÃO DE CONCORDÂNCIA COM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. FACULDADE DO JULGADOR.

Plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que a Recorrente não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, i) negar provimento aos recursos voluntários da recorrente e coobrigados para, i.i) rejeitadas preliminares suscitadas; i.ii) manter a responsabilização solidária imputada; i.iii)manter integralmente os lançamentos de IRPJ e de CSLL, inclusive os juros de mora; ii) dar provimento parcial aos recursos voluntários da recorrente para, ii.i) manter os lançamentos de PIS e de COFINS com a exclusão do ICMS de suas bases de cálculo, nos termos da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.º 574.706/PR, afetado à repercussão geral; ii.ii) afastar o agravamento da multa de ofício aplicada, reduzindo seu percentual de 112,50% para 75%.

Assinado Digitalmente

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça – Relatora

Assinado Digitalmente

Paulo Mateus Ciccone – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Alexandre Iabrudi, Catunda, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Rafael Zedral, Ricardo Piza di Giovanni, Alessandro Bruno Macedo Pinto, Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 02-65.710, proferido pela 3ª Turma da DRJ/BHE, que julgou improcedente a Impugnação apresentada, relativamente aos créditos constituídos pela fiscalização, mediante a lavratura de autos de infrações (e-fls. 1.223 a 1.264), para lançamento de Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e Contribuição para o Pis/Pasep (Pis), além dos juros de mora, multas de ofício correspondentes, multa regulamentar pelo descumprimento de obrigação acessória e atribuição de responsabilidade solidária, montante de R\$. 3.089.462,93, referente ao ano-calendário de 2010.

Por bem relatar os fatos, adoto trechos do relatório da decisão de piso (e-fls. 1707-1757), que será complementado adiante:

Os autos de infração a folhas 1.223 a 1.264 exigem da autuada o recolhimento de crédito tributário no montante de R\$ 3.089.462,93, assim discriminado:

Descrição das infrações imputadas

Auto de infração de IRPJ

A autuante, fazendo referência ao termo de verificação fiscal a fls. 1.265 a 1.282, atribui à autuada a infração de cuja descrição adiante se faz uma síntese. Antes, porém, esclarece que decidiu arbitrar o lucro em virtude da falta de apresentação do livro registro de inventário do ano-calendário de 2010, apesar da intimação para o apresentar, e também em virtude da desclassificação da escrituração contábil, por esta não individualizar os lançamentos por documento fiscal e por seus históricos e valores não corresponderem aos documentos indicados, o que impossibilitou apurar o lucro das atividades operacionais e, conseqüentemente, impediu a correta apuração do lucro real. Enquadramento legal do arbitramento: artigo 530, inciso I, inciso II, alínea “b”, e inciso III, do Decreto nº 3.000, de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR 1999).

1 – RECEITAS DA ATIVIDADE – RECEITA BRUTA NA REVENDA DE MERCADORIAS – Arbitramento do lucro realizado com base na receita bruta de revenda de mercadorias. Datas do fato gerador: 31/03/2010, 30/06/2010, 30/09/2010, 31/12/2010. Enquadramento legal: artigo 3º da Lei nº 9.249, de 1995; artigo 532 do RIR 1999.

Auto de infração de CSLL

A autuante, fazendo referência ao termo de verificação fiscal a fls. 1.265 a 1.282, atribui à autuada a infração de cuja descrição adiante se faz uma síntese.

1 – FALTA OU INSUFICIÊNCIA DO RECOLHIMENTO DA CSLL –

Arbitramento do lucro realizado com base na receita bruta de revenda de mercadorias. Datas do fato gerador: 31/03/2010, 30/06/2010, 30/09/2010, 31/12/2010. Enquadramento legal: artigo 2º da Lei nº 7.689, de 1988, com as alterações do artigo 2º da Lei nº 8.034, de 1990; artigo 2º da Lei nº 9.249, de 1995; artigo 29 da Lei nº 9.430, de 1996; artigo 22 da Lei nº 10.684, de 2003; artigo 3º da Lei nº 7.689, de 1988, com a redação dada pelo artigo 17 da Lei nº 11.7276, de 2008.

Auto de infração de Cofins

A autuante, fazendo referência ao termo de verificação fiscal a fls. 1.265 a 1.282, atribui à autuada a infração de cuja descrição adiante se faz uma síntese.

1 – INSUFICIÊNCIA DO RECOLHIMENTO DA COFINS CUMULATIVA PADRÃO - Arbitramento do lucro realizado com base na receita bruta de revenda de mercadorias. Datas do fato gerador: 31/01/2010, 28/02/2010, 31/03/2010, 30/04/2010, 31/05/2010, 30/06/2010, 31/07/2010, 31/08/2010, 30/09/2010, 31/10/2010, 30/11/2010, 31/12/2010. Enquadramento legal: artigo 1º da Lei Complementar nº 70, de 1991; artigos 2º e 8º da Lei nº 9.718, de 1998; artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, com as alterações introduzidas pelo artigo 2º da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, pelo artigo 41 da Lei nº 11.196, de 2005, e pelo artigo 15 da Lei nº 11.945, de 2009.

Auto de infração de contribuição para o PIS A atuante, fazendo referência ao termo de verificação fiscal a fls. 1.265 a 1.282, atribui à atuada a infração de cuja descrição adiante se faz uma síntese.

1 – INSUFICIÊNCIA DO RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS CUMULATIVA PADRÃO - Arbitramento do lucro realizado com base na receita bruta de revenda de mercadorias. Datas do fato gerador: 31/01/2010, 28/02/2010, 31/03/2010, 30/04/2010, 31/05/2010, 30/06/2010, 31/07/2010, 31/08/2010, 30/09/2010, 31/10/2010, 30/11/2010, 31/12/2010. Enquadramento legal: artigo 1º da Lei Complementar nº 70, de 1991; artigo 2º, inciso I, artigo 8º, inciso I, e artigo 9º, todos da Lei nº 9.715, de 1998; artigo 2º da Lei nº 9.718, de 1998; artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, com as alterações introduzidas pelo artigo 2º da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, pelo artigo 41 da Lei nº 11.196, de 2005, e pelo artigo 15 da Lei nº 11.945, de 2009.

Auto de infração de outras multas administradas pela RFB

A atuante, fazendo referência ao termo de verificação fiscal a fls. 1.265 a 1.282, atribui à atuada a infração de cuja descrição adiante se faz uma síntese.

1 – FALTA OU ATRASO NA ENTREGA DE ARQUIVO MAGNÉTICO – Multa regulamentar equivalente a 0,02% por dia de atraso, pelo não cumprimento do prazo estabelecido para apresentação dos arquivos magnéticos e sistemas. Data do fato gerador: 23/12/2013. Enquadramento legal: artigo 11 e artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.218, de 1991, com a redação dada pelo artigo 72 da Medida Provisória nº 2.158-34, de 2001, e suas reedições.

Termo de verificação fiscal

- No termo de verificação fiscal a folhas 1.265 a 1.282, a atuante apresenta a motivação dos lançamentos. Dele extraem-se as observações e argumentos resumidos adiante. Infração por atraso ou falta na apresentação de arquivos magnéticos

- Através do Termo de Início de Procedimento Fiscal datado de 27/12/2011, com ciência do contribuinte, por via postal, em 30/12/11, o contribuinte foi intimado a, no prazo de 20 dias, apresentar a esta fiscalização, os arquivos magnéticos fiscais, previstos na Instrução Normativa SRF N° 86/01 e no Ato Declaratório Executivo Cofis nº 15 de 23/10/01, relativos ao ano-calendário de 2010.

- Em 23/01/2012, o contribuinte foi reintimado a apresentar os documentos e arquivos no prazo de vinte dias a contar da ciência pessoal do Termo de Reintimação, através de seu procurador.

- No Termo de Constatação e Reintimação Fiscal de 16/02/12, o contribuinte foi alertado que permanecia válida a solicitação efetuada nos termos anteriores, bem como que esse alerta constou na maioria dos termos lavrados durante a fiscalização. O Termo de Constatação, Reintimação e Intimação Fiscal de 25/10/2013, com ciência por via postal em 01/11/2013, foi o último a lembrá-lo,

especificamente, que permanecia válida a solicitação formulada no Termo de Início de Procedimento Fiscal de 27/12/2011, referente aos arquivos fiscais, que atendessem os requisitos previstos na IN 86/01 e no Ato Declaratório Executivo COFIS nº 15 de 23/10/01. Entretanto, até a presente data o contribuinte não atendeu a fiscalização.

- Assim, considerando o Termo de Constatação, Reintimação e Intimação Fiscal de 25/10/2013 e o parágrafo que informava que permaneciam válidos todos os Termos anteriormente emitidos em relação à presente fiscalização nas partes não atendidas, lembrando que permanecia em atraso a apresentação dos arquivos fiscais previstos na IN 86/01, solicitados no item 11 do Termo de Início de Procedimento Fiscal de 27/12/11, como sendo uma nova intimação para atendimento imediato, no dia 23 de dezembro de 2013, decorreram 50 dias da data em que deveriam ter sido apresentados os arquivos magnéticos previstos na IN SRF 86/01.

- Portanto, fica o contribuinte sujeito à infração prevista no art. 266 do RIR/99 à alíquota de 0,02% por dia de atraso na entrega dos arquivos magnéticos, até o limite de 1% (a partir do 50º dia) sobre a receita bruta, em vista de ter-se passado mais de 50 dias do prazo renovado no Termo de Constatação, Reintimação e Intimação Fiscal de 25/10/13, para atendimento à solicitação formulada no item 11 do Termo de Início de Procedimento Fiscal de 27/12/11.

- A base de cálculo para a aplicação da multa acima mencionada é o valor do faturamento informado pelo contribuinte nas GIAS 2010, no montante de R\$ 20.102.174,81, valor resultante da soma das receitas de vendas menos as respectivas devoluções de vendas, considerado para o arbitramento do lucro, efetuado nesse procedimento.

- Consequentemente, o valor da multa prevista no art. 980, inciso I, do RIR/99, com fulcro no disposto nos artigos 11 e 12, III, da Lei nº 8.218/91, com as alterações e redação introduzidas pela Medida Provisória 2.158-34/2001 (atualmente MP 2.158-35/01), pelo atraso no cumprimento da obrigação prevista nos artigos 265 e 266 do RIR/99 é de R\$ 201.021,75.

Do arbitramento do lucro

- Apesar de intimado e reintimado a apresentar o Livro Registro de Inventário e os arquivos magnéticos fiscais previstos na IN 86/01 - AC 2010, o contribuinte permaneceu inerte, tendo apresentado apenas o Livro Registro de Inventário do ano anterior (dez/2009), cujos registros se mostraram inconsistentes para serem considerados como "estoque inicial" do AC 2010, deixando de apresentar o Livro Registro de Inventário 2010 e os arquivos fiscais da IN 86/01, que permitissem conferir a efetiva apuração do CMV e o correspondente lucro real.

- A fiscalização, também, não pode considerar válida a escrituração apresentada pelo contribuinte, devido às inconsistências encontradas na escrituração AC 2010, conforme se constatou na análise da conta 1.1.3.01.001.00001 - Mercadorias para

Revenda, constante do arquivo SPED CONTABIL-AC 2010, em confronto com os registros efetuados no arquivo SINTEGRA 2010, apresentado com pendências, e, também, constatado na escrituração do Livro Registro de Entradas nº 02 (Vol 1 e 2) - 2010, conforme Anexo 1, denominado "COMPARATIVO LD E RAZ CONTA MERCADORIAS PARA REVENDA_SPED CONTÁBIL 2010 X LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS 2010".

- Mediante o confronto das notas fiscais de compras apresentadas, relativas ao mês de julho/10, com os respectivos registros contábeis 2010, confirma-se a veracidade dos fatos acima relatados, conforme cópias das referidas notas fiscais juntadas no processo.

- Ressalva-se, também, que na conta 1.1.3.01.001.00001 - Mercadorias para Revenda, não se localizaram todos os registros de devoluções de compras de mercadorias constantes do livro registro de entradas, no arquivo Sintegra, bem como na escrituração apresentada no SPED, constata-se que todos os registros de pagamentos e recebimentos são lançados diretamente na conta caixa, sem registro da movimentação bancária.

- Dessa feita, consideram-se contrárias, ao estabelecido nos artigos 251, 259 e 260 do Decreto 3.000 de 26 de março de 1999 - RIR/99 as condutas de falta de apresentação do Livro Registro de Inventário AC 2010, bem como a escrituração apresentada através do SPED sob o HASH nº B03DF23066FAC243A29EB347BA536DC4DE8C8486, que não observa a determinação legal de escriturar todas as operações realizadas, de maneira individualizada, impossibilitando a apuração do efetivo custo da mercadoria e o lucro real dos períodos (1º ao 4º trimestres - AC 2010).

- Procedeu-se, então, através do site da SEFAZ/SP, com respaldo no Convênio nº 02337/2002 (vigente até 05/13), firmado entre a RFB e a SEFAZ/SP, substituído pelo novo convênio - Cooperação Técnica - Intercâmbio, assinado em 22/05/13, com vigência até 31/05/2018, publicado no DOU nº 99 de 24/05/13 (fl.84 - seção 3), à pesquisa das GIAS AC 2010 (cópias anexas ao processo), constatando-se as informações prestadas pelo contribuinte, relativas às vendas de mercadorias efetuadas no período referido.

- Assim, nos termos do artigo 530, incisos I, II-b e III do RIR 1999 e, também, com fulcro no artigo 532 do RIR/99; artigos 45 e 47 da Lei nº 8.981/95; arts. 16 da Lei nº 9.249/95 e artigos 1º e 27, inciso I, da Lei 9.430/96, proceder-se-á ao arbitramento do lucro sobre a receita conhecida, aplicando-se o percentual de 9,6% à receita conhecida, nos quatro trimestres do AC 2010, com base nas informações prestadas pelo contribuinte à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, nas GIA's do estabelecimento, haja vista a desclassificação de sua escrita contábil, esclarecendo que os dados extraídos das GIAS encontram-se discriminados no ANEXO 2, denominado RESUMO MENSAL DAS GIAS POR CFOP DE COMPRAS E DE VENDAS - AC 2010.

Dos tributos IRPJ e reflexos (CSLL, PIS e Cofins)

•Mediante o arbitramento do lucro obteve-se a base de cálculo para aplicação das alíquotas do IRPJ, e por reflexo, das contribuições CSLL, PIS e COFINS. A contribuições para o PIS e a COFINS, declaradas em DCTF foram deduzidas na autuação das referidas contribuições nos respectivos períodos.

Da multa agravada

•Conforme demonstrado acima, os atos praticados pelo contribuinte, deixando de atender as solicitações formuladas pelo fisco, no prazo marcado, dificultou o conhecimento por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, configurando a aplicação da multa agravada de 112,5%, nos termos do artigo 44, inciso I, parágrafo 2º, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488/07.

Da responsabilidade solidária

•A responsabilidade solidária, no âmbito das normas gerais e aplicável ao presente caso, é tratada nos artigos 121 e 124, inciso I do Código Tributário Nacional (CTN).

•Assim, atribui-se a responsabilidade solidária aos sócios integrantes do quadro social da última alteração contratual registrada na JUCESP e às pessoas jurídicas, a seguir discriminadas, em razão do interesse comum, caracterizado pelo quadro societário das pessoas jurídicas que possuem os mesmos sócios que integram o quadro social do contribuinte, pelo uso da marca Futurama e pelo motivo de que a constituição social de cada uma dessas pessoas jurídicas decorreu do encerramento das filiais do Futurama Supermercado Ltda - CNPJ 68.361.468/0001-45, objeto de procedimento de fiscalização que culminou na formalização do processo nº 19515.722.577/2013-27, no qual se encontram todas as peças probantes dos fatos mencionados neste termo: FADEL HABKA - CPF 021.940.938-26 (sócio administrador solidário); FAISSAL HABKA - CPF 010.843.068-59 (sócio administrador solidário); FARIZE HABKA - CPF 022.615.608-77 (sócio administrador solidário); SUPERMERCADO SANTO AMARO LTDA - CNPJ 10.830.772/0001-04; SUPERMERCADO SAVANA LTDA - CNPJ 10.887.035/0001-48; SUPERMERCADO GUAICURUS LTDA - CNPJ 10.842.440/0001-40; SUPERMERCADO CÁSPER LÍBERO LTDA - CNPJ 10.842.429/0001-80; SUPERMERCADO ANGÉLICA LTDA - CNPJ 10.842.431/0001-59; SUPERMERCADO FARIA LIMA LTDA - CNPJ 10.833.715/0001-89.

•As pessoas físicas integrantes do quadro societário do contribuinte SUPERMERCADO CÁSPER LÍBERO LTDA, participam duplamente no quadro societário do próprio contribuinte e de cada uma das novas pessoas jurídicas constituídas, acima discriminadas, diretamente como sócios, e indiretamente, através da empresa NOVOS RUMOS ADMINISTRAÇÃO DE BENS PRÓPRIOS LTDA. - CNPJ 07.830.932/0001-00, cujo quadro societário é composto pelas mesmas pessoas físicas - os senhores Fadel Habka, Faissal Habka e Farize Habka - antigos sócios administradores da empresa Futurama Supermercados LTDA e sócios administradores da contribuinte em pauta.

•O CNPJ da sócia pessoa jurídica NOVOS RUMOS ADMINISTRAÇÃO DE BENS PRÓPRIOS LTDA foi baixado de ofício do cadastro RFB, por inexistência de fato, através do Ato Declaratório - ADE nº 276, de 19/11/2013, publicado no DOU - Seção 1, pág., 43, em 09/12/2013, conforme Processo Administrativo nº 19515.720.995/2013-80, uma vez que no endereço constante do cadastro RFB não foi encontrado nenhum responsável pela referida pessoa jurídica, conforme Termo de Constatação e de Declaração lavrado pelo AFRFB Roque Eijo Hayashi, em 16/01/2013.

•Os únicos sócios dessas novas pessoas jurídicas constituídas, imputadas como sucessoras dos estabelecimentos filiais da empresa Futurama, direta e indiretamente, são as pessoas físicas Fadel Habka, Faissal Habka e Farize Habka - antigos sócios administradores da empresa Futurama Supermercados LTDA., que teve o CNPJ baixado de ofício, através do Ato Declaratório nº 290, publicado em 19/12/2012, no DOU - pág. 49, conforme Processo nº 19515.722.244/2012-17, por inexistência de fato, em decorrência de sua inatividade constatada em 09/02/12, nos termos do relatório de fls. 29 a 31 do Processo nº 10932.000020/2012-65, que através do ADE nº 14 deu ciência da alteração de ofício do seu endereço da Av. Assembleia, nº 183 - Vila Elida - Diadema, para o endereço anterior sito à Av. Angélica, nº 546 - Santa Cecília - São Paulo, tendo ficado constatada, afinal, a inexistência da atividade da empresa, que não foi encontrada em nenhum lugar mencionado, conforme as diversas diligências realizadas.

•Ao longo de sua atividade, a empresa Futurama abriu diversas filiais. Em junho de 2009 procedeu ao encerramento de todas as filiais, remanescendo apenas o estabelecimento matriz, conforme se observa na Ficha Cadastral extraída do site da JUCESP. Entretanto, mesmo depois de encerrados na JUCESP, constata-se movimentação de compras e vendas por esses estabelecimentos filiais, conforme informação nas próprias GIA, resumidas em tabela constante do termo de verificação fiscal.

•Embora a empresa Futurama tenha informado em carta datada de 17/09/12, que em razão de desentendimento familiar e empresarial ocorrido entre os ex-sócios e o sócio remanescente, concretizou-se a venda das quotas sociais mantidas pelas pessoas físicas Faissal, Farize e Fadel para o sócio remanescente Sr. Elias, pelo valor de R\$ 600.000,00 para cada sócio, sendo constituídas novas empresas "supermercados" pelos sócios retirantes, e que o sócio remanescente, no intuito ressarcir os sócios retirantes, no valor total de R\$ 1.800.000,00 tenha cedido a eles o uso da marca Futurama, para que fosse utilizada nas novas lojas, assim como a "home page" da empresa, nenhum documento foi apresentado para confirmação desse fato.

•Entretanto, o instrumento de alteração contratual da Futurama Supermercados, registrado na Junta Comercial do Estado de São Paulo, reza, textualmente, que as quotas dos referidos sócios, foram transferidas pelo valor de R\$ 600.000,00 para

cada um, os quais receberam no ato a respectiva importância em dinheiro do sócio remanescente, Elias Brahim Habka.

- As pesquisas efetuadas nas últimas GFIP's apresentadas pelos estabelecimentos filiais do Futurama Supermercados, comparadas às primeiras GFIP entregues pelas novas pessoas jurídicas "sucessoras", demonstram que pelo menos cerca de 90% dos empregados dos estabelecimentos filiais da Futurama permaneceram empregados dos novos mercados, conforme demonstram as planilhas comparativas anexadas ao Processo Administrativo nº 19515.722.577/2013-27.

- As comparações entre as GFIP foram feitas entre os estabelecimentos filiais da Futurama Supermercados e os "novos" mercados, constituídos nos mesmos endereços das antigas filiais e/ou com o mesmo ativo imobilizado, estoque e empregados, conforme se constata em relação ao contribuinte em pauta, cujos empregados, na sua maioria, foram transferidos da antiga filial Futurama de final de CNPJ 0002-26 (GFIP 10/2009), para o novo SUPERMERCADO GENERAL JARDIM (GFIP 11/09), que iniciou exercendo suas atividades no mesmo endereço da antiga filial final CNPJ 0002-26: RUA GENERAL JARDIM, N° 384/400 - CEP 01.223010, VILA BUARQUE - SÃO PAULO/SP.

- Assim, foi imputada a responsabilidade solidária aos sócios (pessoas físicas) da contribuinte e aos novos supermercados acima relacionados, em razão do interesse comum, caracterizado pela idêntica composição do quadro societário dessas pessoas jurídicas, pelo uso da marca Futurama e pelo motivo de que a constituição social de cada uma dessas pessoas jurídicas decorreu do encerramento das filiais do Futurama Supermercado LTDA.

Termo de sujeição passiva solidária A folhas 1.300 a 1.302 acha-se o termo de sujeição passiva solidária, pelo qual foram arrolados como responsáveis solidários pelo crédito tributário as seguintes pessoas físicas e jurídicas: Fadel Habka - (sócio administrador solidário); Faissal Habka - (sócio administrador solidário); Farize Habka (sócio administrador solidário); Supermercado Santo Amaro Ltda; Supermercado Savana Ltda; Supermercado Guaicurus Ltda; Supermercado Cásper Líbero Ltda; Supermercado Angélica Ltda; Supermercado Faria Lima Ltda.

Ciência do lançamento e sua impugnação

Conforme aviso de recebimento a fls. 1.305, a pessoa jurídica em nome de quem foram lavrados os autos de infração foi cientificada do lançamento por via postal, em 13/06/2014.

Conforme avisos de recebimento a fls. 1.306 a 1.309, em 11/06/2014, foram cientificados do lançamento por via postal, na condição de responsáveis solidários, Supermercado Faria Lima Ltda e Supermercado Guaicurus Ltda.

Conforme avisos de recebimento a fls. 1.306 a 1.309, em 13/06/2014, foram cientificados do lançamento por via postal, na condição de responsáveis solidários, Supermercado Angélica Ltda, Supermercado Casper Líbero Ltda,

Supermercado Savana Ltda, Supermercado Santo Amaro Ltda, Fadel Habka e Faissal Habka.

Conforme avisos de recebimento a fls. 1.310, em 16/06/2014, foi cientificada do lançamento por via postal, na condição de responsável solidária, Farize Habka.

Em 10/07/2014, por meio eletrônico, foram juntadas aos autos duas impugnações, uma a folhas 1.314 a 1.403, e outra a folhas 1.406 a 1.524. A primeira delas foi apresentada em nome da pessoa jurídica autuada. A outra, em nome dos sujeitos passivos qualificados como responsáveis solidários. Uma réplica idêntica da primeira dessas impugnações é juntada a folhas 1.527 a 1.616.

Em 14/01/2015, o Presidente da 3ª Turma da DRJ/Belo Horizonte, concordando com a proposta do relator, expediu o despacho juntado a folhas 1.641 a 1.642, por meio do qual determinou o retorno dos autos à repartição de origem para que fosse providenciada a intimação de todos os interessados do processo, isto é, tanto a pessoa jurídica autuada, como também os arrolados no termo de sujeição passiva a fls. 1.300 a 1.302, para que confirmassem, se fosse o caso, que as petições juntadas aos autos são impugnações apresentadas em seu nome, ou para que apresentassem os instrumentos de mandato que confirmem aos seus signatários poderes expressos para a prática de tal ato. A motivação dada para a providência solicitada é que os advogados signatários das impugnações não haviam fornecido os instrumentos de mandato que lhe conferissem poderes para contestar o lançamento fiscal em nome dos sujeitos passivos.

Realizada a diligência, com a juntada a folhas 1.668 a 1.697 dos documentos solicitados pela diligência, o processo retornou a esta DRJ.

Os enunciados seguintes, separados de acordo com os sujeitos passivos em nome de quem se faz a contestação dos lançamentos, resumem o conteúdo das impugnações apresentadas.

Impugnação apresentada por Supermercado General Jardim, a pessoa jurídica autuada Do lançamento tributário

- Pretende o auto de infração imputar lucro (não declarado) à autuada, por conta de movimentação financeira, tendo como base fática as movimentações realizadas nas contas-correntes da autuada junto a instituições financeiras. Ressalte-se que tais contas sofreram a irregular quebra de sigilo bancário, conforme confirmado pela própria fiscalização a fls. 3 do termo de constatação.

- Além disso, inusitadamente, a agente fiscal entendeu por bem incluir como responsáveis solidários pelo débito seus sócios e outras empresas, nos termos dos artigos 121, 133 e 135 ambos do Código Tributário Nacional.

- Em 03/03/2009, as pessoas físicas Faissal Habka, Farize Habka e Fadel Habka cederam/venderam suas quotas sociais que mantinham junto à empresa Futurama Supermercado Ltda para o sócio remanescente ELIAS BRAHIM pelo valor de R\$ 600.000,00 para cada sócio.

•Referida venda se concretizou em razão de desentendimento familiar ocorrido entre os ex-sócios e o sócio remanescente. Diante da saída das pessoas físicas Faissal, Farize e Fadel do quadro societário da empresa Futurama, eles decidiram constituir novas empresas, assim denominadas: Supermercado Angélica Ltda, Supermercado Cásper Libero Ltda e Supermercado Alameda Santos Ltda, em 27/04/2009; Supermercado Adolfo Pinheiro Ltda, Supermercado General Jardim e Supermercado Guaicurus Ltda, em 28/04/2009; Supermercado Faria Lima Ltda, em 08/05/2009; e Supermercado Savana Ltda, em 12/05/2009.

Da nulidade ante o cerceamento do direito de defesa

•No presente auto de infração há flagrante cerceamento de defesa, violando de forma explícita o artigo 5º, LV, da Constituição Federal

• A defendente, após receber a notificação de fornecimento de documentos fiscais, em especial seus extratos bancários que, diga-se de passagem, já estavam em poder da Fazenda antes mesmo de iniciada a fiscalização, solicitou junto à Delegacia da Receita Federal cópia integral do processo administrativo dos documentos que materializaram a notificação, para possibilitar a análise deles, conforme se observa pelas inúmeras petições a este carreadas.

•Contudo, em que pese ao regular pedido da defendente, a fiscalização se manteve inerte, não autorizando o contribuinte a ter acesso aos autos, o que efetivamente ocorreu somente em meados de julho do ano passado, ocasião na qual lhe foram exibidos documentos esparsos, sem que houvesse sua autuação ou organização em ordem cronológica.

•Tem-se no caso em tela, ferimento mortal de inúmeros preceitos constitucionais que resguardam os mais básicos direitos e garantias fundamentais. (...)

Todavia, a impugnante não cumpriu a solicitação de apresentação da documentação exigida pelo fisco, em razão da manifesta nulidade do procedimento fiscal. (...)Em qualquer procedimento, seja ele preparatório ou não, está resguardado o direito constitucional da não autoincriminação.

•A impugnante ao deixar de informar a fiscalização, apenas exerceu um direito seu, qual seja, de acesso a todos os dados, documentos e informações que formam os autos do referido procedimento/processo administrativo, direito este amparado pelo texto constitucional. (...)

•Por outro lado, é fato incontroverso que os atos administrativos devem ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. (...)

•Logo, se mostrou descabida a recusa da vista do procedimento fiscal pela fiscalização pela singela argumentação da falta de abertura de procedimento fiscal, pois como exposto acima, além de existir previsão legal para obtenção de cópias, é notório que todo ato emanado da Administração se concretiza através de procedimentos administrativos.

Dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, da legalidade, da publicidade e da motivação dos atos administrativos Do cerceamento de defesa

(...)

- Existe no presente caso uma evidente violação ao preceito constitucional, viciando a relação processual administrativa. Desse modo, não pôde a fiscalização, através de ato que afronta o ordenamento jurídico pátrio, deixar de atender, seja em procedimento administrativo ou judicial, o princípio constitucional da ampla defesa e contraditório, sob pena de nulidade absoluta do processo, como é o caso dos autos.

Da violação aos princípios da legalidade e da publicidade

(...)

- O princípio da publicidade, expresso no artigo 37 da Constituição Federal, determina a publicação de todos os atos praticados pelo Estado, competindo à Administração Pública dar conhecimento ao interessado direto de todos os atos produzidos num processo administrativo.

- Portanto, tal princípio, elemento central de um estado democrático de direito, impeditivo de atitudes arbitrárias e ilegais, está frontalmente atingido no presente caso, que de forma explícita a fiscalização indeferiu o acesso da impugnante aos autos do procedimento em que figura como ré.

Da violação ao princípio da motivação • O princípio da motivação impõe à Administração Pública o dever de expor as razões de direito e de fato pelas quais adotou tal providência, justificando as razões que lhe serviram de apoio para expedi-lo. (...)

- Conclui-se que a impugnante, ao se ver impedida de exercer um direito seu, garantido constitucionalmente, ao requerer vistas dos autos para tomar ciência de todas as informações que geraram o procedimento/processo fiscal, incluindo o dossiê de fiscalização, se mostra totalmente nulo o presente lançamento fiscal.(...)

- Assim, foi negado à impugnante qualquer forma de defesa, que feriu seus direitos assegurados constitucionalmente, devendo ser reconhecida a nulidade do presente lançamento fiscal ora combatido.

Do não preenchimento dos requisitos do artigo 42 da Lei nº 9.430/96

- Não bastasse a prática irregular de quebra de sigilo bancário, a fiscalização sequer apreciou os indícios de provas obtidos pela fiscalização, quais sejam os créditos realizados nas contas como forma de pagamento ou recebimento de despesas dos clientes, entre outras, provas estas que apresentadas à fiscalização, simplesmente foram desprezadas, o que ofende o princípio do contraditório, o princípio da verdade material e a instalação de um regime de exceção, pelo qual uma movimentação financeira justificada significa renda e um contrato não significa nada.

•Assim, a fiscalização desprezou totalmente as provas e declarações obtidas e açodadamente, sem qualquer fiscalização ou investigação mais profunda, empreendeu interpretação em face de alguns poucos indícios que obteve com a movimentação financeira, em desrespeito ao princípio da verdade material e em ofensa, novamente, ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa. (...)

•Portanto, diante da falta de preenchimento dos requisitos do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, deve ser desconsiderada a presunção de omissão de receita realizada pela fiscalização, com o consequente reconhecimento da nulidade do presente lançamento ora debatido.

Do mérito

Da irregular quebra do sigilo bancário

•A fiscalização não poderia lançar mão da quebra do sigilo bancário da impugnante pelo fato de ofensa às garantias pétreas do art. 5º da Constituição Federal. (...)

•Pergunta-se por que houve a quebra de sigilo bancário da impugnante. Em sua modesta atividade comercial não ostenta sinais de riqueza, não tem vida desregrada, não é vista na sociedade como empresa de muitas posses. Note-se, inclusive, que nem mesmo a fiscalização encontrou bens de sua propriedade que justificassem uma fiscalização mais aguda em face de renda não declarada.

•E pior, ao verificar os extratos bancários, percebe-se que a impugnante não possuía sequer saldo bancário positivo, para justificar a tributação ora refutada.

•A única coisa que levou a fazenda a fiscalizar a impugnante foi a sua movimentação financeira.

•Portanto, o ato de quebra de sigilo bancário não tem como motivação fatos relevantes que demonstrassem aumento patrimonial em face das movimentações financeiras. E para que isso fique bem claro, a norma matriz da incidência do Imposto de Renda não tem como fato gerador a movimentação financeira, mas a renda, a renda que traz aumento patrimonial.

•Não há, portanto, qualquer pressuposto de fato que confira à Fazenda a motivação para a quebra do sigilo bancário e consequentemente para o lançamento do tributo.

Da vedação de utilização de prova ilícita •É incontroverso que as provas obtidas ou produzidas de forma ilícita são inadmissíveis no processo, seja judicial, seja administrativo, não sendo hábeis para demonstrar a verdade dos fatos.

•Nesse contexto inserem-se as provas obtidas com violação aos direitos e garantias constitucionais, porquanto viciadas desde a sua origem. (...)

•Diante do exposto, o auto de infração consubstanciado em levantamento fiscal que constatou a ocorrência do fato gerador e apurou o IRPJ e seus reflexos com

base em dados ilicitamente obtidos é contrário ao ordenamento constitucional que fulmina de nulidade a prova em questão. (...)

Da falta de prova e da incoerência lógica da presunção de faturamento/lucro (...)

- A fiscalização não cumpriu com o seu onus probandi ao trazer aos autos apenas presunções da ocorrência de lucro (faturamento) da impugnante que demonstram a falta de materialidade dos fatos ocorridos, ou seja, não restou demonstrado que os valores constantes em conta corrente são referentes ao faturamento bruto (lucro) do contribuinte.

- As provas utilizadas pela fiscalização estão eivadas de vícios, ou sejam, não demonstram com exatidão que os valores ali lançados se trata realmente dos valores constantes nas contas correntes da impugnante, por conta dos erros nos arquivos eletrônicos.

- Portanto, ante a falta de prova robusta ou mesmo indícios legais da ocorrência da suposta omissão de rendimentos, o presente lançamento tributário deve ser cancelado.

(...)

- E mais, entre o fato conhecido (movimentação financeira) e o fato desconhecido (a materialidade da ocorrência de faturamento e lucro) deveria haver uma correlação segura e direta, não podendo haver dúvidas sobre a materialização dessa correlação. Não ocorrendo, percebe-se que o artifício legal resulta indevido por absoluta inadequação do conceito jurídico escolhido para sua concreção. A simples prova de que a movimentação financeira não é renda direta desqualifica a presunção realizada pela fiscalização ao atribuir os valores de faturamento e lucro, nos exercícios de 2006 e 2007.

- O lançamento está eivado de vícios, tendo em vista que o fisco somente presume a ocorrência de faturamento e lucro, haja vista que não possuem qualquer correlação lógica e direta os depósitos realizados em conta corrente com o fato da existência.

Da ilegalidade do lançamento de PIS/Cofins – exclusão do ICMS

(...)

- Ante a inconstitucionalidade da PIS e da COFINS, requer-se a realização de nova apuração sem o acréscimo na base de cálculo da parcela referente ao ICMS.

Da revogação da multa do artigo 44, I, parágrafo 2º, da Lei nº 9.430/96 de 112,5% para 50%

(...)

- Sendo a atividade administrativa de lançamento vinculada, a autoridade competente deverá atentar para todas as normas do sistema de direito positivo para construir a norma de incidência, processar o fenômeno da subsunção e,

então, expedir a norma individual e concreta com todos os requisitos exigidos em lei.

- Desta forma, a revogação do tipo legal que fundamentou o lançamento, com a nova redação ao art. 44 da Lei nº. 9.430/1996, torna-se fato imponível da norma que emana do art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional.

Da inexistência da infração prevista no artigo 71 da Lei nº 4.502/64.

(...)

- Logo, não houve intenção da impugnante em sonegar, todo o lançamento decorre de mera presunção interpretativa levada a efeito pelo fisco.

- Diante do exposto, estando devidamente demonstrado que a impugnante não preenche os requisitos do artigo 71 da Lei 4502/64 (sonegação), se mostra totalmente indevida a multa agravada, disposta no § 1º, I, do artigo 44, da Lei 9.430/96.

Do não preenchimento da regra-matriz de incidência do IRPJ, CSLL, Cofins e PIS • A fiscalização ao presumir que a movimentação financeira ocorrida nas contas bancárias da impugnante é lucro ou faturamento, feriu o princípio constitucional da capacidade contributiva, princípio este ligado à base de cálculo do IRPJ e reflexos. (...)

- Portanto, se mostra totalmente indevida o lançamento ora proposto pela fiscalização, pois em nenhum momento ficou demonstrado que a impugnante teve algum ganho patrimonial, pelo contrário, os próprios extratos bancários utilizados pelo Fisco, demonstram que a impugnante sempre teve as contas negativas, descaracterizando por completo a presunção de lucro e faturamento realizada pela fiscalização.

- Assim, demonstrado que a impugnante não preencheu a regra-matriz de incidência tanto do IRPJ como dos reflexos (CSLL, PIS E COFINS), o presente lançamento tributário deve ser cancelado.

Da exclusão dos sócios como responsáveis solidários • O agente fiscal entendeu por bem incluir como responsáveis pelo crédito tributário os sócios da impugnante, nos termos dos artigos 121 e 135 do Código Tributário Nacional, sem demonstrar nos autos a ocorrência dos requisitos autorizadores para direcionamento da responsabilidade para esses pelos créditos tributários. (...)

- Logo, a fiscalização não cumpriu com o seu onus probandi ao demonstrar que qualquer dos sócios tenha agido com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, que demonstram a falta de materialidade dos fatos ocorridos, ou seja, não restou demonstrada a legalidade de suas inclusões como responsáveis solidários.

- Requer-se a exclusão dos sócios do polo passivo da presente demanda como responsáveis solidários, ante a ausência de prova concreta sobre alguma conduta indicada no artigo 135, do CTN.

Do excesso na cobrança dos valores acessórios

(...)

Exigir a multa de 150% é o mesmo que utilizar o tributo com efeito de confisco, o que é totalmente vedado pelo texto constitucional. O art. 150, inciso IV, da Constituição Federal determina de forma expressa que é vedado utilizar tributo com efeito de confisco. (...)

- Concluindo, ao aplicar tais multas, a fiscalização desrespeita a capacidade econômica do contribuinte e utiliza multa, com efeito, de confisco, motivo pelo qual merece ser acolhido o presente.

Da incidência de juros moratórios nos termos do artigo 161, § 1º, do CTN

(...)

- O seu artigo 1º, a par de sua destinação positivada, veicula um preceito principiológico, qual seja que os juros de mora estão vinculados às disposições do Direito Privado ao qual o Direito Tributário deve se ater quando de sua incidência. Desta forma muitas são as normas que limitam o campo de aplicação dos juros moratórios, exemplo das Leis nºs 4.595, de 31.12.64, e 4.986, de 18.05.66, bem como o Decreto nº. 22.626, de 07.04.93, citado no recurso.

- Diante dessas disposições, entende-se que o parágrafo 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional, ao estabelecer os juros moratórios a 1% ao mês, o fez como limite máximo de aplicação, que deve ser atendido pelas autoridades tributárias.

Da conclusão e do pedido •O auto de infração apresenta nulidades insuperáveis, seja do ponto de vista do cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório, seja, ainda, pela completa desconexão entre os fatos narrados e os fatos realmente ocorridos.

- De outro lado, ingressando no mérito dos valores considerados como créditos pertencentes à impugnante para efeito de incidência do IRPJ e reflexos na forma do art. 42 da Lei 9.430/96, bem como da incidência de multa regulamentar, ficou demonstrado à saciedade que tais valores não ingressaram para o patrimônio da impugnante, não sendo lucro ou faturamento seu que pudesse ensejar a incidência da referida norma, razão pela qual requer sejam excluídos da base de cálculo do lançamento.

- Em face dos argumentos expendidos, o impugnante requer o regular conhecimento e remessa para a competente Delegacia da Receita Federal de Julgamento, com o fim de que seja julgada integralmente procedente a impugnação, e seja extinto o crédito tributário, com o consequente arquivamento do Processo Administrativo dele decorrente. (...)

Impugnação apresentada pelos sujeitos passivos autuados como responsáveis solidários

Do lançamento tributário

- Pretende o auto de infração imputar lucro (não declarado) à autuada, por conta de movimentação financeira, tendo como base fática as movimentações realizadas nas contas-correntes da autuada junto a instituições financeiras. Ressalte-se que tais contas sofreram a irregular quebra de sigilo bancário, conforme confirmado pela própria fiscalização a fls. 3 do termo de constatação.

- Além disso, inusitadamente, a agente fiscal entendeu por bem incluir como responsáveis solidários pelo débito seus sócios e outras empresas, nos termos dos artigos 121, 133 e 135 ambos do Código Tributário Nacional.

Dos fatos

- Em 03/03/2009, as pessoas físicas Faissal Habka, Farize Habka e Fadel Habka cederam/venderam suas quotas sociais que mantinham junto à empresa Futurama Supermercado Ltda para o sócio remanescente ELIAS BRAHIM pelo valor de R\$ 600.000,00 para cada sócio.

- Diante da venda das quotas o sócio remanescente Elias Brahim, no intuito de ressarcir os sócios retirantes no valor de R\$ 1.800.000,00 cedeu o uso da marca “Futurama” para que o utilizassem nas lojas acima identificadas.

- Entretanto, os impugnantes receberam pela via postal intimação, tendo por objeto o auto de infração, sob o argumento de que a fiscalização concluiu que a empresa autuada omitiu rendimentos e conseqüentemente deixou de recolher aos cofres públicos IRPJ e seus reflexos, bem como não apresentou documentos fiscais solicitados nas notificações emitidas.

- Além disso, os impugnantes ficaram ainda mais indignados ao constatarem que foram inclusos como responsáveis solidários pelo crédito, de acordo com o “Termo de Sujeição Passiva”, sendo que a empresa autuada se encontrava em plena atividade na cidade de Diadema, conforme se verifica pelas próprias informações tecidas pela auditora fiscal.

- Os impugnantes demonstrarão que as suas inclusões no polo passivo como responsáveis pelo crédito é flagrantemente ilegal e arbitrária.

Da defesa referente à inclusão indevida dos impugnantes Do cerceamento do direito à ampla defesa e do contraditório – falta de motivação • A simples análise do termo de sujeição passiva e do auto de infração revela que os impugnantes foram inclusos com responsáveis, mas sem qualquer fundamentação ou mesmo a conclusão para inclusão no polo passivo.

- Ora, tais fatos demonstram a insubsistência da inclusão dos impugnantes no polo passivo como responsáveis tributários, pois, ao se admitir tal inclusão se ferirá os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. (...)

- Assim, diante da flagrante ofensa aos princípios da ampla defesa e contraditório, requer-se a exclusão dos impugnantes ante a falta da indicação dos reais motivos que levaram à conclusão da fiscalização para incluí-los como responsáveis solidários pelo crédito, uma vez que não consta, no corpo do lançamento

tributário, indicação do motivo que originou a inclusão dos impugnantes no polo passivo.

- A simples alegação que os sócios possuem interesse, ao gerar pela fiscalização a presunção de solidariedade passiva, está nítido que estamos diante de alegações levianas da Sra. Auditora e sem qualquer fundamentação jurídica ou fática para tanto e não possui qualquer nexos com a realidade.

- Logo, se mostra totalmente indevida a inclusão dos impugnantes no polo passivo do lançamento em apreço, ante a falta de indicação de elementos que demonstram de forma irrefutável a ocorrência dos requisitos exigidos pela legislação tributária.

Da exclusão dos impugnantes como responsáveis solidários do lançamento

- A agente fiscal não logrou êxito em justificar a inclusão das impugnantes como solidariamente responsáveis, tendo meramente referenciado o interesse comum, caracterizado pela idêntica composição do quadro societário dessas empresas, pelo uso da marca Futurama pelo motivo de que a constituição social de cada uma dessas pessoas jurídicas decorreu do encerramento das filiais do Futurama Supermercado Ltda.

- Não ficou demonstrado, quiçá por provas irrefutáveis, que as pessoas arroladas como responsáveis solidárias teriam qualquer interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. (...)

- Requer-se a exclusão dos sócios impugnantes do polo passivo, ante a falta de prova concreta sobre alguma conduta indicada no “caput”, do artigo 135, do CTN, bem como, pela falta de motivação para sua inclusão, bem como, por conseguinte, das demais empresas onde esses figuram em seu quadro societário. (...)

Da não ocorrência da responsabilidade das demais empresas •A responsabilidade por sucessão tributária em razão de aquisição de fundo de comércio está tratada no Código Tributário Nacional no artigo 133, incisos I e II. (...)

- Logo a fiscalização não cumpriu com o seu onus probandi ao trazer aos autos apenas presunções, despidas de qualquer fundamentação legal minimamente plausível a justificar a responsabilização solidária das impugnantes, fatos esses que demonstram a falta de materialidade dos fatos ocorridos.

- Mostra-se indevida e arbitrária a inclusão das defendentes como responsáveis pela autuação, haja vista ser estranha à relação obrigacional traduzida pelo art. 133 ou pelos referenciados artigos 121 e 124 do Código Tributário Nacional, devendo ser excluídas como responsáveis solidárias.

Da não responsabilização dos impugnantes pelas multas fiscais (...)

- Sobre a responsabilidade dos impugnantes pelas multas aplicadas aplica-se o mesmo fundamento apresentado no item anterior. (...)

•Assim, por todos esses motivos, oriundos de uma interpretação sistemática dos diversos dispositivos legais consagrados pelo próprio CTN, conclui-se que a responsabilidade tributária dos sucessores, consagrada especificamente no artigo 133 do Código Tributário Nacional, não compreende as multas, alcançando apenas os tributos devidos pelo sucedido.

•Não bastasse arcar com a “penalidade” dos tributos, penalizar novamente o sucessor, com o pagamento das multas fiscais devidas pelo antecessor, seria realmente ferir os ditames da equidade e do bom senso, integrantes e indissociáveis da ideia de Justiça.

•Diante do exposto requer-se a exclusão das multas em relação aos impugnantes.

Da impugnação do lançamento

•Na seção da impugnação intitulada “IV-Da impugnação do lançamento”, a defesa reitera textualmente todo o conteúdo da impugnação anterior, tanto no concernente a questões que considera como preliminares, como nas questões que considera dizerem respeito ao mérito do lançamento fiscal. A única mudança que se observa é que, nas orações em que aparece na impugnação anterior o sujeito “impugnante”, este é substituído pela expressão “autuada”. Assim, torna-se desnecessário relatar novamente aqui o conteúdo dessa fração da impugnação, que vai do fim da sua página 33 à primeira metade da página 118, limitando-se a fazer remissão à seção deste relatório que se ocupa do conteúdo respectivo da primeira impugnação.

Da conclusão e do pedido

•Conclui-se, desta forma, que o auto de infração, ora impugnado, apresenta nulidades insuperáveis, seja do ponto de vista do cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório, seja, ainda, pela completa desconexão entre os fatos narrados e os fatos realmente ocorridos.

•De outro lado, ingressando no mérito dos valores considerados como créditos pertencentes à autuada para efeito de incidência do IRPJ e reflexos na forma do art. 42 da Lei 9.430/96, ficou demonstrado à sociedade que tais valores não ingressaram para o patrimônio da autuada não sendo lucro ou faturamento seu que pudesse ensejar a incidência da referida norma, razão pela qual requer seja excluídos da base de cálculo do lançamento.

•Além disso, os impugnantes demonstraram que a inclusão no polo passivo como responsáveis solidários pelos créditos tributários, afrontam diversos dispositivos constitucionais e legais, em especial os artigos 133 e 135 ambos do CTN.

•Portanto, em face dos argumentos expendidos, os impugnantes requerem o regular conhecimento e remessa para a competente Delegacia da Receita Federal de Julgamento, com o fim de que seja julgada integralmente procedente a presente impugnação, e seja reconhecida a ilegal e arbitrária inclusão dos defendentes como responsáveis tributários solidários, bem como a extinção do

crédito tributário, com o conseqüente arquivamento do processo administrativo dele decorrente. (...)

- Por fim, pugnam porque todas as futuras publicações e intimações inerentes ao presente feito sejam efetuadas em nome do advogado Laércio Benko Lopes, sob pena de nulidade processual dos atos realizados (art. 236, §1º, CPC), procedendo-se às anotações de estilo, incluindo seu nome na contracapa dos autos.”

Por sua vez, 3ª Turma da DRJ/BHE, ao apreciar a questão, prolatou o Acórdão nº 02-65.710 julgando improcedente a Impugnação apresentada, cuja ementa segue transcrita:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010

ARBITRAMENTO DE LUCROS

Será arbitrado o lucro do contribuinte cuja escrituração contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para determinar o lucro real.

LANÇAMENTOS DECORRENTES - CSLL - PIS - COFINS - MULTA REGULAMENTAR

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se aos lançamentos que com ele compartilham o mesmo fundamento factual, salvo se houver razão de ordem jurídica que lhes recomende tratamento diverso.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA

Sujeitar-se-á a um acréscimo de 50% no percentual da multa de ofício imposta em razão do lançamento de ofício o contribuinte que deixar de atender intimação dentro do prazo fixado para prestar esclarecimento ou apresentar os livros e os documentos especificados na legislação.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - INTERESSE COMUM

São solidariamente obrigadas as pessoas físicas e jurídicas que tenham, comprovadamente, interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010

ENVIO DE INTIMAÇÕES A INTERESSE DIVERSO DO DOMICÍLIO FISCAL DO SUJEITO PASSIVO

Não existe nenhuma disposição legal que autorize o envio de correspondência ou intimação ao domicílio do advogado do contribuinte, ainda que regularmente

constituído, nem a qualquer outro endereço que não se caracterize como o domicílio fiscal eleito pelo sujeito passivo

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada, o contribuinte apresentou recurso voluntário (e-fls.1954-2045), bem como os responsáveis solidariamente (e-fls. 1849-1953), aduzindo, em síntese, exatamente os mesmos argumentos delineados em sede de impugnação, tanto em relação às preliminares, quanto ao relativos ao mérito da questão.

É o relatório.

VOTO

Conselheira **Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça**, Relatora

Os recursos voluntários apresentados pelo contribuinte (e-fls. 1954-2045) e pelos responsáveis solidários (e-fls. 1849-1953), atendem aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Portanto, deles conheço e passo à apreciação e destaque que ambos serão apreciados concomitantemente.

Conforme já relatado, trata-se de autos de infrações (e-fls. 1.223-1264) para a exigência de IRPJ, CSLL, Cofins e Pis, além dos juros de mora, multas de ofício correspondentes e multa regulamentar pelo descumprimento de obrigação acessória, montante de R\$ 3.089.462,93.

Os autos de infração foram lavrados mediante o arbitramento do lucro realizado com base na receita bruta de revenda de mercadorias, em virtude da falta de apresentação do livro registro de inventário do ano-calendário de 2010, apesar da intimação para apresentá-lo, bem como pela desclassificação da escrituração contábil, por essa não individualizar os lançamentos por documento fiscal e por seus históricos e valores não corresponderem aos documentos indicados, o que impossibilitou apurar o lucro das atividades operacionais e, conseqüentemente, impediu a correta apuração do lucro real.

Houve, ainda, a atribuição de responsabilidade solidária (Termo de Sujeição Passiva Solidária – e-fls. 1300-1302) aos sócios (pessoas físicas) integrantes do quadro social da última alteração contratual registrada na JUCESP e às pessoas jurídicas a seguir relacionadas: JUCESP (FADEL HABKA - CPF 021.940.938-26 (sócio administrador solidário); FAISSAL HABKA - CPF 010.843.068-59 (sócio administrador solidário); FARIZE HABKA - CPF 022.615.608-77 (sócio administrador solidário)) e às pessoas jurídicas SUPERMERCADO SANTO AMARO LTDA - CNPJ 10.830.772/0001-04; SUPERMERCADO SAVANA LTDA - CNPJ 10.887.035/0001-48; SUPERMERCADO GUAICURUS LTDA - CNPJ 10.842.440/0001-40; SUPERMERCADO CÁSPER LÍBERO

LTDA - CNPJ 10.842.429/0001-80; SUPERMERCADO ANGÉLICA LTDA - CNPJ 10.842.431/0001-59; SUPERMERCADO FARIA LIMA LTDA - CNPJ 10.833.715/0001-89.

Referidas pessoas físicas e jurídicas foram arrolados como responsáveis solidários pelo crédito tributário em razão do interesse comum, caracterizado pelo quadro societário das pessoas jurídicas que possuem os mesmos sócios que integram o quadro social do contribuinte, pelo uso da marca Futurama e pelo motivo de que a constituição social de cada uma dessas pessoas jurídicas decorreu do encerramento das filiais do Futurama Supermercado Ltda – CNPJ 68.361.468/0001-45, objeto de procedimento de fiscalização que culminou na formalização do processo nº 19515.722.577/2013-27, no qual se encontram todas as peças probantes dos fatos.

Segue transcrita a ementa do mencionado processo relacionado ao ora em exame:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE RECEITA. REQUISITOS DO ART. 42 DA LEI Nº 9.430/1996. ATENDIMENTO.

A omissão de receita com base em depósitos bancários cuja origem não resta comprovada é uma presunção legal, contra a qual cabe prova em contrário, o que não ocorreu no presente caso, tendo sido plenamente atendidos os pressupostos do art. 42 da Lei nº 9.430/1996, para a verificação da omissão.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. OMISSÃO DE RECEITA. DIPJ, ESCRITAS CONTÁBEIS E COMERCIAIS NÃO APRESENTADAS. DEPÓSITOS EM CONTAS BANCÁRIAS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

O arbitramento é forma de apuração do lucro, com a aplicação de um percentual preferencialmente sobre a receita bruta conhecida, que pode ser, como neste caso, a receita omitida. É técnica legal de apuração válida do lucro do IRPJ e da CSLL, nos casos previstos na legislação.

DECADÊNCIA. NÃO PAGAMENTO.

Quando não ocorre o pagamento não há que se falar de homologação do lançamento, deslocando-se a decadência para o prazo contido no art. 173, inciso I, do CTN. Os lançamentos ocorreram dentro do prazo legalmente previsto.

SÓCIOS ADMINISTRADORES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Os atos infracionais dos sócios que administravam a sociedade durante o período autuado são enquadráveis no artigo 135 do CTN, devendo ser mantida a sua responsabilidade sobre os créditos lançados na presente autuação.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

As empresas, que passaram a funcionar nos mesmos endereços das filiais e matriz, com idêntico modus operandi, estrutura, empregados e mesmo nome fantasia (Futurama), caracterizam-se como sucessoras de fato do contribuinte.

CSLL. PIS. COFINS. DECORRÊNCIA.

Mantém-se os lançamentos da CSLL, do PIS e da COFINS que decorrem dos mesmos fatos que implicaram os lançamentos do IRPJ, dada a relação de causa e efeito existente entre eles.

Especificamente no tocante dos autos sob exame, em que pese os argumentos dos Recorrentes em suas impugnações, a DRJ rejeitou todas as nulidades arguidas, indeferiu o pedido de encaminhamento de intimações e notificações a endereço diverso do domicílio fiscal do sujeito passivo, manteve integralmente o vínculo de responsabilidade dos sujeitos passivos solidários, bem como o lançamento de IRPJ, de contribuição para o PIS, de Cofins e de CSLL, inclusive os juros de mora e as multas de ofício correspondentes e o lançamento de multa regulamentar pelo descumprimento de obrigação acessória.

Já em sede recursal, tanto contribuinte, quanto os responsáveis solidários ratificaram o arrazoadado (preliminar e mérito) trazido à baila quando da oferta de suas impugnações, que podem assim ser resumidos:

o auto de infração apresentaria nulidades insuperáveis, seja do ponto de vista do cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório, seja, ainda, pela completa desconexão entre os fatos narrados e os fatos realmente ocorridos;

no tocante ao mérito dos valores considerados como créditos pertencentes à Recorrente para efeito de incidência do IRPJ e reflexos, na forma do art. 42 da Lei 9.430/96, bem como da incidência de multa regulamentar, teria sido demonstrado sobejamente que tais valores não ingressaram em seu patrimônio, não sendo lucro ou faturamento que pudesse ensejar a incidência da referida norma;

requereu a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins e do Pis ante a inconstitucionalidade, já reconhecida, da questão;

alegou que houve a revogação do tipo legal que fundamentou o lançamento da multa do art. 44 da Lei nº. 9.430/1996, tornando-se imprescindível sua redução de 112,5% para 50% e que estaria comprovado que a Recorrente não preenche os requisitos do artigo 71 da Lei 4502/64 (sonegação), se mostrando, destarte, totalmente indevida a multa agravada, disposta no § 1º, I, do artigo 44, da Lei 9.430/96;

argumentou a ilegalidade da aplicação de juros de mora com base na Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia para Títulos Federais.

em relação aos responsáveis solidários, reiterou-se, textualmente, todo o conteúdo da impugnação anterior, tanto no concernente a questões que considera

como preliminares, como nas questões que considera dizerem respeito ao mérito do lançamento fiscal (principal e acessórios), acrescentando-se o argumento de que sua que a inclusão no polo passivo como responsáveis solidários pelos créditos tributários, afrontam diversos dispositivos constitucionais e legais, em especial os artigos 133 e 135 ambos do CTN.

Assim, como os recursos voluntários (do contribuinte e dos responsáveis solidários) tão somente repisou a fundamentação constante das impugnações, não havendo nenhum argumento ou documento que justifique uma nova visão dos fatos, e por entender que a decisão *quo* analisou detalhadamente a matéria, **ADOTO EM PARTE** as razões de decidir as externadas pela decisão recorridas, que ora, **PARCIALMENTE** ficam confirmadas, valendo-me da prerrogativa inserta no art. 50, inciso V e § 1º, da Lei nº 9.784/1999 c/c art. 114, § 12, inciso I, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023, como a seguir reproduzido:

“PRELIMINARMENTE

(...)

Arguição de nulidades

Arguição de cerceamento de defesa

Os impugnantes, por meio de extensa argumentação invocando o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, além de fartas citações doutrinárias e princípios jurídicos, queixam-se de que seu direito de defesa foi cerceado, porque, enquanto estava em curso a ação fiscal, a autuada, após receber a notificação de fornecimento de documentos fiscais, em especial seus extratos bancários, solicitou à Delegacia da Receita Federal cópia integral do processo administrativo e dos documentos que “materializaram” a notificação, para possibilitar a análise deles. Contudo, prosseguem os impugnantes, a fiscalização se manteve inerte, não autorizando acesso aos autos, o que efetivamente ocorreu somente em meados de julho do ano passado, ocasião na qual lhe foram exibidos documentos esparsos, sem que houvesse sua autuação ou organização em ordem cronológica.

A arguição de cerceamento de defesa, porém, não se sustenta, pois se funda numa série de equívocos, factuais e jurídicos.

No tocante aos fatos alegados de maneira equivocada, cabe salientar inicialmente que, embora a defesa afirme que teriam sido carreadas aos autos inúmeras petições pelas quais se teria solicitado acesso ao procedimento administrativo, em verdade, juntamente com a impugnação não foi trazido aos autos nenhum documento de semelhante teor. Uma única petição com pedido dessa natureza encontra-se a folhas 856 a 863, a qual foi apresentada ainda durante a ação fiscal, em 04/07/2013. Depois dessa ocasião, a julgar pelo que consta nos autos, não foi formulada nenhuma outra solicitação de acesso aos papéis acumulados pela fiscalização no procedimento de auditoria em curso.

Em segundo lugar, é inverídica a afirmação de que a solicitação de acesso aos autos teria sido provocada por uma suposta requisição, por parte da fiscalização, de que fossem apresentados os extratos bancários da autuada. Em verdade, o exame cuidadoso de todas as intimações e reintimações fiscais efetuadas até então revela com absoluta certeza de que em nenhuma delas houve a requisição de documentos relativos à movimentação bancária da autuada.

O terceiro erro factual da defesa diz respeito ao grau de efetividade do acesso aos documentos reunidos pelo procedimento fiscal que a fiscalização proporcionou à autuada. Conforme termo de constatação e reintimação fiscal a folhas 921 a 922, a fiscalização cientificou a autuada de que, bastando que houvesse agendamento e que a autuada se fizesse representar por procurador devidamente habilitado, o estavam a sua disposição todos os livros, peças e termos lavrados até então no curso da auditoria fiscal. Esse termo, datado de 06/09/2013, foi recebido pela autuada, por via postal, em 11/09/2013.

Por fim, o erro factual mais evidente cometido pela defesa é demonstrado a folhas 928 a 929, onde se encontra termo de constatação datado de 26/09/2013. Nesse termo, relata-se que naquela data se deu vista do procedimento administrativo à empresa então sob fiscalização, a qual, por meio de seu procurador, fotografou todas as peças anexadas ao procedimento, o que inclui todos os termos fiscais lavrados, as respostas dadas pelo contribuinte, bem como os dados da empresa constantes dos bancos de dados da Receita Federal e relativos ao período sob fiscalização (DIPJ, DCTF, Dacon, Sinal08, Dimof, Decred).

Acrescenta-se que também foram apresentados ao procurador todos os livros da empresa que haviam sido entregues à fiscalização, cujas capas e termos de abertura e de encerramento foram todos igualmente fotografados pelo procurador. A assinatura deste procurador acha-se no encerramento do termo de constatação, por meio da qual ele confirma os fatos narrados.

Portanto, é falsa a afirmação de que à autuada não foi franqueado livre acesso aos registros documentais do procedimento fiscal quando o foi por ela solicitado.

Contudo, ainda que a fiscalização não tivesse dado assentimento a tal pretensão, nem assim haveria cerceamento ao direito de defesa. Ocorre que, enquanto durar a ação fiscal e antes de que se faça exigência formal de crédito tributário ou restrinja direitos do contribuinte, nenhuma norma obriga a autoridade administrativa a que forneça ao contribuinte o acesso aos documentos, papéis, dados e informações acaso reunidas e que venham a servir de fundamento ou elemento de prova em futura formalização do crédito tributário por meio de lançamento de ofício. O procedimento de fiscalização é inquisitorial, e não se sujeita ao contraditório. Durante essa fase do procedimento administrativo, a interação entre fisco e contribuinte faz-se apenas no interesse daquele, de modo que lhe cabe franquear ao segundo apenas as informações

necessárias e suficiente para que ele cumpra o seu dever de colaboração com a autoridade fiscal, prestando os esclarecimentos e fornecendo os livros, documentos e dados que lhe forem solicitados.

É certo que cerceamento do direito de defesa assegurado constitucionalmente é fenômeno passível de ocorrência após a formalização de exigência fiscal. A razão é que o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal assegura apenas aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes. Uma vez que não existe litigante sem que haja litígio, somente quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo é que surge para o contribuinte acusado de cometer alguma infração, ou do qual se exija o cumprimento de uma obrigação tributária, o direito à ampla defesa e ao contraditório. Sujeitar-se à fiscalização não implica estar em litígio com a Fazenda Pública, pois a condição de contribuinte implica ter de fornecer à fiscalização todas as informações, dados, livros e documentos associados ao fato gerador da obrigação tributária.

Tanto é assim que o artigo 14 do Decreto nº 70.235, de 1972, dispõe que é a impugnação da exigência fiscal que instaura a fase litigiosa do procedimento. E o seu artigo 59, inciso II, reconhece como causa de nulidade apenas a preterição do direito de defesa que se der no ato proferir uma decisão ou um despacho. As intimações fiscais para prestar esclarecimentos e as que colocam o contribuinte sob ação fiscal, e até mesmo a lavratura do auto de infração caracterizam atos decisórios, pois apenas constituem medidas que comunicam ao contribuinte o exercício pela autoridade administrativa do seu poder de fiscalizar e formalizar o crédito tributário que julgar devido.

Assim, seja no aspecto puramente factual, seja no aspecto puramente jurídico, a arguição de cerceamento de defesa não se sustenta. Daí se segue também que se cumpre rejeitar a postulação de que, a esse pretexto, seja declarado nulo o lançamento.

Arguição de nulidade por falta de preenchimento de requisitos do artigo 42 da Lei nº 9.430/96

O artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, institui a presunção legal de omissão de receita em virtude da falta de comprovação da origem de créditos em contas bancárias.

Portanto, somente faria sentido alegar que houve violação de algum requisito formal imprescindível estabelecido nessa a norma em causa se o lançamento em questão tivesse como motivação a apuração de omissão de receita caracterizada pela presunção legal referida.

Contudo, o termo de verificação fiscal não imputa nenhuma omissão de receita presumida em virtude da falta de comprovação de crédito em conta bancária. As exigências fiscais relativas ao IRPJ e à CSLL decorrem unicamente do arbitramento do lucro da atuada. E a base de cálculo do lucro arbitrado

tampouco teve como componente omissão de receita presumida por falta de comprovação da origem de crédito em conta bancária, mas sim a receita bruta declarada pela própria atuada ao fisco estadual paulista.

Com efeito, no auto de infração está manifestamente claro que o arbitramento se fez em virtude da falta de apresentação do livro registro de inventário do ano-calendário de 2010, apesar da intimação para o apresentar, e também em virtude da desclassificação da escrituração contábil, por esta não individualizar os lançamentos por documento fiscal e por seus históricos e valores não corresponderem aos documentos indicados, o que impossibilitou apurar o lucro das atividades operacionais e, conseqüentemente, impediu a correta apuração do lucro real. Como enquadramento legal do arbitramento citou-se o artigo 530, inciso I, inciso II, alínea “b”, e inciso III, do RIR 1999), disposições legais que nenhuma referência fazem a omissão de receita em virtude de falta de comprovação de créditos em conta bancária.

Portanto, é inteiramente despropositada e sem nenhuma pertinência com o presente litígio toda a arguição que os impugnantes fazem a respeito da suposta falta de cumprimento de requisitos formais prescritos pelo artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

Pela mesma razão, cumpre rejeitar a postulação de que o lançamento seja declarado nulo a pretexto da arguição discutida nesta subseção.

MÉRITO

Arguições ditas de mérito pelos impugnantes

Arguição de irregular quebra de sigilo bancário e de utilização de prova ilícita

Os impugnantes mais uma vez se equivocam ao dedicar considerável parte de sua defesa a contestar procedimento que a fiscalização não adotou. Segundo se queixam, teria havido quebra irregular do sigilo bancário da atuada, em virtude de a fiscalização supostamente ter usado informações de suas contas bancárias para apurar omissão de receita, sem que antes obtivesse autorização judicial para tanto. Objetam, com o mesmo argumento, de que teria havido violação do princípio constitucional que veda o uso de prova ilícita.

Todavia, conforme já demonstrado em subseção precedente deste voto, a fiscal atuante em nenhum momento recorreu a dados bancários para efetuar o lançamento.

Não consta dos autos nem sequer uma intimação para que a atuada, durante a auditoria fiscal, fornecesse dados ou documentos relativos a sua movimentação bancária. Não foi imputada nenhuma omissão de receita que tenha como fundamento legal o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Em realidade, as exigências fiscais decorrem de arbitramento de lucro, motivado por omissões e deficiências da escrituração mercantil e fiscal da atuada, e o lucro arbitrado teve

como base de cálculo a receita bruta declarada pela atuada ao fisco estadual paulista.

Assim, considera-se prejudicada toda a argumentação dos impugnantes que se baseia na errônea premissa de que o fisco teve acesso aos dados bancários da atuada e deles se valeu para efetuar o lançamento. Também pela mesma razão, torna-se ocioso analisar ponto a ponto o extenso arrazoado desenvolvido pela defesa a respeito do assunto.

Cumprido, pois, rejeitar as postulações de que o lançamento seja improcedente, a pretexto de que teria havido quebra irregular do sigilo bancário da atuada ou de que o fisco teria usado prova obtida ilícitamente.

Arguição de falta de prova e de incoerência lógica entre presunção de faturamento e lucro

A exemplo das arguições analisadas nas duas subseções precedentes, esta se constrói sob a errônea premissa de que o lançamento de ofício imputa omissão de receita presumida pela falta de comprovação da origem de créditos em conta bancária. A tese defendida na impugnação é de que, para que se caracterize a omissão de receita, não basta à fiscalização demonstrar que o contribuinte não logrou comprovar a origem de depósitos em sua conta bancária, mas também que existe um nexo causal entre esse depósito e a obtenção de receita ou de acréscimo patrimonial.

A tese não se sustenta quando confrontada com a legislação, haja vista o disposto no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, que institui a presunção legal de omissão de receita, segundo o qual deve-se tributar como omissão de receita os créditos em conta bancária cuja origem não seja comprovada. Admitir como válido o raciocínio da impugnação equivaleria a tornar inócuo o texto legislativo, que expressamente inverte o ônus da prova e que por consistir em presunção legal tem precisamente o efeito de dispensar a fiscalização de fazer prova direta da omissão.

De qualquer forma, o debate a respeito desse assunto não tem lugar no presente litígio, visto que, conforme já demonstrado nas subseções precedentes deste voto, a fiscalização não imputa à atuada nenhuma prática omissão de receita em virtude da falta de comprovação da origem de créditos em conta bancária.

Por conseguinte, cumpre rejeitar a postulação de que o lançamento seja julgado improcedente a pretexto de que o fisco não teria comprovado o nexo causal entre os créditos bancários e a obtenção de faturamento ou lucro.

(...)

Arguição de não preenchimento da regra-matriz de incidência do IRPJ, CSLL, Cofins e PIS

Numa seção da defesa dedicada ao tema em epígrafe, os impugnantes arguem que a fiscalização ao presumir que a movimentação financeira ocorrida nas contas bancárias da impugnante é lucro ou faturamento, feriu o princípio constitucional da capacidade contributiva, princípio este ligado à base de cálculo do IRPJ e reflexos.

Apesar de a argumentação ser extensa e enriquecida com inúmeras citações doutrinárias, a tese dos impugnantes não se sustenta.

Mais uma vez, como se mostra recorrente em sua defesa, os impugnantes se equivocam quanto à motivação factual do lançamento, pois adotam a premissa errônea de que as exigências fiscais decorrem da apuração de omissão de receita presumida em virtude da falta de comprovação de créditos em conta bancária. A simples leitura do termo de verificação fiscal e dos autos de infração permite que se verifique de imediato e sem nenhum esforço que a motivação de fato do lançamento é o arbitramento do lucro da auçada e que para tanto o fisco adotou como base de cálculo a receita bruta declarada pela própria auçada ao fisco estadual.

Na motivação do lançamento de ofício, e nem mesmo nas intimações fiscais expedidas durante o trabalho de auditoria, não há a mínima alusão a movimentação bancária.

O erro factual cometido pelos impugnantes já seria suficiente para rejeitar liminarmente os seus argumentos. No entanto, eles não saem melhor quando se considera o seu aspecto puramente jurídico. A presunção legal de omissão de receita em virtude da falta de comprovação da origem dos créditos em conta bancária é estabelecida pelo artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, norma que se encontra plenamente em vigor e que já mais foi declarada inconstitucional pelo STF em decisão com efeito erga omnes. Logo, adotar a tese dos impugnantes implicaria negar validade a disposição legal expressa e que faz parte do ordenamento vigente, a pretexto de que seria inconstitucional ou de que violaria normas de hierarquia superior. Todavia, conforme já explanado exaustivamente em seções precedentes deste voto, é vedado à autoridade administrativa deixar de aplicar norma plenamente em vigor, sob pena de responsabilização funcional.

Por conseguinte, cumpre rejeitar a arguição dos impugnantes e concluir que não cabe fazer nenhum reparo no crédito tributário lançado em virtude da matéria de que trata esta subseção do voto.

Arguições contrárias à cobrança dos acréscimos legais (juros e multa)

Tratando especificamente dos acréscimos legais e das multas, os impugnantes alegam excesso ou impropriedade na sua cobrança, arguindo a violação de diversos princípios constitucionais e de normas de hierarquia superior. Recorrem também a opiniões doutrinárias que acreditam amparar suas postulações.

Como é recorrente na presente defesa, também ao contestar o percentual dos juros de mora e da multa de ofício, os impugnantes cometem uma série de erros factuais.

Só para mencionar alguns dos equívocos mais flagrantes, os impugnantes opõem-se à atualização do débito pela Ufesp (índice de correção instituído pelo Estado de São Paulo, que não se aplica ao crédito tributário devido à União Federal), à imposição da multa de ofício no percentual de 150% (ao passo que os autos de infração exigem multa no percentual de 112,5%) e a uma suposta cobrança de pesada e abusiva multa sobre IRPF – imposto de renda da pessoa física (ao passo que consta dos autos lançamento tão-somente de IRPJ, CSLL, Cofins e contribuição para o PIS).

Mas ainda que fossem relevados os erros materiais, nem assim lograriam êxito as demais arguições dos impugnantes.

No concernente a esses assuntos, os impugnantes não contestam os fatos narrados pela autuante, nem argui erro nos cálculos dos montantes lançados. Suas objeções resumem-se aos aspectos jurídicos, mas ainda assim não aponta nenhum erro de aplicação da legislação tributária pela autuante no que diz respeito quer seja à interpretação, quer seja ao enquadramento legal.

Em verdade, sua argumentação constrói-se atacando a própria legislação tributária que serve de fundamento jurídico para o lançamento. Sustenta, em resumo, que são ilegais e contrárias à Constituição Federal e ao CTN as disposições legais que estabelecem a multa de 75% para os lançamentos de ofício (acrescida de 50%, pela falta de atendimento no prazo de intimação fiscal para prestar esclarecimentos e apresentar documentos) e o emprego da taxa Selic para o cálculo dos juros de mora.

Contudo, as arguições dos impugnantes não vingam nesta instância de julgamento e constituem questões que deveriam ser enfrentadas pelo legislador ordinário, e não pelos agentes do fisco.

O artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, estipula expressamente a taxa Selic como parâmetro para fixação dos juros de moratórios. O percentual de 75% da multa pelo lançamento de ofício é o cominado taxativamente pelo artigo 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996. O § 2º desse mesmo artigo estipula um acréscimo de 50% no percentual da multa de ofício na hipótese de o contribuinte deixar de atender, dentro do prazo fixado, as intimações fiscais para prestar esclarecimentos ou apresentar documentos. (...)

Ademais, no que concerne aos juros de mora e à aplicação da taxa Selic, o art. 161 do CTN c/c o § 3º do art. 61 da Lei nº 9.430/1996, dispõem que o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora calculados à taxa SELIC.

Inteligência, ainda, das Súmulas CARF nºs 4 e 5:

Súmula CARF nº 4:

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

Súmula CARF nº 5:

São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.

Conseqüentemente, não cabe fazer nenhum ajuste nos valores exigidos de juros moratórios. Já no que concerne à majoração da multa de ofício, abordarei mais à frente. Sigo, assim, adotando as razões do acórdão recorrido quanto à manutenção da atribuição de responsabilidade solidária.

“(…)

Contestação da inclusão de responsáveis solidários no polo passivo do lançamento

As duas impugnações apresentam seções voltadas a contestar a inclusão de responsáveis solidários no polo passivo do lançamento de ofício.

Na impugnação apresentada em nome da pessoa jurídica autuada a seção que trata do assunto está inserida na parte que, de acordo com a divisão efetuada pela própria defesa, diz respeito ao mérito do litígio. Na impugnação apresentada especificamente em nome dos sujeitos passivos autuados na condição de responsáveis solidários, aquela mesma seção se repete com a mesma classificação e lugar. Além disso, apresenta outra divisão dedicada exclusivamente à matéria. Na apreciação que se segue, as arguições são analisadas separadamente, começando-se por aquela que é comum às duas impugnações.

Arguição contra a responsabilização solidária apresentada em ambas as impugnações

Os impugnantes opõem-se a inclusão de responsáveis solidários no polo passivo da obrigação tributária alegando que a fiscalização fundou a responsabilização nos artigos 121 e 135 do CTN, o que, no seu entender, somente é admissível se ficar previamente comprovado, pela fiscalização, que os sócios e administradores cometeram atos ilegais e contrários ao contrato social.

Embora os impugnantes tenham citado o artigo 121 ao lado do artigo 135, ambos do CTN, na verdade toda a argumentação em que se sustenta sua defesa ergue-se sobre a premissa de que os responsáveis solidários foram arrolados como sujeitos passivos solidários porque a fiscalização teria concluído que eles se enquadraram na hipótese de responsabilização prevista no artigo 135 do CTN, visto que o artigo 121 do CTN nada mais faz que estabelecer uma distinção entre duas espécies de sujeitos passivos, os contribuintes e os responsáveis, sem fixar

hipóteses em que se permitiriam enquadrar os sujeitos passivos numa ou noutra situação.

Tanto é assim que, em essência, os argumentos da defesa circunscrevem-se a alegar que a fiscalização não apresenta prova de que os sócios e administradores teriam praticado algum ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Contudo, mais uma vez a arguição dos impugnantes é infundada por incorrer em imprecisão factual e se construir sobre uma premissa claramente errônea. Em verdade, conforme se acha muito claramente enunciado, seja no termo de verificação fiscal, seja no termo de sujeição passiva solidária, a autuante oferece como fundamento material e jurídico para a responsabilização solidária motivação inteiramente diversa.

Realmente, a autuante afirma que a responsabilidade solidária, no âmbito das normas gerais aplicáveis ao presente caso, é a tratada nos artigos 121 e 124, inciso I do Código Tributário Nacional (CTN). Acrescenta que se atribui a responsabilidade solidária aos sócios integrantes do quadro social da última alteração contratual registrada na JUCESP e às pessoas jurídicas, a seguir discriminadas, em razão do interesse comum, caracterizado pelo quadro societário das pessoas jurídicas que possuem os mesmos sócios que integram o quadro social do contribuinte, pelo uso da marca Futurama e pelo motivo de que a constituição social de cada uma dessas pessoas jurídicas decorreu do encerramento das filiais do Futurama Supermercado Ltda.

Portanto, não houve imputação de responsabilidade por se entender que os sócios e administradores praticaram algum ato que se enquadrasse no disposto no artigo 135 do CTN. Daí se segue também que a validade da responsabilização solidária não depende de que se comprove a prática de semelhante ato.

Em consequência, cumpre rejeitar a arguição de ilegitimidade passiva dos sujeitos passivos solidários com base na arguição analisada nesta subseção.

Arguição contra a responsabilização solidária específica da impugnação apresentada em nome dos sujeitos passivos solidários

Inicialmente, os impugnantes arguem cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório, alegando que foram inclusos com responsáveis, mas sem qualquer fundamentação ou mesmo a conclusão para inclusão no polo passivo, seja no termo de sujeição passiva, seja no auto de infração.

Contudo, a arguição deve ser rejeitada, pois se funda em alegação que não corresponde à realidade retratada nos autos.

Em verdade, seja no termo de verificação fiscal, seja no termo de sujeição passiva solidária, a autuante apresenta de maneira clara e precisa, tanto o fundamento material como o jurídico para a responsabilização solidária.

Com efeito, no termo de sujeição passiva solidária a atuante afirma que a responsabilidade solidária, no âmbito das normas gerais aplicáveis ao presente caso, é a tratada nos artigos 121 e 124, inciso I do Código Tributário Nacional (CTN). Acrescenta que se atribui a responsabilidade solidária aos sócios integrantes do quadro social da última alteração contratual registrada na JUCESP (FADEL HABKA - CPF 021.940.938-26 (sócio administrador solidário); FAISSAL HABKA - CPF 010.843.068-59 (sócio administrador solidário); FARIZE HABKA - CPF 022.615.608-77 (sócio administrador solidário)) e às pessoas jurídicas SUPERMERCADO SANTO AMARO LTDA - CNPJ 10.830.772/0001-04; SUPERMERCADO SAVANA LTDA - CNPJ 10.887.035/0001-48; SUPERMERCADO GUAICURUS LTDA - CNPJ 10.842.440/0001-40; SUPERMERCADO CÁSPER LÍBERO LTDA - CNPJ 10.842.429/0001-80; SUPERMERCADO ANGÉLICA LTDA - CNPJ 10.842.431/0001-59; SUPERMERCADO FARIA LIMA LTDA - CNPJ 10.833.715/0001-89, em razão do interesse comum, caracterizado pelo quadro societário das pessoas jurídicas que possuem os mesmos sócios que integram o quadro social do contribuinte, pelo uso da marca Futurama e pelo motivo de que a constituição social de cada uma dessas pessoas jurídicas decorreu do encerramento das filiais do Futurama Supermercado Ltda.

Já no termo de verificação fiscal a folhas 1.265 a 1.282, a atuante relata os fatos e circunstâncias que a levaram a concluir que se enquadravam no artigo 124, inciso I, do CTN a conduta das pessoas físicas e jurídicas arroladas como sujeitos passivos solidários. Esses fatos e circunstâncias são resumidos pelos parágrafos seguintes.

As pessoas físicas integrantes do quadro societário do contribuinte, participam duplamente no quadro societário do próprio contribuinte e de cada uma das novas pessoas jurídicas constituídas, acima discriminadas, diretamente como sócios, e indiretamente, através da empresa NOVOS RUMOS ADMINISTRAÇÃO DE BENS PRÓPRIOS LTDA. - CNPJ 07.830.932/0001-00, cujo quadro societário é composto pelas mesmas pessoas físicas - os senhores Fadel Habka, Faissal Habka e Farize Habka - antigos sócios administradores da empresa Futurama Supermercados LTDA e sócios administradores da contribuinte em pauta.

O CNPJ da sócia pessoa jurídica NOVOS RUMOS ADMINISTRAÇÃO DE BENS PRÓPRIOS LTDA foi baixado de ofício do cadastro RFB, por inexistência de fato, através do Ato Declaratório - ADE nº 276, de 19/11/2013, publicado no DOU - Seção 1, pág., 43, em 09/12/2013, conforme Processo Administrativo nº 19515.720.995/2013-80, uma vez que no endereço constante do cadastro RFB não foi encontrado nenhum responsável pela referida pessoa jurídica, conforme Termo de Constatação e de Declaração lavrado pelo AFRFB Roque Eijo Hayashi, em 16/01/2013.

Os únicos sócios dessas novas pessoas jurídicas constituídas, imputadas como sucessoras dos estabelecimentos filiais da empresa Futurama, direta e

indiretamente, são as pessoas físicas Fadel Habka, Faissal Habka e Farize Habka - antigos sócios administradores da empresa Futurama Supermercados LTDA., que teve o CNPJ baixado de ofício, através do Ato Declaratório nº 290, publicado em 19/12/2012, no DOU - pág. 49, conforme Processo nº 19515.722.244/2012-17, por inexistência de fato, em decorrência de sua inatividade constatada em 09/02/12, nos termos do relatório de fls. 29 a 31 do Processo nº 10932.000020/2012-65, que através do ADE nº 14 deu ciência da alteração de ofício do seu endereço da Av. Assembleia, nº 183 - Vila Elida - Diadema, para o endereço anterior sito à Av. Angélica, nº 546 - Santa Cecília - São Paulo, tendo ficado constatada, afinal, a inexistência da atividade da empresa, que não foi encontrada em nenhum lugar mencionado, conforme as diversas diligências realizadas.

Ao longo de sua atividade, a empresa Futurama abriu diversas filiais. Em junho de 2009 procedeu ao encerramento de todas as filiais, remanescendo apenas o estabelecimento matriz, conforme se observa na Ficha Cadastral extraída do site da JUCESP. Entretanto, mesmo depois de encerrados na JUCESP, constata-se movimentação de compras e vendas por esses estabelecimentos filiais, conforme informação nas próprias GIA, resumidas em tabela constante do termo de verificação fiscal.

Embora a empresa Futurama tenha informado em carta datada de 17/09/12, que em razão de desentendimento familiar e empresarial ocorrido entre os ex-sócios e o sócio remanescente, concretizou-se a venda das quotas sociais mantidas pelas pessoas físicas Faissal, Farize e Fadel para o sócio remanescente Sr. Elias, pelo valor de R\$ 600.000,00 para cada sócio, sendo constituídas novas empresas "supermercados" pelos sócios retirantes, e que o sócio remanescente, no intuito ressarcir os sócios retirantes, no valor total de R\$ 1.800.000,00 tenha cedido a eles o uso da marca Futurama, para que fosse utilizada nas novas lojas, assim como a "home page" da empresa, nenhum documento foi apresentado para confirmação desse fato.

Entretanto, o instrumento de alteração contratual da Futurama Supermercados, registrado na Junta Comercial do Estado de São Paulo, reza, textualmente, que as quotas dos referidos sócios, foram transferidas pelo valor de R\$ 600.000,00 para cada um, os quais receberam no ato a respectiva importância em dinheiro do sócio remanescente, Elias Brahim Habka.

As pesquisas efetuadas nas últimas GFIP's apresentadas pelos estabelecimentos filiais do Futurama Supermercados, comparadas às primeiras GFIP entregues pelas novas pessoas jurídicas "sucessoras", demonstram que pelo menos cerca de 90% dos empregados dos estabelecimentos filiais da Futurama permaneceram empregados dos novos mercados, conforme demonstram as planilhas comparativas anexadas ao Processo Administrativo nº 19515.722.577/2013-27.

As comparações entre as GFIP foram feitas entre os estabelecimentos filiais da Futurama Supermercados e os "novos" mercados, constituídos nos mesmos endereços das antigas filiais e/ou com o mesmo ativo imobilizado, estoque e empregados, conforme se constata em relação ao contribuinte em pauta, cujos empregados, na sua maioria, foram transferidos da antiga filial Futurama de final de CNPJ 0002-26 (GFIP 10/2009), para o novo SUPERMERCADO GENERAL JARDIM (GFIP 11/09), que iniciou exercendo suas atividades no mesmo endereço da antiga filial final CNPJ 0002-26: RUA GENERAL JARDIM, N° 384/400 - CEP 01.223010, VILA BUARQUE - SÃO PAULO/SP.

Ressalte-se que a autuante não se limitou a narrar o que havia apurado, mas juntou aos autos provas de todos fatos e circunstâncias a que se referem os parágrafos precedentes.

O conjunto desses fatos e circunstâncias demonstra que, embora formalmente, três dos antigos sócios da pessoa jurídica proprietária da rede de supermercados denominada Futurama se haviam retirado da sociedade e constituído também formalmente novas pessoas jurídicas independentes, atuando no mesmo ramo, na realidade, o que ocorreu é que a antiga rede de supermercados continuou existindo e operando da mesma forma que antes, ainda que com nova roupagem jurídica. Tanto é assim que os três sócios retirantes da antiga sociedade continuaram como sócios e administradores das pessoas jurídicas novas, as quais herdaram, praticamente, a totalidade dos funcionários e os estabelecimentos de sua predecessora, além, é claro, de continuarem a ostentar na fachada o nome Futurama.

Ademais, a fiscalização também comprovou que a antiga sociedade, embora não tenha sido extinta formalmente, foi considerada como tal de fato pelo fisco federal, já que sua inscrição no cadastro de contribuintes foi cancelada por inexistência de fato.

Outro aspecto importante para caracterizar a continuidade da atuação dos novos estabelecimentos como integrantes duma mesma entidade é que, de acordo com o distrato social, os sócios retirantes deveriam receber em dinheiro a parte que lhes cabia no patrimônio líquido da sociedade. Contudo, nada lhes foi pago.

Em vez disso, o sócio remanescente alegou que pelo mesmo valor que lhes era devido lhes foi cedido o uso da marca Futurama. Em verdade, essa circunstância constitui mais uma prova de que a retirada e a subsequente constituição de novas sociedades formalmente independentes consistiu num mero artifício para ocultar a continuação, na prática, da rede de supermercados Futurama, que se organizava sob a forma de matriz e filiais.

Portanto, se as novas sociedades de fato operam em conjunto e como se fossem uma só entidade, apesar da separação formal, fica demonstrado o interesse comum de cada uma delas nos negócios e destino umas das outras, assim como o de seus respectivos sócios e administradores. Daí se segue também

que está justificado o procedimento fiscal de, com base no disposto no artigo 124 do CTN, atribuir responsabilidade solidária a todas essas pessoas físicas e jurídicas pelo crédito tributário exigido de cada uma das pessoas jurídicas separadamente.

Visto que a fiscalização justificou a responsabilização solidária pelo crédito tributário com fundamento jurídico e com a exposição de circunstâncias factuais, comprovados por documentos juntados aos autos, cumpre rejeitar a arguição de cerceamento do direito de defesa.

Da mesma forma, revela-se infundada a arguição de que a atuante se limitou a presumir a solidariedade passiva e o interesse comum dos sócios, sem nada comprovar.

Em alentada digressão, os impugnantes põem-se ainda a contestar sua responsabilização pelo crédito tributário constituído, alegando que não se aplica ao presente caso o artigo 133, incisos I e II, do CTN, o qual trata da responsabilidade por sucessão em virtude da aquisição de fundo de comércio. Contudo, a argumentação é despropositada e em nada socorre a causa dos impugnantes, visto que a fiscalização não fundamentou sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária nessas disposições do CTN, e nem chega sequer a mencionar a circunstância de sucessão em virtude da aquisição de fundo de comércio. Logo, cumpre rejeitar todas as arguições dos impugnantes com semelhante fundamento.

Por fim, os impugnantes opõem-se a que lhes seja imputada responsabilidade pela parcela do crédito tributário correspondente às multas, alegando que a sanção por infração não deve passar da pessoa do acusado. No seu entender, o sucessor responderia apenas pelo montante do tributo exigido.

Todavia, toda a argumentação dos impugnantes acerca dessa questão constrói-se sobre a errônea suposição de que a responsabilização dos sujeitos passivos solidários teve como fundamento jurídico o artigo 133 do CTN e como motivação factual a alegação de que eles adquiriram o fundo de comércio da antiga pessoa jurídica que era proprietária da marca Futurama.

Se estivesse correta a suposição dos impugnantes, haveria algum sentido na tese defendida por eles, visto que o artigo 133 está inserido na Seção II do Capítulo V, que se destina a regulamentar especificamente uma das modalidades de responsabilidade tributária, a que decorre da sucessão. Além disso, a redação do caput desse artigo alude apenas a tributos ao delimitar a responsabilidade dos sucessores em decorrência da aquisição de fundo de comércio, fornecendo um pretexto àqueles que defendem uma interpretação literal para sustentar a exegese de que as penalidades estariam excluídas da responsabilidade de que trata a norma em questão.

Contudo, a tese dos impugnantes é infundada, pois, consoante já demonstrado nos parágrafos anteriores, a responsabilização de que ora se trata não decorre de sucessão nem foi motivada na aquisição de fundo de comércio.

Recorde-se que a atuante enquadra o conjunto de fatos apurados no artigo 124 do CTN e motiva a responsabilização na conclusão correta de que em realidade as diferentes pessoas jurídicas que operam sob o nome de fantasia Futurama continuaram a atuar em conjunto como se fossem uma só empresa, de modo que compartilham um interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

O artigo 124 do CTN, por sua vez, não faz nenhuma distinção entre tributo e crédito tributário, de modo que quanto a ele não tem cabimento invocar o disposto no artigo 133 do mesmo CTN que trata de responsabilidade por sucessão. De qualquer forma, ainda que não fosse assim, a interpretação literal advogada pelos impugnantes deve ser descartada, pois é incompatível com outras normas do CTN, as quais deixam claro que a responsabilidade abrange todas as parcelas integrantes do crédito tributário. A interpretação sistemática, como se sabe, prevalece sobre a literal, a não ser que a própria norma estabeleça excepcionalmente que seu teor deva ser aplicado textualmente, o que não é o caso.

Por conseguinte, cumpre rejeitar todas as arguições e questões suscitadas pelos impugnantes, para manter integralmente sua responsabilidade passiva solidária pelo crédito tributário exigido”.

Mantém-se as conclusões do acórdão recorrido, também nesse ponto tanto para o contribuinte, quanto aos responsáveis solidários

PONTOS QUE DISCORDO DA DECISÃO DE PISO E PASSO A DECIDIR DE FORMA DIFERENTE

ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO (PIS/COFINS)

A decisão recorrida entendeu pela manutenção da inclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins e do Pis, vez que à época de sua prolação ainda tinha ocorrido o julgamento definitivo da inconstitucionalidade da controvérsia.

Ocorreu que, consoante tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.º 574.706/PR, afetado à repercussão geral, deve ser excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em 2017, o STF apreciando embargos de declaração opostos contra o acórdão proferido, especificou que os efeitos da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS devem se dar após 15.03.2017, ressalvadas as ações judiciais e requerimentos administrativos protocoladas até (inclusive) 15.03.2017 e, que o ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS é o destacado nas notas fiscais.

Referida decisão foi ratificada no julgamento finalizado no dia 13 de maio de 2021. Logo, desde o trânsito em julgado da decisão, 13 de maio de 2021 as empresas podem excluir o ICMS destacado na nota fiscal da base de cálculo das contribuições ao Programa de Integração Social – PIS e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

Como bem destaca a Fazenda Nacional em seu arrazoado, o Egrégio Sodalício fixou em sede de Embargos no RE n. 574.706/PR que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições é o destacado em nota, o que foi acatado pela Procuradoria da Fazenda, conforme Parecer SEI nº 7698/2021/ME:

“Parecer SEI nº 7698/2021/ME

16. Ante o exposto, nos termos expostos na ata de julgamento já publicada, conclui-se que cabe à Administração Tributária, consoante autorizado pelo art. 19, VI c/c 19-A, III, e § 1º, da Lei nº 10.522/2002, observar, em relação a todos os seus procedimentos, que:

- a) conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Tema 69 da Repercussão Geral, “O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”;
- b) os efeitos da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS devem se dar após 15.03.2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até (inclusive) 15.03.2017 e
- c) o ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS é o destacado nas notas fiscais.”

Assim, entendo que ser necessário a exclusão o valor do ICMS destacado da base de cálculo das contribuições exigidas nos autos de infração

DO NÃO AGRAVAMENTO DA MULTA APLICADA.

No termo de verificação fiscal, motivou-se a imposição de multa agravada, afirmando-se que o contribuinte, ao deixar de atender as solicitações formuladas pelo fisco no prazo marcado, dificultou o conhecimento por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, o que ensejaria a aplicação da multa agravada de 112,5%, nos termos do artigo 44, inciso I, parágrafo 2º, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488/07.

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

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

(...)

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

I - prestar esclarecimentos;(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991;(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Todavia, no termo de verificação fiscal, e na decisão recorrida, a autoridade administrativa narra diversos episódios em que a autuada, durante a ação fiscal, apresentou, ainda que após o prazo fixado e após em sucessivas intimações e reintimações, pelo menos parte das informações, esclarecimentos e documentos requisitados.

Dessa forma, o aludido dispositivo deve ser interpretado com cautelas, dirigindo-se apenas às situações de reiterado não atendimento às intimações feitas ao longo do procedimento fiscalizatório. E, diga-se, "não atender" não é "sinônimo de "mal atender".

O campo de aplicação do agravamento da penalidade não contempla a hipótese de prestação deficitária ou insuficiente de documentos ou esclarecimentos por parte dos contribuintes, o que, a meu ver, foi o que ocorreu na presente situação.

A falta de apresentação de determinado livro e/ou documentos da escrituração, o descumprimento de dada formalidade de registro ou formato ou a não prestação de um determinado esclarecimento pontual, em um universo onde foram apresentados outros documentos e respostas, por si só, não enseja o agravamento da multa de ofício.

Outrossim, a fiscalização, a bem da verdade, se valeu de dados fornecidos pelo próprio contribuinte em documentos estaduais para definir o montante da receita considerada, existindo várias passagens ao longo do TVF que atestam que houve retorno ainda que parcial, como dito do contribuinte às intimações.

Não vislumbro, nessa situação fática, que a conduta da Recorrente tenha gerado obstáculos ao levantamento do crédito tributário e a instrução dos Autos de Infração. Muito pelo contrário, a precariedade da escrituração foi justamente a causa que gerou a adoção do método de arbitramento.

Vale assinalar, nesse contexto, que o CARF vem afastando o agravamento da multa quando a ausência de cumprimento integral aos termos de intimação não gere prejuízos ao trabalho fiscal, conforme atesta as ementas dos seguinte julgados:

MULTA AGRAVADA ARTIGO 44, § 2º, LEI 9.430/96 EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO LANÇAMENTO POR PRESUNÇÃO. A aplicação do agravamento da multa nos termos do artigo 44, § 2º, da Lei 9.430/96 deve ocorrer quando a falta de

cumprimento das intimações pelo sujeito passivo impossibilite, total ou parcialmente, o trabalho fiscal. Na hipótese em que a fiscalização se vale de regra que admite o lançamento por presunção, a atitude do sujeito passivo torna-se irrelevante para o deslinde do trabalho fiscal, de modo a tornar-se inaplicável o agravamento da multa. (Acórdão n. 9202004.290, Data de publicação: 17/08/2016)

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. RECEITA ESCRITURADA E NÃO DECLARADA. Incabível a exigência da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96, afeta às condutas de sonegação, fraude e conluio, quando a receita tomada em conta pelo procedimento fiscal para o lançamento dos tributos do SIMPLES foi colhida em livro contábil (razão) e fiscal (apuração do ICMS) da própria contribuinte, aflorando a hipótese de declaração inexata, igualmente prevista no , mesmo comando legal e cuja penalidade pecuniária é aquela prevista em seu inciso I, qual seja, multa de 75%. (Acórdão nº 110200.058, Sessão de 29 de setembro de 2009)

Inclusive, no Processo nº 19515.720237/2014-42 cuja Recorrente era uma das pessoas jurídicas a que se atribuiu responsabilidade solidária nos presentes autos, qual seja SUPERMERCADO SANTO AMARO LTDA, houve decisão no sentido de afastamento do agravamento da multa de ofício:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2009, 2010
MULTA AGRAVADA. EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO FISCO.

A aplicação do agravamento da multa nos termos do artigo 44, § 2º, da Lei 9.430/96 deve ocorrer apenas quando a falta de cumprimento das intimações pelo sujeito passivo impossibilite, total ou parcialmente, o trabalho fiscal, o que não restou configurado. (Acórdão nº 1201002.152 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Relator: Luis Henrique Marotti Toselli, Data da Sessão: 15 de maio de 2018)

Vale destacar que em decisão recente, essa Turma de julgamento, em sessão de 17 de outubro de 2023, apreciou questão semelhante e decidiu, por maioria, pela não exasperação da multa de ofício, mediante a prolação do Acórdão nº 1402-006.621. Do voto vencedor (Redator Designado: Paulo Mateus Ciccone; Presidente dessa Turma julgadora)), colho os seguintes excertos:

“(…)

Postos os fatos e posições, ainda que sumariadas, da acusação, defesa e Relator, passo ao meu voto.

Sempre firmei pensamento muito restritivo a respeito deste tema agravamento, ou seja, elevação em 50% da multa de ofício, por entender não se tratar de um instrumento legal que possa ser aplicado sem o devido cuidado e parcimônia, quero dizer, sem que se vislumbre que, durante o procedimento fiscal

investigativo, o fiscalizado tenha obstruído de forma contumaz, reiterada e articulada, o trabalho do Fisco, impedindo ou não disponibilizando as informações básicas a que estaria sujeito, mesmo após reiteras intimações.

Nessa linha, no meu sentir, como já tive oportunidade de me expressar em diversas oportunidades e acórdãos de minha relatoria (dentre eles, Ac. 1402-002.511 e Ac. 1402-003.583), o agravamento da penalidade só se mostra possível quando presentes (ou ausentes) atos do fiscalizado no sentido de tolher ou obstruir o procedimento fiscal de forma contumaz, o que não parece ter sido o caso dos autos, já que, integral ou parcialmente, na data fixada ou após esta, a contribuinte apresentou o que lhe foi exigido e permitiu (ou ao menos não impediu) que a ação fiscal se desenrolasse e chegasse ao final, tanto que os lançamentos puderam ser perpetrados.

Evidentemente, por ser matéria de caráter altamente subjetivo e que depende da interpretação de quem a analisa e a aplica, a jurisprudência se divide e, assim como existem algumas que abraçam a tese do Relator, há outras que comungam na mesma linha deste Conselheiro.

Exemplificativamente:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ. MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA. APRESENTAÇÃO PARCIAL DA DOCUMENTAÇÃO SOLICITADA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVRO DIÁRIO E RAZÃO. ARBITRAMENTO DO LUCRO. FALTA DE ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO. HIPÓTESE DE INAPLICABILIDADE. Inaplicável o agravamento da multa de ofício em face do não atendimento à intimação fiscal para apresentação dos livros contábeis e documentação fiscal, já que estas omissões têm consequências específicas previstas na legislação de regência, que no caso foi o arbitramento do lucro em razão da falta da apresentação dos livros e documentos da escrituração comercial e fiscal. (Ac. CSRF nº 9101-001.468)

MULTA AGRAVADA POR FALTA DE ENTREGA DE DOCUMENTOS. LUCRO ARBITRADO PELA NÃO APRESENTAÇÃO DOS REGISTROS CONTÁBEIS. NORMAS QUE DEVEM SER INTERPRETADAS DE FORMA CONJUGADAS. A não apresentação de documentos necessários à demonstração do lucro real tem como consequência o arbitramento nos termos do artigo 148 do CTN e artigo 47 da Lei nº 8.981, de 1995. Contudo, uma vez arbitrado o lucro pela falta de apresentação dos documentos exigidos, não cabe o agravamento da multa. A mesma circunstância que caracteriza um fato típico não pode ser, ao mesmo tempo, causa de aumento da reprimenda prevista para o próprio fato típico. Para a não apresentação dos livros e demais documentos necessários à apuração do lucro real a consequência é a exigência dos tributos de forma arbitrada, não cabendo exigir, concomitantemente, o agravamento da multa pela não apresentação de documentos. Ademais, o agravamento da multa só é cabível quando a autoridade fiscal não dispõe de meios para obter as informações de que necessita e o contribuinte nega-se em fornecê-las. Nos casos de omissão de receitas constatadas a partir das GIAS do ICMS, que caracterizam informações hábeis para

lastrear lançamento de crédito tributário, à semelhança dos depósitos bancários de origem não comprovada, a autoridade fiscal já dispõe dos meios para efetuar o lançamento. A omissão quanto ao esclarecimento da origem dos valores tem como consequência a presunção de omissão de receita e não o agravamento da multa. (Ac. nº 1402-001.416).

Pois bem, como o Fisco dissertou que “o sujeito passivo deixou de prestar diversos esclarecimentos solicitados pela fiscalização”, significa dizer que deve ter prestado ao menos alguns esclarecimentos, caso contrário a acusação teria outra conotação, mais incisiva, de omissão total no atendimento. Isso não está explícito nos autos.

(...)

Muito ao contrário, tanto que o próprio Agente Fiscal reconhece, após o relato acima transcrito, ter feitos os lançamentos aqui tratados por entender se estar diante de que “pagamentos realizados à margem da escrituração contábil”. Ou seja, eventual não entrega do foi requerido, não impediu a conclusão do procedimento.

Resumindo, o trabalho do Fisco pôde ser realizado e concluído integralmente, não justificando a exasperação da multa de ofício em 50%.

Por oportuno, reproduzo parte da ementa dessa decisão:

“ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2017, 2018 MULTA AGRAVADA.

O agravamento da penalidade só se mostra possível quando presentes (ou ausentes) atos do fiscalizado no sentido de tolher ou obstruir o procedimento fiscal de forma contumaz. Tendo o contribuinte, de uma forma ou outra, integral ou parcialmente, na data fixada ou após esta, apresentado o que lhe foi exigido e contribuído para que a ação fiscal se desenrolasse e chegasse ao final, descabe o agravamento da multa.”

Invoco, por fim, como argumento contrário ao agravamento da penalidade a inteligência das Súmulas CARF nºs 96:

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.

Nesse preciso sentido, foi o Acórdão nº 9303-010.829 – CSRF / 3ª Turma proferido em sessão de 15 de outubro de 2020.

Dessa forma, não se justifica o agravamento da penalidade .

No que concerne aos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários citados pela Recorrente, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional).

Por fim, a Recorrente requereu que as intimações, notificações fossem realizadas exclusivamente em nome de seu advogado. No entanto, seguindo a Súmula Vinculante CARF nº 110 “no processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.”

Conclusão

Ante o exposto, oriento meu voto no sentido de dar provimento parcial aos recursos voluntários apresentadas, para:

- a) Rejeitar as preliminares suscitadas;
- b) Manter integralmente o vínculo de responsabilidade dos sujeitos passivos solidários;
- c) Manter integralmente os lançamentos de IRPJ e CSSL, inclusive os juros de mora;
- d) Excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição para a Cofins e para o Pis e para reduzir a multa de ofício de 112,5% para reduzir para 75% aplicada aos lançamentos.

Assinado Digitalmente

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça