



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

Processo n° 19515.721085/2011-52
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-001.991 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de setembro de 2016
Matéria IRPJ. Omissão de Receita. Lucro Arbitrado. Responsabilidade Solidária. Multa Qualificada.
Recorrente FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

Ementa:

REPRESENTAÇÃO. PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. PROCURAÇÃO COM PRAZO DETERMINADO, VENCIDO. EMPRESA CONTRIBUINTE E DEVEDOR SOLIDÁRIO.

A falta de procuração válida impede o conhecimento do recurso voluntário por não cumprimento aos requisitos legais de admissibilidade do recurso.

OFENSA AO DIREITO DE DEFESA E CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. REALIZADAS INTIMAÇÕES, TERMOS DE CONSTATAÇÃO, DILIGÊNCIAS, AUTOS DE INFRAÇÃO E ACESSO AOS AUTOS ASSEGURADO.

Constatou-se nos autos que foi garantido ao contribuinte o pleno direito ao exercício de defesa e de contraditar as provas, não tendo se desincumbido do ônus de prestar os devidos esclarecimentos a que estava obrigado pelo ordenamento jurídico.

MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS. ACESSO POR VIA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE LEGAL.

É válido o acesso aos dados bancários por parte da fiscalização, desde que atendidos os ditames da legislação em vigor, como no presente caso.

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. ARTIGO 150, § 1º, C/C 173, I, DO CTN.

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.

DA NÃO REVOGAÇÃO DA MULTA DO ART. 44, II, DA LEI Nº 9.430/1996 DE 150%.

Não houve revogação da multa qualificada de 150% do art. 44 da Lei nº 9.430/1.996, mas sim mera reestruturação da redação do artigo como um todo.

DA INFRAÇÃO AO ART. 71 DA LEI Nº 4.502/64. DOLO. OCORRÊNCIA.

A omissão dolosa reiterada de volumosa quantia, por dois anos, sem a apresentação de DIPJ e dos livros contábeis e fiscais que impediu a autoridade fiscal de verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, além da forma e circunstância com que foram realizadas as sucessões entre as empresas, evidencia sonegação.

ELIAS BRAHIM HABKA, FAISSAL HABKA, FADEL HABKA E FARIZE HABKA. SÓCIOS ADMINISTRADORES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ART. 135 DO CTN.

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. SUPERMERCADOS ANGÉLICA, CÁSPER LÍBERO, FARIA LIMA, GENERAL JARDIM, GUAICURUS, SAVANA E SANTO AMARO. ART. 133, CTN. SUCESSORES.

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.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. ART. 42, DA LEI Nº 9.430/1996. INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. NÃO APRECIÇÃO. SÚMULA Nº 2 DO CARF.

A instância administrativa não se manifesta a respeito de supostas inconstitucionalidades e/ou ilegalidades da legislação tributária.

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.

PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. PENDÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DOS VALORES. NÃO CABIMENTO.

Não tendo havido posicionamento vinculante do judiciário sobre o assunto relativo à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, nem sequer, havido a demonstração dos valores de ICMS a se descontar, nega-se o pedido da interessada de considerá-los.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NÃO CONHECER dos recursos voluntários do sujeito passivo e do responsável solidário Sr. Elias Brahim Habka, por irregularidade na representação processual. Com relação aos recursos dos demais responsáveis (solidários e subsidiários), por unanimidade de votos, em REJEITAR as preliminares de nulidade e de decadência suscitadas, nos termos do voto do relator e, no mérito, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento aos recursos. Os Conselheiros Alberto Pinto Souza Junior, Ana de Barros Fernandes Wipprich e Luiz Tadeu Matosinho Machado votaram pelas conclusões quanto à manutenção da multa qualificada.

(documento assinado digitalmente)

LUIZ TADEU MATOSINHO MACHADO - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

ROGÉRIO APARECIDO GIL - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), Ana de Barros Fernandes Wipprich, Alberto Pinto Souza Júnior, Marcelo Calheiros Soriano, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil, Talita Pimenta Félix.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão que manteve a decisão quanto à autuação da contribuinte principal (Futurama Supermercados Ltda.) por omissão de receitas relativas a depósitos em contas bancárias de origem não comprovada. Os sócios, pessoas físicas, foram responsabilizados solidariamente (art. 135, CTN). Posteriormente aos exercícios (2006 e 2007), aos quais se referem os fatos geradores, tais sócios retiraram-se

da sociedade e constituíram novas empresas (supermercados). Essas empresas foram consideradas sucessoras tributárias da principal recorrente (transferência de estabelecimento).

Lavrou-se o **Termo de Embaraço à Ação Fiscal nº 03**, em relação à contribuinte principal, em virtude do não cumprimento a diversas intimações pessoais e por editais para a apresentação de DIPJ, escritas comerciais, contábeis etc. e por não terem apresentados extratos de movimentação bancária; não terem prestado informações e comprovado a origem de depósitos em conta bancárias efetuados nos bancos, Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A., Banco Bradesco S.A. e Banco Safra S.A. - referentes aos anos calendário de 2006 e 2007 (fl. 50).

Por estarem incompletos, requisitaram-se às referidas instituições financeiras, por meio de procedimentos de **Requisição de Movimentação Financeira - RMF**, os extratos bancários, fichas cadastrais, cópias de cheques, informações sobre poderes para movimentação isolada das contas por sócios etc.

A análise dos documentos e movimentação financeira culminou no **Termo de Constatação e Intimação nº 4**, por intermédio do qual a recorrente foram intimados a contribuinte principal, os sócios diretores e as empresas sucessoras, considerados devedores solidários, para que comprovassem, por meio de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados nos anos-calendário de 2006 e 2007, em contas de depósitos ou investimento mantidas pela empresa junto às instituições financeiras ali relacionadas, bem como comprovar que os mesmos foram declarados e oferecidos à tributação. **Não houve resposta.**

Após os trabalhos de fiscalização, os **valores totais identificados, cuja origem deveria ter sido comprovada**, foram os seguintes (fls. 2319 e seguintes):

Banco	2006	2007	Valor
Safra	2.006.415,20	-	2.006.415,20
Bradesco	85.424.380,45	95.113.385,12	180.537.765,57
Unibanco	201.556.491,95	223.423.427,34	424.979.919,29
Total	288.987.287,60	318.536.812,46	607.524.100,06

Com base em tais valores, informações, documentos recebidos de instituições financeiras e diante da não apresentação de DIPJ nos anos 2006 e 2007, houve **arbitramento do lucro** (art. 530, inciso III, do RIR/99).

As quantias elevadas em contas bancárias, sem as devidas escritas contábeis e comerciais, sem a comprovação quanto a sua origem e o fato de não terem sido declaradas em 2006 e 2007, foram consideradas com prática de infrações visando a **sonegação** de impostos e contribuições federais, com o objetivo de impedir ou ocultar a ocorrência do fato gerador. Com base nesses fatos e fundamentos, houve a aplicação da **multa de ofício qualificada de 150%**, prevista no artigo 44, inc. II, da Lei nº 9.430/96 c.c. art. 957, inc. II, do Dec. 3.000/99.

Encaminhou-se o **Termo de Intimação nº 05** (fl. 3608), porém a empresa não foi localizada em seu endereço cadastral, registrado na Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, cito à Avenida Angélica, nº 546, bairro Santa Cecília, São Paulo -SP. Houve, assim, intimação via **Edital nº 115/2011**, cópia anexada à fl. 3607. Intimaram-se os referidos devedores solidários por via postal. **Não houve resposta.**

Constatou-se **alteração no quadro societário** da empresa fiscalizada. Houve a **retirada dos sócios, Faissal Habka, Fadel Habka, Farize Habka**, em virtude de discussão familiar e o **ingresso da sócia Julia Szokaes Benko**.

Manteve-se na sociedade o principal sócio, **Elias Brahim Habka** (R\$3.850.000,00) e incluiu-se a Sra. **Júlia Szokaes Benko** (R\$150.000,00).

Diante do quadro de sócios à época dos fatos geradores em questão, intimou-se, via **Termos de Constatação e Intimação nº 06, 07, 08, 09 e 10** (fls. 3613/3622), os então sócios **Elias Brahim Habka, Faissal Habka, Fadel Habka, Farize Habka e Julia Szokaes Benko** para **comprovarem a origem dos recursos nos anos-calendário de 2006 e 2007**, em contas de depósito ou de investimento, mantidas pela empresa fiscalizada, na forma solicitada anteriormente através do Termo de Constatação e Intimação nº05.

Em **junho de 2009**, houve o **encerramento de todas as filiais do Futurama Supermercados Ltda.**

Nos meses seguintes, os referidos sócios que haviam se retirado, constituíram novos supermercados, nos mesmos endereços das filiais encerradas. A fiscalização apresentou a seguinte correlação das filias encerradas e as novas empresas no quadro abaixo:

Futurama - Estabelec.	Situação	Endereço de ambas	Nova Empresa	CNPJ
68.361.468/0001-45	Ativa	Av Assembléia, 183		
68.361.468/0002-26	Baixa	Rua General Jardim, 384	Supermercado General Jardim	10.842.430/0001-04
68.361.468/0003-07	Baixa	Rua Casper Libero, 390	Supermercado Casper Libero	10.842.429/0001-80
68.361.468/0004-98	Suspensa	Av. Assembléia, 183		
68.361.468/0005-79	Baixa	Rua Pedroso, 382	Supermercado Savana	10.887.035/0001-48
68.361.468/0006-50	Baixa	Rua Pinheiros, 1518	Supermercado Faria Lima	10.833.715/0001-89
68.361.468/0007-30	Suspensa	Av. Adolfo Pinheiro, 366	Supermercado Santo Amaro	10.830.772/0001-04
68.361.468/0008-11	Suspensa	A. Santos, 322		
68.361.468/0009-00	Baixa	Rua Guaicurus, 1469	Supermercado Guaicurus	10.842.440/0001-40
68.361.468/0010-36	Baixa JC	Av. Angelica 546	Supermercado Angélica	10.842.431/0001-59

Constatou-se que esses **novos supermercados também utilizavam o nome de fantasia: Futurama Supermercado Ltda.**; emitiam cupons fiscais com papel personalizado com esse nome; mantinham os mesmos funcionários; exerciam as mesmas atividades; eram administradas pelos mesmos sócios das empresas encerradas etc.

Em virtude desses fatos, **os novos supermercados foram considerados sucessores tributários da contribuinte principal** e foram considerados **responsáveis solidários**, com base nas informações e documentos colhidos, conforme **Termo de Diligência Fiscal** de 06/12/2013, do qual constam GFIPs que apresentam os mesmos empregados das filiais encerradas (fls. 4634/4703).

Em todo o processo de fiscalização, mesmo diante de diversas intimações via postal e por edital, em nome da principal contribuinte, dos sócios e de empresas sucessoras, **em momento algum foram apresentados documentos e informações sobre a contabilidade e os negócios comerciais da empresa Futurama Supermercados Ltda.**; sobre despesas e receitas, impostos pagos ou recolhidos. A fiscalização somente pode se basear nas informações apresentadas pelas referidas instituições financeiras.

O Futurama Supermercado Ltda. e Elias Brahim Habka apresentaram Impugnação em 30/09/2011 (fls. 3718/3818). Os interessados Faissal Habka, Fadel Habka e

Farize Habka apresentaram impugnação, em 30/10/20011 (fls. 3839/3956). O Supermercado Angélica Ltda. apresentou suas razões de impugnação, em 15/12/2011 (fls. 3961/4096). E, por fim, apresentaram impugnações (15/12/2011) o Supermercado Cásper Líbero Ltda., Supermercado Faria Lima Ltda., Supermercado General Jardim Ltda., Supermercado Guaicurus Ltda., Supermercado Santo Amaro Ltda. e Supermercado Savana Ltda. As impugnações foram apresentadas tempestivamente.

Em linhas gerais, as impugnações apresentam as mesmas alegações. Preliminarmente, alegaram nulidade do lançamento por violação aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, publicidade e motivação dos atos administrativos. Apresentaram, ainda, em defesa da nulidade do lançamento, a alegação de inconsistência na descrição dos fatos e nas planilhas utilizadas como provas, e ainda, a decadência do IRPJ e tributos reflexos (PIS, COFINS e CSLL).

No mérito, as impugnações alegaram (i) a falta de prova para a constatação de faturamento e arbitramento do lucro, (ii) inconsistência do lançamento, (iii) a exclusão do valor de ICMS nas bases de cálculos para recolhimento de PIS e COFINS, (iv) da inexistência da infração prevista no art. 71 da Lei n. 4.502/64, (v) do não preenchimento da regra de incidência do IRPJ, CSLL, COFINS e PIS, (vi) do excesso na cobrança dos valores acessórios, (vii) do efeito confiscatório da multa e, por fim, (viii) da incidência de juros de mora nos termos do art. 161 §1º do CTN.

O Acórdão nº 16-62.362 (fls. 4642/4715), proferido pela 4ª Turma da DRJ em São Paulo, por unanimidade, considerou improcedentes as impugnações apresentadas contra os lançamentos, mantendo o crédito tributário, cuja ementa transcreve-se:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA
JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

GARANTIA DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA E
CONTRADITÓRIO. DA OBRIGATORIEDADE DE PRESTAR
INFORMAÇÕES AO FISCO.

Constatou-se nos autos que foi garantido ao contribuinte o pleno direito ao exercício de defesa e de contraditar as provas, não tendo se desincumbido do ônus de prestar os devidos esclarecimentos a que estava obrigado pelo ordenamento jurídico.

ACESSO AOS DADOS BANCÁRIOS. LICITUDE.

É válido o acesso aos dados bancários por parte da fiscalização, desde que atendidos os ditames da legislação em vigor, como no presente caso.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS.
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.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS. ARBITRAMENTO.

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.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007

DECADÊNCIA. NÃO PAGAMENTO. ARTIGO 150, § 1º, C/C 173, I, DO CTN.

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.

DA NÃO REVOGAÇÃO DA MULTA DO ART. 44, II, DA LEI Nº 9.430/1996 DE 150%.

Não houve revogação da multa qualificada de 150% do art. 44 da Lei nº 9.430/1.996, mas sim mera reestruturação da redação do artigo como um todo.

DA INFRAÇÃO AO ART. 71 DA LEI Nº 4.502/64. DOLO. OCORRÊNCIA.

A omissão reiterada de volumosa quantia, por dois anos, sem a apresentação de DIPJ e dos livros contábeis e fiscais é evidentemente dolosa.

ELIAS BRAHIM HABKA, FAISSAL HABKA, FADEL HABKA E FARIZE HABKA. SÓCIOS ADMINISTRADORES. RESPONSABILIDADE. ART. 135 DO CTN.

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.

SUPERMERCADOS ANGÉLICA, CÁSPER LÍBERO, FARIA LIMA, GENERAL JARDIM, GUAICURUS, SAVANA E SANTO AMARO. Artigo 133 DO CTN. SUCESSORES.

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

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. ART. 42, DA LEI Nº 9.430/1996. INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. NÃO APRECIÇÃO.

A instância administrativa não se manifesta a respeito de supostas inconstitucionalidades e/ou ilegalidades da legislação tributária.

CSLL. PIS. COFINS. DECORRÊNCIA.

Mantém-se os lançamentos da CSLL, do PIS e da COFINS que decorrem dos mesmos fatos que implicaram no lançamento do IRPJ, dada a relação de causa e efeito existente entre eles.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2006, 2007

PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. PENDÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DOS VALORES. NÃO CABIMENTO.

Não tendo havido posicionamento vinculante do judiciário sobre o assunto relativo à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, nem sequer, havido a demonstração dos valores de ICMS a se descontar, nega-se o pedido da interessada de considerá-los.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Devidamente intimados do acórdão da DRJ, em 23/02/2015 e 25/02/2105 (fl. 4782/4792), a contribuinte, **FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA.** e o devedor solidário, **ELIAS BRAHIM**, interpuseram recurso voluntário, em 18/03/2015 (fls. 4795/4897). Todavia, conforme se verifica à e-fl. 45, a **procuração outorgada por esses recorrentes, além da validade vencida em seis meses após a sua outorga, ocorrida em 01/02/2010, não contempla o nome da advogada que subscreveu o recurso voluntário sob exame.** Não houve renovação de validade, nem mesmo a juntada de nova procuração.

O contribuinte, **SUPERMERCADO ANGÉLICA LTDA.**, interpôs Recurso Voluntário, tempestivamente (fls. 4898/5034), em 18/03/2015, alegando as mesmas razões do recurso acima mencionado, acrescidos, apenas, os seguintes argumentos:

DA EXCLUSÃO DA RECORRENTE COMO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA DO LANÇAMENTO

DA NÃO TRANSFERÊNCIA DO FUNDO DE COMÉRCIO DO FUTURAMA PARA A RECORRENTE

- Em que pese o trabalho realizado pela douta Fiscalização, não ficou demonstrado por provas irrefutáveis que as empresas identificadas, em

especial a Recorrente, assumiram o fundo de comércio da empresa FUTURAMA.

- Caso tenha havido somente a ocupação do espaço físico, e dos móveis e utensílios do antigo empresário (como no caso dos autos), mesmo que seja no mesmo ramo de atividade mercantil, não haverá sucessão tributária, pois estamos diante de um quadro onde haverá uma nova empresa que apenas fixou no mesmo espaço outrora utilizado por outro lojista.

- A simples análise do “Termo de sujeição Passiva” depreende-se que a Sra. Agente Fiscal deixou de trazer aos autos fatos e documentos que demonstrassem de forma irrefutável que a recorrente adquiriu todo o fundo de comércio.

- Diante do fato da inexistência de provas contundentes, é forçoso concluir pela não ocorrência de transferência do fundo de comércio, conseqüentemente, não há que se falar na solidariedade da recorrente no presente lançamento.

- Portanto, no caso concreto, com base na doutrina e jurisprudência consolidadas, observando-se sempre o efetivo negócio havido entre a recorrente e a empresa autuada (Futurama), salvo melhor juízo, não existirá sucessão tributária por parte da recorrente, uma porque não se adquiriu todo o fundo de comércio, e segundo que a autuada encontra-se em plena atividade e regularmente inscrita no cadastro da secretaria da fazenda, estando somente instalada em outro local.

- A Fiscalização utilizou-se de meras presunções para demonstrar, ou melhor, tentar demonstrar que a Recorrente adquiriu o fundo de comércio da autuada.

DA NÃO OCORRÊNCIA DA FIGURA DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

- A ocorrência da responsabilização da recorrente, admitida apenas a título de argumentação, deveria ser subsidiária e jamais solidária como imposta pela Fiscalização, ante o aviltamento ao art. 133, II do CTN.

- Além disso, é fato incontroverso nos autos que a autuada continua em plena atividade, estando devidamente estabelecida na cidade de Diadema, fato este devidamente formalizado no Termo de Sujeição.

DA NÃO RESPONSABILIZAÇÃO DA RECORRENTE PELOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS HAVIDOS APÓS O SUPOSTO ATO SUCESSÓRIO

- Entendida a inclusão da Recorrente como responsável subsidiária pelo crédito tributário, o que se admite a título de argumentação, o presente lançamento deverá ser cancelado em relação à Recorrente, tendo em vista que o auto de infração fora constituído após o ato sucessório.

-
- A Recorrente não pode ser responsabilizada por créditos tributários que foram constituídos após a aquisição do suposto fundo de comércio da empresa autuada.
 - A matéria exigida no presente lançamento se refere em quase a sua totalidade na falta de atendimento a obrigação acessória, que não há que se falar na transferência desse ônus a terceiros.
 - Portanto, a Recorrente não pode ser responsabilizada por créditos tributários que não estavam, ao menos, em curso de constituição no instante em que celebrou a suposta transferência de fundo de comércio. Esse entendimento é mero desdobramento dos limites constitucionais que regem a responsabilidade não sancionatória, os quais exigem que ela venha sempre acompanhada de norma de repercussão jurídica.
 - É importante deixar claro que não sendo postos à disposição do sucessor meios para identificar a existência de débitos aos bens que está adquirindo, não há como operacionalizar a transferência de carga fiscal para o realizador do pressuposto de fato de tributo.
 - Relembre-se que no presente feito o AIIM fora lavrado diante da inércia da empresa autuada após à suposta transferência de fundo de comércio, que diga-se de passagem, a empresa autuada está em plena atividade comercial.
 - Contudo, se admitir a responsabilização da Recorrente pelos créditos constituídos após a dita aquisição é reconhecer pela instituição de verdadeira ficção jurídica, o que compromete a validade da regra de responsabilidade, por violação aos princípios constitucionais que informam a norma de competência tributária, quais sejam, o princípio da capacidade contributiva, direito de propriedade e vedação ao confisco.
 - Assim, entende-se que a Recorrente somente seria considerada responsável pelo débito tributário, se o auto de infração fosse constituído antes da suposta transferência do fundo de comércio, porque nessa situação estaríamos diante da possibilidade de repercussão do ônus do tributo para o realizador do fato tributado.
 - Frisa-se que se a Recorrente tivesse tomado conhecimento da existência de débitos, apenas não haverá a transferência do impacto econômico caso o responsável não queira ou atue com displicência, já que inúmeros são os meios de que dispõe.
 - Entender pela responsabilização da Recorrente no presente feito é penalizá-la por fato praticado exclusivamente por terceiro, haja vista que a empresa autuada está em plena atividade e que o fato omissivo ou mesmo comissivo de apresentação da documentação fiscal solicitada pela Fiscalização fora praticado exclusivamente pela mesma.

DA NÃO RESPONSABILIZAÇÃO DA RECORRENTE PELAS MULTAS FISCAIS

- Diante do conceito de tributo não há que se falar na responsabilização da Recorrente sobre multas pecuniárias provenientes de ato ilícitos, haja vista que o auto de infração fora motivado diante da omissão de apresentação de documentação fiscal que estava em poder da alienante.

- Requer-se a exclusão das multas em relação à Recorrente ante a impossibilidade de transferência desse ônus ao responsável tributário, seja em respeito ao princípio constitucional da personalidade da pena, seja pela redação do art. 133 do CTN se referir exclusivamente a tributos, cuja definição legal exclui expressamente as sanções de atos ilícitos (art. 3º).

DA NÃO RESPONSABILIZAÇÃO DA RECORRENTE PELAS MULTAS FISCAIS CONSTITUÍDAS APÓS O ATO SUCESSÓRIO

- Ante entendimento pela transferência ao sucessor da cobrança da multa fiscal, *ad argumentum*, o presente lançamento tributário deverá ser revisto, pois a recorrente não poderá ser obrigada a recolher aos cofres públicos crédito tributário constituído após o ato sucessório.

O SUPERMERCADO CÁSPER LÍBERO LTDA., SUPERMERCADO FARIA LIMA LTDA., SUPERMERCADO GENERAL JARDIM LTDA., SUPERMERCADO GUAICURUS LTDA., SUPERMERCADO SAVANA LTDA. E SUPERMERCADO SANTO AMARO LTDA., interpuseram recursos voluntários, em conjunto, tempestivamente (fls. 5035/5171), em 18/03/2015, cujas petições reprisaram as razões do recurso interposto pelo SUPERMERCADO ANGÉLICA e arguiram razões defesas com o intuito de afastar a **responsabilidade subsidiária**, as quais serão analisadas no voto, em sequência.

Os **devedores solidários, FAISSAL HABKA, FADEL HABKA E FARIZE HABKA**, também interpuseram, em conjunto e tempestivamente Recurso Voluntário, em 08/10/2014, com razões consoantes aos recursos acima descritos e arguiram as mesmas razões de defesa apresentadas pelo devedor solidário, o sócio Diretor Superintendente, **ELIAS BRAHIM HABKA**, com o intuito de afastar a responsabilidade solidária, as quais serão analisadas no voto, em sequência.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ROGÉRIO APARECIDO GIL

Na forma retro exposta, os recorrentes interpuseram recursos voluntários tempestivamente. Todavia, os recorrentes, **FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA.** e o devedor solidário, **ELIAS BRAHIM**, não estão regularmente representados, conforme acima relatado. Por esse motivo, **NÃO CONHEÇO** do recurso voluntário interpostos por esses recorrentes e conheço dos recursos interpostos pelos demais recorrentes.

Preliminares

DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA PUBLICIDADE E DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO.

Os recursos apresentados pelos interessados aduziram cerceamento do direito de defesa, alegando que a Fiscalização deixou de fornecer informações claras sobre a autuação, agindo, pois, em desconformidade com os preceitos legais que norteiam a Administração Pública e os atos provenientes desta. Ocorre que, não vislumbra-se cerceamento de defesa, visto que a autuada foi devidamente intimada e recebeu o Termo de Constatação Fiscal, desta fora, bem citou o Acórdão da DRJ/SPO:

O caso presente trata de presunção legal, não indiciária, bastando verificar-se o fato “depósitos bancários não comprovados”. Os documentos e os esclarecimentos requisitados não foram apresentados ou prestados à Fiscalização de forma a elucidar as dúvidas suscitadas. Ao contrário, não foram prestados os esclarecimentos esperados, restando constatada a omissão de receita por via presuntiva legal contida no art. 42, da Lei nº 9.430/1996.

Não ocorreu cerceamento do direito de defesa, mas sim o não comparecimento do contribuinte em sua obrigação de prestar esclarecimentos previstos em lei de forma a afastar a presunção de omissão de receitas com base em depósitos não comprovados. Observe-se que a empresa iniciou respondendo parcialmente os termos de intimação lavrados pela Fiscalização e posteriormente mudou de endereço e parou de responder as intimações, tendo sido intimada por meio de edital. Houve inclusive a lavratura de Termo de Embaraço à Fiscalização, o que não se coaduna com a argumentação contida nas impugnações. No Termo de Embaraço consta o fato da não apresentação dos extratos bancários solicitados. O pedido de vista do processo é de quatro meses depois.

Outrossim, quando do pedido de vistas do processo, em 26/07/2010, por Laércio Benko Lopes, a sua procuração encontrava-se vencida (desde 15/03/2010), não tendo sido apresentada outra que a substituísse.

Ou seja, foi a empresa que se ausentou da ação fiscal, ficando sujeita, também, ao lançamento na forma arbitrada, com base no art. 530, inciso III, do RIR/1999. Deve ser lembrado que a empresa não apresentou livros contábeis e fiscais, e até mesmo, deixou de apresentar DIPJ dos períodos autuados.

Não se acham violados os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, da legalidade, da publicidade e da motivação dos atos administrativos. Isso porque a ampla defesa e o contraditório estão sendo exercitados, o lançamento foi realizado dentro da legalidade e foi devidamente motivado. No tocante à publicidade, o sigilo fiscal protege o contribuinte, mas lhe é dada ciência dos atos administrativos lavrados, mesmo que

seja por meio de edital, quando o sujeito passivo não se apresenta à ação fiscal, ou não mantém sua situação cadastral regular.

Nesse sentido, também infundada a arguição de que seria nulo o lançamento em decorrência de suposta inconsistência na descrição dos fatos e nas planilhas em arquivo eletrônico (Extratos Bancários) utilizados como provas do lançamento, por afronta aos artigos 9º, e 10, inciso III, do Decreto nº 70.235/1972.

Os documentos fornecidos pelos bancos e que deram fundamento para a elaboração dos demonstrativos constantes dos Termos de Constatação estão anexados às fls. 76/2318 e não têm as características dos copiados no corpo das impugnações.

No processo administrativo fiscal as causas de nulidade se limitam àquelas previstas no artigo 59 do Dec. nr. 70.235/72. Logo, se os fatos verificados não configurarem pelo menos alguma das hipóteses arroladas no dispositivo legal, não há nulidade, mormente quando vê-se que os recorrentes tiveram oportunidade de exercer seu direito de defesa.

Constata-se dos autos que aos recorrentes foi oportunizada a manifestação e conhecimento das razões, no entanto, os próprios fiscalizados aduzem terem se negado a apresentar a documentação exigida. Senão vejamos:

A Recorrente não cumpriu a solicitação de apresentação da documentação exigida pelo Fisco, em razão da manifesta nulidade do procedimento fiscal, eis que entende que não fora iniciado qualquer trabalho de fiscalização que obrigasse a Recorrente a entregar qualquer informação, além de lhe ter sido negado o acesso aos autos do processo administrativo fiscal, para que fosse exercido o direito de ampla defesa, e que, em qualquer procedimento está resguardado a não autoincriminação.

Nesses termos, não houve cerceamento de defesa, motivo pelo qual não há como acolher a preliminar de nulidade.

Do mesmo modo, os recorrentes alegam que teria havido afronta aos princípios da legalidade e da publicidade, sob o argumento de que a Fiscalização impediu acesso a dados e informações dos próprios recorrentes, contidos nos autos do processo administrativo debatido.

É cediço que as intimações se efetuam de ofício, e, apenas a sua ausência enseja a nulidade. Sendo assim, no caso em tela, o que houve foi a mudança de domicílio tributário, fato que motivou a intimação, também, via edital publicado. Neste mister, também, não há que se falar em prejuízo dos recorrentes, impondo, por conseguinte, afastamento da alegação de nulidade.

Ainda concernente a preliminar de nulidade, os recorrentes argumentam violação ao princípio da motivação aduzindo que não tiveram como defender-se, porque não ficaram claras as razões da autuação.

Ocorre que, devidamente ciente e oportunizada a manifestação, caberia aos interessados sanar as alegadas nulidades tempestivamente, e, não permitir que fosse lavrado auto de infração em desfavor dos recorrentes eivados de vícios. Ao contrário, os recorrentes negaram-se a apresentar a documentação exigida pela fiscalização.

No presente caso, os recorrentes foram regularmente cientificados, o que lhes oportunizou o exercício do contraditório e da ampla defesa, princípios constitucionais, corolários do devido processo legal, que possibilitam ao interessado arguir suas razões de defesa bem como lhe facultam a contraprova, por todos os meios de prova admitidos em direito.

Ademais, a instância administrativa não possui competência para afastar a aplicação da norma sob fundamento de sua inconstitucionalidade, uma vez que tal apreciação é exclusiva do Poder Judiciário, nos termos dos artigos 97 e 102 da Constituição Federal. Tal questão é, inclusive, objeto da Súmula n. 2 do CARF.

DA NULIDADE DO LANÇAMENTO E DA VALIDADE DA PRESUNÇÃO.

Antes de discutir o lançamento em questão, vale destacar que o STF determinou quanto ao art. 6º da Lei Complementar 105/01, que não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

Ao cerne da argumentação, os recorrentes alegam que não motivação concreta da autuação, visto que a Fiscalização apresentou justificativas vagas lastreadas unicamente em presunções não suficientes para fundamentar os lançamentos tributários.

Ocorre que, o contribuinte não apresentou a documentação exigida pela Fiscalização de modo a comprovar a origem dos créditos e movimentações em suas contas bancárias. Desta forma, com fulcro no art. 42 da Lei nº 9.430/96, a autoridade fiscal, por meio dos extratos bancários, imputou-lhe a infração de omissão de rendimentos caracterizados por movimentações bancárias sem a devida comprovação. Ou seja, o não atendimento das exigências não foi capaz de prejudicar a atividade fiscalizatória, pois a autuação se deu, legalmente, por meio da presunção.

O Acórdão nº 16-62.362 da DRJ/SPO bem observou que:

Alegou-se cerceamento à ampla defesa e ao contraditório por falta de intimação da impugnante, com o não preenchimento dos requisitos do art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

A empresa foi intimada na forma da lei. Primeiramente, tentou-se intimar a empresa por meio postal, sem sucesso. E depois restou a ciência por meio de edital.

No Termo nº 04, é relatado o procedimento da Fiscalização:

*Em 6 de junho de 2011, lavramos o **Termo de Constatação e Intimação nº 04**, notificando o contribuinte a justificar a origem dos recursos creditados em suas contas bancárias, no decorrer dos **anos-calendário 2006 e 2007**, totais de **R\$288.987.287,60 e R\$318.536.812,46**, respectivamente, mantidas pela empresa junto às instituições financeiras movimentadas (Safra, Bradesco e Unibanco), bem como, comprovar que os mesmos foram declarados e oferecidos à tributação. Anexo ao Termo nº 04 encontram-se relações com os créditos individuais, discriminado-os por banco, conta corrente e data do crédito,*

acompanhadas de demonstrativos resumo por banco, conta corrente e anocalendário.

*O Termo nº 04 foi **encaminhado ao contribuinte por via postal ao novo endereço do contribuinte, cito à Av. Assembléia, nº 183, Diadema – SP. Os correios fizeram três tentativas de entrega sem sucesso e, posteriormente, o documento ficou disponibilizado na agência aguardando a retirada pelo contribuinte, fato este, que não se concretizou e o documento foi devolvido à RFB.***

*Em 7 de junho de 2011, lavramos o **Termo de Intimação nº 05** encaminhado à sócia Julia Szokaes Benko, recebido no dia 11 daquele mês, solicitando sem comparecimento nesta repartição para prestar informações e comprovar a atualização do endereço da empresa fiscalizada. **Não houve atendimento.***

*Em 20 de junho de 2011, lavramos o **Termo de Ciência e de Continuidade de Procedimento Fiscal**, encaminhado ao contribuinte por via postal no endereço Av. Assembleia, nº 183, Diadema – SP, e este foi **devolvido pelos correios com a informação de “MUDOU-SE”.***

A Fiscalização encaminhou duas notificações ao endereço cadastral do contribuinte. A primeira (Termo nº 04) foi devolvida pelos correios, pois o contribuinte não foi localizado, e a segunda (Termo de 20/06/11) foi devolvida com a informação de que o contribuinte “MUDOU-SE”.

*Tendo em vista que o contribuinte não foi localizado em seu endereço cadastral, em 20 de junho de 2011, lavramos os **Termos de Constatação e Intimação n.ºs. 06 a 10**, notificando os sócios Elias Brahim Habka, Faissal Habka, Fadel Habka, Farize Habka e Julia Szokaes Benko, respectivamente, a justificar a origem dos valores de movimentação financeira ocorrida nos anos-calendário 2006 e 2007, num total de R\$ 607.524.100,06, bem como, a comprovar se os mesmos foram declarados e oferecidos à tributação. **Não houve atendimento.***

*Em 27 de junho de 2001, lavramos o **Edital de Intimação nº 115/2011**, fixado nas dependências desta repartição na mesma data, intimando o contribuinte fiscalizado a tomar ciência do **Termo nº 04. Não houve atendimento.***

Frisa-se, portanto, que a Lei nº 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de receita com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o contribuinte titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

DO ACESSO À MOVIMENTAÇÃO E DADOS BANCÁRIOS E DA PROVA ILÍCITA

A DRJ/SPO argumenta que, como as normas que dispõem sobre a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, esculpidas na Lei nº 9.311/96, na Lei Complementar nº 105/01 e no Decreto nº 3.724/01, continuam em pleno vigor no ordenamento jurídico pátrio, mantém-se a possibilidade do acesso aos dados bancários nos moldes previstos na legislação.

No entanto, o Recurso Extraordinário foi julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, em 24/02/2016, no qual, por maioria de votos, fixou-se que o art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

Deste modo, não há que se falar, também, em uso de prova ilícita, uma vez que a quebra de sigilo bancária enquadra-se como procedimento legítimo e legalmente reconhecido. E, nesse sentido, vale a transcrição do decisum da DRJ no concernente a tal matéria de defesa. Senão vejamos:

Observe, ademais, que o lucro se deu na forma arbitrada porque a empresa não forneceu os livros contábeis e fiscais previstos na legislação. A empresa abriu mão de apurar o seu resultado, e não deixou outra alternativa ao Fisco a não ser arbitrar o lucro.

Assim, não foi a movimentação que foi autuada pura e simplesmente, mas sim o lucro arbitrado, apurado com base na omissão de receita calculada sobre os depósitos bancários cuja origem não restou comprovada, aplicando-se a alíquota de arbitramento prevista na legislação.

DA DECADÊNCIA

Em relação à decadência, os Recorrentes argumentam no sentido de que, por se tratar o Imposto de Renda de tributo sujeito ao lançamento por homologação e seus reflexos, deveria ser contado o prazo constante do artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional.

Todavia, não há fundamento para se falar em lançamento por homologação, pois, não se verifica nos autos informação alguma sobre valores pagos a título de tributos. Portanto, não há o que se homologar, menos ainda de forma ficta.

Ao caso, portanto, aplica-se as disposições ao art. 173 do CTN (cinco anos). E por se tratar de omissão de receita apurada com base em depósitos bancários de origem não comprovada, o CARF já pacificou, por meio da Súmula nº 38 que:

"O fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, relativo à omissão de rendimentos apurada a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário."

Nesse sentido, em conformidade com a DRJ, verifica-se que, todos os fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2006, com exceção do último dia do ano-calendário (o último trimestre – IRPJ e CSLL – e último mês do ano – PIS e COFINS), poderiam ser lançados em 2006. Contando-se cinco anos a partir do ano-calendário de 2007 tem-se que os lançamentos relativos aos fatos geradores ocorridos em 2006 poderiam ser efetuados até 31/12/2011 (o último trimestre e o último mês do ano até 31/12/2012).

Como a Interessada e os responsáveis tomaram ciência dos autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS em 2011, constata-se que não ocorreu decadência no caso sob julgamento.

Ante o exposto, voto no sentido de **REJEITAR todas as preliminares** arguidas pelos recorrentes, afastando as nulidades por cerceamento de defesa, afronta aos

princípios da legalidade e publicidade, violação ao princípio da motivação, e, ainda, as preliminares de nulidade do lançamento e decadência.

Do Mérito

FALTA DE PROVA PARA A CONSTATAÇÃO DE FATURAMENTO E LUCRO

A recorrente foi intimada (fl. 2.319) a comprovar a origem de R\$607.524.100,06 depositados em contas bancárias de sua titularidade, nos bancos Safra, Bradesco e Unibanco. A intimação foi devolvida à DRF, em 27/06/2011 (fl. 2.325). Houve intimação por edital (Edital nr. 115/2001, de 27/06/2011). Prazo até 02/08/2011.

Conforme já mencionado, foi oportunizado aos recorrentes o conhecimento e possibilidade de manifestação quando da intimação dos atos administrativos praticados. Dessa forma, solicitou-se documentação hábil capaz de desconsiderar as alegações atribuídas aos interessados no auto de infração, o que, contudo, deixou de ser atendido pelos recorrentes. Logo, não há que se falar em justificativas vagas, uma vez que a Autoridade Fiscal precisou utilizar-se das presunções legais para não prejudicar a fiscalização.

Observa-se do conjunto probatório que, os recorrentes não justificam ou esclarecem a origem das movimentações financeiras, apenas imputam à Fiscalização incoerência lógica da presunção de faturamento e lucro.

Não há razão para acolher tais alegações.

DA ILEGALIDADE DO LANÇAMENTO DA PIS/COFINS – EXCLUSÃO DO ICMS

No que tange a ilegalidade do lançamento do PIS e COFINS, entende-se que não há previsão legal para exclusão do ICMS incidente sobre as vendas da base de cálculo. O ICMS compõe a receita ou o faturamento para fins de apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com fulcro no disposto no artigo 1º das Leis n 10.637/2002 e n. 10.833/2003, vê-se que a base de cálculo das contribuições em evidência é "*o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica*". Assim sendo, como se vê, a base de cálculo das contribuições referenciadas é a receita bruta auferida pela pessoa jurídica, e não a receita líquida.

Nestes termos, por ausência de previsão legal, o valor do ICMS devido pelo contribuinte integra a base de cálculo do PIS e da COFINS, descabendo sua exclusão.

DA INEXISTÊNCIA DA INFRAÇÃO PREVISTA NO ART. 71 DA LEI N. 4.502/64

O acórdão recorrido acolheu as alegações de que a omissão reiterada de volumosa quantia, por dois anos, sem a apresentação de DIPJ e dos livros contábeis e fiscais - até mesmo após intimada reiteradamente pela fiscalização - seria evidentemente dolosa e configuraria sonegação.

Os demais aspectos - supostos erros em arquivos magnéticos - não teriam o alcance pretendido pelos recorrentes, deveriam ser desconsiderados, já que foram exaustivamente tratados e oportunizado aos recorrentes a manifestação sobre as informações e documentos apresentados pelas referidas instituições financeiras. Eventual erro nos arquivos

magnéticos poderiam ter sido resolvidos perante a DRF pelos interessados, até por que os alegados erros poderiam ser em relação aos equipamentos de informática e configurações de sistemas utilizados pelos recorrentes.

De outro lado, os requerentes buscaram afastar o enquadramento do ocorrido nas disposições do art. 71 da Lei nº 4.502/1964, alegando-se que a presunção fora realizada com base em "indícios viciados, ante erros nos arquivos eletrônicos, não tendo sido comprovada ação dolosa".

Determina o art. 71 da referida Lei:

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

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

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

Por sua vez, a Lei nº 4.729/1965, no seu art. 1º define o crime de sonegação fiscal, nos seguintes termos:

Art 1º Constitui crime de sonegação fiscal:

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

O que se extrai dos autos, de fato, é que os recorrentes, mesmo sendo-lhes diversas oportunidades, não se manifestaram. Não apresentaram uma justificativa sequer para nos anos de 2006 e 2007 não declararem imposto de renda (não foi apresentada DIPJ nesses anos), não foram apresentadas as escritas contábeis e comerciais. Porém, de outro lado, houve mais de R\$607 milhões de depósitos em contas bancárias. Da mesma forma, os recorrentes nada disseram a respeito.

Sobretudo, são os registros detalhados constantes do Termo de Verificação que certificam a ocorrência de fraude com o intuito de sonegar informações relativas às receitas tributáveis, caracterizada pela forma e pelas circunstâncias em que houve a sucessão das empresas.

Nesse sentido, não há como afastar o enquadramento de tais condutas nas disposições do art. 71 da Lei nº 4.502/1964, na forma concluída no acórdão recorrido.

DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DO EFEITO CONFISCATÓRIO DA MULTA

No acórdão recorrido, a DRJ/SPO observou que:

Apresentou-se o argumento de que pela aplicação do princípio da capacidade contributiva, encontrar-se-ia não preenchida a regra matriz de incidência IRPJ, CSLL, COFINS e PIS, ao presumir-se que a movimentação financeira ocorrida nas contas bancárias da Impugnante tratam-se de lucro ou faturamento.

Não cabe prolongar-se nesse assunto, haja vista que, como já tratado acima, os julgadores administrativos das Delegacias de Julgamento da RFB estão adstritos às normas legais vigentes, não podendo se arvorar em declarar a inconstitucionalidade de uma lei, mesmo que seja em um caso em julgamento intra partes.

In casu, o art. 42 da Lei nº 9.430/1996 encontra-se em vigor e os pressupostos para sua aplicação foram atendidos, cabendo apenas reconhecer sua vigência e validade, para todos os efeitos. Argumento improcedente.

Ademais, conforme já mencionado, a alegação de inaplicabilidade da multa face ao princípio constitucional do não confisco, bem como quanto à violação ao princípio da capacidade contributiva, ressalta-se ser vedado à instância administrativa, cabendo tal apreciação ao Poder Judiciário, uma vez que há entendimento pacificado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, nos termos da Súmula n.2.

Repisa-se que, os princípios constitucionais da capacidade contributiva e da vedação ao confisco deveriam ser dirigidos ao legislador, e não ao aplicador da lei, pois uma vez positivada a norma, é dever da autoridade administrativa interpretá-la e aplicá-la, processo do qual não integra o juízo de valor acerca da justiça ou da injustiça dos efeitos que gerou.

DOS JUROS MORATÓRIOS E APLICAÇÃO DA TAXA SELIC

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.*

Mantém-se as conclusões do acórdão recorrido, também nesse ponto.

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS (ART. 135, CTN)

O acórdão recorrido, com base nas disposições do art. 135, inc. III do CTN, manteve a responsabilidade solidária dos sócios que integravam o quadro societário da contribuinte nos anos calendário de 2006 e 2007, os senhores Elias Brahim Habka, Faissal Habka, Fadel Habka, Farize Habka.

O Termo de Sujeição Passiva (fl. 3702/3707) foi lavrado com base no fato de que os sócios diretores e empresas sucessoras, sem qualquer justificativa, não atenderam às intimações para apresentar DIPJ, escritas comerciais e contábeis; por não prestarem informações sobre omissão de receitas e sobre a origem de depósitos efetuados em contas bancárias de titularidade da contribuinte, cujas condutas foram consideradas como embaraço à fiscalização. Lavrou-se, também, Termo de Embaraço.

Em **recurso voluntário** interposto pelo devedor solidário, Elias Brahim Habka e nos **recursos voluntários** interpostos pelos devedores solidários, Faissal Habka, Fadel Habka, Farize Habka (fls. 5172/5289) sustentaram, em síntese, que:

- a) o redirecionamento da obrigação pelo crédito tributário para o sócio da sociedade, somente pode ser feito mediante prévia comprovação, pela fiscalização, de atos ilegais e contrários ao contrato social. Alega que, no presente caso a fiscalização não fez qualquer prova nesse sentido;
- b) citou doutrina no sentido de que:

"não se pode admitir que o não pagamento do tributo configure a infração de lei, capaz de ensejar tal responsabilidade, porque isto levará a suprimir-se a regra, fazendo prevalecer, em todos os casos, a exceção. O não cumprimento de uma obrigação qualquer, e não apenas uma obrigação tributária, provocaria a responsabilidade do diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica de direito privado inadimplente. Mas tal conclusão é evidentemente insustentável. O que a lei estabelece como regra, isto é, a limitação da responsabilidade dos diretores ou administradores dessas pessoas jurídicas, não pode ser anulado por esse desmedido elatério dado a exceção;

Em conclusão, a questão em exame pode ser assim resumida:

a) os sócios gerentes, diretores e administradores de sociedades por quotas de responsabilidade limitada ou anônimas, em princípio não são pessoalmente responsáveis pelas dívidas tributárias destas; b) omissis; c) relativamente aos demais tributos, a responsabilidade em questão só existirá quando a pessoa jurídica tenha ficado sem condições econômicas para responder pela dívida, em decorrência de atos praticados com excesso de poderes, ou violação da lei, do contrato ou do estatuto; d) a liquidação irregular da sociedade gera a presunção da prática desses atos abusivos ou ilegais" (in Responsabilidade Tributária e Infração da Lei, Repertório de jurisprudência, n. 15/94, fls. 298/299).

- c) para instruir o competente procedimento administrativo é necessária a colheita de provas indispensáveis à identificação do fato jurisdicionado, de forma a conhecer a verdade material que se submeterá à norma; no exercício de sua função a administração fiscal tem o dever de provar a ocorrência do fato do qual decorreu a aplicação do Direito, é dele o ônus da prova; não restou demonstrada a legalidade da inclusão dos mesmos como responsáveis solidários;

- d) se retiraram da sociedade, em 03/03/2009 (no caso dos Srs. Faissal Habka, Fadel Habka, e da Sra. Farize Habka), antes, portanto, da fiscalização; que a partir daquela data, os atuais sócios Sr. Elias Brahim e Júlia Szokaes Benko assumiram os direitos e deveres da autuada, conforme comprova o Registro realizado na JUSCESP da alteração contratual (anexou contrato); que o sócio remanescente e a sócia que ingressou, à época, mantêm-se na sociedade e a conduz até os dias de hoje; que esses sócios assumiram as dívidas correntes e os direitos; que não restou aos devedores solidários qualquer responsabilidade;
- e) na sociedade limitada a responsabilidade de cada sócio é, em princípio, restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital. Logo, se ao retirar-se da sociedade, o capital social ainda não foi completamente integralizado, o ex-sócio continua responsável no limite do capital faltante, observado o prazo de dois anos, conforme o disposto no parágrafo único do art. 1.003, e artigo 1.032 ambos do Código Civil;
- f) os referidos dispositivos são taxativos em afirmar que o sócio retirante somente é responsável perante a sociedade e terceiros pelas obrigações assumidas pela empresa enquanto era sócio, não podendo ser penalizado por fatos executados após a sua saída da sociedade;
- g) situação esta ocorrida no presente caso, pois, o motivo do lançamento tributário foi realizado pela inércia da empresa autuada em fornecer a documentação solicitada pela Fiscalização;
- h) os sócios retirantes não participaram ativamente sobre os fatos praticados pela autuada, ou seja, o não atendimento das notificações emitidas em 2010 e 2011;
- i) a principal contribuinte continua, até os dias de hoje, funcionando normalmente, em sua nova sede, em Diadema SP e sob a direção dos sócios Elias Brahim Habka e Júlia Szokaes Benko ;
- j) não exerciam cargo ou funções de gerência;
- k) a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editou em 25/02/2010 a Portaria PGFN ns 180, que dispõe sobre a necessidade do preenchimento dos requisitos necessários para solicitar a inclusão de responsáveis (sócios ou ex-sócios) no pólo passivo da obrigação tributária, in verbis:

Art. 1º Para fins de responsabilização com base no inciso III do art. 135 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, entende-se como responsável solidário o sócio, pessoa física ou jurídica, ou o terceiro não sócio, que possua poderes de gerência sobre a pessoa jurídica, independentemente da denominação conferida, à época da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária objeto de cobrança judicial.

Art. 2º A inclusão do responsável solidário na Certidão de Dívida Ativa da União somente ocorrerá após a declaração fundamentada da autoridade competente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) ou da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) acerca da ocorrência de ao menos uma das quatro situações a seguir:

- I - excesso de poderes;*
- II - infração à lei;*
- III - infração ao contrato social ou estatuto;*
- IV - dissolução irregular da pessoa jurídica.*

Parágrafo único. Na hipótese de dissolução irregular da pessoa jurídica, os sócios-gerentes e os terceiros não sócios com poderes de gerência à época da dissolução, bem como do fato gerador, deverão ser considerados responsáveis solidários.

À vista dessas razões de recurso dos devedores solidários e dos fundamentos do acórdão recorrido, **passo à análise** das questões que envolve a responsabilidade solidária dos recorrentes.

Em relação à **alegação de que os devedores solidários Faissal Habka, Fadel Habka, Farize Habka não exerciam cargo de gerência**, veja-se a seguir.

Nos termos da Cláusula 6a. do **Contrato Social** (fl. 25) vigente à época dos fatos em questão, o capital social da empresa era de **R\$3.000.000,00**, divididos em 600.000 quotas de R\$5,00 cada uma, assim distribuídas entre os **quotistas**: a) **Elias** Brahim Habka: 240.000 quotas, R\$1.200.000,00; b) **Faissal** Habka: 120.000 quotas, R\$600.000,00; c) **Fadel** Habka: 120.000 quotas, R\$600.000,00; e d) **Farize** Habka: 120.000 quotas, R\$600.000,00. Conforme § 1º dessa cláusula, o capital subscrito foi totalmente integralizado, à vista e em moeda corrente do país. No § 2º ficou estabelecido **que a responsabilidade dos sócios é, na forma da lei, restrita ao valor de suas quotas, mas respondem solidariamente pela integralização do capital social.**

Com relação à **administração da empresa**, o contrato social assim definiu:

Capítulo III. Da Administração.

Cláusula 10ª

A sociedade será administrada por todos os sócios, que assinarão isoladamente, e que, no exercício de suas funções administrativas, serão designados Diretores e terão todos os poderes para, observado o disposto no artigo 11º deste Contrato Social, agindo individualmente, administrar, representar e validamente obrigar a sociedade para todos os fins.

§ 1º - Os sócios quotistas serão designados diretores como segue:

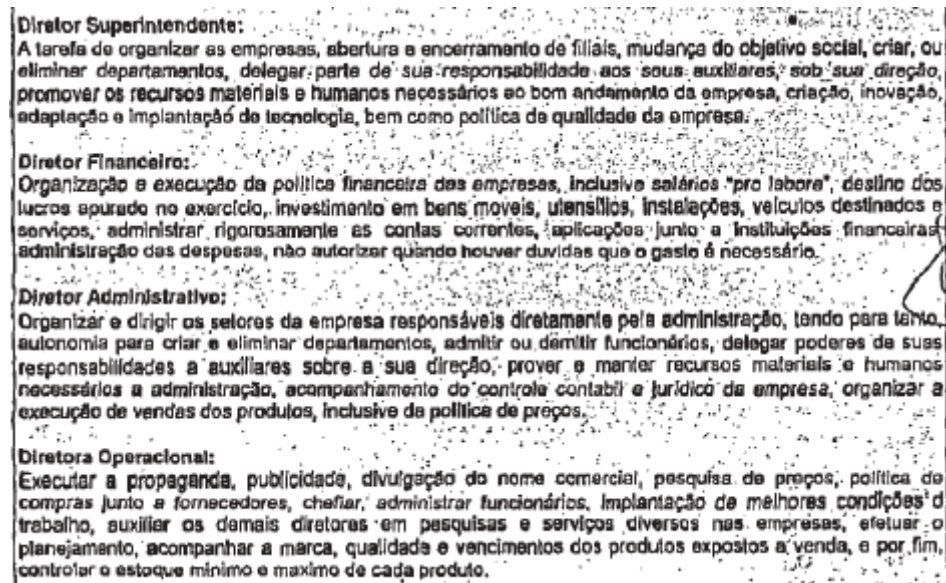
ELIAS BRAHIM HABKA - Diretor Superintendente

FAISSAL HABKA - Diretor Financeiro

FADEL HABKA - Diretor Administrativo

FARIZE HABKA - Diretora Operacional

O § 2º da mesma cláusula, estabelece as atribuições, competências e poderes de cada um dos diretores:



O contrato social apresentado pela contribuinte principal, portanto, comprova que os devedores solidários, Faissal Habka, Fadel Habka, Farize Habka, eram diretores e detinham poderes de gerência.

Em relação à **alegação de que esses devedores solidários, em 03/03/2009 se retiraram da sociedade que compunha a contribuinte principal**, veja-se a seguir.

O Banco Bradesco S.A., em atendimento à intimação da DRF, em procedimento de Requisição de Movimentação Financeira - RMF (fls. 78 e segs.) informou as diversas contas mantidas em suas agências, em nome da contribuinte principal e de suas nove filiais.

Conforme relatórios de **cadastro de clientes**, emitidos pelo **Bradesco**, em **22/11/2000**, os devedores solidários, Faissal Habka, Fadel Habka, Farize Habka, **permaneciam** cadastrados como diretores e com poderes para **assinar isoladamente cheques, financiamentos** etc. O Bradesco juntou as fichas individualizadas dos devedores solidários referentes a cada uma das contas mantidas pela contribuinte principal e por todas as filiais. Como exemplo, reproduz-s os seguintes documentos que estão juntados às fls. 80 e segs.:

Processo nº 19515.721085/2011-52
Acórdão n.º 1302-001.991

S1-C3T2
Fl. 25

22/11/10 CADASTRO DE CLIENTES 15:50:20
CLIEP475 CLIE4750

AGENCIA : 130/9 - MOOCA-USP - SP CONTA : 116.004/4

DADOS DOS DIRETORES, SOCIOS E PRINCIPAIS ACIONISTAS

NOME: ELIAS BRAHIM HABKA () DIRETOR
CPF/CGC: 91.414.051 / 0000 - 53 (X) SOCIO
ACOES COM DIREITO A VOTO: 0 () ACIONISTAS

NOME: FARIZE HABKA () DIRETOR
CPF/CGC: 22.615.608 / 0000 - 77 (X) SOCIO
ACOES COM DIREITO A VOTO: 0 () ACIONISTAS

NOME: FADEL HABKA () DIRETOR
CPF/CGC: 21.940.938 / 0000 - 26 (X) SOCIO
ACOES COM DIREITO A VOTO: 0 () ACIONISTAS

NOME: FAISSAL HABKA () DIRETOR
CPF/CGC: 10.843.068 / 0000 - 59 (X) SOCIO
ACOES COM DIREITO A VOTO: 0 () ACIONISTAS

22/11/10 CADASTRO DE CLIENTES 15:50:20
CLIEP476 CLIE4760

AGENCIA : 130/9 - MOOCA-USP - SP CONTA : 116.004/4

DADOS DO REPRESENTANTE

C.P.F.:022615608/0000-77
NOME : FARIZE HABKA
END.RESIDENCIAL: PROFESSOR ARTUR RAMOS NRO: 0000350
COMPLEMENTO: BL D AP 60
BAIRRO: JARDIM PAULISTANO UF: SP
CEP: 01454-010 CIDADE: SAO PAULO
FONE (DDD/NRO.): 0011 / 3813-9565 FAX (DDD/NRO.): 0011 / 7807-4599
COD.Ocup.(I.R): 902-PROPRIETARIO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL
DATA NASCIMENTO: 27/06/1958 CAP.CIVIL: MAIOR
LOCAL NASCIMENTO: ANAPOLIS UF: GO
SEXO: FEMININO NACIONALIDADE: BRASILEIRO ESTADO CIVIL: OUTROS
PAI : ELIAS BRAHIM HABKA
MAE : HELENA DAGUER HABKA
CONJUGE :
IDENTIDADE: TIPO DOCTO: REGISTRO GERAL NRO.DOCTO.: 96127867
DT.EMISSAO: 30/04/1996 ORGAO EXPED.: SSP / SP

PODERES DE REPRESENTACAO

FORMA DE ASSINATURA : (X) ISOLADAMENTE () CONJUNTAMENTE
(X) CONTRATO SOCIAL () ATA ASSEMBLEIA () PROCURACAO
() ESTATUTO () DECLARACAO DE REGISTRO COMERCIAL
EMITIR E ENDOSSAR CHEQUES CONTRA BANCOS
SACAR, ACEITAR, ENDOSSAR E AVALIZAR LETRAS DE CAMBIO
EMITIR, ENDOSSAR E AVALIZAR NOTAS PROMISSORIAS
ENDOSSAR E CAUCIONAR CONHECIMENTOS FERROVIARIOS
ASSINAR CONTRATO DE CAUCAO E PENHOR
ASSINAR CORRESPONDENCIA EM GERAL E DE RESPONSABILIDADE
VENDER, HIPOTECAR E ADQUIRIR IMOVEIS

Nesse sentido, o Banco Bradesco S.A. comunicou formalmente à Fiscalização que, os devedores solidários **Faissal Habka, Fadel Habka, Farize Habka**, eram diretores e que movimentavam as contas bancárias, por meio de assinaturas isoladas de cheques e financiamentos.

O Bradesco ainda juntou diversas cópias de **cheques**, às fls. 2298/2138, que também evidenciam que os devedores solidários **assinavam isoladamente** os cheques emitidos para honrar compromissos da contribuinte principal.

Cotejando-se a referida Alteração de Contrato Social, com os documentos apresentados pelo Bradesco, verifica-se que **os devedores solidários formalizaram juridicamente sua retirada da sociedade em 03/03/2009, mas, em 20/11/2000, ainda mantinham-se com poderes para representar a contribuinte principal perante aquela instituição financeira**, bem assim para assinar cheques, realizar operações bancárias, empréstimos e financiamentos.

Essa realidade poderia levar à conclusão de que **a retirada dos sócios se deu, tão somente, do ponto de vista jurídico-formal**, mas que, de fato, os devedores solidários permaneceram à frente dos negócios da contribuinte principal.

A possibilidade dessa conclusão poderia ser reforçada pelo fato de que os sócios **Elias Brahim Habka e Júlia Szokaes Benko** tinham **mais de 80 anos de idade** e, assim, seria possível imaginar que já não dispunham das condições necessárias para gerir dez supermercados em São Paulo SP, tantas contas bancárias e a movimentação de mais de R\$607 milhões, em 2006 e 2007.

Os sócios diretores ainda alegaram que a contribuinte principal, **Futurama Supermercado Ltda. teria continuado normalmente suas atividades**, tendo apenas mudado sua sede de São Paulo para Diadema, e que por isso, ao se retirarem da sociedade, o sócio que permaneceu, **Elias Brahim Habka** e a sócia que ingressou, **Júlia Szokaes Benko**, teriam assumido integralmente as responsabilidades fiscais, inclusive das filiais encerradas. Alegaram que as filiais foram encerradas, em virtude de discussões familiares.

Todavia, os sócios diretores, **Faissal Habka, Fadel Habka, Farize Habka**, não comprovaram nos autos suas alegações. No mínimo, deveriam ter comprovado que a Futurama Supermercado Ltda. detém capital suficiente para fazer frente ao crédito tributário de mais de R\$128 milhões, conforme consta do auto de infração. Pois, se não comprovaram tal suficiência, devem ser considerados responsáveis solidários, é o que se pode concluir da interpretação das disposições do art. 211 do Dec. 3.000/99, a seguir transcrito:

Art. 211. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis (Lei nº 5.172, de 1966, art. 134):

IV - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

§ 1º O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório (Lei nº 5.172, de 1966, art. 134, parágrafo único).

§ 2º A extinção de uma firma ou sociedade de pessoas não exime o titular ou os sócios da responsabilidade solidária do débito fiscal (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 53).

Apenas para não passar despercebido, no que diz respeito às alegadas discussões familiares, não há como lhes dar credibilidade, pois, os sócios diretores "retirantes", reabriram novos supermercados, apenas com CNPJs e razões sociais diferentes, nos mesmos locais, com os mesmos empregados, com a mesma fachada, Futurama Supermercado Ltda.

Assim, diante de tais **confirmações de que os devedores solidários, Faissal Habka, Fadel Habka, Farize Habka, eram diretores**, passa-se a verificar se os **atos** por eles praticados e se as suas **omissões** se enquadrariam nas disposições do referido **art. 135, inc. III** do Código Tributário Nacional - CTN, como atos praticados com excesso de poder ou de infração à lei ou contrato ou estatuto social. Inicia-se a análise com os seguintes fatos, em ordem cronológica crescente:

- a) **18/01/2010**. - Termo de Início de Procedimento Fiscal (fl. 4) - a **Futurama Supermercado Ltda.** foi **intimada a apresentar** (20 dias) Livros Diário e Razão (Lucro Real), Livro Registro de Entradas, Livro Registro de Saídas, Contrato/Estatuto Social e suas alterações, Documento de movimentação financeira etc.;
- b) **08/02/2010** - Pedido de prorrogação de prazo pela **Futurama Supermercado Ltda.** (fl. 44);
- c) **17/02/2010** - Termo de Intimação nr. 2 (fl. 48);
- d) **18/10/2010** - Termo de Embaraço (fl. 50) - Lavrado pelo fato de que a empresa Futurama Supermercado Ltda. não atendeu à reintimação havida, após o seu pedido de prorrogação de prazo para atendimento. Destacam-se os seguintes registros do Termo de Embaraço:

"A recusa não justificada na apresentação dos elementos solicitados sujeita o contribuinte à multa de ofício prevista no art. 959 e incisos, permitindo configurar embaraço à fiscalização, nos termos do artigo 33, inciso I, da Lei nr. 9.430/96."
- e) **12/03/2010** - Petição da Futurama (fl. 52) com a informação de que estaria apresentando, em anexo, parte dos extratos bancários. Pediu outros 20 dias para completar os documentos. Todavia, não há documento anexo a tal petição;
- f) **18/03/2010** - Novo Pedido de Prorrogação de Prazo pela Futurama (fl. 55). Concederam-se mais 10 dias;
- g) **18/06/2010** - Termo de Ciência e Continuidade de Procedimento Fiscal (fl. 58) - O Termo foi devidamente entregue a representante da Futurama Supermercado Ltda.;
- h) **27/06/2011** - Termo de Constatação e Intimação nr. 04 (fls. 2319/3606). A empresa Futurama **não recebeu** esse Termo, pela via postal.

-
- i) **28/06/2011** - Termos de Constatação e Intimação nr. 05, 06, 07, 08, 09 e 10 **recebidos** por Elias Brahim Habka, Júlia Szokaes Benko, Faissal Habka, Fadel Habka e Farize Habka. Os Termos foram regularmente entregues (fls. 3608/3622);
- j) **26/07/2010** - Petição da Futurama (fl. 62) - Pede vista dos autos e alega princípios constitucionais e legislação em defesa da ampla defesa e do contraditório;
- k) **02/08/2011** - Edital nº 115/2011 - Futurama foi intimada por edital do Termo de Constatação e Intimação nº 04; (fl. 3607). **Não houve manifestação da Futurama;**
- l) **17/08/2010** - Novo Termo de Ciência e Continuidade de Procedimento Fiscal (fl. 66) entregue à Futurama. **Não houve manifestação da Futurama;**
- m) **22/11/2010** - Resposta do Bradesco ao Requerimento de Movimentação Financeira - **RMF** (fl. 76 e segs.);
- n) **29/09/2011** - **Termo de Constatação - IRPJ e reflexos A/Cs 2006 e 2006** (fls. 3631/3638) expedido em nome de Futurama Supermercado Ltda., Elias Brahim Habka, Faissal Habka, Fadel Habka e Farize Habka (não incluiu Júlia Szokaes Benko). Os AR de fls. 3689/3692 informam que os Termos **foram recebidos** pelos destinatários. **Não houve resposta de nenhum dos intimados;**
- o) **Auto de Infração e Termo de Encerramento** (fls. 36410);
- p) **14/11/2011** - Edital nº 145/2011 - Futurama Supermercado Ltda. é intimada por Edital do Termo de Constatação - IRPJ e reflexos A/Cs 2006 e 2006 e do Auto de Infração e Termo de Encerramento (fl. 3688);
- q) **19/11/2011** - Termo de Sujeição Passiva - Supermercado **Angélica** Ltda., Supermercado **Cásper Líbero** Ltda., Supermercado **Faria Lima** Ltda., Supermercado **General Jardim** Ltda., Supermercado **Guaicurus** Ltda., Supermercado **Savana** Ltda. e Supermercado **Santo Amaro** Ltda. (fl. 3702);

Analisando-se tais procedimentos, verifica-se que a responsabilidade solidária foi atribuída aos **sócios diretores** pelo fato de que, intimados por várias vezes e em várias oportunidades, **não se manifestaram, nem mesmo apresentaram justificativa alguma** (os pedidos de prorrogação de prazo, sem atendimento, são do Supermercado Futurama Ltda. Os sócios diretores, em momento algum, se manifestaram).

Também revela a responsabilidade dos sócios diretores os registros detalhados constantes do Termo de Verificação que certificam a ocorrência de **fraude com o intuito de sonegar informações relativas às receitas tributáveis, caracterizada pela forma e pelas circunstâncias em que houve a sucessão das empresas.**

Várias questões deveriam ter sido respondidas e comprovadas pelos sócios diretores, Elias Brahim Habka, Faissal Habka, Fadel Habka e Farize Habka, como por exemplo: qual o motivo da retirada dos sócios da sociedade e a permanência dos poderes para movimentar contas bancárias da Futurama? qual o motivo do encerramento das filiais e a abertura de sete novos supermercados (CNPJs) para funcionarem com o mesmo nome Futurama Supermercado? qual a origem de depósitos em contas bancárias que somaram mais de R\$607 milhões em 2006 e 2007?

Diante da ausência de resposta e diante da falta de justificativa dos sócios diretores Elias Brahim Habka, Faissal Habka, Fadel Habka e Farize Habka, mesmo diante de várias intimações pessoais regularmente enviadas e recebidas por esses sócios diretores, **entendo como correta e fundamentada a conclusão da DRF e da DRJ** no sentido de que tais **diretores omitiram** as informações e provas com o **objetivo de impedir a fiscalização de verificar o fato gerador dos tributos** a que foram autuados a pagar. Nesse sentido, entendo devido o enquadramento dos sócios diretores nas disposições do art. 71 da Lei nº 4.502/64 que assim estabelecem:

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

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

Verifica-se, portanto, que os sócios diretores, Elias Brahim Habka, Faissal Habka, Fadel Habka e Farize Habka, **ao omitirem** informações e documentos à fiscalização (mesmo diante das intimações pessoais que receberam), sem qualquer justificativa, mesmo diante de várias intimações e oportunidades para se manifestar, **infringiram a lei**, pelo fato de que, devido a tais omissões injustificadas, **impediram a fiscalização de verificar o fato gerador**, no caso, a origem dos depósitos em contas bancárias (mais de R\$607 milhões). As intimações foram enviadas diretamente aos sócios diretores pelo fato de que a contribuinte, Futurama Supermercado Ltda., não atendia às intimações e concessões de prorrogação de prazos.

Os sócios diretores, **Elias Brahim Habka, Faissal Habka, Fadel Habka e Farize Habka, como responsáveis pela empresa Futurama Supermercado Ltda., estão obrigados a cumprir as normas a que esta empresa está obrigada**, conforme parágrafo único do art. 989 do Dec. nº 3.000/99, a seguir transcrito:

Art. 989. (...)

*Parágrafo único. Os cônjuges, procuradores bastantes, tutores, curadores, **diretores**, gerentes, síndicos, liquidatários e demais representantes de pessoas físicas e jurídicas **cumprirão as obrigações que incumbirem aos representados** (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 192, parágrafo único).*

Dessa forma, por serem os responsáveis pela empresa Futurama Supermercado Ltda., nos anos 2006 e 2007, esses sócios diretores estão obrigados a cumprir e

a fazer cumprir as seguintes disposições legais as quais **foram por eles infringidas**, como a seguir demonstrado.

A empresa Futurama Supermercado Ltda, por ser pessoa jurídica, constitui-se contribuinte e está obrigada a pagar o imposto sobre a renda e seus lucros devem ser apurados conforme determina o art. 146, inc. I do Dec. nº 3.000/99 c.c. art. 147 e 149 do mesmo decreto, conforme a seguir transcritos:

Art. 146. São contribuintes do imposto e terão seus lucros apurados de acordo com este Decreto (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 27):

I - as pessoas jurídicas (Capítulo I);

Art. 147. Consideram-se pessoas jurídicas, para efeito do disposto no inciso I do artigo anterior:

I - as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no País, sejam quais forem seus fins, nacionalidade ou participantes no capital (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 27, Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, art. 42, e Lei nº 6.264, de 1975, art. 1º);

II - as filiais, sucursais, agências ou representações no País das pessoas jurídicas com sede no exterior (Lei nº 3.470, de 1958, art. 76, Lei nº 4.131, de 1962, art. 42, e Lei nº 6.264, de 1975, art. 1º);

Art. 149. Na apuração dos resultados dessas sociedades, assim como na tributação dos lucros apurados e dos distribuídos, serão observadas as normas aplicáveis às pessoas jurídicas em geral e o disposto no art. 254, II (Decreto-Lei nº 2.303, de 1986, art. 7º, parágrafo único).

Além da obrigação de pagar imposto de renda, a contribuinte está obrigada a manter escrituração em cumprimento às leis comerciais e fiscais aplicáveis. Da mesma forma, as suas filiais, conforme determinam os arts. 251, 252, 257, 258, 260 e 264 do Dec. nº 3.000/99, a seguir transcritos:

*Art. 251. A pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real **deve manter escrituração com observância das leis comerciais e fiscais** (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 7º).*

Parágrafo único. A escrituração deverá abranger todas as operações do contribuinte, os resultados apurados em suas atividades no território nacional, bem como os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior (Lei nº 2.354, de 29 de novembro de 1954, art. 2º, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 25).

Art. 252. É facultado às pessoas jurídicas que possuem filiais, sucursais ou agências manter contabilidade não centralizada, devendo incorporar ao final de cada mês, na escrituração da matriz, os resultados de cada uma delas (Lei nº 2.354, de 1954, art. 2º).

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

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

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

I - para registro de inventário;

II - para registro de entradas (compras);

III - de Apuração do Lucro Real - LALUR;

IV - para registro permanente de estoque, para as pessoas jurídicas que exercerem atividades de compra, venda, incorporação e construção de imóveis, loteamento ou desmembramento de terrenos para venda;

V - de Movimentação de Combustíveis, a ser escriturado diariamente pelo posto revendedor.

Art. 264. A pessoa jurídica é obrigada a conservar em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros, documentos e papéis relativos a sua atividade, ou que se refiram a atos ou operações que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 4º).

§ 1º Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de livros, fichas, documentos ou papéis de interesse da escrituração, a pessoa jurídica fará publicar, em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento, aviso concernente ao fato e deste dará minuciosa informação, dentro de quarenta e oito horas, ao órgão competente do Registro do Comércio, remetendo cópia da comunicação ao órgão da Secretaria da Receita Federal de sua jurisdição (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 10).

§ 2º A legalização de novos livros ou fichas só será providenciada depois de observado o disposto no parágrafo anterior (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 10, parágrafo único).

§ 3º Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os

créditos tributários relativos a esses exercícios (Lei nº 9.430, de 1996, art. 37).

Além da obrigação de pagar imposto de renda e manter a escrituração, a contribuinte está obrigada a apurar o lucro líquido mediante a elaboração, em cumprimento às leis comerciais aplicáveis, do balanço patrimonial, da demonstração do resultado do período de apuração e da demonstração de lucros ou prejuízos acumulados, conforme determinam os arts. 274 e 275 do Dec. nº 3.000/99, a seguir transcritos:

Art. 274. Ao fim de cada período de incidência do imposto, o contribuinte deverá apurar o lucro líquido mediante a elaboração, com observância das disposições da lei comercial, do balanço patrimonial, da demonstração do resultado do período de apuração e da demonstração de lucros ou prejuízos acumulados (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 7º, § 4º, e Lei nº 7.450, de 1985, art. 18).

§ 1º O lucro líquido do período deverá ser apurado com observância das disposições da Lei nº 6.404, de 1976 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 67, inciso XI, Lei nº 7.450, de 1985, art. 18, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 5º).

§ 2º O balanço ou balancete deverá ser transcrito no Diário ou no LALUR (Lei nº 8.383, de 1991, art. 51, e Lei nº 9.430, de 1996, arts. 1º e 2º, § 3º).

Art. 275. O contribuinte deverá elaborar demonstração do lucro real, discriminando (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 8º, § 1º, e Lei nº 9.430, de 1996, arts. 1º e 2º):

I - o lucro líquido do período de apuração;

II - os lançamentos de ajuste do lucro líquido, com a indicação, quando for o caso, dos registros correspondentes na escrituração comercial ou fiscal;

III - o lucro real.

Parágrafo único. A demonstração do lucro real deverá ser transcrita no LALUR (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 8º, inciso I, alínea "b").

Verifica-se, ainda, que a contribuinte, Futurama Supermercado Ltda., **está obrigada a prestar informações e os esclarecimentos** exigidos pela fiscalização neste processo, e **não pode eximir-se** de fornecer, nos prazos marcados, as informações ou esclarecimentos solicitados pelos órgãos da Secretaria da Receita Federal, conforme determinam os artigos 927 e 928 do Dec. 3.000/99, a seguir transcritos:

Art. 927. Todas as pessoas físicas ou jurídicas, contribuintes ou não, são obrigadas a prestar as informações e os esclarecimentos exigidos pelos Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional no exercício de suas funções, sendo as declarações tomadas por termo e assinadas pelo declarante (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º).

Art. 928. Nenhuma pessoa física ou jurídica, contribuinte ou não, poderá eximir-se de fornecer, nos prazos marcados, as informações ou esclarecimentos solicitados pelos órgãos da Secretaria da Receita Federal (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 123, Decreto-Lei nº 1.718, de 27 de novembro de 1979, art. 2º, e Lei nº 5.172, de 1966, art. 197).

Ao omitir as informações e não exibir os documentos requisitados pela fiscalização, a contribuinte deu ensejo à lavratura do Termo de Embarço à Fiscalização, conforme determina o art. 919 do Dec. 3.000/99, a seguir transcrito:

Art. 919. (...)

Parágrafo único. Considera-se como embarço à fiscalização a recusa não justificada da exibição de livros auxiliares de escrituração, tais como o Razão, o Livro Caixa, o Livro Registro de Inventário, o Contas-Correntes e outros registros específicos pertinentes ao ramo de negócio da empresa.

Verifica-se, portanto, que os sócios diretores, **Elias Brahim Habka, Faissal Habka, Fadel Habka e Farize Habka**, na qualidade de administradores responsáveis pela empresa Futurama Supermercado Ltda., nos anos 2006 e 2007, **infringiram** todas essas disposições legais citadas, pelo fato de não terem atendido às intimações pessoais e por não terem apresentado justificativa pelo não atendimento às requisições de informações e documentos essenciais aos procedimentos de fiscalização da Receita Federal.

O inc. III do art. 135 do CTN estabelece que os diretores devem ser pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes as obrigações tributárias resultantes de atos que tenham praticado em infração à lei, nos seguintes termos:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

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

Conforme retro demonstrado, **(i) a omissão** de tais sócios diretores quanto à origem dos depósitos, sem qualquer justificativa, mesmo diante de várias intimações pessoais, **forçou** a fiscalização a **concluir que houve omissão de receita** representada pelos depósitos em contas bancárias de origem não comprovada; **(ii) a omissão dos sócios diretores também foi determinante** para que houvesse o **arbitramento do lucro** sobre os depósitos em contas bancárias de origem não comprovada; **(iii) a omissão dos sócios diretores fez surgir a obrigação de pagar os tributos decorrentes do lucro arbitrado**, exigidos neste processo.

Dessa forma, com base nos fatos e fundamentos analisados nesse tópico, os sócios diretores, **Elias Brahim Habka, Faissal Habka, Fadel Habka e Farize Habka, devem ser mantidos como devedores solidários**, ratificando-se, nesse ponto, o acórdão recorrido.

Registre-se, ainda, que tais fatos e fundamentos também justificam a qualificação da multa, anteriormente apreciada e mantida.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS SUPERMERCADOS ANGÉLICA, CÁSPER LÍBERO, FARIA LIMA, GENERAL JARDIM, GUAICURUS, SAVANA E SANTO AMARO

Os sete supermercados supramencionados foram inicialmente arrolados como responsáveis subsidiários e, posteriormente, quando da lavratura do Termo de Sujeição Passiva, foram declarados devedores solidários dos tributos lançados nos autos de infração em questão.

As evidências de que as atividades comerciais do supermercado Futurama continuaram a ser exercidas pelos sete supermercados, nos mesmos locais e moldes em que funcionavam os estabelecimentos pertencentes originalmente à estrutura da autuada, podendo se dizer que é a mesma empresa com outra roupagem jurídica, levou a Fiscalização à conclusão de que se tratam de sucessores tributários. Ou seja, formalmente, a empresa foi vendida e desmembrada em outras empresas mas, na prática, manteve a mesma estrutura.

As impugnações e manifestações de inconformidade apresentadas por tais supermercados dizem em síntese que:

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 pólo passivo do mesmo.

(...)

E mais, a empresa Autuada Futurama encontra-se em plena atividade e devidamente inscrita nos próprios órgãos da Receita Federal.

Logo, se mostra totalmente indevida a inclusão dos Impugnantes no pólo passivo do lançamento em apreço, ante a falta de indicação de elementos que demonstram de forma irrefutável a ocorrência dos fatos elencados nos artigos 133 e 135 do CTN.

(...)

O acórdão recorrido ressalta que não se pode concordar com a alegação de que houve ofensa aos princípios da ampla defesa e contraditório ou falta de indicação dos reais motivos que levaram à inclusão dos sete supermercados com responsáveis, pois, nos Termos e nos Autos de Infração levados ao conhecimento das pessoas envolvidas, houve explicação detalhada dos diversos motivos, razões de fato e de direito e fundamentação legal, sendo incorreto o argumento acima.

Apresentou-se, outrossim, alegações um pouco diferentes para seis dos mercados, que se localizam, até hoje (com exceção do Santo Amaro, que foi substituído pelo Casa Verde, que consta como nova loja no site), no local da antigas filiais do Futurama (conforme confirma a cópia do site acima):

DA NÃO TRANSFERÊNCIA DO FUNDO DE COMÉRCIO DO FUTURAMA PARA OS IMPUGNANTES /argumentos apresentados por: Supermercado Cásper Líbero Ltda, Supermercado Faria Lima Ltda, Supermercado General Jardim Ltda, Supermercado Guaicurus Ltda, Supermercado Santo Amaro Ltda e Supermercado Savana Ltda)

(...)

Em que pese o trabalho realizado pela douda Fiscalização, não ficou demonstrado por provas irrefutáveis que as empresas acima identificadas, em especial os Impugnantes, assumiram o fundo de comércio da empresa FUTURAMA.

(...)

Como se verifica, o pensamento de outrora estava intrinsecamente vinculado ao estabelecimento físico do empresário. Com o tempo, verificou-se que o conceito de fundo de comércio tornou-se cada vez mais abrangente, tomando forma em tudo que possa caracterizar como ativo da empresa. O próprio professor Rubens Requião em sua obra já citada passou esse ensinamento.

O fundo de comércio é muito mais que o simples estabelecimento empresarial, é todo o ativo e passivo que engloba a empresa, desde seus bens móveis, utensílios, mercadorias, até seus clientes, lista de fornecedores, empregados e funcionários, marcas, registros comerciais e industriais, etc.

Caso tenha havido somente a ocupação do espaço físico, e dos móveis e utensílios do antigo empresário (como no caso dos autos), mesmo que seja no mesmo ramo de atividade mercantil, não haverá sucessão tributária. Estamos diante de um quadro onde haverá uma nova empresa apenas se fixou no mesmo espaço outrora utilizado por outro lojista.

(...)

Portanto, no caso concreto, com base na doutrina e jurisprudência consolidadas, não existirá sucessão tributária por parte dos Impugnantes, uma porque estabelecidas em locais diversos do local da autuada, e segundo que a autuada encontra-se em plena atividade e regularmente inscrita no cadastro da Secretaria da Fazenda, estando somente instalada em outro local.

REPITA-SE, OS IMPUGNANTES NÃO ESTÃO LOCALIZADAS NO LOCAL AONDE FUNCIONAVA A FILIAL OU MESMO A MATRIZ DA AUTUADA. LOGO, NÃO HÁ QUE SE FALAR NA RESPONSABILIZAÇÃO DESTA PELA AQUISIÇÃO DE FUNDO DE COMÉRCIO.

Além disso, a Fiscalização na ânsia de "provar" a ocorrência de transferência do fundo de comércio, não trouxe qualquer prova que as Impugnantes, LOCALIZADAS EM OUTRO LOCAL, adquiriram equipamentos, instalações, estoque e clientela da empresa "sucedida".

Ora, a Fiscalização utilizou de meras presunções para demonstrar, ou melhor, tentar demonstrar que os Impugnantes adquiriram o fundo de comércio da autuada.

Além disso, o Sr. Agente Fiscal ao relatar suas conclusões no termo de verificação sobre a suposta existência de transferência de fundo de comércio, somente se alicerçou no simples fato das Defendentes fazerem uso da marca "FUTURAMA", bem como da utilização do site da empresa, deixando, contudo, de trazer aos autos outras provas que demonstrassem que as Defendentes adquiriram realmente todo o fundo de comércio (ou estabelecimento comercial), tais como o estoque, maquinário, pessoal, clientela etc.

E os argumentos do sétimo supermercado (Angélica), que se localiza no local onde a matriz do Futurama ficava, são os seguintes, além daqueles apresentados pelos seis supermercados:

3.2.1. DA NÃO TRANSFERÊNCIA DO FUNDO DE COMÉRCIO DO FUTURAMA PARA OS IMPUGNANTES (argumentos apresentados pelo Supermercado Angélica)

No caso concreto, veja-se que não ocorreu a transferência de todo o chamado fundo de comércio, sendo que somente está sendo utilizado o espaço onde funcionava uma das filiais da autuada.

No tocante à questão sob análise, cumpre reproduzir o art. 133, do CTN:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

§ 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial:

I - em processo de falência;

II - de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for:

I - sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial;

II - parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou III - identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária.

§ 3º Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário.

A DRJ ressalta que o argumento de que no presente caso a situação dos supermercados não configuraria fundo de comércio não procede pois se verifica nos autos estarem funcionando nos mesmos estabelecimentos, com roupagem jurídica semelhante, com o mesmo *modus operandi* e mesmas características essenciais: atividade explorada idêntica, as sete filiais viraram sete empresas sob o controle dos três filhos, a marca foi mantida (até os dias de hoje).

A empresa alega a não continuidade da exploração do negócio, mas está provado nos autos que ela continua a operar como FUTURAMA.

Em certa altura, assim se manifesta a Fiscalização no Termo de Diligência Fiscal de 06/12/2012 (fls. 4364/4365), do qual foi dada a devida ciência aos interessados:

Os empregados continuaram sendo os mesmos, haja vista as informações prestadas pelas próprias empresas através das últimas GFIPs das filiais da FUTURAMA (que deixaram de existir desde JUNHO/2009, mas continuaram informando GFIP até ago, set, out. dez/2009), comparados com as primeiras GFIPs das novas empresas constituídas no mesmo endereço.

Ressaltamos ainda nas GFIPs das novas empresas constituídas, o registro de empregados admitidos em 1995, 2001, 2003, 2004, etc O mobiliário e os equipamentos (balcões frigoríficos, gôndolas, máquinas de cortar frios, balanças, etc) necessários às atividades peculiares dos mercados continuaram os mesmos, visto que, de acordo com as informações prestadas pelas próprias empresas envolvidas à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, através das GIAS -ICMS/SP, não houve registro de emissão de NF de vendas de ativo imobilizado pelas filiais da FUTURAMA, da mesma forma que as novas empresas constituídas nos mesmos endereços não registraram compras de ativo imobilizado por ocasião da transição, como fica evidenciado no ANEXO 2 e COMPLEMENTO ao presente Termo.

No mesmo sentido, as informações prestadas pelas entidades financeiras à RFB, através das DIMOFs, demonstram que, apesar de terem sido encerradas em JUN/2009, as filiais da FUTURAMA continuaram registrando créditos em suas contas bancárias até DEZ/2009, comprovando que houve confusão de atividades das empresas envolvidas, nos mesmos estabelecimentos numa clara demonstração de que estes estabelecimentos continuaram sob a mesma administração (vide ANEXO 3)

Em relação à administração comum das empresas envolvidas, a simples análise do contrato social da NOVOS RUMOS ADMINISTRAÇÃO DE BENS PRÓPRIOS LTDA- CNPJ 07.830.932/0001-00, nos levam a concluir que continuaram a ser exercidas por FAISSAL HABKA - CPF 010.843.068-59, FADEL HABKA - CPF 021.940.938-26 e FARIZE HABKA - CPF 022.615.608-77, inicialmente pela participação direta nos novos mercados e também pela interposição da empresa NOVOS RUMOS ADMINISTRAÇÃO DE BENS PRÓPRIOS LTDA.

É evidente a continuação do negócio pelas "novas" empresas.

Nesse ponto a DRJ destacou que o fato do "antigo Futurama", que foi mantido com o Sr. Elias, ter sido transferido para Diadema é questão que não aproveita às "novas" empresas, pois as provas são de que as atividades continuaram nos moldes antigos, os direitos de uso dos pontos comerciais e da marca, os estoques e o passivo trabalhista do "antigo" Futurama, tudo foi assumido pelas "novas" empresas.

Salienta que, o que ocorreu foi a continuação das atividades do Futurama em uma "nova" roupagem jurídica.

Assim, concluiu o acórdão recorrido que os supermercados são responsáveis subsidiários por sucessão da autuada para fins do art. 133, II, do CTN, como visto acima.

Analisando-se as razões de recursos dos sete supermercados e diante dos fatos e fundamentos apresentados pela DRJ, concluo que devem ser mantidas, também nesse ponto, as conclusões do acórdão recorrido.

DA NÃO RESPONSABILIZAÇÃO DAS RECORRENTES PELAS MULTAS FISCAIS

Consoante à atribuição da responsabilidade solidária aos sócios diretores, é plausível o entendimento de que os efeitos sejam estendidos a aplicação das multas fiscais exigíveis.

Há de se ressaltar, sobretudo que, os registros detalhados constantes do Termo de Verificação certificam a ocorrência de fraude com o intuito de sonegar informações relativas às receitas tributáveis, caracterizada pela forma e pelas circunstâncias em que houve a sucessão das empresas. Além desses fatos e fundamentos, as multas fiscais também se justificam, face à falta de atendimento a solicitações de informações feitas pelas autoridade administrativa e, desta forma, nota-se que todos os interessados foram intimados e mantiveram-se inertes.

Logo, mesmo que entendam ser isentos à autuação, deveriam os interessados manifestar-se no sentido de eximir a responsabilidade pelo atendimento às exigências solicitadas. Neste mister, é cabível a intimação de todos os interessados aos fatos e circunstâncias que se correlacionam com a apuração do tributo devido. Sendo que, o atraso no seu atendimento e, repita-se, a forma e as circunstâncias em que se deram as sucessões das empresas, ensejaram o agravamento da penalidade aplicada sobre o crédito tributário lançado de ofício.

Por fim, não se verifica nas razões de defesas dos recursos voluntários sob exame, qualquer fato ou fundamento que pudessem ser acolhidos como base para reformar o acórdão recorrido.

Assim, com base nos fatos e fundamentos expostos, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** aos recursos voluntários para manter o acórdão recorrido.

ROGÉRIO APARECIDO GIL - Relator