



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

**Processo n°** 19515.722577/2013-27  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1302-002.396 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 17 de outubro de 2017  
**Matéria** Omissão de Receita. Responsabilidade Solidária  
**Recorrente** FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2008, 2009

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

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

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

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

DECADÊNCIA. NÃO PAGAMENTO.

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

SÓCIOS ADMINISTRADORES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

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

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

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

CSLL. PIS. COFINS. DECORRÊNCIA.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos em não conhecer dos recursos voluntários interpostos pela contribuinte Futurama Supermercado Ltda. e os devedores solidários, Elias Brahim e Julia Szokaes Benko, e em rejeitar as preliminares de nulidade e de decadência suscitadas e, no mérito, em negar provimento aos recursos voluntários dos demais recorrentes, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(assinado digitalmente)

Rogério Aparecido Gil - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil, Ester Marques Lins de Sousa, Gustavo Guimaraes da Fonseca e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente). Ausente, justificadamente, o Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo.

## **Relatório**

Trata-se da Resolução nº 1302.000447, de 13 de setembro de 2017, que determinou a conversão do julgamento em diligência para que a empresa contribuinte FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA. e os devedores solidários, ELIAS BRAHIM e JULIA SZOKAES BENKO fossem intimados para que procedessem à regularização processual, tendo em vista que, na data da interposição do recurso voluntário, já estava vencida a validade da procuração outorgada para sua advogada, fl. 59.

Aplicou-se, subsidiariamente, o novo Código de Processo Civil, art. 15 (Lei nº 13.105, 16/03/2015), quanto à necessidade de intimação das partes para promoverem a regularização da representação processual (art. 76, CPC).

A diligência foi devidamente cumprida. Porém, somente a empresa, FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA., juntou procuração e contrato social, às fls. 1.813 a 1.822 e 1.826 a 1.827.

Analisando-se os referidos documentos, verificam-se os seguintes termos:

## Procuração

Pelo presente instrumento particular, FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 68.361.468/0001-45, neste ato representada pela Sra. Helena Daguer Habka, brasileira, viúva, do lar, RG nº 3.992.918 e inscrita no CPF/MF nº 355.153.251-68, residente e domiciliada na Rua Tabapuã, 1666, apto 81, Itaim Bibi, São Paulo, SP, nomeia e constitui sua procuradora, em conjunto ou separadamente, a Dra. RENATA GOMES RÉGIS BANDEIRA, inscrita na OAB/SP 242.420, outorgando-lhes os poderes da cláusula *ad judicium et extra* (...) [destacou-se]

Todavia, não se verifica nos autos que a Sra. Helena Daguer Habka estaria autorizada a representar legalmente a empresa contribuinte. A cópia autenticada da Alteração de Contrato Social, de 03/03/2009, apresenta como únicos sócios remanescentes, os Srs. ELIAS BRAHIM e JULIA SZOKAES BENKO.

Verifica-se, portanto, que continuam sem representação processual a contribuinte FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA. e os devedores solidários, ELIAS BRAHIM e JULIA SZOKAES BENKO.

Prossegue-se, assim, à apreciação dos demais recursos voluntários interpostos por devedores solidários e por responsáveis tributários.

O acórdão recorrido que manteve a decisão quanto à autuação da contribuinte principal (Futurama Supermercados Ltda.) por omissão de receitas relativas a depósitos em contas bancárias de origem não comprovada. Os sócios, pessoas físicas, foram responsabilizados (art. 135, CTN). Posteriormente aos exercícios (2006 e 2007), aos quais se referem os fatos geradores, tais sócios retiraram-se da sociedade e constituíram novas empresas (supermercados). Essas empresas foram consideradas sucessoras tributárias da principal recorrente (transferência de estabelecimento).

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

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

A análise dos documentos e movimentação financeira culminou no **Termo de Constatação e Intimação nº 4**, por intermédio do qual a recorrente foram intimados a contribuinte principal, os sócios diretores e as empresas sucessoras, considerados devedores solidários, para que comprovassem, por meio de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados nos anos-calendário de 2006 e 2007, em contas de depósitos ou

investimento mantidas pela empresa junto às instituições financeiras ali relacionadas, bem como comprovar que os mesmos foram declarados e oferecidos à tributação. **Não houve resposta.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O Futurama Supermercado Ltda. e Elias Brahim Habka apresentaram Impugnação em 30/09/2011 (fls. 3718/3818). Os interessados Faissal Habka, Fadel Habka e Farize Habka apresentaram impugnação, em 30/10/20011 (fls. 3839/3956). O Supermercado Angélica Ltda. apresentou suas razões de impugnação, em 15/12/2011 (fls. 3961/4096). E, por fim, apresentaram impugnações (15/12/2011) o Supermercado Cásper Líbero Ltda., Supermercado Faria Lima Ltda., Supermercado General Jardim Ltda., Supermercado Guaicurus Ltda., Supermercado Santo Amaro Ltda. e Supermercado Savana Ltda. As impugnações foram apresentadas tempestivamente.

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

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

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

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

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

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

ACESSO AOS DADOS BANCÁRIOS. LICITUDE.

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

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

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

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS. ARBITRAMENTO.

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007

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

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

CSLL. PIS. COFINS. DECORRÊNCIA.

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2006, 2007

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

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

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Devidamente intimados do acórdão da DRJ, em 23/02/2015 e 25/02/2105 (fl. 4782/4792), a contribuinte, **FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA.** e o devedor solidário, **ELIAS BRAHIM**, interpuseram recurso voluntário, tempestivamente, em 18/03/2015 (fls. 4795/4897), cujas razões são sintetizadas a seguir:

DAS PRELIMINARES

DA NULIDADE DO LANÇAMENTO ANTE O CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

- O Auto de Infração apresenta flagrante cerceamento de defesa, violando de forma explícita o art. 5º, LV da Constituição Federal.

- 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.

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

DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO, DA LEGALIDADE, DA PUBLICIDADE E DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

1. DO CERCEAMENTO DE DEFESA

- A Administração pública deve agir em plena conformidade com os dispositivos legais, ou seja, 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.

- A impugnação apresentada pelo contribuinte ao órgão competente para apreciá-la, vem caracterizar o conflito de interesses e instala-se o litígio entre o fisco e o contribuinte, dando origem ao processo administrativo.

-Assiste, pois, ao Recorrente o direito de opor-se nos termos previstos em lei, sobre toda e qualquer pretensão do Estado, nas suas mais variadas formas de manifestação: informações, pareceres, decisões, perícias e documentos formulados ou apresentados pelo órgão exator.

- Como poderá a Recorrente exercer seu direito ao contraditório, garantido não só em juízo, mas em todos os procedimentos administrativos, se foi impedida o acesso ao procedimento de fiscalização?

---

- 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 Recorrente.

#### 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.

- A Fiscalização deixou de observar os princípios contidos na Constituição Federal, uma vez que IMPEDIU ACESSO DA RECORRENTE A DADOS E INFORMAÇÕES DA PRÓPRIA, CONTIDOS NOS AUTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO ORA DEBATIDO.

#### 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.

- É importante deixar claro que a Recorrente 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.

- Foi negada à Recorrente qualquer forma de defesa, que feriu seus direitos assegurados constitucionalmente, devendo ser reconhecida a nulidade do presente lançamento fiscal ora combatido.

#### DA NULIDADE DO LANÇAMENTO – INCONSISTÊNCIA NA DESCRIÇÃO DOS FATOS E NAS PLANILHAS EM ARQUIVO ELETRÔNICO (EXTRATOS BANCÁRIOS) UTILIZADOS COMO PROVAS DO LANÇAMENTO

- Cumpre ressaltar que é nulo o lançamento ora combatido por haver nítido afronta ao disposto no art. 9º, e inciso III, do art. 10, ambos do Decreto 70.235/72, vez que a Autoridade Fiscal além de não ter relatado adequadamente as operações praticadas pela Autuada, fez apenas remissão aos dados obtidos junto aos sistemas online de consulta, 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 a defesa do ora Autuado.

- No presente caso, sequer indícios do teor da acusação fiscal foram levantados pela fiscalização, sendo, ainda, utilizados dados de sistema cuja pesquisa retornou sem qualquer resultado.

- Desta forma, não há como pretender que a ora Autuada se defenda de acusação fiscal que sequer se sabe ao certo a razão, por justificativas vagas que demonstram na dúvida quanto aos fatos apurados pela Fiscalização.

- Da mesma forma, e também não preenchendo os requisitos impostos pela norma contida no art. 142 do CTN, 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.

- 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; (ii) ao art. 142 do CTN; (iii) aos princípios constitucionais que informam a atividade administrativa; bem como (iv) aos incisos LIV e LV, do art 5º da Constituição

Federal, que preveem, expressamente, a garantia do devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

#### DA FALTA DE INTIMAÇÃO DA RECORRENTE

- Não bastasse a prática irregular de quebra de sigilo bancário, 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.

- É importante deixar claro que a Fiscalização mesmo sabendo que a Recorrente se encontrava na cidade de Diadema, realizou a elaboração de diversas intimações solicitando informações a respeito da movimentação bancária.

- Se mostra leviano as alegações da fiscalização em afirmar que a Recorrente estava em lugar incerto e não sabido, sendo que a simples consulta junto ao cadastro em seu site denota que a Recorrente encontra-se localizada na cidade de Diadema desde novembro de 2005, em plena atividade.

- E mais, a Recorrente somente tomou conhecimento do presente lançamento através da informação repassada pelos ex-sócios da Recorrente, ao receberem com indignação o auto de infração e constatarem a sua inclusão como responsáveis solidários.

- Portanto, diante da falta de preenchimento dos requisitos do art. 43 da Lei n. 9.430/96, deve ser desconsiderado a presunção de omissão de receita realizada pela Fiscalização, com o consequente reconhecimento da nulidade do presente lançamento ora debatido.

#### DA DECADÊNCIA

- As responsáveis solidárias requerem seja apreciada a decadência do direito de o Fisco constituir crédito tributário de IRPJ e os seus reflexos após o transcurso do prazo quinquenal, estabelecido pelo art. 150, §4º do CTN.

- Os lançamentos cuja modalidade de lançamento é por homologação, o termo inicial é a data do fato gerador, aqui entendido como fato impositivo. Têm a Fazenda Pública cinco anos a partir desse evento para fiscalizar o contribuinte e dele exigir eventual tributo impago. Não ocorrendo, dá-se homologação tácita, não sendo passível de cogitação o dilargamento do prazo, salvo a hipótese “comprovada” de dolo. Fraude ou simulação.

#### DECADÊNCIA DO IRPJ E DOS REFLEXOS (PIS/COFINS/CSLL)

- A interpretação das normas vigentes aponta para aplicação, ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica e seus reflexos (CSLL/PIS/COFINS), do instituto da decadência especialmente estabelecido para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, que se consolida em 5 anos após a ocorrência do fato gerador, que no caso em pauta ocorre trimestralmente para o IRPJ e CSLL, e mensalmente para a PIS e COFINS.

- Desta forma, considerando que as responsáveis solidárias autuadas foram intimadas do auto de infração em 21/11/2013, todos os créditos tributários constituídos cujos fatos geradores ocorreram antes de 21/11/2008, foram colhidos pela decadência, pois ocorridos em prazo superior ao de 5 anos.

#### DO MÉRITO

#### DA IRREGULAR QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO

- O ato de quebra de sigilo bancário não tem como motivação fatos relevantes que demonstrassem aumento patrimonial em face das movimentações financeiras. E para que

isso fique bem claro, a norma matriz da incidência do Imposto de Renda não tem como fato gerador a movimentação financeira, mas a renda, a renda que traz aumento patrimonial.

#### DA VEDAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE PROVA ILÍCITA

- A prova obtida com violação a quaisquer desses direitos ou garantias será uma prova ilícita e, por consequência, inútil para o processo.

- É o que ocorre no lançamento tributário roa debatido, pois o auto de 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 LC nº105/2001.

#### DA FALTA DE PROVA E DA INCOERÊNCIA LÓGICA DA PRESUNÇÃO DE FATURAMENTO/LUCRO

##### DA FALTA DE PROVA PARA CONSTATAÇÃO DE FATURAMENTO E LUCRO

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

#### DA INCOERÊNCIA LÓGICA DA PRESUNÇÃO DE FATURAMENTO E LUCRO – INCONSISTÊNCIA DO LANÇAMENTO

- A presunção que foi utilizada pela fiscalização para imputar à Autuada a obtenção de faturamento e lucro não respeita a mínima conexão lógica do fato presumido com o fato indiciário.

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

- Essa criação é mais um ardid para o desrespeito às garantias constitucionais do contribuinte que, ao não desvendar para o fisco seu sigilo bancário e a origem dos recursos que transitaram por sua conta, estará apenado pela tributação do total.

- Ora, se o contribuinte não apresenta qualquer sinal exterior de riqueza, mas teve uma movimentação de valores consideráveis por sua conta corrente, não é a princípio um sonegador. Poderá ter comprado e vendido alguns bens, algumas vezes e, sem ter alteração em seu patrimônio, ter grande movimentação financeira. Nem por isso tem o dever de abrir sua intimidade para o Fisco.

- Sobre isso, a Constituição Federal é clara ao determinar que a base de cálculo do IRPJ é o **lucro** (recita menos custos e despesas), obtido durante o exercício financeiro ou período de apuração, calculados na forma dos arts. 1º e 1º da Lei 9.430/96.

- Entre o fato conhecido (movimentação financeira) e o fato desconhecido (a materialidade da ocorrência de faturamento e lucro) deveria haver uma correlação segura e direta, não podendo haver dúvidas sobre a materialização dessa correlação. Não ocorrendo, percebe-se que o artifício legal 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 e lucro, nos exercícios de 2006 e 2007.

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

- A autuada é empresa que atua no ramo do comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios. Sempre esteve sujeita ao recolhimento das contribuições do PIS/COFINS.

- Com a publicação da Lei nº 9.718/98, por força do art. 3º, houve o alargamento da base de cálculo de tais contribuições, na medida em que as mesmas passaram a incidir não mais apenas sobre a venda de serviços e/ou mercadorias, mas, sobre a totalidade das receitas auferidas pela empresa, independentemente de advirem de suas receitas próprias ou não próprias.

- Segundo entendimento do STF, a inclusão do ICMS na hipótese de incidência das contribuições desborda-se do conceito de receita bruta – faturamento – sendo, portanto, passível de ser excluída da base de cálculo.

- Contudo, ocorre que a Fiscalização em afronta ao preceito constitucional exige da Autuada o recolhimento das contribuições (PIS e COFINS) com a inclusão em suas bases de cálculos a parcela referente ao valor do ICMS, parcela esta que não se insere no conceito de receita bruta – faturamento.

#### DO POSICIONAMENTO JURÍDICO DA QUESTÃO

##### DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PIS E COFINS

- De acordo com o conteúdo dos julgados mencionados, deduz-se uma dose de certeza quanto ao entendimento de que a grandeza referente ao ICMS, deverá ser excluída da base de cálculo das contribuições.

##### DA QUESTÃO DA REPERCUSSÃO ECONÔMICA

- Embora a legislação não tenha inserido o sistema da não-cumulatividade para as indigitadas contribuições prevendo-o com certa semelhança ao sistema de descontos quando da apuração do IPI e ICMS, há que se destacar que isto não implica no fenômeno da repercussão indicada no art. 166 do CTN.

- E, não somente em razão da incidência das contribuições justifica-se a exclusão e restituição do ICMS da base de cálculo das mesmas. É também com fulcro no princípio que veda o enriquecimento sem causa que o STF publicou a Súmula nº 546 quanto ao artigo 166 do CTN.

- Portanto, ante a inconstitucionalidade da PIS e da CPFINS ora exigidos no presente lançamento, requer-se a realização de nova apuração sem o acréscimo na base de cálculo da parcela referente ao ICMS.

##### DA INEXISTÊNCIA DA INFRAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 71 DA LEI Nº 4.502/64

- A penalidade agravada aplicada pelo Fisco não encontra nos fatos elementos bastantes suficientes que a suportem.

- No caso em tela, em nenhum momento ficou comprovado que aos valores movimentados na conta corrente da Autuada se tratam realmente do faturamento ou lucro obtidos pela mesma, não sendo possível a configuração da sonegação tipificada no art 71 da lei 4.502/64.

- Também seria imprescindível que a fiscalização comprovasse que a autuada agiu dolosamente, o que não ocorreu. Todas as páginas do Termo de Verificação Fiscal navegam pela presunção interpretativa, que é ineficaz à comprovação do dolo.

##### DO NÃO PREENCHIMENTO DA REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA DO IRPJ, CSLL, COFINS E PIS

##### DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

- Além das ilegalidades explanadas, temos que a Fiscalização ao presumir que a movimentação financeira ocorrida nas contas bancárias da autuada, tratam-se de lucro ou

faturamento, feriu o princípio constitucional da capacidade contributiva, princípio este ligado à base de cálculo do IRPJ e reflexos.

#### DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA – NÃO PREENCHIMENTO DA REGRA-MATRIZ

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

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

#### DA EXCLUSÃO DO SÓCIO COMO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA DO AIIM

- Ao realizar o lançamento tributário materializado pelo auto de infração ora combatido, o Sr. Fiscal entendeu por bem incluir como responsáveis pelo crédito tributário o sócio da recorrente, Sr. Elias Brahim Habka, sem demonstrar nos autos a ocorrência dos requisitos autorizadores para direcionamento da responsabilidade para o sócio pelos créditos tributários.

#### DA NÃO OCORRÊNCIA DA RESPONSABILIDADE PESSOAL DO SÓCIO – ART. 135 DO CTN

- 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.

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

#### DO EXCESSO NA COBRANÇA DOS VALORES ACESSÓRIOS

- Conforme dispõe o art. 5º II da Constituição Federal, não é possível que o autor seja obrigado a pagar aquilo que não foi instruído por lei o que com a lei não se coaduna. Por outro lado, há um anatocismo, pois o Estado atualiza o débito pela UFESP, acresce taxa de juros pela Taxa Selic que incorpora índices de atualização monetária e cobra acréscimo financeiro com fulcro em norma sem lastro de legalidade.

#### DO EFEITO CONFISCATÓRIO DA MULTA

- A multa não pode ser aplicada, especialmente, em tão elevado percentual.

- Se o autor supostamente deixou de recolher aos cofres públicos os tributos que informou dever, é porque não possuía meios de efetuar tais pagamentos, é porque sua capacidade econômica não lhe permitia agir de maneira diversa. Assim, diante do princípio da capacidade contributiva, merece ser excluída a multa administrativa aplicada.

- Isto porque, exigir do contribuinte a pesada multa de 150% é o mesmo que utilizar o tributo com efeito de CONFISCO, o que é totalmente vedado pelo texto constitucional.

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

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

- Clara é a impossibilidade da legislação ordinária estabelecer taxa de juros superiores a 1% ao mês devendo este limite ser observado como máximo pela legislação ordinária, devendo, pela falta de lei compatível ser aplicada no presente caso. Alias, ressalte-se que à época dos fatos a legislação de regência não previa a aplicação de juros superior a 1%, não podendo a norma da Taxa Selic operar retroativamente.

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

- Entende-se que o parágrafo 1º do art 161 do CTN, ao estabelecer os juros moratórios a 1% ao mês, o fez como limite máximo de aplicação, que deve ser atendido pelas autoridades tributárias.

- Ingressando no mérito dos valores considerados como créditos pertencentes à Recorrente para efeito de incidência do IRPJ e reflexos, ficou demonstrado à aciedade que tais valores não ingressaram para o patrimônio da Recorrente não sendo lucro ou faturamento seu que pudesse ensejar a incidência da referida norma, razão pela qual requer seja excluído da base de cálculo do lançamento.

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

#### DA EXCLUSÃO DA RECORRENTE COMO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA DO LANÇAMENTO

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

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

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

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

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

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

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

#### DA NÃO OCORRÊNCIA DA FIGURA DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

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

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

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

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

- A Recorrente não pode ser responsabilizada por créditos tributários que foram constituídos após a aquisição do suposto fundo de comércio da empresa atuada.

- A matéria exigida no presente lançamento se refere em quase a sua totalidade na falta de atendimento a obrigação acessória, que não há que se falar na transferência desse ônus a terceiros.

- Portanto, a Recorrente não pode ser responsabilizada por créditos tributários que não estavam, ao menos, em curso de constituição no instante em que celebrou a suposta transferência de fundo de comércio. Esse entendimento é mero desdobramento dos limites constitucionais que regem a responsabilidade não sancionatória, os quais exigem que ela venha sempre acompanhada de norma de repercussão jurídica.

- É importante deixar claro que não sendo postos à disposição do sucessor meios para identificar a existência de débitos aos bens que está adquirindo, não há como operacionalizar a transferência de carga fiscal para o realizador do pressuposto de fato de tributo.

- 
- Relembre-se que no presente feito o AIIM fora lavrado diante da inércia da empresa autuada após à suposta transferência de fundo de comércio, que diga-se de passagem, a empresa autuada está em plena atividade comercial.
  - Contudo, se admitir a responsabilização da Recorrente pelos créditos constituídos após a dita aquisição é reconhecer pela instituição de verdadeira ficção jurídica, o que compromete a validade da regra de responsabilidade, por violação aos princípios constitucionais que informam a norma de competência tributária, quais sejam, o princípio da capacidade contributiva, direito de propriedade e vedação ao confisco.
  - Assim, entende-se que a Recorrente somente seria considerada responsável pelo débito tributário, se o auto de infração fosse constituído antes da suposta transferência do fundo de comércio, porque nessa situação estaríamos diante da possibilidade de repercussão do ônus do tributo para o realizador do fato tributado.
  - Frisa-se que se a Recorrente tivesse tomado conhecimento da existência de débitos, apenas não haverá a transferência do impacto econômico caso o responsável não queira ou atue com displicência, já que inúmeros são os meios de que dispõe.
  - Entender pela responsabilização da Recorrente no presente feito é penalizá-la por fato praticado exclusivamente por terceiro, haja vista que a empresa autuada está em plena atividade e que o fato omissivo ou mesmo comissivo de apresentação da documentação fiscal solicitada pela Fiscalização fora praticado exclusivamente pela mesma.

#### DA NÃO RESPONSABILIZAÇÃO DA RECORRENTE PELAS MULTAS FISCAIS

- Diante do conceito de tributo não há que se falar na responsabilização da Recorrente sobre multas pecuniárias provenientes de ato ilícitos, haja vista que o auto de infração fora motivado diante da omissão de apresentação de documentação fiscal que estava em poder da alienante.
- Requer-se a exclusão das multas em relação à Recorrente ante a impossibilidade de transferência desse ônus ao responsável tributário, seja em respeito ao princípio constitucional da personalidade da pena, seja pela redação do art. 133 do CTN se referir exclusivamente a tributos, cuja definição legal exclui expressamente as sanções de atos ilícitos (art. 3º).

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

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

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

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

É o relatório.

## **Voto**

Conselheiro Rogério Aparecido Gil - Relator

Na forma retro exposta, diante não atendimento às respectivas intimações para a regularização da representação processual, devidamente realizadas em cumprimento da Resolução nº 1302.000.447, de 13/09/2016, conclui-se pelo não conhecimento dos recursos voluntários interpostos pela contribuinte FUTURAMA SUPERMERCADO LTDA. e os devedores solidários, ELIAS BRAHIM e JULIA SZOKAES BENKO.

Os demais recorrentes interpuseram recursos voluntários tempestivamente e estão regularmente representados. Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos respectivos recursos.

## **Preliminares**

**DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E 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:

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

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

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

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

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

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

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

*Em 20 de junho de 2011, lavramos o **Termo de Ciência e de Continuidade de Procedimento Fiscal**, encaminhado ao contribuinte por via postal no endereço Av. Assembleia, nº 183,*

*Diadema – SP, e este foi devolvido pelos correios com a informação de “MUDOU-SE”.*

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

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

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

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

Ressalte-se, ainda, que conforme item 1.3 do TVF, a Fiscalização considerou o que as empresas declararam em GIAS (declarações do ICMS). Também vale registrar que, a Fiscalização citou até o Convênio com o estado de São Paulo, fundamentando corretamente a autuação.

## **DO ACESSO À MOVIMENTAÇÃO E DADOS BANCÁRIOS E DA PROVA ILÍCITA**

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

No entanto, o Recurso Extraordinário foi julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, em 24/02/2016, no qual, por maioria de votos, fixou-se que o art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal (ADIs 2.386, 2.397 e 2.859; RE 601.314).

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

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

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

## DA DECADÊNCIA

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

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

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

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

Assim, o termo de início do prazo decadencial para os fatos geradores do ano-calendário 2008 deu-se em 01/01/2009 com termo final em 01/01/2014. Como a intimação do auto de infração foi efetuada em 21/11/2013, não há que se falar em decadência.

Ante o exposto, voto no sentido de **REJEITAR todas as preliminares** arguidas pelos recorrentes, afastando as nulidades por cerceamento de defesa, afronta aos princípios da legalidade e publicidade, violação ao princípio da motivação, e, ainda, as preliminares de nulidade do lançamento e decadência.

## Do Mérito

### DA RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS

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

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

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

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

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

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

- c) para instruir o competente procedimento administrativo é necessária a colheita de provas indispensáveis à identificação do fato jurisdicionado, de forma a conhecer a verdade material que se submeterá à norma; no exercício de sua função a administração fiscal tem o dever de provar a ocorrência do fato do qual decorreu a aplicação do Direito, é dele o ônus da prova; não restou demonstrada a legalidade da inclusão dos mesmos como responsáveis solidários;
- d) se retiraram da sociedade, em 03/03/2009 (no caso dos Srs. Faissal Habka, Fadel Habka, e da Sra. Farize Habka), antes, portanto, da fiscalização; que a partir daquela data, os atuais sócios Sr. Elias Brahim e Júlia Szokaes Benko assumiram os direitos e deveres da autuada, conforme comprova o Registro realizado na JUSCESP da alteração contratual (anexou contrato); que o sócio remanescente e a sócia que ingressou, à época, mantêm-se na sociedade e a conduz até os dias de hoje; que esses sócios assumiram as

dívidas correntes e os direitos; que não restou aos devedores solidários qualquer responsabilidade;

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

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

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

*I - excesso de poderes;*

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

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

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

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

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

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

Capítulo III. Da Administração.

Cláusula 10ª

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

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

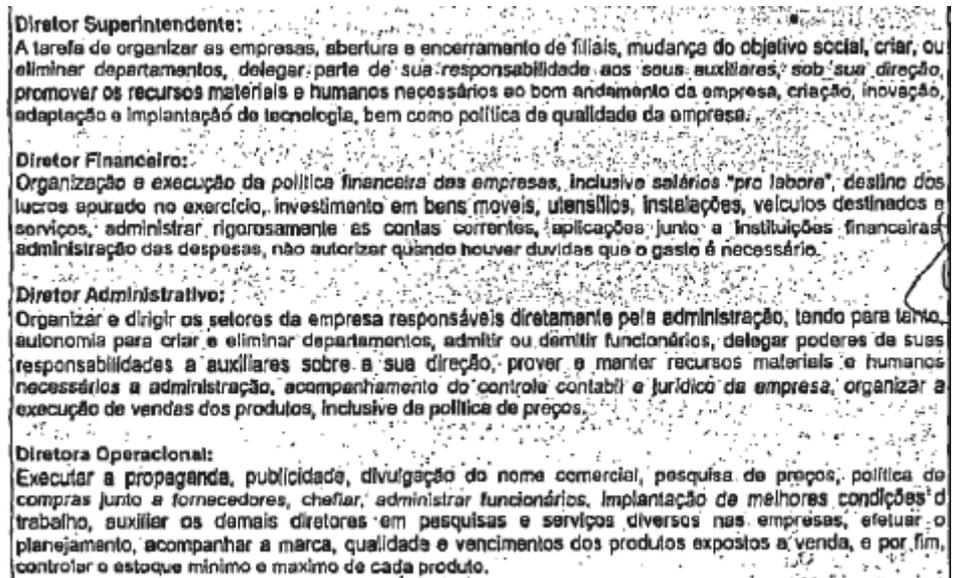
ELIAS BRAHIM HABKA - Diretor Superintendente

FAISSAL HABKA - Diretor Financeiro

FADEL HABKA - Diretor Administrativo

FARIZE HABKA - Diretora Operacional

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



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

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

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

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

Processo nº 19515.722577/2013-27  
Acórdão n.º 1302-002.396

S1-C3T2  
Fl. 28

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

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

DADOS DOS DIRETORES, SOCIOS E PRINCIPAIS ACIONISTAS

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

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

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

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

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

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

DADOS DO REPRESENTANTE

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

PODERES DE REPRESENTACAO

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

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

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

Cotejando-se a referida Alteração de Contrato Social, com os documentos apresentados pelo Bradesco, verifica-se que **os devedores solidários formalizaram juridicamente sua retirada da sociedade em 03/03/2009, mas, em 20/11/2010, ainda mantinham-se com poderes para representar a contribuinte principal perante aquela instituição financeira**, bem assim para assinar cheques, realizar operações bancárias, empréstimos e financiamentos.

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

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

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

*Todavia, os sócios diretores, **Faissal Habka, Fadel Habka, Farize Habka**, não comprovaram nos autos suas alegações. No mínimo, deveriam ter comprovado que a Futurama Supermercado Ltda. detém capital suficiente para fazer frente ao crédito tributário de mais de R\$128 milhões, conforme consta do auto de infração. Pois, se não comprovaram tal suficiência, devem ser considerados responsáveis solidários.*

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

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

- a) **18/01/2010**. - Termo de Início de Procedimento Fiscal (fl. 4) - a **Futurama Supermercado Ltda.** foi **intimada a apresentar** (20 dias) Livros Diário e Razão (Lucro Real), Livro Registro de Entradas, Livro Registro de Saídas, Contrato/Estatuto Social e suas alterações, Documento de movimentação financeira etc.;
- b) **08/02/2010** - Pedido de prorrogação de prazo pela **Futurama Supermercado Ltda.** (fl. 44);
- c) **17/02/2010** - Termo de Intimação nr. 2 (fl. 48);
- d) **18/10/2010** - Termo de Embaraço (fl. 50) - Lavrado pelo fato de que a empresa Futurama Supermercado Ltda. não atendeu à reintimação havida, após o seu pedido de prorrogação de prazo para atendimento. Destacam-se os seguintes registros do Termo de Embaraço:
- "A recusa não justificada na apresentação dos elementos solicitados sujeita o contribuinte à multa de ofício prevista no art. 959 e incisos, permitindo configurar embaraço à fiscalização, nos termos do artigo 33, inciso I, da Lei nr. 9.430/96."
- e) **12/03/2010** - Petição da Futurama (fl. 52) com a informação de que estaria apresentando, em anexo, parte dos extratos bancários. Pediu outros 20 dias para completar os documentos. Todavia, não há documento anexo a tal petição;
- f) **18/03/2010** - Novo Pedido de Prorrogação de Prazo pela Futurama (fl. 55). Concederam-se mais 10 dias;
- g) **18/06/2010** - Termo de Ciência e Continuidade de Procedimento Fiscal (fl. 58) - O Termo foi devidamente entregue a representante da Futurama Supermercado Ltda.;
- h) **27/06/2011** - Termo de Constatação e Intimação nr. 04 (fls. 2319/3606). A empresa Futurama **não recebeu** esse Termo, pela via postal.
- i) **28/06/2011** - Termos de Constatação e Intimação nr. 05, 06, 07, 08, 09 e 10 **recebidos** por Elias Brahim Habka, Júlia Szokaes Benko, Faissal Habka, Fadel Habka e Farize Habka. Os Termos foram regularmente entregues (fls. 3608/3622);
- j) **26/07/2010** - Petição da Futurama (fl. 62) - Pede vista dos autos e alega princípios constitucionais e legislação em defesa da ampla defesa e do contraditório;
- k) **02/08/2011** - Edital nº 115/2011 - Futurama foi intimada por edital do Termo de Constatação e Intimação nº 04; (fl. 3607). **Não houve manifestação da Futurama;**

- l) **17/08/2010** - Novo Termo de Ciência e Continuidade de Procedimento Fiscal (fl. 66) entregue à Futurama. **Não houve manifestação da Futurama;**
- m) **22/11/2010** - Resposta do Bradesco ao Requerimento de Movimentação Financeira - **RMF** (fl. 76 e segs.);
- n) **29/09/2011 - Termo de Constatação - IRPJ e reflexos A/Cs 2006 e 2006** (fls. 3631/3638) expedido em nome de Futurama Supermercado Ltda., Elias Brahim Habka, Faissal Habka, Fadel Habka e Farize Habka (não incluiu Júlia Szokaes Benko). Os AR de fls. 3689/3692 informam que os Termos **foram recebidos** pelos destinatários. **Não houve resposta de nenhum dos intimados;**
- o) **Auto de Infração e Termo de Encerramento** (fls. 36410);
- p) **14/11/2011** - Edital nº 145/2011 - Futurama Supermercado Ltda. é intimada por Edital do Termo de Constatação - IRPJ e reflexos A/Cs 2006 e 2006 e do Auto de Infração e Termo de Encerramento (fl. 3688);
- q) **19/11/2011** - Termo de Sujeição Passiva - Supermercado **Angélica** Ltda., Supermercado **Cáspier Líbero** Ltda., Supermercado **Faria Lima** Ltda., Supermercado **General Jardim** Ltda., Supermercado **Guaicurus** Ltda., Supermercado **Savana** Ltda. e Supermercado **Santo Amaro** Ltda. (fl. 3702);

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

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

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

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

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

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

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

*Art. 989. As disposições deste Decreto são aplicáveis a todo aquele que responder solidariamente com o contribuinte ou pessoalmente em seu lugar (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 192).*

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

Dessa forma, por serem os responsáveis pela empresa Futurama Supermercado Ltda., nos anos 2006 e 2007, esses sócios diretores estão obrigados a cumprir e a fazer cumprir as seguintes disposições legais as quais **foram por eles infringidas**, como a seguir demonstrado.

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

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

*I - as pessoas jurídicas (Capítulo I);*

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

*I - as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no País, sejam quais forem seus fins, nacionalidade ou participantes no*

*capital (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 27, Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, art. 42, e Lei nº 6.264, de 1975, art. 1º);*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*I - para registro de inventário;*

*II - para registro de entradas (compras);*

*III - de Apuração do Lucro Real - LALUR;*

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

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

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

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

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

*§ 3º Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios (Lei nº 9.430, de 1996, art. 37).*

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

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

*§ 1º O lucro líquido do período deverá ser apurado com observância das disposições da Lei nº 6.404, de 1976 (Decreto-*

*Lei nº 1.598, de 1977, art. 67, inciso XI, Lei nº 7.450, de 1985, art. 18, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 5º).*

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

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

*I - o lucro líquido do período de apuração;*

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

*III - o lucro real.*

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

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

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

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

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

*Art. 919. (...)*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Assim, diante da flagrante ofensa aos princípios da ampla defesa e contraditório, requer-se a exclusão dos Impugnantes ante a falta da indicação dos reais motivos que levaram à conclusão da Fiscalização para incluí-los como responsáveis solidários pelo crédito, uma vez que não consta, no corpo do lançamento tributário, indicação do motivo que originou a inclusão dos Impugnantes no pólo passivo do mesmo.*

(...)

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*I - em processo de falência;*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **DA NÃO RESPONSABILIZAÇÃO DAS RECORRENTES PELAS MULTAS FISCAIS**

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

Há de se ressaltar, sobretudo que, as multas fiscais decorreram da falta de atendimento a solicitações de informações feitas pelas autoridade administrativa e, desta forma, nota-se que todos os interessados foram intimados e mantiveram-se inertes.

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

**Continuando a apreciação quanto as razões de mérito****FALTA DE PROVA PARA A CONSTATAÇÃO DE FATURAMENTO E LUCRO**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Os demais aspectos - supostos erros em arquivos magnéticos - não teriam o alcance pretendido pelos recorrentes, deveriam ser desconsiderados, já que foram exaustivamente tratados e oportunizado aos recorrentes a manifestação sobre as informações e documentos apresentados pelas referidas instituições financeiras. Eventual erro nos arquivos magnéticos poderiam ter sido resolvidos perante a DRF pelos interessados, até por que os alegados erro poderiam ser em relação aos equipamentos de informática e configurações de sistemas utilizados pelos recorrentes.

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

Determina o art. 71 da referida Lei:

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

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

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

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

*Art 1º Constitui crime de sonegação fiscal:*

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

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

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

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

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

No acórdão recorrido, a DRJ/SPO observou que:

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

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

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

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

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

## **DOS JUROS MORATÓRIOS E APLICAÇÃO DA TAXA SELIC**

No que concerne aos juros de mora e à aplicação da taxa Selic, o art. 161 do CTN c/c o § 3º do art. 61 da Lei nº 9.430/1996, dispõem que o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora calculados à taxa SELIC. Inteligência, ainda, das Súmulas CARF nºs 4 e 5:

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

***Súmula CARF nº 5:** São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.*

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

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

Assim, com base nos fatos e fundamentos expostos, voto no sentido de negar provimento aos recursos voluntários.

Rogério Aparecido Gil - Relator

Processo nº 19515.722577/2013-27  
Acórdão n.º **1302-002.396**

**S1-C3T2**  
Fl. 44

---