ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10166.730006/2012-18
CÓPIA

**MINISTÉRIO DA FAZENDA**
# CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

| | |
|---|---|
| **Processo nº** | 10166.730006/2012-18 |
| **Recurso nº** | Voluntário |
| **Acórdão nº** | **2401-003.974 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária** |
| **Sessão de** | 10 de dezembro de 2015 |
| **Matéria** | CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS: OBRIGAÇÕES PRINCIPAIS. PARTE EMPRESA E PARTE SEGURADOS |
| **Recorrente** | WRJ ENGENHARIA LTDA e OUTROS |
| **Recorrida** | FAZENDA NACIONAL |

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

MATÉRIA DEVOLVIDA A JULGAMENTO. DELIMITAÇÃO. PRECLUSÃO.

É vedado inovar na postulação recursal para incluir matérias diversas daquelas anteriormente deduzidas quando da impugnação do lançamento fiscal. À exceção de matérias de ordem pública, estão preclusas as questões arguidas somente na fase recursal.

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. ADMINISTRADOR DE PESSOA JURÍDICA.

Exclui-se o vínculo de responsabilidade tributária atribuído a administrador de pessoa jurídica quando ausentes os elementos de conexão para a caracterização da solidariedade de fato ou para a responsabilização pessoal decorrente da prática de atos com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

Recurso voluntário provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, por conhecer dos recursos voluntários e dar-lhes provimento para afastar tão somente o vínculo de responsabilidade atribuído a Denio Losi de Morais e Osvaldino Xavier de Oliveira, sócios da "BSB", mantido integralmente o crédito tributário lançado. Fez sustentação oral: Dr. Cláudio Farag. OAB: 14005/DF.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 10/01/201
6 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 12/01/2016 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, As
sinado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS
Impresso em 15/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(ASSINADO DIGITALMENTE)

André Luís Mársico Lombardi - Presidente

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Cleberson Alex Friess - Relator

CÓPIA

Participaram do presente julgamento os Conselheiros André Luís Mársico Lombardi (Presidente), Arlindo da Costa e Silva, Carlos Alexandre Tortato, Cleberson Alex Friess, Luciana Matos Pereira Barbosa, Theodoro Vicente Agostinho, Carlos Henrique de Oliveira e Rayd Santana Ferreira.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 10/01/201
6 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 12/01/2016 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, As
sinado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS
Impresso em 15/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

## Relatório

CÓPIA

Cuida-se de recursos voluntários interpostos em face da decisão da 12ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento São Paulo I (DRJ/SP1), cujo dispositivo julgou improcedente a impugnação do contribuinte, bem como dos solidários, mantendo o crédito tributário exigido e os vínculos de responsabilidade tributária. Eis a ementa do Acórdão nº 16-51.510 (fls. 2.606/2.645):

> *ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS*
>
> *Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010*
>
> *CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO.*
>
> *A empresa é obrigada a recolher, nos prazos definidos em lei, as contribuições incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados e contribuintes individuais a seu serviço.*
>
> *TRANSFERÊNCIA DE VALORES. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. EMPRÉSTIMOS. NÃO COMPROVAÇÃO. REMUNERAÇÃO INDIRETA.*
>
> *A empresa deve demonstrar com documentos hábeis e idôneos como se deu a transferência de recursos de seu patrimônio.*
>
> *A saída de numerário da empresa sob a alegação de que se trata de distribuição de lucros aos sócios ou de que se refere a empréstimo promovido entre a empresa e os sócios, sem a devida comprovação, configura pagamento de remuneração aos sócios pró-labore.*
>
> *TERMOS DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.*
>
> *São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e as pessoas expressamente designadas por lei.*
>
> *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, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.*
>
> *Não elididos os fatos que lhes deram causa, os termos de sujeição passiva solidária devem ser mantidos.*

2. Extrai-se do relatório fiscal que o processo administrativo é composto por 2 (dois) autos de infração (AI), compreendendo o período de 01/2009 a 12/2010, assim formalizados (fls. 43/87):

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 10/01/201
6 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 12/01/2016 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, As
sinado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS
Impresso em 15/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

i) **AI nº 51.009.458-9**, referente às contribuições previdenciárias da empresa, incidentes sobre as remunerações pagas a segurados empregados e contribuintes individuais; e

ii) **AI nº 51.009.459-7**, referente às contribuições dos segurados empregados e contribuintes individuais, incidentes sobre o salário-de-contribuição, não arrecadadas pela empresa.

CÓPIA

2.1 O crédito tributário foi apurado a partir do compartilhamento de documentos apreendidos na Operação Esperança, intitulada de "Caixa de Pandora", devidamente autorizado pela Justiça Federal, em que houve quebra do sigilo bancário do contribuinte. Além do compartilhamento, houve complementação dos elementos de provas mediante entrega de documentos e prestação de informações pelo sujeito passivo no decorrer da auditoria fiscal.

2.2 A fiscalização apurou o pagamento "por fora" a segurados empregados e contribuintes individuais que prestaram serviços ao contribuinte, fatos geradores não registrados nas folhas de pagamento, tampouco em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), além do pagamento de remuneração indireta a sócios, por intermédio de adiantamentos a título de antecipação de lucros e de devolução de valores oriundos de empréstimos não comprovados.

2.3 Esclarece a autoridade lançadora que a análise da movimentação bancária, das mensagens eletrônicas apreendidas pela Polícia Federal, dos termos de depoimentos de empregados e prestadores de serviço e da escrituração contábil, entre outros elementos disponíveis, revelou que a pessoa jurídica autuada encobriu a ocorrência e o conhecimento dos fatos geradores, utilizando os seus sócios de condutas dolosas e ardilosas, com o propósito de impedir a efetiva cobrança das contribuições devidas.

2.4 Dentre os ilícitos verificados, a fiscalização destaca a constituição da empresa BSB Fundações Ltda - ME, doravante "BSB", para viabilizar a continuidade das atividades empresariais do contribuinte, doravante "WRJ", inclusive participação em processos licitatórios, dada a difícil situação econômica em que se encontrava esta última sociedade.

2.5 Nesse contexto fático, a autoridade lançadora formalizou 6 (seis) termos de sujeição passiva solidária, em nome das seguintes pessoas físicas e jurídica (fls. 35/40):

i) "BSB";

ii) Denio Losi de Morais, Osvaldino Xavier de Oliveira e Victor Eickhoff Cortopassi, todos sócios administradores da "BSB"; e

iii) Renato Salles Cortopassi e Roberto Cortopassi Júnior, sócios administradores da "WRJ".

2.6 Em razão dos fatos constatados durante a auditoria fiscal, foi inicialmente duplicado (multa qualificada) e, depois, aumentado de metade (multa agravada) o percentual da multa de ofício, de que trata o inciso I do **caput** do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 10/01/201
6 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 12/01/2016 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, As
sinado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS
Impresso em 15/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

3. Abrangendo o procedimento fiscal o período de 2007 a 2010, os demais lançamentos relativos ao período de 2007 a 2008 fazem parte de processos administrativos específicos.

4. O contribuinte foi cientificado da autuação em 7/12/2012, via postal, conforme fls. 2.396, e impugnou a exigência fiscal (fls. 2.401/2.403, 2.404/2.406, 2.472/2.474 e 2.561/2.563).

5. Quanto às pessoas arroladas como solidárias, igualmente cientificadas em 7/12/2012, por via postal, segundo fls. 2.390/2.395, constam dos autos que a pessoa jurídica "BSB" e as pessoas físicas Denio Losi de Morais e Osvaldino Xavier de Oliveira apresentaram defesa quanto ao vínculo de responsabilidade (fls. 2.431/2.432, 2.413 e 2.450/2.455, respectivamente).

6. Intimada da decisão de piso, via edital, não consta apresentação de recurso voluntário para o contribuinte **WRJ Engenharia Ltda** (fls. 2.703).

7. Por seu turno, as 6 (seis) pessoas solidárias foram igualmente intimadas do acórdão de primeira instância (fls. 2.653/2.662 e 2.690/2.691). Os recursos voluntários interpostos, conforme fls. dos autos, estão sintetizados na sequência:

**a) Osvaldino Xavier de Oliveira**

i) ciência da decisão de primeira instância em 21/10/2013, por via postal (fls. 2.661/2.662);

ii) recurso voluntário interposto em 12/11/2013 (fls. 2.677/2.689);

iii) o peticionante afirma que nem mesmo a empresa "BSB", da qual é sócio administrador, deveria ter sido incluída como devedora solidária, haja vista inexistir relação com a "WRJ", não se enquadrando a situação descrita pela fiscalização nas hipóteses de sucessão tributária enumeradas pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que veicula o Código Tributário Nacional (CTN);

iv) ainda que "BSB" pudesse ser considerada uma continuação dos negócios da "WRJ", os sócios daquela somente poderiam ser chamados à solidariedade passiva quando demonstrado que agiram com excesso de poder, infração à lei ou ao estatuto social, ou mesmo que contribuíram para a dissolução irregular da sociedade, conforme previsão contida no art. 135 do CTN;

v) na hipótese de sucessão tributária, a sujeição passiva seria apenas subsidiária, e não solidária;

vi) dada a cobrança de créditos tributários apurados no período de 2007 a 2008, deve-se atentar para o prazo decadencial estabelecido no § 4º do art. 150 do CTN; e

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 12/01/2016 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS
Impresso em 15/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

vii) o erro na identificação do sujeito passivo pela fiscalização implica a existência de vício formal no procedimento.

**b) Denio Losi de Morais**

i) ciência da decisão de primeira instância em 20/11/2013, por via postal (fls. 2.690/2.691);

ii) recurso voluntário interposto em 13/12/2013 (fls. 2.692/2.702);

iii) os créditos tributários constituídos pela fiscalização são estranhos a sociedade de que faz parte, a "BSB";

iv) em decorrência do princípio da entidade, o patrimônio de uma sociedade não se confunde com aquele dos seus sócios ou proprietários;

v) ao inexistir sucessão de empresas, eis que a "WRJ" subsiste, permanece os débitos tributários como obrigações de responsabilidade de cada sociedade empresarial;

vi) a escrituração contábil, no período de 2007 e 2008, demonstra a existência de lucros acumulados e de lucros nos respectivos exercícios sociais, de maneira que a distribuição do lucro foi realizada de forma proporcional a participação de cada um dos sócios no capital social; e

vii) a legislação tributária concede isenção de contribuição previdenciária sobre os lucros distribuídos, sendo que os lançamentos contábeis nos livros diários e razão indicam pagamentos a título de pró-labore (conta 2.1.9.1.01.0001) e distribuição de lucros (conta 2.4.3.2.01.0001).

É o relatório.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 10/01/201
6 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 12/01/2016 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, As
sinado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS
Impresso em 15/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

## Voto

Conselheiro Cleberson Alex Friess, Relator

**Juízo de admissibilidade**

8. Como sabido, a Portaria RFB nº 2.284, de 29 de novembro de 2010, assim como o enunciado da Súmula nº 71 deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf)[1], reconhecem o direito de as pessoas físicas e jurídicas arroladas como responsáveis tributários na autuação fiscal apresentarem impugnação e recurso sobre a exigência do crédito tributário e/ou o respectivo vínculo de responsabilidade. O prazo é contado, para cada sujeito passivo, a partir da data em que tem ciência do ato administrativo.

9. Juntados aos autos consta a interposição de recurso voluntário apenas por Denio Losi de Morais e Osvaldino Xavier de Oliveira, sócios da "BSB".

10. Uma vez satisfeitos os requisitos de admissibilidade dos recursos voluntários, deles tomo conhecimento.

**Sujeição passiva solidária**

11. Tendo em vista que as impugnações dos responsáveis tributários versavam, exclusivamente, sobre o respectivo vínculo de responsabilidade, as questões não provocadas a debate na primeira instância por meio da peça vestibular, arguidas pelos recorrentes somente na fase recursal, constituem matérias preclusas, vedada a sua análise, como regra, pelo Colegiado "*ad quem*", por afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição que orienta o processo administrativo fiscal (art. 17 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972).

12. De modo que a análise recursal ficará restrita à questão do vínculo de responsabilidade.

**Denio Losi de Morais e Osvaldino Xavier de Oliveira**

13. Nessa matéria, quanto ao vínculo de responsabilidade, analiso em conjunto os recursos voluntários interpostos por Denio Losi de Morais e Osvaldino Xavier de Oliveira, sócios da "BSB", considerando a identidade dos fatos relatados pela fiscalização e a semelhança da linha argumentativa usada nas respectivas peças defensórias em grau recursal.

14. As normas de responsabilização pessoal de terceiros, os quais ocupam a condição de sócios administradores de empresas, são de aplicação excepcional, visto que a

[1] Súmula CARF nº 71: Todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 12/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS
6 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 12/01/2016 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, As
sinado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS
Impresso em 15/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

regra é a responsabilidade tributária da pessoa jurídica, e não das pessoas físicas que praticam os atos de gestão empresarial.

15. À luz da fundamentação que acompanha o relatório fiscal, a solidariedade passiva decorreria da conivência dessas pessoas físicas com atos simulados envolvendo a constituição da "BSB", no ano de 2010, bem assim com a prática de condutas fraudulentas, dentre elas, as direcionadas ao pagamento "por fora" para os seus segurados empregados.

16. Nesse cenário normativo, e atento aos termos da imputação fiscal, a qual ampara a responsabilidade tributária dos sócios no disposto no inciso I do art. 124 e/ou no inciso III do art. 135 do CTN, interpreto como insuficiente o conjunto carreado aos autos para sustentar a sujeição passiva solidária das pessoas físicas retromencionadas, porquanto não há provas que praticaram atos de gestão na "WRJ".

17. Com efeito, quanto ao inciso I do art. 124 do CTN, está assim redigido:

> *Art. 124. São solidariamente obrigadas:*
>
> *I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; (grifou-se)*
>
> *(...)*

17.1 Da acusação fiscal, verifico que não há demonstração de haver o "interesse comum" no fato jurídico tributário, isto é, que as pessoas físicas, sócios da "BSB", participaram da realização, por ação ou omissão, dos fatos geradores que dão suporte a exigência fiscal relativamente ao período de 2009 e 2010, vinculados que estão esses fatos geradores a situações relacionadas à "WRJ".

17.2 Dessa forma, é evidente a ausência dos elementos de conexão eleitos pelo legislador para a caracterização da solidariedade de fato.

18. No que tange à responsabilidade dos administradores das pessoas jurídicas de direito privado prevista no inciso III do art. 135 do CTN, reproduzo abaixo o texto do perceptivo legal:

> *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: (grifou-se)*
>
> *(...)*
>
> *III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.*

18.1 Segundo depreende-se da lei, o administrador é posto no polo passivo da relação tributária com a finalidade de responder pelo crédito tributário verificado na pessoa jurídica administrada, dada a constatação da prática de atos ilícitos quando da gestão da empresa na qual atua.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 10/01/201
6 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 12/01/2016 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, As
sinado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS
Impresso em 15/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

18.2 Vale dizer que os atos que geram a responsabilidade tributária são causa do nascimento de obrigação tributária em nome da pessoa jurídica que o sócio exerce as atribuições de administração.

19. Porém, as condutas descritas pela fiscalização para sustentar a responsabilidade tributária dos sócios da "BSB" estão associadas ao surgimento das obrigações tributárias em nome do contribuinte "WRJ", relativamente a fatos geradores apurados nos anos de 2009 e 2010.

20. É certo que as irregularidades descritas pela fiscalização na "BSB" poderão implicar a responsabilidade de seus sócios, quando comprovado que as pessoas físicas, no exercício da administração da pessoa jurídica, praticaram atos ilícitos. Contudo, neste caso, a sujeição passiva alcançará apenas o crédito tributário vinculado aos atos de gestão da "BSB".

21. Assim, merece reforma a decisão colegiada de piso, para afastar o vínculo de responsabilidade de Denio Losi de Morais e Osvaldino Xavier de Oliveira, sócios da "BSB".

**Conclusão**

Ante o exposto, voto por CONHECER dos recursos voluntários e DAR-LHES PROVIMENTO para **afastar o vínculo de responsabilidade** atribuído a Denio Losi de Morais e Osvaldino Xavier de Oliveira, sócios da "BSB", mantido integralmente o crédito tributário lançado pela fiscalização.

É como voto.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Cleberson Alex Friess - Relator

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 10/01/201
6 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 12/01/2016 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, As
sinado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS
Impresso em 15/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA