



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 19515.721205/2011-11  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 1402-006.429 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 13 de abril de 2023  
**Recorrente** FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA.  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2007, 2008

**IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.**

Não se conhece do recurso voluntário quando, uma vez apurado defeito na representação processual, o interessado se queda inerte após ter sido regularmente intimado a promover a regularização.

**REEDIÇÃO NO RECURSO VOLUNTÁRIO DAS MESMAS RAZÕES CONSTANTES DA IMPUGNAÇÃO. CONFIRMAÇÃO E ADOÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.**

A reedição no recurso voluntário das mesmas razões constantes da impugnação autoriza a confirmação e adoção da decisão recorrida, nos termos do §3º do artigo 57 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, i) não conhecer dos recursos voluntário da pessoa jurídica FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA. e do coobrigado ELIAS BRAHIM; ii) conhecer dos recursos voluntários dos coobrigados FAISSAL HABKA, FADEL HABKA e FARIZE HABKA e a eles negar provimento.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Jandir José Dalle Lucca – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogerio Borges, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Evandro Correa Dias, Luciano Bernart, Alexandre Iabrudi Catunda, Jandir Jose Dalle Lucca, Mauritania Elvira de Sousa Mendonca (suplente convocada) e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

## Relatório

1. Trata-se de Recursos Voluntários interpostos pela empresa contribuinte FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA., pelo responsável solidário ELIAS BRAHIM HABKA (fls. 654/661) e pelos responsáveis solidários FAISSAL HABKA, FADEL HABKA E FARIZE HABKA (fls. 568/648) contra o v. Acórdão proferido pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo-SP (fls. 487/526), que manteve o crédito tributário lançado no auto de infração de fls. 33/36, relativamente às multas regulamentares de valor fixo de R\$ 538,93, aplicada em razão do não atendimento à intimação fiscal visando o fornecimento de informações e/ou esclarecimentos solicitados, no prazo marcado (arts. 927, 928 e 968 do RIR/99), e de R\$ 3.186.368,12, equivalente a 1% sobre o valor da receita bruta omitida (valor obtido a partir do valor da movimentação financeira), por omissão/erro nos dados fornecidos em meio magnético (arts. 11 e 12, inciso II da Lei nº 8.218, de 1991).

2. Para melhor compreensão da matéria versada nos autos e por bem descrever os fatos, consulte-se o relatório da r. decisão recorrida:

Trata o presente processo de lançamento de ofício de duas multas regulamentares (Auto de Infração às fls. 31/36). A primeira de valor fixo (R\$538,93 – ano- calendário de 2008) em razão do não atendimento à intimação fiscal visando o fornecimento de informações e/ou esclarecimentos solicitados, no prazo marcado (arts. 927, 928 e 968 do RIR/99). A outra no valor equivalente a 1 (um) por cento sobre o valor da receita bruta omitida (valor obtido a partir do valor da movimentação financeira – ano- calendário de 2007; multa de R\$3.186.368,12), por omissão/erro nos dados fornecidos em meio magnético (arts. 11 e 12, inciso II, da Lei nº 8.218/91, com a nova redação dada pelo art. 62 da Lei n. 8.383/1 e redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001 e reedições).

Foi imputada responsabilidade solidária às pessoas físicas Elias Brahim Habka, Faissal Habka, Fadel Habka e Farize Habka e às pessoas jurídicas Supermercado Angélica Ltda., Supermercado Casper Líbero Ltda., Supermercado Faria Lima Ltda., Supermercado General Jardim Ltda., Supermercado Guaicurus Ltda., Supermercado Santo Amaro Ltda. e Supermercado Savana Ltda, subsidiária, conforme Termo de Constatação – Muldi – A/C's 2007 e 2008 (fls. 25/30) e Termo de Sujeição Passiva (fls. 43/48).

No Termo de Constatação – Muldi – A/C's 2007 e 2008, foi relatada a infração e imputada responsabilidade solidária a Elias Brahim Habka, Faissal Habka, Fadel Habka e Farize Habka, da seguinte forma:

I – MULTA – FALTA/ATRASO NA ENTREGA DE ARQUIVO MAGNÉTICO

A – DOS FATOS

Inicialmente, cabe informar que o contribuinte não apresentou a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ – relativa aos anos- calendário 2007 e 2008.

O procedimento fiscal foi iniciado em 24 de abril de 2009, por meio de Termo de Intimação, onde o contribuinte foi intimado pessoalmente a apresentar os arquivos magnéticos, contendo os livros fiscais e contábeis relativos aos anos- calendário 2007 e 2008, previstos na Instrução Normativa nº 86/2001 e Ato Declaratório Executivo - ADE COFIS nº 15/01.

Os trabalhos foram iniciados à época com a autorização do Mandado de Procedimento Fiscal de Diligência nº 08.1.90.00-2009-02527-7, encerrado em abril de 2010, e, a partir de então, sua continuidade passou a constar do MPF em epígrafe.

A Fiscalização notificou por diversas vezes o contribuinte a apresentar os arquivos magnéticos, no entanto, até a presente data, este não os apresentou e não se justificou.

Com base nas disposições dos arts. 12 e 13 da Lei nº 8.218/91, com redação dada pelo art. 62 da Lei nº 8.383/91, e art. 72 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, é possível montar

a seguinte tabela da penalidade aplicável pelo fisco, quando verificada infração às normas referentes à apresentação dos arquivos magnéticos:

- Quanto ao prazo para apresentação das informações:

Infração	Descrição da Infração	Penalidade Aplicável		Base de Observações	Observações
		Até 27.07.2001	A partir de 28.07.2001		
Quanto ao prazo para apresentação das informações	Não cumprimento do prazo estabelecido para apresentação dos arquivos e sistema	Multa equivalente a R\$115,27 por dia de atraso, até o máximo de R\$4.173,00	0,02% por dia de atraso	Receita bruta da pessoa jurídica no período	A partir de 28.08.2001, a multa fica limitada a um por cento da receita bruta da pessoa jurídica no período

A Fiscalização teve acesso à movimentação financeira do ano-calendário 2007, cujo valor total foi de R\$318.536.812,46, caracterizado como omissão de receita. O referido valor foi creditado em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituições financeiras, que o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados, nos termos do art. 42, da Lei nº 9.430/96 (Termo de Constatação e Intimação nº 04, lavrado em 06/06/2011 – MPF-F nº 08.1.90.00-2009-005560-5, em anexo).

A legislação determina que seja aplicada a multa de dois centésimos por cento por dia de atraso, calculada sobre a receita bruta da pessoa jurídica no período, até o máximo de um por cento desta, aos que não cumprem o prazo estabelecido para apresentação dos arquivos e sistemas (Lei nº 8.218/91, art. 12, inciso III, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001). Portanto, a Fiscalização aplicará a multa de 1% (um por cento) sobre o valor da receita omitida.

Com relação ao ano-calendário 2008, a Fiscalização aplicará a multa mínima prevista no art. 968, do RIR/99, no valor de R\$538,93 (quinhentos e trinta e oito reais e noventa e três centavos).

#### B – DO DIREITO

Nos termos da legislação de regência, as pessoas jurídicas, quando intimadas pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, apresentarão, no prazo estipulado, os arquivos digitais e sistemas contendo informações relativas aos seus negócios e atividades econômicas ou financeiras.

Até 31/12/2001, a IN SRF nº 68/95 dispõe sobre a forma e prazos de apresentação dos arquivos magnéticos de que trata o art. 11 da Lei nº 8.218/91. A Portaria COFIS nº 13/95 aprovou o Manual de Orientação para Apresentação de Arquivos Magnéticos, a que refere a Instrução Normativa SRF nº 68/95.

A partir de 01/01/2002, o Ato Declaratório Executivo COFIS nº 15, de 23 de outubro de 2001, estabelece a forma de apresentação, a documentação de acompanhamento e as especificações técnicas dos arquivos digitais e sistemas de que trata Instrução Normativa SRF nº 86, de 22 de outubro de 2001.

O artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.218/91, com a redação dada pelo art. 72, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, estabelece a penalidade aos que não apresentarem os arquivos e sistema nos prazos estabelecidos.

#### II – DO ENQUADRAMENTO LEGAL

Foram infringidos os artigos 11 e 12, inciso III, da Lei nº 8.218/91, com a redação dada pelo art. 72 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, e art. 928 do RIR/99.

#### III – DO VALOR TRIBUTÁVEL

O valor tributável para o ano-calendário 2007, correspondente à receita bruta, é de R\$318.536.812,46 (trezentos e dezoito milhões quinhentos e trinta e seis mil oitocentos e doze reais e quarenta e seis centavos), sobre o qual será aplicada a multa de 1,00% (um por cento),

tendo em vista que o prazo de atendimento é superior a 50 dias (0,02% a.d. x 50 dias = 1,00 % - limite da multa).

#### IV – RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS SOLIDÁRIOS

O quadro societário do contribuinte até o início do ano-calendário 2009 era composto pelo pai e seus três filhos, conforme quadro abaixo:

Nome	Parentesco	Partic. R\$	Admissão	Retirada
Elias Brahim Habka	Pai	1.200.000	08/1992	
Faissal Habka	Filho	600.000	08/1992	03/2009
Fadel Habka	Filho	600.000	08/1992	03/2009
Farize Habka	Filho	600.000	08/1994	03/2009

No mês de março de 2009 os sócios filhos retiraram-se da sociedade e transferiram suas participações para o pai e para uma nova sócia, Júlia Szokaes Benko. Naquele ato, também foi procedida a **mudança do endereço cadastral da sede** do contribuinte, da Avenida Angélica, n.º 546, Santa Cecília, São Paulo-SP, **para a Avenida Assembléia, n.º 183, Vila Elida, Diadema-SP**. Dessa forma, o quadro societário atual do contribuinte passou a ser o seguinte:

Nome	Partic. R\$	Admissão
Elias Brahim Habka	2.850.000	08/1992
Júlia Szokaes Benko	150.000	03/2009

Nota: A alteração do endereço do estabelecimento sede do contribuinte foi processada nos sistemas da RFB apenas em abril de 2010.

Coincidência ou não, a sócia recém admitida é avó do procurador constituído pelo contribuinte, Laércio Benko Lopes. No momento da admissão, Júlia Szokaes Benko estava próxima de completar 79 anos de idade (data de nascimento - 21/04/1932) e o sócio remanescente, Elias Brahim Habka, estava com 84 anos (data de nascimento - 27/06/1927).

Conseguimos uma cópia da alteração contratual onde ocorreram as alterações de endereço do estabelecimento sede do contribuinte e do quadro societário. Todos os sócios retirantes (Faissal Habka, Fadel Habka e Farize Habka), juntamente com o sócio remanescente (Elias Brahim Habka), assinaram a alteração contratual, que foi datada de 15 de janeiro de 2009 e protocolada na JUCESP em 26 de fevereiro daquele ano. A sócia recém admitida (Júlia Szokaes Benko), que ingressou na sociedade com uma participação de 30.000 (trinta mil) quotas, correspondentes a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), **não rubricou nenhuma das páginas da alteração contratual e seu nome e assinatura sequer constam ao final do contrato.**

Outro fato relevante ocorrido em junho de 2009 foi o encerramento de todas as filiais do contribuinte. Coincidentemente, nos meses que se passaram, e nos mesmos endereços das filiais encerradas, foram constituídas novas empresas. Vejamos a 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	Al. 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. Angélica 546	Supermercado Angélica	10.842.431/0001-59

As novas empresas foram constituídas pelos sócios Faissal Habka, Fadel Habka e Farize Habka e, também têm como sócia a empresa Novos Rumos Administração de Bens Próprios Ltda, CNPJ nº 07.830.932/0001-00, cujos sócios são os mesmos citados no início deste parágrafo.

Nota: Conforme informado anteriormente, a partir do Termo nº 04, lavrado em 6 de junho de 2011, o contribuinte deixou de receber as intimações encaminhadas ao endereço citado em epígrafe. A partir de 20 de junho de 2011, com a lavratura do Termo de Ciência e de Continuidade de Procedimento Fiscal, os correios devolveram a intimação com a informação de que o contribuinte “MUDOU-SE”.

O contribuinte está registrado nos sistemas da RFB com o CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) nº 4711-3-02, que se refere ao comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – **supermercados. As novas empresas também estão classificadas neste código.**

Os fatos ocorridos no ano-calendário 2009, praticados pelos sócios e detectados pela Fiscalização no decorrer dos trabalhos de auditoria, **evidenciam que não houve paralisação das atividades do contribuinte**, mas, tão somente, por opção daqueles, a continuidade dos negócios nas novas empresas constituídas. Essas novas empresas, em atividade com nova razão social (Supermercado Angélica, Supermercado Faria Lima, dentre outros), **apresentam-se ao público como Futurama Supermercados (logo marca em cupom fiscal, outdoors, uniforme de funcionários).**

A Fiscalização teve acesso a dois cupons fiscais emitidos pelas novas empresas no decorrer deste ano. São eles:

- Supermercado Faria Lima Ltda, CNPJ nº 10.833.715/0001-89, emitido em 06/06/2011, CCF nº 126.449 e COO nº 177.766, no valor total de R\$406,95;

- Supermercado Angélica Ltda, CNPJ nº 10.842.431/0001-59, emitido em 17/08/2011, CCF nº 043.826 e COO nº 070.745, no valor total de R\$317,01.

Apesar da aparente individualização das empresas, no verso dos cupons fiscais aparece a relação das lojas e seus endereços, seguida das seguintes expressões: “FUTURAMA SUPERMERCADOS” e “TODAS AS LOJAS COM ESTACIONAMENTO”.

Os sócios do contribuinte, em tese, elaboraram e praticaram as mudanças na empresa fiscalizada com a finalidade de acobertar os reais beneficiários das transações realizadas no decorrer dos anos-calendário 2006 e 2007. Conforme informado no decorrer deste Termo, o contribuinte movimentou recursos nestes anos junto a diversos bancos e contas correntes.

Devidamente notificados, os bancos nos apresentaram as fichas cadastrais e os cartões de assinaturas onde estão identificados os sócios e representantes do contribuinte, responsáveis pela movimentação financeira. São eles: **Elias Brahim Habka, Faissal Habka, Fadel Habka e Farize Habka**. Além dos documentos citados anteriormente, a Fiscalização teve acesso a alguns cheques emitidos pelo contribuinte, assinados por seus representantes.

O art. 142 do CTN exige a identificação do sujeito passivo, conceito que engloba o contribuinte e responsáveis, nos termos do art. 121. O Decreto nº 70.235/72 estabelece em seu art. 10, que os elementos do auto de infração, dentre os quais, a qualificação do autuado, nos faz entender que utilizou o termo “autuado” em sua acepção ampla, abrangendo as figuras do contribuinte e responsáveis tributários.

A Fiscalização deve incluir no lançamento de ofício o contribuinte e todos os responsáveis tributários que tiver condições de comprovar o vínculo, nos termos do art. 135 do CTN.

Quanto à natureza da responsabilidade, nos termos do Parecer PGFN nº 55/2009 e da jurisprudência do STJ, não há dúvida tratar-se de responsabilidade tributária solidária.

Abaixo reproduzimos alguns dos artigos da Lei nº 5.172/66 (CTN), citados neste Termo:

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

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

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

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

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

*I - as pessoas referidas no artigo anterior;*

*II - os mandatários, prepostos e empregados;*

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

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

*Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”*

As informações colhidas nos documentos do contribuinte (bancos, JUCESP e outros, anexados ao Auto de Infração de IRPJ – Proc. Adm. Digital nº 19515.721085/2011-52, e-processo) -, são evidências de que os reais beneficiários e, portanto, responsáveis tributários solidários, são **Elias Brahim Habka, Faissal Habka, Fadel Habka e Farize Habka**.

(...)

Já no Termo de Sujeição Passiva de fls. 43/48 foi imputada a responsabilidade às pessoas jurídicas Supermercado Angélica Ltda., Supermercado Casper Líbero Ltda., Supermercado Faria Lima Ltda., Supermercado General Jardim Ltda., Supermercado Guaicurus Ltda., Supermercado Santo Amaro Ltda. e Supermercado Savana Ltda, com fundamento nos artigos 121, II, 124, 128, 129, 133, II, e 142, da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional).

A ciência dos sujeitos passivos e as impugnações apresentadas estão abaixo elencadas:

<i>Sujeito Passivo</i>	<i>Forma de Ciência e folha do documento</i>	<i>Data da Ciência</i>	<i>Data e folhas da Impugnação</i>
<i>Futurama Supermercados Ltda</i>	<i>Editais n.º 155/2011 – fl. 38</i>	<i>23/09/2011</i>	<i>11/11/2011 – fls. 60/132</i>
<i>Elias Brahim Habka</i>	<i>Correio – AR – fl. 39</i>	<i>17/10/2011</i>	<i>11/11/2011 – fls. 60/132</i>
<i>Faissal Habka</i>	<i>Correio – AR – fl. 40</i>	<i>17/10/2011</i>	<i>11/11/2011 – fls. 143/231</i>
<i>Fadel Habka</i>	<i>Correio – AR – fl. 39</i>	<i>18/10/2011</i>	<i>11/11/2011 – fls. 143/231</i>
<i>Farize Habka</i>	<i>Correio – AR – fl. 40</i>	<i>17/10/2011</i>	<i>11/11/2011 – fls. 143/231</i>
<i>Supermercado Angélica Ltda.</i>	<i>Correio – AR – fl. 49</i>	<i>22/11/2011</i>	<i>Não apresentou</i>
<i>Supermercado Casper Líbero Ltda.</i>	<i>Correio – AR – fl. 50</i>	<i>22/11/2011</i>	<i>Não apresentou</i>
<i>Supermercado Faria Lima Ltda.</i>	<i>Correio – AR – fl. 51</i>	<i>23/11/2011</i>	<i>Não apresentou</i>
<i>Supermercado General Jardim Ltda.</i>	<i>Correio – AR – fl. 52</i>	<i>22/11/2011</i>	<i>Não apresentou</i>
<i>Supermercado Guaicurus Ltda.</i>	<i>Correio – AR – fls. 55/56</i>	<i>23/11/2011</i>	<i>Não apresentou</i>
<i>Supermercado Santo Amaro Ltda.</i>	<i>Correio – AR – fl. 53</i>	<i>22/11/2011</i>	<i>Não apresentou</i>
<i>Supermercado Savana Ltda.</i>	<i>Correio – AR – fl. 54</i>	<i>22/11/2011</i>	<i>Não apresentou</i>

Logo, foram duas as impugnações apresentadas. A primeira, anexada às fls. 60/132, foi apresentada em nome do Futurama Supermercado Ltda. e de Elias Brahim Habka, na data de 11/11/2011 (fl. 60). E a segunda em nome de Faissal Habka, de Fadel Habka e de Farize Habka, anexada às fls. 143/231.

As alegações trazidas à colação na **IMPUGNAÇÃO** apresentada por **FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA. E ELIAS BRAHIM HABKA** foram as seguintes:

## **II – DA IMPUGNAÇÃO**

### **DAS PRELIMINARES**

#### **2.1. DA NULIDADE DA INTIMAÇÃO DA AUTUADA POR EDITAL - AVILTAMENTO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

*É nula a intimação da Autuada por Edital, tendo sido aviltado o princípio da legalidade, posto que essa modalidade de intimação somente poderia ser feita quando resultar improfícuo um dos meios previstos no caput do art. 23 do Decreto n.º 70.235/1972, ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal.*

*Está claro que a Sra. Agente Fiscal providenciou a confecção do Edital para intimação sem cumprir os termos do artigo 23 do Decreto supra mencionado, sob o falso argumento de que o contribuinte estaria em lugar incerto e não sabido, contrariando o princípio da legalidade (art. 37, caput, da CF), ao qual está vinculado o agente público.*

*O contribuinte estava representado nos autos por procurador, que poderia receber o lançamento ora debatido, o que não ocorreu no presente feito, e a Fiscalização realizou a intimação do sócio regularmente pelo correio, caindo por terra o argumento de que o contribuinte estava em lugar incerto e não sabido.*

*Deve a Administração Pública atuar em plena observância aos ditames da lei para controlar os atos administrativos concedidos, especialmente para retirar do ordenamento jurídico os que sejam nulos/viciados para restabelecer a legalidade administrativa.*

*Para tanto, considerada-se como ato administrativo válido, quando for expedido por autoridade competente e conter os requisitos necessários à sua eficácia, ou seja, em absoluta*

*conformidade com as exigências do sistema normativas (art. 5, II, da CF/1988, art. 142 do CTN e art. 23, § 1º, do Decreto nº 70.234/1972)*

*Requer-se a nulidade do lançamento tributário. Caso esta Delegacia de Julgamento entenda pela nulidade do lançamento, deverá ser reconhecida a nulidade da intimação do contribuinte por edital e considerar a data de intimação do lançamento a data de intimação do sócio da empresa autuada.*

*Assim, demonstrado que o contribuinte não estaria em lugar incerto e não sabido, e que a DRF – Jundiá possui outro meios para tentar a intimação, bem como tinha conhecimento do endereço do contribuinte (fls. 31), nulo de pleno direito o Edital confeccionado às fls. 48.*

## **2.2. DA NULIDADE DO LANÇAMENTO ANTE O CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA**

*No presente Auto de Infração, há flagrante cerceamento de defesa, em violação ao art. 5º, LV, da Constituição Federal.*

*Isso em razão da Defendente, na data de 27/09/2010, após receber a notificação de fornecimento de documentos fiscais, em especial seus extratos bancários, que, diga-se de passagem, já estavam em poder da Fazenda antes mesmo de iniciada a Fiscalização, solicitou, junto à Delegacia da Receita Federal, cópia integral do processo administrativo dos documentos que materializavam a notificação, para possibilitar a análise dos mesmo, conforme se observa pela petição anexa.*

*Contudo, diante do regular pedido da Impugnante a Fiscalização se manteve inerte, não permitindo o acesso aos autos, ferindo inúmeros preceitos constitucionais que resguardam os mais básicos direitos e garantias fundamentais.*

*Como pode a Impugnante fornecer dados à Fiscalização em detrimento a diversos direitos constitucionais, sem que a Receita Federal, atue com base na legislação norteadora dos agentes públicos e da publicidade?*

*Todavia, a Impugnante não cumpriu a solicitação de apresentação da documentação exigida pela Fisco, em razão da manifesta nulidade do procedimento fiscal, eis que entende que:*

*I) como colocado pela Fiscalização, não fora iniciado qualquer trabalho de fiscalização que obrigue a Impugnante a entregar qualquer informação;*

*II) foi negado o acesso aos autos do processo/procedimento administrativo fiscal, para que a Impugnante possa exercer de forma plena o direito de defesa assegurado pela Constituição Federal;*

*III) em qualquer procedimento, seja ele preparatório ou não, está resguardado o direito constitucional da não auto-incriminação.*

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

*Ora, é dever legal da Administração Pública dar publicidade de seus atos a todos os interessados, sendo que no caso em apreço, todas as informações sobre a Impetrante devem ser científicas à mesma, para que se possa apurar a veracidade e os meios com que foram produzidos.*

*Por consequência, cabe à Administração Pública demonstrar, com clareza, a forma como obteve todas as informações pessoais e sigilosas do contribuinte, que levaram à instauração do procedimento/processo administrativo fiscal.*

*Assim, percebe-se que a Administração deve obediência não só ao direito material, com suas regras e finalidades que estabelece, mas também ao modus operandi que o legislador prefixa, composto de normas de caráter processual. Nesse seguimento, a Administração Pública irá dar origem ao ato próprio da sua função, o administrativo, assim como o Poder Judiciário fará nascer o ato judicial, todos os veículos de uma manifestação estatal sobre a aplicação do direito.*

*Por outro lado, é fato incontroverso que os atos administrativos devem ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. Portanto, traz a vinculação dos atos da administração, o que pressupõe a existência de materialização de todos os atos e o arquivo dos mesmos, em ordem cronológica e numerados por folhas, sendo que a referida numeração será seqüencial e conterá rubrica de todas as páginas que compõem o processo.*

*Frisa-se que o fato da atividade administrativa, em regra, não se desenvolver de forma litigiosa, não descarta o reconhecimento da necessidade de um procedimento administrativo. Afinal, num Estado Democrático de Direito o procedimento é instrumento promotor da democracia na constituição dos atos do Estado e independente da esfera funcional que se desenvolvam, a processualidade é necessária.*

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

### **2.2.1. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO, DA LEGALIDADE, DA PUBLICIDADE E DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

#### **2.2.1.1. Do CERCEAMENTO DE DEFESA**

*A administração pública deve agir em plena conformidade com os dispositivos legais, ou seja, agir sob a égide da lei, respeitando suas delimitações. Desta feita, deve atuar sob o manto da legalidade, com objetivo ético de respeitar a norma jurídica, bem como fazer respeitá-la.*

*No Direito Administrativo encontramos vários princípios que, por sua vez, estão lastreados na Constituição Federal. Estes princípios são os mesmos que norteiam o processo administrativo em geral.*

*O rol das garantias individuais representa, em seu conjunto, verdadeira condido sine qua non da validade constitucional do processo administrativo tributário brasileiro, justamente por encontrarem respaldo constitucional no art. 5º, incisos LIII, LIV e LV, da CF/88: a) direito de impugnação administrativa à pretensão fiscal (art. 5º, LIV); b) direito a autoridade julgadora competente (art., 5º, LIII); c) direito ao contraditório (art. 5º, LV); d) direito à cognição formal e material ampla (art. 5º, LV); e) direito à produção de provas (art. 5º, LV); f) direito a recurso hierárquico (art. 5º, LV).*

*Diante de tais considerações, é possível notar que, **para que a parte possa estabelecer o contraditório e a ampla defesa, é necessário que esta tenha ciência dos atos praticados pela parte contrária e pelo juiz da causa**, entretanto, em nenhum momento esse direito foi concedido à Impugnante.*

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

#### **2.2.1.2 DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PUBLICIDADE**

*O princípio da legalidade ou reserva legal constitui em um dos aspectos mais importantes num Estado Democrático de Direito, restando que toda e qualquer atividade administrativa deverá ser regida por este princípio.*

*Pois bem, em que pese a determinação legal, ao não proceder na forma citada acima, a Fiscalização deixou de observar os princípios contidos na Constituição Federal, uma vez que **IMPEDIU ACESSO DA IMPUGNANTE A DADOS E INFORMAÇÕES DA PRÓPRIA, CONTIDOS NOS AUTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO ORA DEBATIDO.***

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

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

### **2.2.1.3. DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO**

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

*Somente com o enunciado das razões no qual foi alicerçado o ato administrativo, é que se poderá ser observado que tal comportamento obedeceu aos princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, dentre outros.*

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

*Além disso, é importante deixar claro que a Impugnante em nenhum momento tentou questionar o procedimento de quaisquer agentes administrativos, e sim a pleitear o direito de verificar e salvaguardar seus legítimos interesses, os quais devem ser respeitados e compreendidos.*

*Portanto, estamos diante de procedimentos absolutamente contrários à nossa Lei Maior, deixando o contribuinte submetido às vontades dos funcionários do Fisco, um verdadeiro abuso de poder e de atos discricionários, sendo negado até mesmo o direito de vistas aos autos.*

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

### **2.3. DA NULIDADE DO LANÇAMENTO - INCONSISTÊNCIA NA DESCRIÇÃO DOS FATOS E NAS PLANILHAS EM ARQUIVO ELETRÔNICO (EXTRATOS BANCÁRIOS) UTILIZADOS COMO PROVAS DO LANÇAMENTO PARA ARBITRAMENTO DO FATURAMENTO BRUTO DO ANO DE 2007**

*Inicialmente, cumpre ressaltar que é nulo o lançamento ora combatido por haver nítida afronta ao disposto no artigo 9º, e inciso III, do artigo 10, ambos do Decreto 70.235/72, vez que a Autoridade Fiscal além de não ter relatado adequadamente as operações praticadas pela Impugnante, como restará demonstrado, fez apenas remissão aos dados obtidos junto às instituições financeiras que o Impugnante mantinha relacionamento, como forma de motivar o auto de infração, o que não é suficiente para dar cumprimento ao disposto no referido dispositivo legal que além de tudo está eivado de vícios em seus dados, prejudicando o direito de defesa do ora Impugnante.*

*O que se nota é que o Fisco busca motivar a autuação em documentos à parte e não no corpo do auto de infração (PLANILHAS FORNECIDAS PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - COM ERRO), o que não pode ser admitido pelo nosso ordenamento jurídico.*

*Deveras, apenas em casos em que o legislador expressamente tipifica hipóteses legais da presunção da ocorrência de fatos geradores é que se legitimaria a inversão do ônus da prova no procedimento de acusação fiscal. Entretanto, mesmo nessas hipóteses, cabe à Autoridade Competente comprovar a existência do indício que permita a aplicação da presunção legal.*

*Pois bem. No presente caso, a Fiscalização utilizou como parâmetro para arbitramento da multa regulamentar do exercício de 2007, a quebra do sigilo bancário do contribuinte, sendo que tais valores foram levantados pela fiscalização e pior FORAM UTILIZADOS DADOS DE PLANILHAS QUE ESTÃO COM ERROS E QUE DE ACORDO COM A CÓPIA DE CADA PLANILHA ENCAMINHADO JUNTO AO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO EM QUE SE COBRAVA IRPJ, PIS, COFINS E CSLL, AFIRMA QUE OS DADOS FORAM PERDIDOS, conforme se observa pelas imagens extraídas quando iniciadas a execução das planilhas (fls. 77/98).*

*Desta forma, como pretender que a ora Impugnante se defenda de acusação fiscal que sequer se sabe ao certo a razão? Além disso, muito mais grave quando tal acusação é materializada em arquivos eletrônicos que estão com "Erro no arquivo: os dados podem ter sido perdidos", o que demonstram a dúvida quanto aos fatos apurados pela Fiscalização?*

*Nesse passo, a par da flagrante afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, encontra-se ainda violado o princípio constitucional da estrita legalidade, previsto nos artigos 5º, inciso II e 150, inciso I, ambos da Constituição Federal.*

*Da mesma forma, e também não preenchendo os requisitos impostos pela norma contida no artigo 142 do Código Tributário Nacional, no presente lançamento não se verifica a devida determinação da matéria tributável, com a utilização de provas que demonstram de forma irrefutável o ilícito tributário.*

*Seria necessária uma correta adequação dos fatos ocorridos a um tipo legal específico, que deve abarcar, de forma precisa, todos os componentes fáticos que motivarão a sua incidência, bem como o ente público deve ser aquele competente.*

*Assim, estamos diante de um auto de infração, lastreado unicamente em presunção, que, como reconhece a doutrina e a jurisprudência, não são suficientes para fundamentar os lançamentos tributários.*

*No campo das presunções, existem as presunções de fato ou do homem e as presunções legais ou jurídicas. Enquanto estas são decorrentes de norma jurídica expressa e, portanto, têm validade, ainda que limitada, na aplicação do direito tributário, aquelas são estabelecidas pelo próprio homem em seu raciocínio lógico.*

*A presunção de fato tem pouco ou nenhum valor em direito tributário, uma vez que, como o próprio nome já diz, baseia-se em fatos supostamente ocorridos, que se apresentam sem a necessária clareza ou certeza quanto à sua existência para que possam suportar as conclusões que deles se pretende extrair.*

*Assim, em virtude dos princípios constitucionais e legais norteadores do Sistema Tributário, de um lado, as presunções jurídicas podem ser utilizadas pelo legislador ordinário, desde que obedecidos os limites estabelecidos pelo constituinte.*

*De outra parte, as presunções do homem ou meros indícios não são suficientes a embasar o procedimento administrativo que constitui o crédito tributário (cita jurisprudência e doutrina).*

*Assim, tal procedimento absurdo é o que se verifica no presente caso, sendo a Impugnante autuada com base em critério não autorizado por lei, com utilização de provas que não demonstram a veracidade dos fatos pelos erros acima indicados,*

*Portanto, o lançamento ora debatido, deve ser integralmente anulado, ou, ao menos, cancelado, pois a manutenção desta autuação, caracteriza verdadeira afronta: (i) ao princípio da legalidade (art. 5º, II e 150, I, ambos da CF e art. 97 do CTN); (ii) ao art. 142 do CTN; (iii) aos princípios constitucionais que informam a atividade administrativa (art. 37 da CF); bem como (iv) aos incisos LIV e LV, do artigo 5º da Constituição Federal, que prevêm, expressamente, a garantia do devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.*

#### **2.4. DO NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 42 DA LEI N° 9430/96 - CERCEAMENTO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO - FALTA DE INTIMAÇÃO DA IMPUGNANTE PARA APURAÇÃO DE FATURAMENTO DO ANO-CALENDÁRIO DE 2007**

*Não bastasse a prática irregular de quebra do sigilo bancário, que será amplamente demonstrado nos itens seguintes, a fiscalização não deu oportunidade bastante e suficiente, ao contribuinte, para manifestar-se sobre os lançamentos o que ofende diretamente a garantia constitucional do devido processo legal, que é orientado pela possibilidade de ampla defesa e do contraditório.*

*Da mesma forma, ocorreu em relação a não apreciação dos indícios de provas obtidos pela fiscalização, quais sejam os créditos realizados nas contas como forma de pagamento ou recebimento de despesas dos clientes, dentre outras, provas estas que apresentadas à fiscalização, simplesmente foram desprezadas o que ofende o princípio do contraditório, o princípio da verdade material e a instalação de um regime de exceção, pelo*

qual uma movimentação financeira justificada significa renda e um contrato não significa nada.

*E importante deixar claro que a Fiscalização mesmo sabendo que a Impugnante não se encontrava no endereço Avenida Angélica, mas sim na cidade de Diadema, realizou a elaboração de diversas intimações solicitando informações a respeito da movimentação bancária.*

*Ora, se mostram totalmente levianas as alegações da Fiscalização em afirmar que a Impugnante estava em lugar incerto e não sabido, sendo que a simples consulta junto ao cadastro em seu site denota que a Impugnante encontra-se localizada na cidade de Diadema desde novembro de 2005, em plena atividade.*

*E mais, a Impugnante somente tomou ciência do presente lançamento tributário através da informação repassada pelos ex-sócios da Impugnante, ao receberem com indignação o auto de infração e constatarem a suas inclusões como responsáveis solidários pelo crédito.*

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

*Os incisos II, LIV e LV, do artigo 5º, da Constituição Federal, exprimem os princípios jurídicos da legalidade, do devido processo legal e os princípios basilares das demandas: a ampla defesa e o contraditório.*

*Seja no âmbito das relações jurídicas privadas como nas relações jurídicas públicas e, muito mais, nas relações jurídicas tributárias o princípio da legalidade é a estrada única a ser seguida, pois não se admite nas relações jurídicas as ilicitudes e as ilegalidades. No caso das relações jurídicas tributárias, o princípio da legalidade é mais restritivo ainda, impossibilitando o agente público de praticar qualquer ato que não esteja estabelecido em lei. Ou seja, ainda que o ato pareça legal, somente terá validade se formal e substancialmente esteja previsto em lei a sua prática e as condições para que se efetive.*

*Pois bem, o lançamento em apreço apóia-se na regra prevista no art. 42 da Lei 9.430/96, que estabelece, por presunção, a omissão de receita pela verificação de créditos não comprovados em contas de depósito ou de investimento, mantidas junto à instituição financeiras.*

*Os pressupostos formais e substantivos para a prática do lançamento (requisitos legais), pelo que estabelece o art. 42, são; (i) intimação regular e (ii) não comprovação da origem dos recursos pelo contribuinte.*

*Independentemente do vício de origem tipificado pela quebra irregular do sigilo bancário, matéria que será analisada adiante, o que se revela pelos dispositivos legais acima, é a necessidade de cumprimento de algumas regras para que seja possível a presunção de omissão de receita.*

*O art. 42 estabelece o devido processo legal necessário e irreduzível, para que possa ser praticado o ato de lançamento do IRPJ por arbitramento com base na receita não comprovada. **E esse devido processo legal não foi plenamente cumprido. Isso porque a fiscalização deixou de intimar a Impugnante sobre as informações coletadas unilateralmente, mesmo sabedor do endereço correto da Impugnante.***

*Ora, D. Julgador, a presunção legal de renda foi ilidida com a falta de intimação regular do Impugnante para apresentar provas para demonstrar a origem das movimentações não encontrando fundamento jurídico para se sustentar.*

*Ora, se a Impugnante não foi devidamente intimada para comprovar através de documentos ou informações a origem dos depósitos bancários, não cabe mais a aplicação da presunção do art. 42 da Lei 9.430/96 (cita jurisprudência administrativa).*

*Registre-se que pelas próprias notificações e intimações juntadas pela Fiscalização no presente lançamento, comprova-se que o endereço constante na mesma não se trata da sede da Impugnante.*

*Portanto, diante da falta de preenchimento dos requisitos do artigo 42 da Lei n.º 9.430/96, deve ser desconsiderada a presunção de omissão de receita realizada pela Fiscalização do ano-calendário de 2007, ora utilizado para arbitramento da multa regulamentar, com o conseqüente reconhecimento da nulidade do presente lançamento ora debatido.*

### **DO MÉRITO**

#### **2.5. DA IRREGULAR QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO**

##### **2.5.1. A CONSTITUIÇÃO E O SIGILO BANCÁRIO**

*A Fiscalização não poderia lançar mão da quebra do sigilo bancário da Impugnante pelo fato de ofensa às garantias pétreas do art. 5º da Constituição Federal (incisos X, XII, XXXIII, LV e art. 145, §1º, da CF; cita, outrossim, doutrina relativa a Princípios Constitucionais Tributários e jurisprudências).*

*Não se nega a possibilidade da quebra de sigilo bancário e da intimidade da pessoa, mas desde que se faça por terceiro desinteressado e imparcial à atividade do fisco, ou seja, pelo Poder Judiciário.*

*Diante disso, requer seja afastado o lançamento do ano-calendário de 2007, pois obtido em detrimento do direito constitucional do contribuinte ao sigilo bancário.*

##### **2.5.2. DA AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE FATO PARA QUEBRA DO SIGILO**

*A pergunta que intriga e que se faz a todo o momento é; Por que houve a quebra de sigilo bancário da Impugnante?*

*Ora, em sua modesta atividade comercial não ostenta sinais de riqueza, não tem vida desregrada, não é visto na sociedade como empresa de muitas posses. Note-se, inclusive, que nem mesmo a fiscalização encontrou bens de sua propriedade que justificassem uma fiscalização mais aguda em face de renda supostamente declarada,*

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

**A única coisa que levou a fazenda a fiscalizar a Impugnante foi a sua movimentação financeira.**

*Portanto, o ato de quebra de sigilo bancário não tem como motivação fatos relevantes que demonstrassem aumento patrimonial em face das movimentações financeiras.*

*Não há, portanto, qualquer pressuposto de fato que confira à fazenda a motivação para a quebra do sigilo bancário e conseqüentemente para o lançamento da multa regulamentar, que como será demonstrado adiante, não tem qualquer justificativa legal a presunção utilizada pela fiscalização ao imputar lucro sobre as movimentações da Impugnante, que foram utilizadas para arbitramento da multa regulamentar.*

#### **2.6. DA VEDAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE PROVA ILÍCITA**

*A prova obtida com violação a quaisquer direitos ou garantias fundamentais será uma prova ilícita e, por conseqüência, inútil para o processo.*

*O auto infração foi lavrado com fundamento em dados obtidos por meio ilícito, uma vez que as informações fornecidas pelas instituições financeiras encontram-se resguardadas por sigilo, nos termos da Lei Complementar n.º 105/2001.*

*Trata-se, por isso, de uma prova ilícita, obtida com a violação dos direitos e garantias fundamentais da intimidade, especificamente, a intimidade financeira, da dignidade e do sigilo de dados que, conforme a Carta Magna, somente é passível de ser quebrado por ordem judicial em processo penal ou para fins de investigação criminal.*

*No que toca ao aproveitamento dessa prova ilícita no processo administrativo fiscal, é de se concluir pela sua inadmissibilidade, ante o disposto no artigo 5º, LV1, da CF/88, art. 332, do Código de Processo Civil.*

*Ora, as normas acima mencionadas deixam evidente a adoção no nosso sistema jurídico da teoria da ilicitude por derivação, a qual rejeita por completo o uso das provas obtidas por meio ilícito, rechaçando o jargão de que os "fins justificam os meios".*

*Diante do exposto, o auto de infração consubstanciado em levantamento fiscal que arbitrou o faturamento da empresa para o ano-calendário de 2007 e apurou a multa regulamentar com base em dados ilicitamente obtidos é contrário ao ordenamento constitucional que fulmina de nulidade a prova em questão.*

## **2.7. DA FALTA DE PROVA E DA INCOERÊNCIA LÓGICA DA PRESUNÇÃO DE FATURAMENTO/LUCRO PARA O ANO-CALENDÁRIO DE 2007**

### **2.7.1. DA FALTA DE PROVA PARA CONSTATAÇÃO DE FATURAMENTO E LUCRO**

*Para instruir o competente procedimento administrativo é necessário a colheita de provas indispensáveis à identificação do fato jurisdicionalizado, de forma a conhecer a verdade material que se submeterá à norma.*

*Alberto Xavier explica que o Direito Tributário é de natureza indisponível, ou seja, nem o Fisco pode deixar de aplicar a norma nem o contribuinte pode pagar tributo que não seja devido. E, ainda, que a Administração não pode prescindir das diligências probatórias previstas em lei para pleno conhecimento do objeto.*

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

*Frisa-se que como exposto anteriormente, as provas utilizadas peia Fiscalização estão eivadas de vícios, ou sejam, não demonstram com exatidão que os valores ali lançados tratam-se realmente dos valores constantes nas contas correntes da Impugnante, por conta dos erros nos arquivos eletrônicos.*

### **2.7.2. DA INCOERÊNCIA LÓGICA DA PRESUNÇÃO DE FATURAMENTO E LUCRO - INCONSISTÊNCIA DO LANÇAMENTO**

*A presunção não surge de uma vontade da legislação ou de um entendimento subjetivo do intérprete, mas surge sempre da experiência, da observação do acontecer dos fatos na ordem natural das coisas, é uma fórmula captada da vivência que demonstra que "após a tempestade sempre vem a bonança".*

*No caso em tela, não podemos dizer ser infalível a consequência lógica entre a movimentação financeira e o faturamento.*

*Tanto a quebra do sigilo bancário, como a tributação por presunção de que a movimentação financeira é sinônimo de "faturamento", são medidas que desrespeitam a intimidade do contribuinte por uma coerção injustificada.*

*A presunção legal edificada pela Lei nº 9.430/96 (art. 42) colide com o próprio conceito de presunção, pois não reflete a experiência de que o fato conhecido importa no reconhecimento do fato desconhecido, pois não há nexos causal entre a movimentação financeira e a aquisição de faturamento, bem como colide com a prática jurisprudencial no âmbito administrativo e judicial,*

*Entre o fato conhecido (movimentação financeira) e o fato desconhecido (a materialidade da ocorrência de faturamento) deveria haver uma correlação segura e direta, não podendo haver dúvidas sobre a materialização dessa correlação. Não ocorrendo, percebe-se que o artifício legal resultar indevido por absoluta inadequação do conceito jurídico escolhido para sua concreção. A simples prova de que a movimentação financeira não é renda direta desqualifica a presunção realizada pela Fiscalização ao atribuir os valores de faturamento, no exercício de 2007.*

*Diante do exposto, por qualquer prisma se constata que o lançamento está eivado de vícios, tendo em vista que o Fisco somente presume a ocorrência de faturamento, haja vista que não possui qualquer correlação lógica e direta os depósitos realizados em conta corrente com o fato da existência.*

## **2.8. DA EXCLUSÃO DO SÓCIO COMO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA DO AIIM**

*Ao realizar o lançamento tributário materializado pelo auto de infração ora combatido, o Sr. Agente Fiscal entendeu por bem incluir como responsáveis pelo crédito*

tributário o sócio da Impugnante, Sr. Elias Brahim Habka, nos termos dos artigos 121 e 135 do Código Tributário Nacional, sem demonstrar nos autos a ocorrência dos requisitos autorizadores para direcionamento da responsabilidade para o sócio pelos créditos tributários.

### **2.8.1 DA NÃO OCORRÊNCIA DA RESPONSABILIDADE PESSOAL DO SÓCIO - ART. 135 DO CTN**

O artigo 135 do Código Tributário Nacional, estabelece que o sócio somente responde com os seus bens pessoais se atuar com excesso de poderes ou com infração de lei ou do contrato social, prova que deve ser feita pela Fiscalização.

Ora, no âmbito tributário, 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. O que no presente caso a Fiscalização não fez qualquer prova nesse sentido (cita doutrina de Hugo de Brito Machado).

**AS CONDIÇÕES QUE PODEM (MAS QUE NÃO NECESSARIAMENTE DEVEM) GERAR A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO DE UMA SOCIEDADE LIMITADA SÃO AS DECORRENTES DE ATOS QUE ELE TENHA EXERCIDO NA GERÊNCIA E QUE ELE TENHA A RESPONSABILIDADE COMPROVADA PELOS DÉBITOS DA SOCIEDADE, POR TER INFRINGIDO A LEI OU O CONTRATO SOCIAL.**

Sobre isso, é importante trazer à baila o entendimento esposado pela douta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional que em 25/02/2010 editou a Portaria PGFN nº 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.

Além disso, em decisão proferida no dia 03/11/2010, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 562276, decidiu por unanimidade, pela não responsabilização dos gerentes de empresas, ou o redirecionamento de execução fiscal, quando ausentes os elementos dispostos no "caput" do artigo 135 do CTN, considerando inconstitucional a aplicação do artigo 13 da Lei nº 8.620/93.

Em que pese a referida decisão tratar sobre créditos providenciados, pela amplitude do debate durante o julgamento, o precedente é plenamente aplicável ao presente caso concreto, pois, está claro nos autos que a Fiscalização deixou de provar que o Sócio Elias agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

Para instruir o competente procedimento administrativo é necessária a coleta de provas indispensáveis à identificação do fato jurisdicizado, 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 (cita doutrina de Alberto Xavier).

Logo, ao analisar o presente feito depara-se que a Fiscalização não cumpriu com o seu onus probandi ao demonstrar que o sócio Elias agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, que demonstram a falta de materialidade dos fatos ocorridos, ou seja, não restou demonstrado a legalidade da inclusão do sócio Elias como responsável solidário.

Diante do exposto, requer-se a exclusão do sócio Elias Brahim Habka do pólo passivo da presente demanda como responsável solidário, ante a falta de prova concreta sobre alguma conduta indicada no artigo 135, do CTN.

## **2.9. DO EXCESSO NA COBRANÇA DOS VALORES ACESSÓRIOS**

### **2.9.1. DA INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS NOS TERMOS DO ARTIGO 161, §1º DO CTN**

A taxa de juros de mora aplicada ser igual ou inferior a 1% ao mês nos termos do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional – CTN, não podendo a lei criar taxa em valor superior a esse limite, o que seria usura pecuniária (cita doutrina de Bernardo Ribeiro de Moraes).

### **2.9.2. DA ILEGALIDADE DA TAXA SELIC E DA INAPLICABILIDADE DOS JUROS POR ELA CALCULADOS SOBRE INDÉBITOS TRIBUTÁRIOS**

*É ilegal a cobrança de juros de mora com base na taxa Selic sobre indêbitos tributários, posto que a taxa Selic é juros compensatório e não indenizatório.*

*Com efeito, apesar de haver disposição legal da aplicação da Taxa Selic para que seja utilizada como taxa de juros moratórios dos créditos tributários inadimplidos, não há legislação tributária que fixe, delimite ou trace os contornos ou a configuração dessa taxa, deixando para as normas infra-legais tal encargo.*

*Por outro lado, outra irregularidade é verificada no âmbito de aplicação da Taxa Selic, o órgão encarregado de disciplinar, calcular e estabelecer o quanto será sua variação, é o Banco Central do Brasil, que, a cada mês, discricionariamente, elege o rol de instituições financeiras que servirão de base para o cálculo. A Taxa Selic - Taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia é calculada a partir da variação das operações com títulos federais, acumulada mensalmente, que é pelo Banco Central controlada e divulgada.*

*Por fim, a que se interpretar as normas positivadas de forma sistêmica com todo o ordenamento jurídico. E nesse princípio básico de interpretação a que se analisar os art. 109e 110 do Código Tributário Nacional.*

*Entenda-se por definição, conteúdo e alcance, também os limites que a lei e os princípios gerais de direito privado estabeleceram para os juros moratórios.*

*E foi imbuído desses princípios e conceitos que o legislador federal aprovou a Lei n.º. 4.414, de 24/09/1964, que regula o pagamento de juros pela União, pelos Estados, Distrito Federal, Municípios e autarquias, que em seu art. 1º disciplina:*

*“Art. 1º. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e autarquias, quando condenados a pagamento de juros de mora, por estes responderão na forma do direito civil. ”*

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

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

(...)

### **III - DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO**

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

*De outro lado, ingressando no mérito dos valores considerados como faturamento pertencentes à Impugnante do ano-calendário de 2007 para efeito de incidência da multa regulamentar na forma do art. 42 da Lei 9.430/96, ficou demonstrado à saciedade que tais valores não ingressaram para o patrimônio da Impugnante não sendo faturamento seu que pudesse ensejar a incidência da referida norma, razão pela qual requer seja excluídos da base de cálculo do lançamento.*

*Em face dos argumentos expendidos, o Impugnante requer o regular conhecimento e remessa para a competente Delegacia da Receita Federal de Julgamento, com o fim de que seja julgada integralmente procedente a presente Impugnação Administrativa, e seja extinto o crédito tributário constante no Auto de Infração, com o conseqüente arquivamento do Processo Administrativo dele decorrente.*

Já as alegações trazidas à colação na IMPUGNAÇÃO apresentada por **FAISSAL HABKA, FADEL HABKA E FARIZE HABKA** foram idênticas às constantes da primeira impugnação, acima resumida, diferindo apenas no tocante à questão da responsabilização

solidária. Os argumentos trazidos quanto à essa discordância foram os seguintes, **EM SÍNTESE**:

#### **DA REALIDADE FÁTICA**

*Inicialmente, esclarecem os Impugnantes que em 03/03/2009, cederam/venderam suas quotas sociais que mantinham junto a empresa FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA para o sócio remanescente ELIAS BRAHIM pelo valor de R\$600.000,00 (seiscentos mil reais) para cada sócio.*

*Referida venda se concretizou em razão de desentendimento familiar ocorrido entre os Impugnantes e o sócio remanescente.*

*Diante da saída dos Impugnantes do quadro societário da empresa FUTURAMA, os mesmos decidiram constituir novas empresas, assim denominadas:*

<i>RAZÃO SOCIAL</i>	<i>DATA DA CONSTITUIÇÃO</i>
<i>Supermercado Angélica Ltda</i>	<i>27/04/2009</i>
<i>Supermercado Adolfo Pinheiro Ltda</i>	<i>28/04/2009</i>
<i>Supermercado Casper Libero Ltda</i>	<i>27/04/2009</i>
<i>Supermercado General Jardim</i>	<i>28/04/2009</i>
<i>Supermercado Guaicurus Ltda</i>	<i>28/04/2009</i>
<i>Supermercado Savana Ltda</i>	<i>12/05/2009</i>
<i>Supermercado Alameda Santos Ltda</i>	<i>27/04/2009</i>
<i>Supermercado Faria Lima Ltda</i>	<i>08/05/2009</i>

*Acontece que, em Outubro de 2011, os Impugnantes foram surpreendidos pelo recebimento do auto de infração ora em debate, sob o argumento de que a Fiscalização concluiu que a empresa Futurama deixou de informar/entregar ao Fisco arquivos eletrônicos, aplicando-se para tanto multa regulamentar para os anos-calendário de 2007 e 2008, utilizando-se como parâmetro para o de 2007 a presunção de faturamento com a quebra de sigilo bancário.*

*Além disso, os Impugnantes ficaram ainda mais indignados no constatarem que foram inclusos como responsáveis solidários pelo crédito, de acordo com o "Termo de Verificação Fiscal.*

**É IMPORTANTE DEIXAR CLARO QUE OS IMPUGNANTES NÃO SABEM PRECISAR SE FORAM INCLUSOS COMO RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS POR FAZEREM PARTE DO QUADRO SOCIETÁRIO DA AUTUADA. OU EM RAZÃO DE SEREM EX-SÓCIOS DO FUTURAMA.**

*Em que pese o trabalho apresentado pela Sra. Agente Fiscal, os Impugnantes demonstrarão que as suas inclusões no pólo passivo como responsáveis pelo crédito é flagrantemente ilegal e arbitrária. Vejamos.*

#### **II – DA DEFESA REFERENTE A INCLUSÃO INDEVIDA DOS IMPUGNANTES**

##### **2.1. DO CERCEAMENTO DO DIREITO À AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO - FALTA DE MOTIVAÇÃO**

*Como exposto anteriormente, os Impugnantes foram surpreendidos com a sua inclusão no pólo passivo como responsáveis solidários pelo lançamento tributário.*

*Contudo, da simples análise do referido "Termo de Verificação Fiscal" e do auto de infração denota-se que todos foram inclusos como responsáveis, mas sem qualquer fundamentação ou mesmo a conclusão para inclusão no pólo passivo*

*Ora, tais fatos demonstram a insubsistência da inclusão dos impugnantes no pólo passivo como responsáveis tributários, pois, ao se admitir tais inclusões estarão se ferindo os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório.*

Assim, diante da flagrante ofensa aos princípios da ampla defesa e contraditório, requer-se a exclusão dos Impugnantes ante a falta da indicação dos 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 sócios ora Impugnantes no pólo passivo do mesmo.

## **2.2. DA EXCLUSÃO DOS IMPUGNANTES COMO RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS DO AIIM**

### **2.2.1. DA NÃO OCORRÊNCIA DA RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS - ART. 135 DO CTN**

Pois bem, ante a flagrante ilegalidade da inclusão dos Impugnantes no pólo passivo, passamos a analisar o artigo 135 do Código Tributário Nacional, que estabelece que os sócios somente respondem com os seus bens pessoais se atuarem com excesso de poderes ou com infração de lei ou do contrato social, prova que deve ser feita pela Fiscalização.

Ora, no âmbito tributário, 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. No presente caso a Fiscalização não fez qualquer prova nesse sentido (cita doutrina de Hugo de Brito Machado)

Além disso, cabe esclarecer que o ato de aplicar a norma é dever da administração pública e o sistema normativo cria caminhos e recursos para conferir a atuação da administração atributos que revistam seus atos de legalidade bem como de situá-los no ordenamento jurídico de forma a respeitar os princípios constitucionalmente garantidos, com a finalidade precípua de sempre atender a supremacia do interesse público. Desta forma, permeia seus procedimentos de oportunidades dadas ao sujeito passivo da obrigação, sendo uma dentre tantas, a possibilidade de impugnar administrativamente o ato de lançamento, procedimento, este, que propaga efeitos e garante o acesso a ampla defesa.

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. Frise-se que, até a presente data, o procedimento administrativo lhe é sonogado pelo Fisco!!!! (cita doutrina de Alberto Xavier)

Logo, ao analisar o presente feito depara-se que a Fiscalização não cumpriu com o seu onus probandi ao demonstrar que os Impugnantes agiram com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto que demonstram a falta de materialidade dos fatos ocorridos, ou seja, não restou demonstrado a legalidade da inclusão dos mesmos como responsáveis solidários.

Diante do exposto, requer-se a exclusão dos Impugnantes do pólo passivo como responsáveis solidários, ante a falta de prova concreta sobre alguma conduta indicada no "caput", do artigo 135, do CTN, bem como, pela falta de motivação para inclusão dos Defendentes, o que constata nas conclusões no "Termo de Verificação Fiscal" realizado pela fiscalização.

### **2.2.2. DA NÃO RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DOS EX-SÓCIOS DA AUTUADA**

#### **2.2.2.1. DA RETIRADA DA SOCIEDADE ANTES DO INÍCIO DA FISCALIZAÇÃO**

É fato incontroverso que os defendentes, em 03/03/2009, cessaram suas participações na empresa autuada, sendo que a partir desta data, os atuais sócios Sr. Elias Brahim e Túlia Szokaes Benko assumiram os direitos e deveres da autuada, conforme comprova o Registro realizado na JUSCESP da alteração contratual (Doc. anexo). Nessa época, os sócios remanescentes, que se mantiveram na sociedade e a conduz até os dias de hoje, assumiram as dívidas correntes e os direitos, não restando aos defendentes qualquer responsabilidade.

**PORTANTO, OS IMPUGNANTES NÃO FAZIAM MAIS PARTE DO QUADRO SOCIETÁRIO DA EMPRESA AUTUADA NO MOMENTO QUE PASSOU A SER EXIGÍVEL O CRÉDITO TRIBUTÁRIO, MUITO MENOS EXERCIAM, ANTES DAS SUAS RETIRADAS, QUAISQUER CARGOS DE GERÊNCIA OU ADMINISTRAÇÃO NA SOCIEDADE.**

É cediço que 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, se 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.

Além disso, 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.

Situação esta ocorrida no presente caso, pois, o motivo do lançamento tributário foi realizado pela inércia da empresa atuada em fornecer a documentação solicitada pela Fiscalização.

Logo, os sócios retirantes, ora defendentes, não participaram ativamente sobre os fatos praticados pela atuada, ou seja, o não atendimento das notificações emitidas em 2010 e 2011.

Homero Batista Mateus da Silva, em sua obra "Responsabilidade Patrimonial no Processo do Trabalho" (Ed. Elsevier, Rio de Janeiro: 20DS, p. 30) numa rápida abordagem do tema, destaca:

"Ao delinear a responsabilidade solidária apenas quanto a obrigações "que tinha", o art. 1.003 reforça o argumento utilizado acima como a primeira acepção do papel do ex-sócio, a saber, o alcance de sua responsabilidade apenas em casos de haver concorrido diretamente para a dívida, conquanto esta somente venha a ser declarada após seu desligamento da sociedade."

Portanto, não há que se falar na inclusão dos Impugnantes como responsáveis solidários no presente auto de infração, tendo em vista que suas retiradas ocorreram anteriormente ao início da fiscalização.

#### **2.2.2.2. DO NÃO EXERCÍCIO DO CARGO DE GERÊNCIA/ADMINISTRADOR NA SOCIEDADE**

Além das ilegalidades na inclusão dos Impugnantes como responsáveis tributários acima expostas, veremos que os defendentes desde 02/07/2003 não exerciam qualquer cargo de gerência na sociedade atuada. Logo, não há que se falar na responsabilização dos mesmos.

É fato incontroverso que a simples condição de sócio ou ex-sócio não implica a responsabilidade de pagar. Os Defendentes só poderiam ser responsabilizados se tivessem exercido cargos de gerências na sociedade, e, no exercício tiver agido com abuso de poder ou infração à lei ou ao contrato social. Ainda assim, essas obrigações, cuja responsabilização se busca, devem ser resultantes de tais atos administrativos societários.

Concluindo, se o ex-sócio não era o administrador, no caso os impugnantes, não há que se falar via de regra, em responsabilidade destes. (cita jurisprudência do STJ)

Assim, se o sócio se exonera regularmente da sociedade, em razão de cessão das suas quotas, sem extinção ilegal da empresa, sem ter agido com excesso de poderes ou infração à lei ou ao contrato social, não será ele responsável por dívida tributária da sociedade.

Nesse entendimento, Amador Paes de Almeida leciona que "o sócio que se retira regularmente da sociedade, continuando a empresa suas atividades normais, não tem responsabilidade por dívidas fiscais apuradas e cobradas posteriormente, ainda que contraídas ao seu tempo de sócio.

E não só "descabe responsabilizar-se pessoalmente sócio que se retirou regularmente da empresa que continuou em atividade, mas que só posteriormente veio a extinguir-se de forma irregular" como também seria irregular a responsabilização de ex-sócio QUANDO A EMPRESA CONTINUA EM PLENA ATIVIDADE, COMO NO CASO DOS AUTOS.

**LOGO, AS CONDIÇÕES QUE PODEM (MAS QUE NÃO NECESSARIAMENTE DEVEM) GERAR A RESPONSABILIDADE DO EX-SÓCIO DE UMA SOCIEDADE LIMITADA SÃO AS DECORRENTES DE ATOS QUE ELE TENHA EXERCIDO NA GERÊNCIA E QUE ELE TENHA A RESPONSABILIDADE COMPROVADA PELOS DÉBITOS DA SOCIEDADE, POR TER INFRINGIDO A LEI OU O CONTRATO.**

(CITA A PORTARIA PGFN Nº 180, DE 25/02/2010, QUE TRATARIA DA NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA SOLICITAR A INCLUSÃO DE RESPONSÁVEIS NO PÓLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA).

Além disso, em decisão proferida no dia 3/11/2010, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 562276, decidiu por unanimidade, pela não responsabilização dos gerentes de empresas, ou o redirecionamento de execução fiscal, quando ausentes os elementos dispostos no "caput" do artigo 135 do CTN, considerando inconstitucional a aplicação do artigo 13 da Lei nº 8.620/93.

Em que pese a referida decisão tratar sobre créditos previdenciários, pela amplitude do debate durante o julgamento, o precedente é plenamente aplicável ao presente caso concreto, pois, está claro nos autos que a Fiscalização deixou de provar que defendentes agiram com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

Diante do exposto, caso não sejam acatados a exclusão de responsabilidades dos Impugnantes nos itens anteriores, requer-se a exclusão dos impugnantes como responsáveis solidários do presente lançamento, seja por não exercerem qualquer cargo de gerência na sociedade desde 02/07/2003, seja por não terem participado diretamente nos fatos que originaram a lavratura do presente auto de infração.

Tendo o processo sido encaminhado para análise para este julgador, em face das alegações trazidas achou-se por bem esclarecer a questão da ciência da empresa e solicitar regularização da representação do sócio Elias Brahim Habka (despacho saneador às fls. 240/241).

Os trabalhos realizados pela Fiscalização resultaram no Relatório de Diligência Fiscal de fls. 390/394, do qual os interessados foram cientificados, tendo sido apresentadas as manifestações de inconformidade de fls. 325/326 e 327/341. A primeira em nome do Sr. Elias e da Interessada repetindo argumentos já apresentados e a segunda em nome dos três irmãos e das sete empresas responsáveis dizendo que impugnação anteriormente trazido aos autos seria tempestiva.

3.A 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo-SP houve por bem não conhecer da impugnação de Futurama Supermercado Ltda. e julgar improcedentes as impugnações dos responsáveis solidários Elias Brahim Habka, Faissal Habka, Fadel Habka e Farize Habka, em decisão assim ementada:

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2007, 2008

IMPUGNAÇÃO. INTERESSADA. INTIMAÇÃO POR EDITAL. VALIDADE. INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

É válida a intimação via edital quando resulta improfícua a intimação postal, sendo intempestiva a impugnação apresentada após o prazo contado a partir dessa ciência, razão pela qual dela não se conhece.

NÃO APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO. PETIÇÃO. INDEFERIMENTO.

Não tendo sido apresentada impugnação em nome das empresas responsáveis subsidiariamente, não há que se deferir petição, contida em manifestação de inconformidade, que afirma que a defesa apresentada em nome dos sócios é tempestiva e que aproveitaria às empresas, pois estas não fizeram parte da impugnação inicial apresentada.

RESPONSÁVEIS PESSOAS FÍSICAS. TEMPESTIVIDADE.

São tempestivas e devem ser apreciadas as impugnações apresentadas dentro do prazo legal pelas pessoas físicas às quais foi imputada responsabilidade tributária.

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

Ano-calendário: 2007, 2008

MULTA REGULAMENTAR. OMISSÃO/ERRO NOS DADOS FORNECIDOS EM MEIO MAGNÉTICO. BASE DE CÁLCULO. OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS

**BANCÁRIOS. DISCUSSÃO EM OUTRO PROCESSO ADMINISTRATIVO. PREJUDICIALIDADE.**

Cabível o cálculo da multa regulamentar por omissão/erro nos dados fornecidos em meio magnético de valor equivalente a 1 (um) por cento sobre o valor da receita bruta omitida com base em valor obtido a partir do valor de movimentação financeira (depósitos bancários não comprovados), cujo montante (da omissão) foi considerado correto no processo em que essa infração foi julgada e mantida.

**MULTA REGULAMENTAR. NÃO ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO FISCAL. NÃO APRESENTAÇÃO DE ARGUMENTOS.**

Matéria preclusa, em razão da não apresentação de argumentos de mérito.

**ELIAS BRAHIM HABKA, FAISSAL HABKA, FADEL HABKA E FARIZE HABKA. RESPONSABILIDADE. 121 e 135 DO CTN.**

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

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

4. Inconformados, os responsáveis solidários FAISSAL HABKA, FADEL HABKA e FARIZE HABKA aviaram o recurso voluntário de fls. 568/648, onde reeditam os argumentos já apresentados na sua impugnação de fls. 143/231. Já a empresa contribuinte e o responsável solidário ELIAS BRAHIM HABKA manejaram o recurso voluntário de fls. 654/661, via do qual, em breve resumo, deduzem as seguintes alegações:

- a intimação da Autuada estaria eivada de nulidade, por aviltamento ao princípio da legalidade estampado nos artigos 5º, inciso II, e 37 da Constituição Federal, uma vez que o §1º do artigo 23 do Decreto nº 70.235, de 1972, dispõe que somente é cabível a intimação por edital "quando resultar improfícuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal";
- a Autuada estava devidamente representada nos autos por procurador, além disso, a Fiscalização realizou a intimação de seu sócio regularmente pelo correio, caindo por terra que o contribuinte estava em lugar incerto e não sabido;
- o procurador devidamente habilitado nos autos do procedimento administrativo em comento poderia receber o lançamento ora debatido;
- indaga “como pode subsistir tal argumento se a Sra. Agente Fiscal realizou a regular intimação do sócio da autuada, se era de conhecimento da mesma a existência de fato da empresa na cidade de Diadema, sendo que o seu endereço está devidamente indicado nos arquivos da Receita Federal, bem como em plena atividade”;
- a Fiscalização não demonstrou que a contribuinte estava em lugar incerto e não sabido, para então realizar a intimação por edital, razão pela qual requer seja reconhecida a tempestividade da impugnação administrativa anteriormente apresentada, com o consequente encaminhamento do Processo Administrativo à 4ª Turma da DRJ/SPO para julgamento.

5. É o relatório.

**Voto**

Conselheiro Jandir José Dalle Lucca, Relator.

**CONHECIMENTO****Do Recurso dos Responsáveis Solidários FAISSAL HABKA, FADEL HABKA e FARIZE HABKA**

6.O Recurso Voluntário interposto pelos Responsáveis Solidários FAISSAL HABKA, FADEL HABKA e FARIZE HABKA é tempestivo e atende aos requisitos legais de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

**Do Recurso da Empresa Contribuinte e do responsável solidário ELIAS BRAHIM HABKA**

7.A intimação da empresa contribuinte e do responsável solidário Elias Brahim Habka foi feita por via postal, cujos Avisos de Recebimento apontam que a data de entrega ocorreu em 02.04.2015 (fls. 553 e 557):

SP SAO PAULO DERAT		Fl. 553	
<b>AVISO DE RECEBIMENTO - AR</b> ETIQUETA OU INDICAÇÃO DE MÃO PRÓPRIA: _____ DATA DA POSTAGEM: _____ UNIDADE DE POSTAGEM: _____ <b>jh 49.926.228-3 BR</b>		ETIQUETA CÓDIGO DE BARRAS <b>jh 49.926.228-3 BR</b>	
ENDEREÇO PARA DEVOLUÇÃO DESTE AR MF/ SRF/ DERAT/ SPO/ DIRAC/ EQCON Rua: Luis Coelho 197 - 10º andar - Consolação Cep: 01309-001		USO EXCLUSIVO DOS CORREIOS TENTATIVAS DE ENTREGA / / : h / / : h / / : h	
DESTINATÁRIO Processo 19515-721.205/11-11 FUTURA SUPERMERCADO LTDA A/C ELIAS BRAHIM HABKA) RUA TABAPUÁ 1666- APTO 81- BL A ITAIM BIBI - SÃO PAULO Cep 04533-914		<input type="checkbox"/> MUDOU-SE <input type="checkbox"/> DESCONHECIDO <input type="checkbox"/> RECUSADO <input type="checkbox"/> NÃO PROCURADO <input type="checkbox"/> Nº INEXISTENTE <input type="checkbox"/> END INSUFICIENTE <input type="checkbox"/> INF. DO PORTEIRO <input type="checkbox"/> OUTROS: _____	
Nome e Ass. Recebedor: <i>Raimundo dos Santos</i> RG RECEBEDOR: <i>76.894.3796</i>		DATA RECEBIMENTO: <i>2-4-15</i> RUBRICA E MATRÍCULA: <i>ANTONIO CARLOS</i> Matr. C.: <i>017 151-7</i>	

SP SAO PAULO DERAT		Fl. 557	
<b>AVISO DE RECEBIMENTO - AR</b> ETIQUETA OU INDICAÇÃO DE MÃO PRÓPRIA: _____ DATA DA POSTAGEM: _____ UNIDADE DE POSTAGEM: _____ <b>jh 49.926.224-9 BR</b>		ETIQUETA CÓDIGO DE BARRAS <b>jh 49.926.224-9 BR</b>	
ENDEREÇO PARA DEVOLUÇÃO DESTE AR MF/ SRF/ DERAT/ SPO/ DIRAC/ EQCON Rua: Luis Coelho 197 - 10º andar - Consolação Cep: 01309-001		USO EXCLUSIVO DOS CORREIOS TENTATIVAS DE ENTREGA / / : h / / : h / / : h	
DESTINATÁRIO Processo 19515-721.205/11-11 ELIAS BRAHIM HABKA RUA TABAPUÁ 1666- APTO 81- BL A ITAIM BIBI - SÃO PAULO Cep 04533-914		<input type="checkbox"/> MUDOU-SE <input type="checkbox"/> DESCONHECIDO <input type="checkbox"/> RECUSADO <input type="checkbox"/> NÃO PROCURADO <input type="checkbox"/> Nº INEXISTENTE <input type="checkbox"/> END INSUFICIENTE <input type="checkbox"/> INF. DO PORTEIRO <input type="checkbox"/> OUTROS: _____	
Nome e Ass. Recebedor: <i>Raimundo dos Santos</i> RG RECEBEDOR: <i>76.894.3796</i>		DATA RECEBIMENTO: <i>2-4-15</i> RUBRICA E MATRÍCULA: <i>ANTONIO CARLOS</i> Matr. C.: <i>017 151-7</i>	

8. Já o Recurso Voluntário foi interposto em 04.05.2015, dentro no trintídio legal, tendo sido subscrito pelas procuradoras Renata Cristina Porcel de Oliveira Rocha e Renata Gomes Regis Bandeira (fls. 661):

Data, Assinatura e Carimbo do Servidor:

MF/RFB/SRRF-8ª RF/DERAT-SPO  
Recebido em 4 de maio de 2015

---

Décio Amorim Alves  
ATRFB – Matr.: 24072

Somente o carimbo apostado neste documento é válido para fins de verificação da tempestividade e prova de entrega dos documentos aqui relacionados. [/cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx](http://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx) autenticação no final deste documento.

[...]

  
RENATA CRISTINA PORCEL DE OLIVEIRA ROCHA

OAB/SP Nº 213.472

  
RENATA GOMES REGIS BANDEIRA

OAB/SP Nº 242.420

9. O primitivo instrumento de procuração outorgado pela empresa contribuinte FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA. conferindo poderes de representação às advogadas Renata Cristina Porcel de Oliveira Rocha e Renata Gomes Regis Bandeira é datado de 18.08.2011, indicando o prazo de validade de 06 (seis) meses (fls. 141/142):

LIVRO 3.308 - PÁGINAS 065 / 066

TRASLADO 01 - FOLHA 01

Procuração bastante que faz FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA

SAI B A M quantos este público instrumento de procuração bastante virem que, aos DEZOITO (18) dias do mês de AGOSTO do ano dois mil e onze (2011), nesta Cidade e Comarca de São Paulo,

[...]

direito, nomeia e constitui suas bastantes procuradoras RENATA CRISTINA PORCEL DE OLIVEIRA ROCHA, casada, OAB/SP nº 213.472, RG nº 27.723.834-2-SSP/SP e CPF/MF nº 281.745.468-55, e RENATA GOMES REGIS BANDEIRA, solteira, OAB/SP 242.420, RG nº 25.924.515-X-SSP/SP e CPF/MF nº 272.666.348-65, ambas brasileiras, advogadas, domiciliadas e residentes nesta Capital,

[...]

desempenho do presente mandato. O PRESENTE INSTRUMENTO TERÁ VALIDADE PELO PRAZO DE 06 (SEIS) MESES A CONTAR DESTA DATA. Os dados referentes a qualificação das

10. Posteriormente, foi encartado aos autos novo instrumento de procuração outorgado pela empresa FUTURAMA conferindo poderes de representação apenas à advogada Renata Gomes Regis Bandeira, datado de 04.04.2013, indicando o prazo de validade de 01 (um) ano (fls. 252/253):

**PROCURAÇÃO BASTANTE QUE FAZ: FUTURAMA  
SUPERMERCADO LTDA**

Aos QUATRO (04) dias do mês de ABRIL (04) do ano DOIS MIL E TREZE (2013), em diligência na Rua Tabapuá nº 1666, apart. 81, São Paulo - Capital, perante mim, Oficial, compareceu como outorgante: **FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA**, Sociedade Empresaria Limitada

[...]

me foi dito que por este público instrumento e nos termos de direito NOMEIA E CONSTITUI sua bastante procuradora: **RENATA GOMES REGIS BANDEIRA**, brasileira, solteira, maior, capaz, advogada, OAB/SP 242.420, RG nº 25.924.515-X SSP/SP, CPF/MF nº 272.666.348-65, domiciliada e residente nesta Capital, na Rua Florida nº 1.758, 10º andar, conjunto 101, Itaim Bibi, São Paulo – CEP: 04565-001; a quem confere amplos poderes para gerir e administrar a sociedade outorgante, sempre respeitando o seu objetivo social, podendo: 1) representá-la perante as repartições públicas federais, estaduais, municipais, tabeliães, oficiais de registros públicos, secretarias, delegacias, ministérios, departamentos, concessionárias de serviços públicos, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, companhias telefônicas, institutos de previdência, instituições financeiras, Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, pessoas físicas ou jurídicas e onde mais preciso for; tudo promover, praticar, requerer e assinar, pagar impostos e taxas, assinar guias, declarações e requerimentos, juntar e retirar documentos, fazer provas e justificações, acompanhar processos; 2) pagar, cobrar e receber

[...]

assinar para o fiel e cabal desempenho do presente mandato. **O PRESENTE INSTRUMENTO TERÁ VALIDADE PELO PRAZO DE UM (01) ANO A CONTAR DESTA DATA. TODOS OS DADOS DA PROCURADORA FORAM FORNECIDOS PELA OUTORGANTE, A QUAL SE RESPONSABILIZA POR SUA EXATIDÃO.** Pediu-me e lhe lavrei este

11. Portanto, ao tempo da interposição do Recurso Voluntário (04.05.2015), já havia transcorrido o prazo de validade do instrumento de mandato e, assim, se encontravam expirados os poderes conferidos pela empresa contribuinte para as suas procuradoras.

12. Já em relação ao Responsável solidário ELIAS BRAHIM HABKA, verifica-se que sequer há procuração nos autos conferindo poderes às patronas subscritoras do Recurso Voluntário.

13. Atenta a esse defeito de representação processual, a Unidade de Origem promoveu a intimação dos Recorrentes para regularização, nos seguintes termos (fls. 666):



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - RFB  
DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO

Intimação nº: 1480/2015  
Processo: 19515-721.205/2011-11  
Interessado: ELIAS BRAHIM HABKA (responsável tributário solidário)  
CNPJ/CPF: 091.414.051-53  
Endereço: R TABAPUÃ, 1666 - APTO 81 - BL A - ITAIM BIBI - SÃO PAULO - SP  
CEP: 04533-914

Sujeito Passivo: FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA  
CNPJ: 68.361.468/0001-45

Sujeito Passivo: FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA  
CNPJ: 68.361.468/0001-45

#### Ref.: Recurso Voluntário

Em face do recurso voluntário protocolado em 04/05/2015, assinado pela Dra. Renata Gomes Régis Bandeira, OAB/SP 242.420, e pela Dra. Renata Cristina Porcel de Oliveira Rocha, OAB/SP 213.472, porém desacompanhado de instrumento de mandato, fica o interessado intimado a apresentar, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir do recebimento desta, o(s) documento(s) abaixo solicitado(s):

- cópias, autenticadas ou acompanhadas dos originais, de procurações públicas ou particulares, com outorga de poderes à Dra. RENATA GOMES REGIS BANDEIRA, OAB/SP nº 242.420, e à Dra. RENATA CRISTINA PORCEL DE OLIVEIRA ROCHA, OAB/SP 213.472, para representar o Sr. ELIAS BRAHIM HABKA e a empresa FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA, perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Esta intimação visa regularizar a representação processual, tendo em vista que as procurações existentes no processo estão com data de validade expirada.

14.A referida intimação foi encaminhada por via postal para o mesmo endereço no qual foi efetivada a intimação da r. decisão recorrida, ostentando o aviso de recebimento a data de entrega de 15.05.2015 (fls. 667), sem, contudo, ter sido atendida:

SP <b>AVISO DE RECEBIMENTO - AR</b>		ETIQUETA CÓDIGO DE BARRAS	
ESTADO OU INDICAÇÃO DE MÃO PROPRIA		jh 49.928.610-9 BR	
ENDEREÇO PARA DEVOLUÇÃO DESTE AR MF/ SRF/ DERAT/ SPO/ DICAT/ EQCOB Rua: Luis Coelho 197 - 10º andar - Consolação Cep: 01309-001		USO EXCLUSIVO DOS CORREIOS	
DESTINATÁRIO		TENTATIVAS DE ENTREGA	
Processo 19515-721.205/11-11 ELIAS BRAHIM HABKA RUA TABAPUÃ, 1666 - APTO 81 - BL A - ITAIM BIBI - SÃO PAULO Cep 04533-914		: h : h	
		<input type="checkbox"/> MUDDU-SE <input type="checkbox"/> DESCONHECIDO <input type="checkbox"/> RECUSADO <input type="checkbox"/> NÃO PROCURADO <input type="checkbox"/> Nº INEXISTENTE <input type="checkbox"/> END. INSUFICIENTE <input type="checkbox"/> INF. DO PORTEIRO <input type="checkbox"/> OUTROS:	
Nome e Ass. Recebedor: DANIEL D. SANTOS Calça: 82634007946 Data Recebimento: 15-5-15 Rubrica e Matrícula: 88713/117			

15.Considerando que o Decreto 70.235, de 1972, e o Decreto 7.574, de 2011, não tratam do tema, aplica-se subsidiariamente à espécie o disposto no *caput* do artigo 76 do CPC, por força do artigo 15 do mesmo código, assim redigidos:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.

(...)

16. Em sessão plenária de 03.09.2019, a matéria foi pacificada no âmbito deste Sodalício com a edição da Súmula CARF n.º 129, assim enunciada:

**Súmula CARF n.º 129**

Constatada irregularidade na representação processual, o sujeito passivo deve ser intimado a sanar o defeito antes da decisão acerca do conhecimento do recurso administrativo.

17. Pois bem, muito embora o Recurso Voluntário seja tempestivo, é indene de dúvidas que foi assinado por pessoas que já não detinham poderes de representação dos Recorrentes por ocasião da sua interposição, **irregularidade que, como visto, não foi sanada mesmo após a parte ter sido devidamente intimada para tal fim.**

18. Por via de consequência, a empresa contribuinte Futurama Supermercado Ltda. e o responsável solidário ELIAS BRAHIM não estão regularmente representados nos autos, motivo pelo qual não conheço do recurso voluntário por eles interposto.

**DO RECURSO VOLUNTÁRIO DOS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS FAISSAL  
HABKA, FADEL HABKA E FARIZE HABKA**

19. Os responsáveis solidários FAISSAL HABKA, FADEL HABKA e FARIZE HABKA apresentaram Recurso Voluntário repisando exatamente as mesmas razões que já tinham suscitado na impugnação veiculada às fls. 143/231.

20. O reexame de tais argumentos, neste momento processual, indica que a r. decisão recorrida se encontra bem fundamentada, tendo apreciado com precisão as questões de fato e de direito submetidas pelos Recorrentes e, dessa forma, merecendo ser confirmada, a qual passo a transcrever nos pontos que se referem à matéria por eles impugnada:

**OMISSÃO DE RECEITA COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. SIGILO BANCÁRIO. ALEGAÇÕES DE NULIDADE, CERCEAMENTO À DEFESA E AO CONTRADITÓRIO, ILEGALIDADE, INCONSTITUCIONALIDADE, UTILIZAÇÃO DE PROVA ILÍCITA, PRESUNÇÃO (FALTA DE PROVA). INCONSISTÊNCIA NA DESCRIÇÃO DOS FATOS E NAS PLANILHAS EM ARQUIVO ELETRÔNICO. ARGUIÇÃO DE DESRESPEITO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO, DA LEGALIDADE, DA PUBLICIDADE E DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. NÃO CABIMENTO DE APRECIÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 19515.721085/2011-52. PREJUDICIALIDADE.**

O presente processo trata de duas multas regulamentares: A primeira de valor fixo (R\$538,93) em razão do não atendimento à intimação fiscal visando o fornecimento de informações e/ou esclarecimentos solicitados, no prazo marcado (arts. 927, 928 e 968 do RIR/99). A outra no valor equivalente a 1 (um) por cento sobre o valor da receita bruta omitida (R\$3.186.368,12 – valor obtido a partir do valor da movimentação financeira), por omissão/erro nos dados fornecidos em meio magnético (arts. 11 e 12, inciso II, da Lei nº 8.218/91, com a nova redação dada pelo art. 62 da Lei n. 8.383/1 e redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001 e reedições).

No tocante à primeira multa não foram apresentados argumentos de mérito, devendo considerar-se preclusa a matéria.

A base de cálculo da segunda multa, de maior valor, foi contestada com idênticos argumentos dispensados nas defesas apresentadas no Processo Administrativo nº 19515.721085/2011-52, que trata do lançamento de ofício do IRPJ, da CSLL, do PIS e da

COFINS, que se deu com base na omissão de receitas apurada utilizando-se a movimentação financeira da empresa nos ano-calendário de 2007. Esse mesmo valor de receita omitida foi utilizado como base de cálculo para lavrar a penalidade constante do presente processo.

Naquele processo, houve o julgamento dessas questões e foi mantida integralmente a autuação (Acórdão nº 16-062.362, de 17 de outubro de 2014 – 4ª Turma da DRJ/SPO – vide fls. 412/485 destes autos), sendo o valor omitido sido considerado corretamente apurado sob um procedimentos sem vícios, ao contrário do que pretendeu dar a entender as defesas apresentadas.

Deve-se manter, portanto, o valor das multas aplicadas.

### **RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS/ADMINISTRADORES**

(...)

#### **FAISSAL HABKA, FADEL HABKA E FARIZE HABKA**

Afirmou-se na impugnação apresentada que os três sócios minoritários foram inclusos como responsáveis, mas sem qualquer fundamentação ou mesmo a conclusão para inclusão no pólo passivo, com cerceamento do direito à ampla defesa e do contraditório, e requereu-se a exclusão dos Impugnantes do pólo passivo como responsáveis solidários, ante a falta de prova concreta sobre alguma conduta indicada no "caput", do artigo 135, do CTN, bem como, pela falta de motivação para inclusão dos Defendentes, o que se constata das conclusões no "TERMO DE CONSTATAÇÃO" realizado pela fiscalização.

Argúi, outrossim, que esses sócios não exerceram cargo de gerência ou de administrador na sociedade (não lhes sendo aplicável a previsão do art. 135, III, do CTN) e que se retiraram da sociedade antes do início da Fiscalização. Os três sócios que se retiraram da sociedade alegam, ademais, que não poderiam ser responsabilizados pela inércia da empresa atuada em fornecer a documentação solicitada pela Fiscalização.

Inverídicos os argumentos apresentados de que os três sócios em testada não exerceram cargo de gerência ou de administrador.

Isso pois o Contrato Social anexado, que vigorou de 2006 até a saída dos três sócios da empresa, em 2009 (por meio da Alteração Contratual), trás o seguinte em seu CAPÍTULO III – Da Administração – Cláusula 10º:

*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

§2º- (...)

Lembre-se que eles e o Sr. Elias movimentaram recursos da empresa em diversos bancos, estando identificados nas fichas cadastrais e cartões de assinatura apresentados pelas instituições bancárias, como responsáveis pela movimentação financeira. A Fiscalização também teve acesso a alguns cheques assinados por esses representantes (Sr. Elias e seus três filhos).

Pois bem, o dito para o Sr. Elias é plenamente aplicável aos seus filhos, não lhes sendo favorável qualquer exceção em razão do fato de terem se retirado da sociedade.

Vejamos o que a Fiscalização relatou na resposta à diligência solicitada:

*Em 16 de abril de 2009 foi aberto o Mandado de Procedimento Fiscal de Diligência nº 2009- 02527-7, atribuindo ao AFRFB Roberto de Medeiros Correia, matrícula Sipe nº 13.568, a incumbência de coletar os arquivos contábeis/fiscais e de folha de pagamento referentes aos anos-calendário 2007 e 2008.*

*O início dos trabalhos ocorreu com o Termo de Intimação lavrado em 24 de abril de 2009, notificado ao contribuinte na mesma data de lavratura, assinado e recebido por José Ricardo Ferrer, gerente de departamento pessoal, intimando-o a apresentar os referidos arquivos magnéticos. Não houve atendimento.*

*O contribuinte foi reintimado por duas vezes a apresentar os arquivos magnéticos. As intimações foram encaminhadas via postal e foram recebidas em 19 de maio e 12 de junho de 2009. Não houve atendimento.*

*Em 1º de julho de 2009, o contribuinte protocolou um pedido de prorrogação de prazo de 30 (trinta) dias para atendimento. Não houve atendimento.*

*Posteriormente, o contribuinte foi reintimado por mais duas vezes a apresentar os arquivos magnéticos. As intimações foram encaminhadas via postal e foram recebidas em 27 de agosto e 9 de setembro de 2009. Não houve atendimento.*

*As intimações notificadas ao contribuinte até aquele momento foram lavradas pelo Auditor- Fiscal Roberto de Medeiros Correia, matrícula Sipe n.º 13.568, autorizadas pelo MPF-D n.º 2009-02527-7.*

*Em 17 de dezembro de 2009 foi aberto o **Mandado de Procedimento Fiscal de Fiscalização n.º 2009-05560-5**, atribuindo-se à AFRFB Lígia Areias Schuurman, matrícula Sipe n.º 877.287, a incumbência de realizar auditoria fiscal do tributo Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, anos-calendário 2006 e 2007.*

*Uma vez que já havia um procedimento de fiscalização em aberto e devido ao contribuinte não ter apresentado os arquivos contábeis/fiscais e de folha de pagamento referentes aos anos-calendário 2007 e 2008, o **MPF-D n.º 2009- 02527-7 foi encerrado** e suas atribuições foram inseridas no MPF-F n.º 2009- 05560-5, em 5 de maio de 2010 e 8 de setembro de 2011, sob a responsabilidade da AFRFB Lígia Areias Schuurman que aplicou as penalidades pelo não atendimento às intimações lavradas pelo AFRFB Roberto de Medeiros Correia.*

*(destaque da transcrição)*

Ademais, um ano e pouco após o período fiscalizado (2006 e 2007), os três saíram da sociedade e reorganizaram as atividades empresariais da família de modo a fazer parecer que teria havido “venda”, transformando a antiga empresa em sete outras empresas, que continuaram a operar nos mesmos locais e nos mesmos moldes (inclusive com idêntico nome fantasia) que a empresa autuada.

Portanto, a nova roupagem foi apenas uma forma de tentar dificultar a fiscalização e de afastar a possibilidade de responder por eventual crédito tributário.

Note-se que há apenas duas possibilidades quanto à não apresentação dos arquivos magnéticos: ou bem não existiam (em conformidade com a legislação tributária) ou bem existiam, mas não foram apresentados. Em ambas, a responsabilidade recai sobre os dirigentes. Na primeira hipótese, naqueles que dirigiam a empresa à época dos fatos geradores fiscalizados, aos quais foi imputada a responsabilidade tributária do art. 135 do CTN. Na segunda hipótese, a recusa à entrega dos arquivos magnéticos só pode ter sido decidida pelos dirigentes de fato, à época da ação fiscal, que eram, como visto no Termo de Constatação, as mesmas pessoas responsabilizadas.

E há provas mais do que suficientes de que os três irmãos, com o Sr. Elias, dirigiam o Futurama durante a ação fiscal e não somente este último.

Senão vejamos, os sete supermercados foram arrolados como responsáveis subsidiários pelos tributos lançados nos autos de infração sob julgamento no presente processo, assunto que será tratado aqui apenas a título de incremento no tocante à responsabilização dos três irmãos.

O que levou a Fiscalização a fazê-lo foram 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. Ou seja, formalmente, a empresa foi vendida e desmembrada em outras empresas mas, na prática, manteve a mesma estrutura.

Antes de aprofundar nas alegações trazidas cabe reproduzir neste voto cópia de página do site [www.superfuturama.com.br](http://www.superfuturama.com.br), consultado na internet na data de 17/09/2014:

**FUTURAMA**  
supermercados

SEU E-MAIL  ASS

INICIAL LOJAS RECEITAS TRABALHE COM A GENTE FUTURAMA EM CASA **CLIQUE** CONTATO

### Nossas Lojas

A rede Futurama de Supermercados foi fundada em 1992, e é reconhecida hoje não só pelos baixos preços, mas também pela qualidade, bom atendimento, ambiente acolhedor e familiar, tornando assim os nossos clientes cada vez mais fiéis.

Atualmente são 7 lojas que empregam quase 1.000 funcionários. Todos são treinados para atender as necessidades dos clientes e fazê-lo se sentir em casa.

#### Angélica

Av. Angélica, 546 – Santa Cecília – São Paulo/SP - Telefone: (011) 3662.2922  
Segunda à sábado : das 8h às 21h  
Domingos e feriados: das 9h às 15h  
Serviços e Comodidades:

- Estacionamento: gratuito, com manobrista, vagas para idosos e deficientes físicos.
- Entregas em domicílio: entrega gratuita nas compras acima de R\$ 80,00 para toda a região da loja.
- Empacotadores: para sua maior comodidade, dispomos de empacotadores que ajudarão você a guardar suas compras, levá-las ao seu carro e nas entregas.
- Rampas de acesso para deficientes físicos.
- Sacolão: todas as quartas, sábados e domingos.
- Produtos kosher.
- Padaria.

NOVA LOJA

Angélica | General Jardim | Cásper Líbero | Pedroso | Faria Lima | Lapa | Casa Verde

#### Meio Ambiente

O Futurama se preocupa com o meio ambiente, por isso trabalhamos para reduzir ao máximo o uso das sacolas plásticas nas lojas oferecendo opções como caixas e sacolas recicláveis.

#### Nossas Lojas

Clique aqui e descubra mais sobre nossa rede de lojas e as facilidades de comprar bem.

#### Trabalhe no Futurama

Estamos criando um novo sistema gerenciamento de currículos para disponibilizar as melhores vagas no lugar para se trabalhar.

### Nossos Endereços

- Angélica // Av. Angélica, 546 – Santa Cecília – São Paulo-SP // Telefone: (011) 3662.2922
- General Jardim // Rua General Jardim, 384/400 – Vila Buarque – São Paulo-SP // Telefone: (011) 3214.0828
- Casper Líbero // Av. Cásper Líbero, 390 – Santa Efigênia – São Paulo-SP // Telefone: (011) 3315.0874
- Pedroso // Rua Pedroso, 382 – Liberdade – São Paulo-SP // Telefone: (011) 3284.4855
- Faria Lima // Rua dos Pinheiros, 1518/1536 – Pinheiros – São Paulo-SP // Telefone: (011) 3034.5696
- Lapa // Rua Guaicurus, 1469/1479 - Lapa – São Paulo-SP // Telefone: (011) 3673.8159
- Casa Verde // Av Casa Verde, 2408 - Casa Verde - São Paulo-SP // Telefone: (011) 5525.2545

FUTURAMA SUPERMERCADOS | TODOS OS DIREITOS RESERVADOS | ACEITAMOS OS CARTÕES:

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 (ANEXO 1).*

*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 leva 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.

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.

Ora, o que ocorreu foi a continuação das atividades do Futurama em uma “nova” roupagem jurídica.

Ou seja, o que ocorreu na realidade, pelo que consta dos autos, é que os três irmãos, sócios das “novas” empresas, atuaram como administradores de fato da Futurama, durante todo o período.

Assim, é de se manter as imputações de responsabilidade dos demais sócios, filhos e da filha do Sr. Elias Brahim Habka, com base no art. 135, III, do CTN.

21. Por oportuno, anote-se que o processo 19515.721085/2011-52, cuja decisão de 1ª instância foi adotada como fundamento pelo v. acórdão guerreado (fls. 412/485), já foi submetido a julgamento perante a C. 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara dessa 1ª Seção de Julgamento, nos termos do Acórdão nº 1302-001.991, assim ementado:

**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 9.430/1996, 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 (Futura), 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.

22. Do referido julgamento se destacam os seguintes excertos do voto do Conselheiro Relator Rogério Aparecido Gil, onde foram reapreciadas as arguições defensivas preliminares, cujos fundamentos também aqui são adotados como razão de decidir:

### **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 ano-calendário.*

*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 n.º 115/2011, fixado nas dependências desta repartição na mesma data, intimando o contribuinte fiscalizado a tomar ciência do Termo n.º 04. Não houve atendimento.*

Frisa-se, portanto, que a Lei n.º 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 n.º 9.311/96, na Lei Complementar n.º 105/01 e no Decreto n.º 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 n.º 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.*

23. Assim, com supedâneo no que dispõe o §3º do artigo 57 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015, adoto como razões de decidir aquelas das quais se valeu o v. acórdão guerreado, tal como acima descritas, apenas acrescentando que o procedimento administrativo de fiscalização possui natureza inquisitória, diferentemente do processo administrativo, em que o contencioso se instaura apenas a partir da apresentação de impugnação. No primeiro, a fiscalização envidará seus esforços para apurar a ocorrência do fato gerador com finalidade instrutória. Já na fase processual, ou seja, a partir da lavratura do auto de infração e havendo impugnação, será inaugurado o litígio fiscal, nascendo o direito ao contraditório e à ampla defesa, entre outras garantias processuais, conforme dispõe o artigo 14 do Decreto 70.235, de 1972. Dessarte, não há o que se falar a respeito do direito à defesa ou ao contraditório na fase de fiscalização, mas apenas a partir da fase processual, com a apresentação da impugnação. Confira-se, a propósito, o

enunciado da Súmula CARF n.º 162, que soa: *“O direito ao contraditório e à ampla defesa somente se instaura com a apresentação de impugnação ao lançamento”*

### **DO DISPOSITIVO**

24. Pelo exposto e por tudo mais que dos autos consta, não conheço do Recurso Voluntário de FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA. e ELIAS BRAHIM e conheço do Recurso Voluntário de FAISSAL HABKA, FADEL HABKA e FARIZE HABKA, mas nego-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Jandir José Dalle Lucca