



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10580.728332/2014-36
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-006.734 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de setembro de 2023
Recorrente ORBRASERV - ORGANIZACAO BRASILEIRA DE SERVICOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2010

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. IMPUGNAÇÃO EXCLUSIVA DA RESPONSABILIDADE.

A impugnação tempestiva apresentada por um dos autuados não suspende a exigibilidade do crédito tributário em relação aos demais quando versar exclusivamente sobre o vínculo de responsabilidade, caso em que só produzirá efeitos em relação ao impugnante.

RESPONSABILIDADE PESSOAL. SOLIDARIEDADE. CTN. ARTIGO 135.

Para que haja responsabilidade pessoal do sócio, gerente ou administrador, é condição necessária que, ao tempo da constituição do crédito tributário, ele tenha praticado atos com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto.

A utilização de interpostas pessoas, a gestão fraudulenta com intuito de lesar deliberadamente o credor tributário e a dissolução irregular da sociedade são condutas que configuram gestão com excesso de poderes ou infração à lei ou contrato.

SOLIDARIEDADE. INTERESSE COMUM. CTN. ARTIGO 124.

A confusão patrimonial e a utilização de interpostas pessoas caracterizam o interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal na hipótese prevista no art. 124, I, do CTN.

MULTA QUALIFICADA.

A multa de ofício qualificada será aplicada quando o procedimento fiscal evidenciar a prática de sonegação e/ou fraude.

Súmula CARF Nº 2.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

RECURSO VOLUNTÁRIO. REPRODUÇÃO DAS RAZÕES JÁ APRESENTADAS ANTERIORMENTE. APLICAÇÃO DO ART. 57, § 3º DO REGIMENTO INTERNO DO CARF.

Não havendo novas razões apresentadas em segunda instância, é possível adotar o fundamento da decisão recorrida, a teor do que dispõe o art. 57, § 3º do RICARF, com redação da Portaria MF nº 329/17.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do recurso voluntário para, na parte em que conhecido, negar-lhe provimento

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Itamar Artur Magalhães Alves Ruga - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Claudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Itamar Artur Magalhaes Alves Ruga, André Severo Chaves, André Luis Ulrich Pinto, Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão ad 2ª Turma da DRJ/BHE (Acórdão 02-66.715, fls. 928 e ss.) que julgou improcedente a impugnação apresentada pela ora recorrente.

De acordo com o Acórdão proferido pela Colegiado de Origem, há MATÉRIA NÃO IMPUGNADA, ou seja, a discussão na esfera recursal cinge-se à responsabilidade em relação ao Sr. ALEXSANDRO VASCONCELOS LEMOS.

A impugnação e o Recurso Voluntário foram apresentados pelo Responsável Tributário – Sr. ALEXSANDRO VASCONCELOS LEMOS.

Expõe o julgador *a quo*, que o sujeito passivo (Obraserv) teve ciência pelo edital 249/2014, fl. 92, período de publicação de 16/10/2014 a 31/10/2014, e não apresentou impugnação.

O responsável solidário, Sr. Alexsandro Vasconcelos Lemos, teve ciência, em 22/10/2014, fls. 93/96, e apresentou impugnação, fls. 896/905, em 13/11/2014.

DO ACÓRDÃO INDICANDO A MATÉRIA NÃO LITIGIOSA

Acordam os membros da 2ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a impugnação, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado, para:

- *confirmar a responsabilidade solidária do Sr. Alexsandro Vasconcelos Lemos;*

- *declarar definitiva a exigência do crédito tributário pertinente ao valor principal de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, aos juros de mora e ao percentual normal de 75% da multa de ofício, objeto de lançamento nos respectivos autos de infração, por se tratar de matéria não impugnada;*
- *declarar definitiva a exigência do crédito tributário pertinente à MULDI por se tratar de matéria não impugnada;*
- *manter integralmente a exigência do crédito tributário em litígio, correspondente ao percentual de 75% decorrente da qualificação da multa de ofício, com os acréscimos legais devidos, lançada nos autos de infração do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.*

Participaram da presente sessão, além do presidente/relator, os julgadores Marcos Antônio Pires, Fernando César Barra, Karla Regina Souza e Bernardo Augusto Duque Bacelar.

Dê-se ciência deste acórdão, do qual cabe recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais no prazo de trinta dias, conforme facultado pelo art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972.

Saliente-se, quanto à matéria não litigiosa, que incumbe ao órgão responsável pelo preparo e seguimento adotar as medidas que se fizerem necessárias (art. 21, §1º, do Decreto n.º 70.235/1972).

Em relação ao sujeito passivo, Orbraserv Organização Brasileira de Serviços Ltda, alerte-se que a exigência do crédito tributário pertinente à matéria não litigiosa não está suspensa em virtude da ausência de impugnação própria e em virtude de a impugnação do responsável solidário ter se restringido a combater o vínculo de responsabilidade e a qualificação da multa de ofício, nos termos da Portaria RFB n.º 2.284, de 29 de novembro de 2010, art. 7º, parágrafo primeiro.

Encaminhe-se à Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) de jurisdição do contribuinte para as demais providências cabíveis.

Documento assinado digitalmente

Sandro Luiz de Aguiar – Presidente/Relator

DOS FATOS

Relata a Autoridade que após Reintimação fiscal:

A fiscalizada não apresentou nenhum documento nem tão pouco justificou. Várias tentativas de contatos foram feitas, porém, todas resultaram infrutíferas.

Dessa forma, um novo Termo de Reintimação Fiscal foi emitido e enviado pelo Correio, com AR. Ocorre que a correspondência foi devolvida, em 26 de junho de 2014, sob a seguinte alegação “recusado a mando de Alex”.

Diante deste fato tão inusitado, um novo Termo de Reintimação Fiscal foi emitido e esta Auditora Fiscal foi pessoalmente à sede da empresa dar ciência do referido Termo. Na sede da fiscalizada, esta Auditora Fiscal foi atendida pelo Sr. Alexsandro Vasconcelos Lemos que se apresentou como gerente da fiscalizada. Estranhamente solicitou que outro funcionário da empresa fiscalizada assinasse o Termo de Reintimação Fiscal. A ciência do referido termo deu-se em 09 de julho de 2014.

Mais uma vez a empresa fiscalizada nada apresentou ou mesmo justificou a não apresentação dos elementos até então solicitados e não apresentados.

Reintimou a contribuinte por mais duas vezes e a correspondência foi devolvida informando que o destinatário “mudou-se”.

Decidiu realizar diligência na residência do único sócio - Sr. Francisco Santos Rodrigues. Verificou que neste endereço funciona a empresa Nacional Informática, de propriedade do Sr. Joaquim Moreira Pires, CPF n.º 056.365.825-87. Expõe:

Nesta oportunidade Sr. Joaquim informou que funciona neste endereço a pelo menos 02 (dois) anos e que não conhece o Sr. Francisco Santos Rodrigues. Informou ainda que de vez em quando aparece um portador solicitando as correspondências entregues neste endereço e endereçadas ao Sr. Francisco Santos Rodrigues. Que nunca procurou saber quem era o portador; que a correspondência enviada pela SRFB foi entregue a este portador. Que não sabe onde reside Sr. Francisco Santos Rodrigues e que alugou o imóvel através de imobiliária, não sabendo, portanto, informar quem ocupava o imóvel anteriormente a ele.

Após emitir RMFs, relata a Autoridade Fiscal que nas instituições financeiras com maior movimentação (Banco do Brasil e Bradesco) havia procuração ao Sr. Alexandro Vasconcelos Lemos outorgando poderes para movimentar a conta corrente.

A Autoridade faz diversas observações:

- a empresa em fiscalização foi constituída pelo sócio Alexandro Vasconcelos Lemos, que possui 02 CPFs (no. 577.205.505-44 e 801.326.185-91);

- Desde a constituição da empresa ORBRASERV, ocorreram inúmeras alterações contratuais, mas quase todas alternando a sociedade entre nomes de familiares de Sr. Alexandro Vasconcelos Lemos;

- a Orbraserv exerce a atividade de locação de mão de obra e pesquisas realizadas com relação a demandas judiciais trabalhistas onde a fiscalizada figura como ré apontam o nome de Alexandro Vasconcelos Lemos como Plúrima Réu em muitos processos;

Estas pesquisas indicam que os reclamantes trabalhistas, acima relacionados, ex-funcionários da empresa Orbraserv, reconhecem o Sr. Alexandro Vasconcelos Lemos como proprietário da empresa Orbraserv, tanto é assim que procedeu a inclusão de seu nome no pólo passivo judicial das demandas trabalhistas ajuizadas.

- o livro diário n.º 12 referente à escrituração contábil de 2010, apresentado durante este procedimento de fiscalização, demonstra a contabilização de diversos pagamentos referentes ao Sr. Alexandro Vasconcelos Lemos ou a seus familiares [lista diversos pagamentos como de condomínio, contas, cartão, aluguel, etc.]

Ressalta que *“a esposa de Sr. Alexandro Vasconcelos Lemos, Sra. Tatiane Raimundo Passos, é sócia da empresa Líder Recursos Humanos, CNPJ n.º 01.383.525/0001- 16, que se localiza no mesmo prédio que a Orbraserv (até sua mudança em julho de 2014), sendo apenas o número da sala diferente, ou seja, a sala da empresa Líder é a C-9 e que também exerce a mesma atividade operacional da Orbraserv”*.

Acrescenta que *“para não possibilitar dúvidas quanto ao que aqui se relata, notícia veiculada no Jornal A Tarde de 23 de maio de 2010 sobre denúncias de fraudes em licitações, cita que a equipe de reportagem foi ao local onde estava situada a empresa ORBRASERV e que lá encontrou o gerente, Alex Vasconcelos, que confirmou a equipe de reportagem que as proprietárias da empresa eram Iraildes Souza da Silva e Sandra Souza da*

Silva. Procuradas em seu endereço residencial no bairro de Doron, não foram localizadas, mas a vizinhança confirmou que elas moram ali, num imóvel avaliado em R\$ 40.000,00, portanto, incompatível com a condição de sócia de empresa que faturou R\$ 49.863.950,22 (quarenta e nove milhões oitocentos e sessenta e três mil novecentos e cinquenta reais e vinte e dois centavos) no ano calendário de 2010, conforme declaração de faturamento fornecida pela própria fiscalizada no decorrer deste procedimento de fiscalização.”

DO RELATÓRIO DA DECISÃO RECORRIDA (E-FLS.

Transcrevo abaixo o relatório da decisão recorrida que resume os fatos até aquele momento:

Contra o Contribuinte, pessoa jurídica, já qualificada nos autos, foi lavrado o Auto de Infração de fls. 2/77, que exige o Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, a Contribuição sobre o lucro líquido – CSLL, a Contribuição para o PIS/PASEP e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Nacional - Cofins, valores a seguir:

Processo	Documento	Tributo	Total do Crédito Tributário
10580-728.332/2014-36	Auto de Infração	MULDI	R\$ 20.000,00
10580-728.332/2014-36	Auto de Infração	IRPJ	R\$ 12.800.904,33
10580-728.332/2014-36	Auto de Infração	CSLL	R\$ 3.939.546,14
10580-728.332/2014-36	Auto de Infração	PIS/PASEP	R\$ 806.441,48
10580-728.332/2014-36	Auto de Infração	COFINS	R\$ 3.721.699,96

Foi incluído no auto de infração em virtude de responsabilidade solidária, capitulada nos artigos 124, I, e 135, III, da Lei 5.172/66, Código Tributário Nacional – CTN, o Sr. Alexandro Vasconcelos Lemos.

DEMAIS SUJEITOS PASSIVOS			
Nome		CPF	
ALEXSANDRO VASCONCELOS LEMOS		801.326.185-91	
Tipo de Responsabilidade Tributária			
Responsabilidade Solidária de Fato			
Logradouro		Número	Complemento
AV ORLANGO GOMES		2596	COND SOLARIS CASA 82
Bairro		Cidade/UF	CEP
PIATA		SALVADOR/BA	41650-010

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias, a autoridade fiscal efetuou o arbitramento do lucro sob o fundamento de o contribuinte notificado a apresentar os documentos da sua escrituração deixar de apresentá-los.

Termo de Verificação Fiscal - TVF

Em 20/12/2013, foi emitido o Termo de Início de Procedimento Fiscal, fls. 101/102, e entregue, por via postal, em 03/01/2014, fl. 103. A seguir, resumo e excertos dos pontos principais do TVF.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, em virtude da falta de manifestação da empresa fiscalizada, foram envidados esforços no sentido de localizar-se os sócios, atuais e ex-sócios (a fiscalizada teve constantes modificações em seu quadro societário).

Em relação ao Sr. Alexandro Vasconcelos Lemos, houve resposta por intermédio de sua advogada, por e-mail, em 30/09/2014, na qual prestou alguns esclarecimentos, não conclusivos, bem como apresentou documentos relativos ao desligamento do seu cliente da empresa ORBRASERV, ocorrido em 31/07/2014, tais como Carteira de trabalho, RAIS, Extrato do FGTS e Termo de Rescisão, fls. 212/220.

Foram emitidas RMF – Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira de n.º 2014- 0089-5 para o banco Santander; de n.º 2014-0090-9 para o Banco do Brasil; de n.º 2014-0091-7 para o banco Bradesco e o de n.º 2014-0092-5 para o banco Itaú Unibanco, nas quais foram solicitados tão somente os dados cadastrais da fiscalizada e instrumento de procuração outorgando poderes para terceiros movimentar a conta corrente.

As respostas fornecidas pelos bancos foram assim sintetizadas: RMF n.º 2014-0089-5 - Banco Santander – “não foi localizado instrumento de procuração outorgando poderes para terceiros movimentar a conta corrente”; RMF n.º 2014-0090-9 - Banco do Brasil – “na ficha cadastro constam como contatos na ORBRASERV, Iraci, Alex e Robson; foram apresentadas 03 (três) procurações particulares, a primeira procuração, datada de 19 de janeiro de 2010, a ORBRASERV representada pelas sócias Iraíldes de Souza da Silva e Sandra Souza da Silva outorgam poderes amplos e especiais para gerir e administrar todos os bens e negócios da ORBRASERV ao Sr. Alessandro Vasconcelos Lemos, CPF n.º 801.326.185-91; a segunda procuração, datada de 28 de setembro de 2010, a ORBRASERV representada pela sócia Iraíldes de Souza da Silva, outorga poderes específicos para gerir e movimentar a conta bancária ao Sr. Alessandro Vasconcelos Lemos, CPF n.º 801.326.185-91; a terceira procuração, datada de 28 de setembro de 2010, a ORBRASERV representada pela sócia Iraci Vasconcelos de Souza, outorga poderes específicos para gerir e movimentar a conta bancária ao Sr. Alessandro Vasconcelos Lemos, CPF n.º 801.326.185-9”; RMF n.º 2014-0091-7 – Bradesco – “nos cadastros apresentados pelo banco Bradesco, consta a existência de procuração datada de 02 de janeiro 2013 com validade até 03 de janeiro de 2015, onde a ORBRASERV outorga poderes ao Sr. Alessandro Vasconcelos Lemos, CPF n.º 801.326.185- 91”; RMF n.º 2014-0092-5 - Itaú Unibanco – “não foi localizado instrumento de procuração outorgando poderes para terceiros movimentar a conta corrente”.

Por meio de DIMOF – Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira, apresentadas pelas instituições financeiras relativamente ao ano calendário de 2010, foram constatados os seguintes movimentos financeiros da fiscalizada: 1 – Banco do Brasil S/A – movimento a débito – R\$ 34.737.548,02 e movimento a crédito – R\$ 46.323.188,67; 2 – Banco Itaú Unibanco S/A – movimento a débito – R\$ 5.058.299,62 e movimento a crédito – R\$ 4.815.158,65; 3 – Banco Bradesco S/A – movimento a débito – R\$ 12.891.808,28 e movimento a crédito – R\$ 2.006.947,93; 4 – Banco Santander do Brasil S/A – movimento a débito – R\$ 940.204,74 e movimento a crédito – R\$ 758.400,00.

A autoridade fiscal concluiu com os dados recebidos que o Sr. Alessandro Vasconcelos Lemos detinha poderes outorgados por procurações nas instituições financeiras com maior movimentação (Banco do Brasil e Bradesco). Nas demais, não foram encontrados instrumentos de procuração.

Em análise da evolução do quadro societário da Orbraserv, desde a sua constituição, a seguinte situação foi encontrada:

Como sócios fundadores, os Srs. Alessandro Vasconcelos Lemos e José de Oliveira Lima Filho, cada participação de 50%. Em seguidas alterações entraram e saíram os seguintes sócios:

- Em 10/09/1999, retiraram-se os sócios fundadores e entraram as sócias Iraci Vasconcelos de Souza (mãe de Alessandro, participação 95%) e Iraíldes Souza da Silva (tia de Alessandro, participação 5%).
- Em 10/09/2000, retira-se a sócia Iraíldes Souza da Silva e entra em seu lugar o sócio José Henrique Batista Freitas.
- Em 01/04/2002, retira-se o sócio José Henrique Batista Freitas e novamente entra a sócia Iraíldes Souza da Silva.

- Em 21/01/2004, retira-se a sócia Iraci Vasconcelos de Souza e entra em seu lugar a sócia Sandra Souza da Silva (prima de Alexsandro).
- Em 09/01/2010, retira-se a sócia Iraíldes Souza da Silva e entra em seu lugar a sócia Cristiana de Souza da Silva (prima de Alexsandro).
- Em 05/10/2011, retira-se a sócia Sandra Souza da Silva e entra em seu lugar o sócio Luis Cláudio Cerqueira de Oliveira.
- Em 31/01/2014, retiram-se os sócios Cristiana de Souza da Silva e o sócio Luis Cláudio Cerqueira de Oliveira e é admitido na sociedade um único sócio, Francisco Santos Rodrigues.

A alternância societária se reveza sempre com membros familiares de Sr. Alexsandro Vasconcelos Lemos até a entrada do atual e único sócio da empresa, Francisco Santos Rodrigues, CPF nº 226.302.285-68, detentor de 100% do capital social. Forçoso concluir que a empresa ORBRASERV sempre pertenceu, desde a sua constituição, ao Sr. Alexsandro Vasconcelos Lemos, CPF nº 801.326.185-91, tendo em vista que a ele foram outorgados poderes (procurações) para gerir e administrar a empresa; que ele próprio se intitulou “gerente” quando da visita desta auditora às dependências da empresa fiscalizada (antes desta se mudar sem alterar seu endereço nos órgãos competentes), como também ficou amplamente comprovada a alternância societária entre familiares.

A autoridade fiscal cita vários processos trabalhistas nos quais figuram como réu a fiscalizada e o Sr. Alexsandro Vasconcelos Lemos. Acrescenta que isso indica que os reclamantes trabalhistas, ex-funcionários da empresa Orbraserv, reconhecem o Sr. Alexsandro Vasconcelos Lemos como proprietário da empresa Orbraserv, razão pela qual incluíram seu nome no pólo passivo judicial das demandas trabalhistas ajuizadas.

A autoridade fiscal relaciona o livro diário 12 referente à escrituração contábil de 2010, apresentado durante o procedimento de fiscalização, no qual estão contabilizados diversos pagamentos referentes ao Sr. Alexsandro Vasconcelos Lemos e a seus familiares, como mais um indicativo que atrelaria de forma indissociável a pessoa do Sr. Alexsandro Vasconcelos Lemos como proprietário da fiscalizada. Cita pagamentos de condomínios de sua propriedade, de sua operadora de cartão, de contas de sua esposa, compras para o posto de combustíveis de sua propriedade, dentre outros.

A autoridade fiscal conclui que tratam-se de pagamentos “estranhos a atividade” da fiscalizada, tais como: condomínios diversos; contas da Coelba; aquisição de combustíveis para abastecer o estoque do posto de gasolina do Sr. Alexsandro (que nas ações trabalhistas era chamado de “Alex do Posto”); pagamentos em nome da esposa do Sr. Alexsandro; pagamentos de contas relativos a mãe do Sr. Alexsandro, bem como outros pagamentos referentes a seus familiares.

Acrescenta que a esposa do Sr. Alexsandro, Sra. Tatiane Raimundo Passos, é sócia da empresa Líder Recursos Humanos, CNPJ nº 01.383.525/0001-16, que se localiza no mesmo prédio que a Orbraserv (até sua mudança em julho de 2014), sendo apenas o número da sala diferente: a sala da empresa Líder era a C-9 e sua atividade operacional era a mesma da Orbraserv.

Por último, apresenta notícia veiculada no Jornal A Tarde de 23/05/2010 sobre denúncias de fraudes em licitações, que cita que a equipe de reportagem foi ao local onde estava situada a empresa ORBRASERV e que lá encontrou o gerente, Alex Vasconcelos, que confirmou a equipe de reportagem que as proprietárias da empresa eram Iraíldes Souza da Silva e Sandra Souza da Silva. Estas, procuradas em seu endereço residencial no bairro de Doron, não foram localizadas, mas a vizinhança confirmou que elas moravam ali, em imóvel avaliado em R\$ 40.000,00, portanto, incompatível com a condição de sócias de empresa que faturou R\$ 49.863.950,22

(quarenta e nove milhões oitocentos e sessenta e três mil novecentos e cinquenta reais e vinte e dois centavos) no ano calendário de 2010, conforme declaração de faturamento fornecida pela própria fiscalizada no decorrer do procedimento de fiscalização.

Arbitramento

Sobre o Arbitramento, informa o que se segue:

DIPJ 2011/2010 – Foi entregue DIPJ tomando como base o Lucro Real trimestral, onde está informado uma Receita bruta apurada de R\$ 78.620.781,13. Ocorre que o preenchimento da DIPJ está incorreto quanto ao montante de receitas. Assim, verificou-se que o valor do montante de receitas operacionais, de acordo com a escrituração contábil constante no livro diário nº 12, é de R\$ 49.863.950,22.

DCTF/2010 – As DCTF's entregues não informam débitos de IRPJ e CSLL. Quanto ao Pis e a Cofins, foram informados débitos nos meses de janeiro, março, maio, novembro e dezembro de 2010. As demais DCTF's não informam valores de débitos. Cumpre ressaltar que os valores informados de débitos de Pis e Cofins são valores irrisórios.

DACON/2010 – As DACON's entregues estão todas zeradas, ou seja, não informam valores.

ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DIGITAL/2010 – Embora estivesse obrigada a transmissão da ECD de 2010, assim não procedeu. Foi intimada e Reintimada, porém, deixou de atender as Intimações. Razão pela qual será lançada multa pela não entrega da ECD/2010.

ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL/2010 – Apresentou tão somente o Livro Diário nº 12 referente a 2010. Não apresentou livro razão, Livro de Apuração do Lucro Real ou qualquer outro demonstrativo que possibilitasse a esta auditoria verificar as apurações tributárias em 2010.

DO ARBITRAMENTO DO LUCRO/2010 – Tendo em vista a não apresentação dos livros contábeis; da escrituração contábil digital e demais elementos solicitados, o que impediu qualquer auditoria por parte desta fiscalização; procedeu-se então a apuração dos tributos administrados pela SRFB, com base no Lucro Arbitrado.

O montante de receitas, informado pelo próprio contribuinte, como aquele auferido em 2010, foi tomado como base, por esta fiscalização, para apuração do lucro arbitrado e conseqüentemente para apuração dos valores devidos, em relação ao IRPJ, CSLL, COFINS e PIS devidos em relação ao ano calendário de 2010.

Declaração de inaptidão

Sobre a declaração de inaptidão, informou o que se segue:

Tendo sido constatado que a empresa fiscalizada não mais é encontrada em seu domicílio tributário, estando, portanto, em local incerto para a administração tributária, já que não procedeu nenhuma alteração cadastral neste sentido, foi então formalizada, através do processo de nº 10580.727.364/2014-14, Representação Fiscal para fins de emissão de Declaração de Inaptidão da inscrição no CNPJ da Pessoa Jurídica, com fundamento no inciso II do Art. 37, combinado com o inciso I do Art. 39 da IN RFB n 1.470/2014.

A Representação Fiscal, acima mencionada, foi acatada e, através do Ato Declaratório Executivo de nº 47, de 24 de setembro de 2014, a inscrição no CNPJ nº 02.401.265/0001-27 foi declarada Inapta.

Responsabilidade passiva solidária

A autoridade fiscal relata que o Sr. Alessandro Vasconcelos Lemos sempre foi o sócio administrador, de fato, da Orbraserv, pois a ele sempre coube os poderes de gestão e administração da fiscalizada, em especial, no ano calendário 2010, objeto da autuação fiscal.

Com base no que preceitua os artigos 124,I e 135, III, do CTN – Código Tributário Nacional em relação à responsabilidade solidária e pessoal dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, quanto aos atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatutos, concluiu pela responsabilidade do Sr. Alexandre, nos termos seguintes:

- Art. 124,I do CTN: trata-se de interesse comum tendo em vista que ao longo dos anos o Sr. Alexandre Vasconcelos Lemos tomou de empréstimo a titularidade de várias pessoas físicas, em grande parte familiares, para acobertar sua verdadeira condição – sócio administrador – de fato, da empresa fiscalizada.

As pesquisas, verificações e constatações efetuadas não deixam dúvidas quanto à capacidade econômica e financeira das pessoas físicas que transitaram no quadro societário da ORBRASERV. São pessoas físicas sem rendimentos declarados nas declarações de imposto de renda, sem poder aquisitivo, residentes em bairros de periferia e, em alguns casos, não localizados nos endereços residenciais, por eles fornecidos à Junta Comercial da Bahia - JUCEB. Situação totalmente incompatível com o perfil de um sócio de pessoa jurídica que auferiu no ano calendário de 2010, o montante de R\$ 49.863.950,22, conforme declaração da própria fiscalizada.

Já o mesmo não pode ser dito do Sr. Alexandre Vasconcelos Lemos, que vem amealhando ao longo dos anos um patrimônio considerável, constituído de vários imóveis, conforme coleta de dados junto aos cartórios de imóveis. Situação incompatível com a declaração de imposto de renda, do Sr. Alexandre Vasconcelos Lemos que não consta informação de nenhum bem imóvel ou qualquer outro bem.

Resta claro que o Sr. Alexandre Vasconcelos Lemos é o sócio administrador, de fato, da empresa ORBRASERV por tudo aqui quanto foi relatado.

- Art. 135,III do CTN:

A situação em questão refere-se a uma dissolução irregular de pessoa jurídica, já que a empresa fiscalizada, mudou-se de seu domicílio tributário, embora tendo conhecimento do procedimento fiscal em andamento, não buscou regularizar sua situação cadastral, muito menos apresentou qualquer documento/elemento solicitado nos diversos Termos de Intimação e Reintimação Fiscal, lavrados.

Tanto é assim que já foi declarada a inaptidão do CNPJ da fiscalizada através do Ato Declaratório Executivo de nº 47, de 24 de setembro de 2014.

Verifica-se, pois, que o caso concreto, aqui analisado, se amolda perfeitamente aos dispositivos legais acima relacionados, quais sejam: art. 124, I e art. 135 III da Lei nº 5.172/1966 (CTN) e Súmula 435 do STJ; e, considerando que a fiscalizada é administrada pelo seu sócio, de fato, Sr. Alexandre Vasconcelos Lemos, CPF 801.326.185-91 a quem coube os poderes de administração e gestão da fiscalizada, resta caracterizada a responsabilização solidária quanto à exigência do crédito tributário de que tratam os Autos de Infração lavrados relativamente ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS na data de 14 de outubro de 2014, conforme Processo Administrativo Fiscal – PAF nº 10.580.728.332/2014-36.

Arrolamento de bens

Não foram localizados bens, de propriedade da fiscalizada, que pudessem ser arrolados. Dessa forma, foram arrolados bens de propriedade do sujeito passivo solidário, Sr. Alexandre Vasconcelos Lemos, pelas razões de fato e de direito mencionadas.

Representação Fiscal para Fins Penais

Diante dos fatos relatados que descrevem o contexto deste procedimento de fiscalização e considerando o que determina o art. 1º da Lei nº 8.137/90, que trata dos crimes contra a ordem tributária, efetuou-se Representação Fiscal para Fins Penais com o objetivo de que apurar a ocorrência de crime contra a ordem tributária conforme determina o dispositivo legal.

Ressalte-se que a conduta da fiscalizada em não tributar suas receitas operacionais/lucros é reiterada, uma vez que em relação ao ano calendário de 2009, procedeu de forma semelhante, tendo sido objeto de ação fiscal que culminou com a lavratura de autos de infração, objeto do PAF 10580.732431/2012-51.

Dessa forma, foi aplicada a multa qualificada de 150% tendo em vista o intuito de sonegação fiscal, verificada através da adoção de condutas que visam impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador dos tributos devidos.

Ciência

O sujeito passivo teve ciência pelo edital 249/2014, fl. 92, período de publicação de 16/10/2014 a 31/10/2014, e não apresentou impugnação.

O responsável solidário, Sr. Aleksandro Vasconcelos Lemos, teve ciência, em 22/10/2014, fls. 93/96, e apresentou impugnação, fls. 896/905, em 13/11/2014, alegando em síntese o que se segue:

Impugnação do Responsável Solidário

Afirma que, em que pese todo o esforço para identificar a suposta solidariedade, o TVF não consegue identificar condutas praticadas pelo contribuinte para fins de constatar a prática de atos de gestão, suficientes e necessários para justificar e garantir legitimidade a imputação feita de real beneficiário de uma empresa onde supostamente utiliza de pessoas interpostas para fins de cometer irregularidades, bem como não consegue caracterizar o exercício dos poderes extravagantes conferidos em procuração ao que fora determinado, bem como contrário à lei. Acrescenta que o presente auto carece de embasamento jurídico e fático que lastreie a conduta imputada ao autor, bem como a tentativa de penalizá-lo.

Acrescenta que o impugnante foi fundador da empresa, mas, por meio de uma negociação legal, transmitiu para a sua mãe e para a sua irmã. Frisa que não há qualquer tipificação legal que preveja como crime ou contravenção a venda de uma empresa para familiares.

Informa que continuou na empresa como funcionário, exercendo atividades que lhe davam maior segurança. Como a empresa tinha cunho familiar, assumiu a gerência da mesma, contribuindo com seu know how para o crescimento desta, motivo pelo qual possuía uma procuração privada, agindo sempre estritamente no interesse empresarial. Registra que em momento algum agiu com excesso de poder, não havendo que se falar em responsabilização pessoal. Aduz que, em meados de 2010, a empresa fiscalizada começou a atrasar os salários dos empregados, momento em que restou ajustado a quitação de algumas contas como retribuição financeira pelos trabalhos prestados.

Alega que não há prova documental ou testemunhal para a tentativa de configurar a responsabilidade solidária. Acrescenta que cabe ao fisco provar que ele incorreu em fraude, pois o ônus da prova é do fisco.

Afirma que a pessoa jurídica realizou os atos jurídicos em nome próprio, tendo os benefícios econômicos reais.

Capitulação do art. 135 do CTN

Defende que para permitir a responsabilidade pessoal, conforme requisitos elencados nos incisos I, II e III do art. 135, é imperativa a ocorrência de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, ao contrato social ou estatuto pelos mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado e que isso não ocorreu no caso em concreto.

Afirma “impende atacar a errônea capitulação feita pela Auditora, vez que o artigo ora em comento justifica a transferência do ônus fiscal para o responsável, para quem passa a obrigação de adimplir integralmente os débitos, o supracitado dispositivo exige a exclusão do contribuinte” (SIC).

Alega que a partir da leitura do termo de verificação fiscal, não é possível identificar que fora praticado algum ato em desacordo com os poderes estabelecidos em procuração, quando possuidor, ou que realizou qualquer ato que implicasse em infração de lei, contrato social ou estatuto da empresa, pois há apenas suposições acerca do possível beneficiamento do procurador.

Cita jurisprudência.

Capitulação do art. 124 do CTN

Com base em doutrina, defende que a solidariedade não é espécie de sujeição passiva por responsabilidade indireta, mas simples forma de garantia.

Análise Conjunta da Portaria RFB n.º 2.284/2010 e Portaria PGFN n.º 180/2010.

Alega que há uma nítida pretensão de formar uma pluralidade de sujeitos passivos de uma mesma obrigação tributária e que a Portaria 2.284/2010 exige a produção de provas para a caracterização da pluralidade de sujeitos passivos.

Defende que não há qualquer prova colacionada ao Auto de Infração que viabilize a caracterização da responsabilidade pessoal, quiçá solidária e/ou subsidiária, além de que a Portaria PGFN 180/2010 que trata da responsabilidade capitulada no art. 135, III, do CTN, dispõe que é necessário que o responsável detenha poderes de gerência sobre a pessoa jurídica e que ocorra ao menos uma das quatro situações a seguir: excesso de poderes; infração à lei; infração ao contrato social ou estatuto; dissolução irregular da pessoa jurídica.

Representação fiscal para fins penais. Ausência de justa causa. Multa qualificada.

Alega que não consta no termo de verificação fiscal, de forma clara e incontestável, elementos de convicção que autorizem a instauração de uma ação penal em seu desfavor, porque não restou demonstrado o dolo específico da parte autuada de suprimir e/ou reduzir tributo federal.

Afirma que não infringiu o artigo 1º da Lei 8.137/90, e que caberia ao Auditor provar que houve o descumprimento. Acrescenta que não houve também a prova da ocorrência de fraude.

Cita jurisprudência.

Conclui que demonstrou a inexistência de justa causa para a manutenção da Representação para fins penais em desfavor da parte autuada, bem como para a multa qualificada.

Arrolamento de bens

Afirma que o arrolamento fiscal administrativo é medida que padece de indisfarçável inconstitucionalidade, ferindo o art. 5º, LIV e LV da CF, portanto incompatível com o comando constitucional que garante o contraditório e a ampla defesa aos litigantes, seja em processo judicial, seja em processo administrativo, porque simplesmente não há previsão legal de contraditório no arrolamento fiscal.

Acrescenta que “não se pode olvidar que o arrolamento deve ser averbado nos órgãos públicos de registro dos bens, o que, por óbvio e na prática, imporá restrições ao seu livre dos bens, diminuindo o seu valor de mercado e dificultando sua comercialização” (SIC).

Acrescenta que, no caso em tela, a solidariedade pauta-se em premissas frágeis, sem qualquer comprovação, não tendo ocorrido sequer o esgotamento do devido processo legal administrativo.

Pedido

Ao final, pede o conhecimento da impugnação e que o auto de infração seja declarado improcedente.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO DO SR. ALEXANDRO VASCONCELOS LEMOS (E-FLS. 987 E SS.)

Transcrevo abaixo (com grifos do recorrente) as razões expostas em seu recurso.

1. DO ACÓRDÃO PROFERIDO

Fora proferida decisão no processo de numeração em epígrafe considerando totalmente improcedente a impugnação apresentada pelo ora recorrente no sentido de confirmar i) a responsabilidade tributária solidária do Sr. Alexsandro Vasconcelos Lemos; ii) a legalidade das multas aplicadas.

Cumpram anotar que, conforme fundamentação esposada no acórdão exarado pela 2ª turma de julgamento, "Resta claro que o Sr. Alexsandro Vasconcelos Lemos é o sócio administrador, de fato, da empresa OBRASERV por tudo aqui quanto foi relatado."

Ocorre que os excertos expendidos pelos nobres julgadores não merecem prosperar. Em que pese todo o esforço para identificar a suposta solidariedade apontada no procedimento fiscal, o acórdão não logrou identificar na lavra do auto de infração nenhuma conduta objetiva praticada pelo contribuinte para fins de constatar a prática de atos de gestão. A identificação e individualização dos supostos atos denunciados no auto de infração são necessários para justificar e garantir legitimidade a imputação feita ao ora recorrente, considerado pela auditoria como real beneficiário de uma empresa onde supostamente utilizaria de pessoas interpostas para fins de cometer irregularidades.

Assim, o acórdão cumpre-se a repetir as razões aduzidas no termo de verificação fiscal, sem, contudo, balizar os excessos argumentativos e a extravagância das acusações perpetradas. Bem por isso a decisão merece reforma consoante às razões de fato e de direito que serão a seguir apontados.

2. DA VERDADE DOS FATOS

A Ilustre Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil lavrou o auto de infração aduzindo que o recorrente é pessoalmente responsável pelos débitos da empresa OBRASERV - ORGANIZAÇÃO BRASILEIRA DE SERVIÇOS LTDA, afirmando

que o impugnante era o real proprietário da empresa, conclusão esta, extraída de interpretações desconexas, sem qualquer amparo com a realidade.

É possível observar-se que a autuação careceu de embasamento jurídico e fático que lastreie a conduta imputada ao autor, bem como a tentativa de penalizá-lo.

É importante frisar que o recorrente foi o fundador da empresa, momento em que foi assumida por sua mãe e sua irmã através de uma negociação legal. Durante o período em que era sócio da empresa nunca faturou, não havendo qualquer cobrança ou qualquer dívida pendente do período em que figurou como sócio da empresa. Note-se que não há qualquer tipificação legal que preveja como crime ou contravenção a venda de uma empresa para familiares.

Certo que estava legalmente amparado continuou na empresa como funcionário, exercendo atividades que lhe davam maior segurança conforme atesta a documentação anexada neste petítório (Documentação anexa). A empresa tinha cunho familiar, tendo assumido a gerência da mesma, contribuindo com seu Know How para o crescimento desta, motivo pelo qual chegou a possuir procuração privada, agindo sempre estritamente em interesse empresarial.

Registre-se que em momento algum agiu com excesso de poder, não havendo que se falar em responsabilização pessoa.

Sucedu que, em meados de 2010, a empresa fiscalizada começou a atrasar os salários dos empregados, momento em que restou ajustado a quitação de algumas contas como retribuição financeira pelos trabalhos prestados.

Assim, posto que realizado o esclarecimento dos fatos que ensejaram a indevida responsabilização solidária do Sr. ALEXSANDRO VASCONCELOS LEMOS, vê-se atacado o silogismo utilizado por esta autuação e, com isso, o descredenciamento de sua conduta pessoal e profissional, numa tentativa absurda de direcionar ao empregado a responsabilidade tributária do contribuinte, bem como capitular condutas para viabilizar uma representação para fins penais, sem, contudo, existir amparo para tanto.

É de fácil observação que essas suposições não são satisfatórias para lastrear um auto de infração. O que resta evidente é a tentativa de configurar uma responsabilidade solidária sem embasamento em qualquer prova documental ou testemunhal, estando ausente um suporte probatório mínimo que a lastreie. O que se percebe é um retalho de presunções (não de provas), organizadas, ainda, de forma pouco acurada, senão veja-se, um a um os pontos destacados pelo acórdão:

i. Existência de Procuração;

ii. Movimentações financeiras realizadas;

iii. Histórico do quadro societário;

iv. Ter sido citado como Réu em ações trabalhistas;

v. Presunção da condição social das Sócias escorado em matéria jornalística sensacionalista;

De pronto é importante salientar que nenhum destes argumentos é suficiente para lastrear qualquer acusação ao recorrente. A própria análise destes argumentos, assim organizados em tópicos, já evidencia a imaturidade das suposições depreendidas.

Conforme já dito, o Sr. Alexsandro possui ampla expertise nas áreas de atuação da empresa contribuinte, razão pela qual, por questões logísticas e de otimização do tempo e do serviço realizava tarefas importantes na empresa mediante ordem e subordinação dos seus superiores quando estes assim julgavam adequado. É evidente que para

realização de alguns atos é necessário a constituição de procuração, não configurando a mera existência da procuração ou a práticas de quaisquer atos realizados mediante ordem direta, nenhum excesso ou ilegalidade, muito menos que seria o recorrente dono do negócio.

Quanto às movimentações financeiras, nada fora alegado ou aduzido, apenas que elas ocorreram. A partir disso alega-se que o recorrente detinha poderes outorgados por procuração nas instituições financeiras com maior movimentação. Assim se encerra todo o assunto concernente às movimentações. Não se prova em momento algum que as realizações foram realizadas pelo recorrente ou sequer que as movimentações importaram em qualquer tipo de ato ilícito.

Conforme já dito, o know how do recorrente era fundamental para o bom andamento do negócio. **COMPETÊNCIA PROFISSIONAL É APENAS INDÍCIO DE ESFORÇO, DE TRABALHO E DE ESTUDO e o destaque profissional obtido em decorrência disto será sempre acompanhado de grandes responsabilidades e isso não configura ato ilícito algum.**

Prossegue presumindo que o mero fato de ter sido parte em ações trabalhistas em face da contribuinte denota que os reclamantes/funcionários o reconheciam como Diretor/Dono da Empresa. Em primeiro lugar não fora identificado o teor destas reclamações, em uma reclamação onde se pretenda condenação por assédio moral não seria de se estranhar a citação de um gerente, e isto não significa dizer que este gerente possuiria a condição de diretor/dono, como também não significa dizer que o gerente em questão é culpado das acusações que eventualmente venham a lhe imputar.

Em segundo lugar, ainda que não se considere esta hipótese, a ampla atuação na atividade da empresa poderia fazer denotar ao mero funcionário que o gerente "manda" na empresa, entretanto está consideração ser considerado como indício de que o negócio pertence ao recorrente é risível. Como se observa atualmente na maioria dos negócios e estabelecimentos de qualquer natureza os sócios-diretores pouco participam do dia a dia de funcionamento da empresa, estando sempre viajando ou em reuniões fora do local de produção com o intuito de captação de clientes e realização de negócios.

Nesta senda a eventual confusão dos funcionários, que por ignorância de gestão empresarial possam vir a confundir a figura do gerente operacional/ administrativo com a figura do dono da empresa, denota simplesmente que o Sr. Alessandro trabalhou como gerente e administra todo o operacional com notável competência, jamais podendo, a partir disto, inferir sua condição de "dono as ocultas", mas, sim, inferir-se com certeza a sua condição de "gerente às claras".

Ademais, utiliza-se a auditoria de matérias jornalística sensacionalistas como meio de prova para fundamentar seus sofismas. Aduz que as sócias moram em Bairro de baixa renda, não condizente com a realidade de faturamento da empresa, fato este constatado através de matéria jornalística do Jornal A Tarde. A auditoria não se manifestou em momento algum para encontrar as ex-sócias e constatar a realidade fática que pretende fundamentar a lavra do seu auto. Periódico jornalístico não possui poder de polícia administrativa ou fé pública. Se as alegações da Fazenda se fundamentam, apenas, neste poder "investigativo" jornalístico, suas razões não merecem prosperar, vez que não possuem nenhuma higidez probatória.

Não se pode olvidar que é do fisco o ônus da prova de que a contribuinte incorreu em fraude. Diante da inexistência de provas, sequer indiretas, a acusação fiscal não se sustenta. Na dicção de Geraldo Ataliba, sujeito passivo ou contribuinte é "...uma pessoa que está em conexão íntima (relação de fato) com o núcleo (aspecto material) da hipótese de incidência".

No caso em tela, é cristalino que a pessoa jurídica realizou os atos jurídicos em nome próprio, tendo os benefícios econômicos reais.

Por oportuno, o recorrente junta neste recurso vasta documentação, cabal e suficiente a comprovação da sua condição de empregado, quais sejam:

- a) *Todos os contracheques recebidos no ano de 2007*
- b) *Todos os contracheques recebidos no ano de 2008*
- c) *Todos os contracheques recebidos no ano de 2009*
- d) *Todos os contracheques recebidos no ano de 2010*
- e) *Todos os contracheques recebidos no ano de 2011*
- f) *Todos os contracheques recebidos no ano de 2012*
- g) *Todos os contracheques recebidos no ano de 2013*
- h) *Todos os contracheques recebidos no ano de 2014*
- i) *Termo de Recisão do Contrato de Trabalho;*
- j) *Carteira de trabalho assinada pelo empregador/contribuinte;*
- k) *Extrato de Conta do Fundo de Garantia - FGTS*
- l) *Chave de conectividade;*
- m) *Extrato previdenciário (CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais)*

Ante o exposto, forçosa se faz a análise dos fatos e das premissas legais capituladas nos autos, com o intuito de verificar os requisitos para a caracterização dos tipos pretendidos e, com isso, refutar a responsabilidade indicada por inexistência de qualquer requisito autorizador da pretensão do fisco.

3. DO MÉRITO E IMPROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO FISCAL.

3.1. Da Inteligência do Art. 135/CTN e 124, I para fins de Responsabilidade Pessoal.

Como é sabido e ressabido, a inteligência do Art. 135 do CTN não trata de uma responsabilidade automática, ou ocasionada pelo simples fracasso da pessoa jurídica ou dívidas tributárias. Passando à análise da justificativa legal pretendida para conceituar o ato praticado pelo contribuinte, o Acórdão, assim como a autuação se atem ao Art. 135 do Código Tributário Nacional, que merece transcrição:

[...]

Portanto, antes de tudo, devem ser demonstradas as condições acima expostas. Ou seja, para a atribuição da responsabilidade tributária a terceiros necessária a ocorrência de atos praticados com **excesso de poder** ou **infração de lei ao contrato social ou estatuto** para permitir a responsabilidade pessoal daqueles elencados no inciso VII do Art. 134, bem como mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Este é o entendimento pacificado pelo STJ. Lapidar nesse sentido o voto do Relator Ministro José Delgado que em EREsp de n.º 100.739/SP ultimou, *verbo ad verbum*:

"está obrigada a recolher os tributos devidos pela empresa é a pessoa jurídica, e, não obstante ela atue por intermédio de seu órgão, o diretor ou sócio-gerente, a obrigação tributária é daquela, e não destes. Sempre portanto que a empresa deixa de recolher o tributo na data do respectivo vencimento, a impontualidade ou a

inadimplência é da pessoa jurídica, não do diretor ou do sócio-gerente, que só respondem, e excepcionalmente, pelo débito, se resultar de atos praticados com excesso de mandato ou infração à lei, contrato social ou estatutos, exatamente nos termos do que dispõe o artigo 135, inciso III do Código Tributário Nacional"

Qualquer outra tentativa expansiva de interpretação do arquétipo legal consubstanciado no inciso III, do art. 135 CTN revela intento coator do Ente fiscal/fazendário. Pondo termo definitivo à questão, aclarando a inteligência e a aplicabilidade do comando legal, Hugo de Brito Machado Segundo obtempera, *in verbis*:

*"Importante é verificar que não existe uma infração à lei para fins de responsabilidade tributária, outra para fins de responsabilidade civil, outra para fins comerciais e outra para fins trabalhistas. **A INFRAÇÃO À LEI CAPAZ DE RESPONSABILIZAR O DIRETOR OU SÓCIO-GERENTE É UMA SÓ, em virtude de configurar-se com a violação das disposições de direito comercial que regem o exercício da função do órgão que a corporificam.**"*

Nessa toada segue, o Ilustre Mestre, lecionando:

"...Deve-se distinguir, repita-se, o ato da pessoa jurídica do ato da pessoa natural que a corporifica, para se saber quem praticou a infração à lei. Se o tributo (direto ou indireto) não é pago pela pessoa jurídica, que não dispõe de recursos, ou os utiliza para outros fins lícitos (v.g., pagamento de folha de salários), tem-se uma dívida da sociedade, não paga pela sociedade. Entretanto, se esse mesmo tributo (direto ou indireto) não é pago porque desfalcado o patrimônio da pessoa jurídica pelos que a dirigem, que dolosamente não recolhem o tributo e do valor respectivo se apropriam, em infração a lei societária, tem-se nítida a incidência da norma contida no art. 135,111, do CTN. Nesse último caso, ressalte-se, não foi da pessoa jurídica o ato que infringiu a lei, não pagando o tributo, mas do seu diretor ou gerente, enquanto pessoa natural." (Machado Segundo, Hugo de Brito - Processo Tributário - 8. Ed. - São Paulo: Atlas, 2015 - Pg. 240)

Como facilmente pode-se constatar no procedimento fiscal, em nenhum momento carregou-se prova suficiente à caracterização do caráter doloso de uma conduta individualizada pelo recorrente, nem sequer sua condição de sócio, detendo-se à simples presunção de culpabilidade, capitulando comandos legais que não se servem para a sórdida finalidade de perseguir seus créditos as custas dos bens pessoais de sujeitos alheios à relação jurídico tributária.

No que tange ao art. 124, I, compete lembrar primeiramente que a solidariedade não é espécie de sujeição passiva por responsabilidade indireta, como querem alguns. (...). É que a solidariedade é simples forma de garantia, a mais ampla das fidejussórias. (...). A solidariedade não é, assim, forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação tributária, apenas forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o polo passivo" (DERZI, Misabel Abreu, Atualização da obra de Akiomar Baleeiro, Direito Tributário Brasileiro. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 729).

Desta forma, a administração fazendária lastreia-se em premissa equivocada, capitulando um instituto para fins diversos do que o pretendido, bem como não alcança a tipicidade acerca de atos praticados com **excesso de poder ou infração de lei, ao contrato social ou estatuto** pelo contribuinte em questão, o que por ora pugna pela **anulação total do auto.**

3.2. Análise Conjunta da Portaria RFB no 2.284/2010 e Portaria PGFN no 180/2010.

Quanto à capitulação errônea para fins de responsabilidade pessoal, superamos a discussão no item 2.1., contudo, nítida a pretensão publicana em formar uma pluralidade

de sujeitos passivos de uma mesma obrigação tributária e, com isso, a observância da Portaria RFB no 2.284/2010 se faz imprescindível.

O ato é simples e claro, preceitos basilares foram desconsiderados pelo Douto Auditor, não merecendo prosperar, in totum, o presente auto, e aqui relacionaremos os indicativos da supramencionada Portaria:

Art. 2º Os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, na formalização da exigência, deverão, sempre que, no procedimento de constituição do crédito tributário, identificarem hipóteses de pluralidade de sujeitos passivos, reunir as provas necessárias para a caracterização dos responsáveis pela satisfação do crédito tributário lançado.

§ 1º A autuação deverá conter a descrição dos fatos e o enquadramento legal das infrações apuradas e do vínculo de responsabilidade.

§ 2º Na hipótese de que trata o caput, não será exigido Mandado de Procedimento Fiscal para os responsáveis.

Não há qualquer prova colacionada ao Auto de Infração que viabilize a caracterização da responsabilidade pessoal, quiçá solidária e/ou subsidiária, além do mais, a Portaria PGFN 180/2010 trata da responsabilidade capitulada no Art. 135, III/CTN, e assim dispôs:

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.

Não bastasse a necessidade de poderes de gerência sobre a pessoa jurídica, necessária a identificação de um, entre três elementos:

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), do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) ou da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) acerca da ocorrência de ao menos uma das quatro situações a seguir: (Redação dada pela Portaria PGFN nº 904, de 3 de agosto de 2010)

I - excesso de poderes;

II - infração à lei;

III - infração ao contrato social ou estatuto;

IV - dissolução irregular da pessoa jurídica.

*Ex positis, requer o contribuinte **que o presente auto de infração seja julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE**, por ser insubsistente ante as alegações de fato e de direito trazidas pelo contribuinte, bem como pelo lastro probatório posto à disposição deste Órgão Julgador.*

3.3. Do ônus da prova e da presunção ilegal de dolo do recorrente.

Para maior compreensão da ausência de higidez dos fundamentos agravados, impende salientar que conforme o entendimento Superior Tribunal de Justiça [2 - AgRg no Ag nº 930.334-AL, Rel. Min. José Delgado, DJ 1-2-2008] **O ÔNUS DA PROVA NA**

DEMONSTRAÇÃO DESSES REQUISITOS É DO FISCO, não tendo, no presente caso, se desincumbido de tal ônus.

Lapidar nesse sentido é o entendimento expandido pela Egrégia 1.a. Turma do Egrégio TRF da 4ª Região, na ementa de decisão proferida nos autos da Apelação, conforme se nota a seguir, *verbo ad verbum*:

"Há que se considerar, todavia, que a violação à lei, ao contrato ou ao estatuto não é presumida, exigindo-se comprovação de que o sócio-gerente ou diretor agiu culposa ou dolosamente na administração da empresa. A legislação comercial afasta a responsabilidade objetiva do sócio ou administrador, merecendo interpretação sistemática o dispositivo do CTN que trata da responsabilidade tributária pessoa. Assim, somente é possível a responsabilização pessoal SE HOUVER PROVA INEQUÍVOCA DE QUE O NÃO RECONHECIMENTO DE TRIBUTO RESULTOU DA ATUAÇÃO DOLOSA OU CULPOSA DO Sócio GERENTE OU DO DIRETOR, que, "com o seu procedimento causaram violação à lei, ao contrato ou estatuto." (grifos nossos)(excerto do voto condutor do Fed. Wellington Mendes de Almeida quando do julgamento, pela ia T do TRF4, da AC 2002.04.01.035584-1/SC) (grifos nossos)

Ora, em nenhum momento é possível identificar objetivamente que, o recorrente, praticou alguma conduta que implicasse em infração de lei, contrato social ou estatuto da empresa, há - e tão somente só - suposições da utilização de pessoa interposta com intuito de lesar a Fazenda Pública. PRESUNÇÃO? SUPOSIÇÃO? Observe-se as jurisprudências abaixo destacadas; *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS NO ARTIGO 135, III, DO CTN. 1. O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. 2. A jurisprudência desta Corte entende que a condição de gestor-empregado ou administrador-empregado repercute no ônus da prova da prática de ato contrário à lei ou ao contrato social, o que cabe ao Fisco. 3. No entanto, na hipótese, não houve comprovação do ato de infração à lei a ensejar a responsabilidade tributária do Sr. ROBERTO YOSHIYKI MATSUSAKI, nos termos do art. 135, III do CTN. 4. Agravo de instrumento não provido. (TRF-5 - AG: 42062720134050000 ,Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro, Data de Julgamento: 20/08/2013, Terceira Turma, Data de Publicação: 26/08/2013)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 135, III, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. 1. O e. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, mesmo na hipótese de execução de débitos previdenciários (art. 13 da Lei 8.620/93), para a caracterização da responsabilidade tributária a que se refere o art. 135 do CTN exige-se a comprovação de que o sócio agiu com excesso de mandato, ou infração à lei, contrato ou estatuto. 2. Não havendo o INSS provado ou demonstrado que os sócios estão inseridos nas hipóteses do art. 135 do CTN, correta a r. decisão agravada que indeferiu pedido de redirecionamento da execução. 3. Agravo de instrumento improvido.(TRF-1 - AG: 7389 PA 2006.01.00.007389-6, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA, Data de Julgamento: 02/10/2007, OITAVA TURMA, Data de Publicação: 09/11/2007 DJ p.279)

Em sendo assim, fica evidente a insubsistência das imputações perpetradas pela autuação e ratificadas pelo acórdão, observada a abjeta presunção de conduta dolosa do recorrente, capitulando um instituto para fins diversos do pretendido, bem como não alcançando a tipicidade acerca de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, ao contrato social ou estatuto pelos impetrados. em questão, devendo ser de pronto afastada a sujeição passiva solidária dos ex-gerente administrativo da Empresa contribuinte, ora recorrente.

4. DO ARROLAMENTO DOS BENS.

O arrolamento fiscal administrativo é medida que padece de indisfarçável inconstitucionalidade, ferindo o art. 50, LIV e LV da CF, portanto incompatível com o comando constitucional que garante o contraditório e a ampla defesa aos litigantes, seja em processo judicial, seja em processo administrativo, porque simplesmente não há previsão legal de contraditório no arrolamento fiscal.

Não se pode olvidar que o arrolamento deve ser averbado nos órgãos públicos de registro dos bens, o que, por óbvio e na prática, imporá restrições ao seu livre dos bens, diminuindo o seu valor de mercado e dificultando sua comercialização.

Ademais, no caso em tela, a solidariedade pauta-se em premissas frágeis, sem qualquer comprovação, não tendo ocorrido sequer o esgotamento do devido processo legal administrativo.

5. DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA

As multas aplicadas apresentam caráter confiscatório e porque estas multas majoram, e muito, o valor do tributo e tornam o crédito tributário impagável. Assim, transgridem o art. 150, IV da CRF/ 88 que veda a utilização de tributo com efeito confiscatório, ou seja, a atividade Fiscal Fazendária que onera o contribuinte a ponto de afetar a sua propriedade de forma danosa ou a sobrevivência empresarial, como no presente caso.

Por imposto confiscatório devemos entender aquele que absorve grande parte do valor da propriedade ou de sua renda, havendo uma diferença apenas entre o imposto constitucional e o confiscatório.

Outrossim, a alegação de que não haveria o efeito confiscatório e ofensa à capacidade contributiva também não encontra amparo lógicoargumentativo, pois, tendo-se em perspectiva a incidência da carga tributária global, constata-se que parte substancial dos bens do devedor serão revertidos ao Poder Público, em especial pela incidência do imposto e multa em sua alíquota máxima, ocasionando uma depreciação da fonte dos recursos que, ademais, contraria a direção constitucional, incompatibilizando-se com os princípios constitucionais.

Trata-se de uma limitação ao poder de tributar que, indubitavelmente, se estende às multas decorrentes de obrigações tributárias, ainda que estas não tenham conhecidamente natureza de tributo. O eventual caráter de confisco de tais multas não pode ser dissociado da proporcionalidade que deve existir entre a violação da norma jurídica tributária e sua consequência jurídica, a própria multa. Nesta senda, diante da notória desproporção, imperioso invocar ainda o princípio da proporcionalidade, art. 61, parágrafo 1º, II, b.

Embora a multa não seja tributo (art. 30 do CTN), tanto a moratória, quanto aquela por sonegação, também podem ser confiscatórias quando extrapolam os limites da razoabilidade e desvirtua sua finalidade, uma vez que nossa Constituição veda tanto o confisco tributário (art. 150, IV), 3quanto o confisco de forma geral (art. 50, XXII, e art. 170, II). Em concordância, destaque-se a ementa do TRF 5ª da Região:

TRIBUTÁRIO. MULTA. ART. 44 DA LEI 9.430/96. PERCENTUAL DE 75%. CARATER CONFISCATÓRIO. ART. 150, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICABILIDADE. - O percentual fixado pelo art. 44, da Lei 9430/96 fere o princípio do não confisco, previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal. - Se dentro das limitações do poder de tributar, nos termos do dispositivo constitucional invocado, existe a proibição de utilização de tributo com efeito de confisco, a fortiori esse mesmo princípio deve ser respeitado no tocante à aplicação da multa, sob pena de ser considerada inconstitucional. - No exercício do controle difuso de constitucionalidade, pode o órgão fracionário do Tribunal, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, especialmente quando sobre matéria já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal. - Embargos infringentes improvidos. (TRF-5 - AC: 308009 CE 0022196691999405810001, Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro, Data de Julgamento: 03/05/2006, Pleno, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 30/05/2006 - Página: 831 - Nº: 102 - Ano: 2006)

Há ainda afronta o Princípio constitucional da Capacidade Econômica do contribuinte, conforme previsão do art. 145, § 1º. **Ademais, a aplicação de uma medida de confisco é algo totalmente diferente da aplicação de uma multa.** Quando esta é tal que **agrada violentamente o patrimônio do cidadão contribuinte, caracteriza-se como confisco indireto** e, por isso, é inconstitucional. Esse posicionamento está em conformidade com a orientação do Supremo Tribunal Federal:

MULTA FISCAL. PODE O JUDICIÁRIO, ATENDENDO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO, REDUZIR MULTA EXCESSIVA APLICADA PELO FISCO. PRECEDENTES DO S.T.F. RECURSO NÃO CONHECIDO. (RE 82.510/SP, rel. min. Leitão de Abreu)

Sem dúvidas, o princípio da vedação ao efeito de confisco aplica-se às multas, tendo o STF inclusive, já se posicionado que multas de 20% a 30% do valor do débito são adequadas à luz do princípio da vedação do confisco. Destaque-se a importante decisão do Ministro Joaquim Barbosa abaixo colacionada:

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOREGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MULTA. VEDAÇÃO DO EFEITO DE CONFISCO. APLICABILIDADE. RAZÕES RECURSAIS PELA MANUTENÇÃO DA MULTA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO PRECISA DE PECULIARIDADE DA INFRAÇÃO A JUSTIFICAR A GRAVIDADE DA PUNIÇÃO. DECISÃO MANTIDA. 1. Conforme orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da vedação ao efeito de confisco aplica-se às multas. 2. Esta Corte já teve a oportunidade de considerar multas de 20% a 30% do valor do débito como adequadas à luz do princípio da vedação do confisco. Caso em que o Tribunal de origem reduziu a multa de 60% para 30%. 3. A mera alusão à mora, pontual e isoladamente considerada, é insuficiente para estabelecer a relação de calibração e ponderação necessárias entre a gravidade da conduta e o peso da punição. É ônus da parte interessada apontar peculiaridades e idiosincrasias do quadro que permitiriam sustentar a proporcionalidade da pena almejada. Agravo regimental ao qual se nega provimento" (RE 523.471-Agr/ MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 23.4.2010).

E ainda: RE 644.939/RN, Rel. MM. Luiz Fux, decisão monocrática, DJ 25.10.2011; RE 583.516/PB, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, DJ 7.4.2012; RE 589.370/SP, Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 30.4.2012.

Em verdade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que é aplicável a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento pelo contribuinte de suas obrigações tributárias. (AI- 482.281-Agr, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Dje 21.8.2009).

O STF, por meio do voto do ministro Celso de Mello, no REExt 754.554/GO, adotou posicionamento no sentido de que mesmo uma multa de 25% pode ser declarada confiscatória, caso ultrapasse o valor da própria obrigação.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade de se reduzir multa tributária em casos onde foram fixadas em valor muito elevado, caracterizando confisco:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. g 2.º E 3.º DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente." (ADI 551, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2002, DJ 14-02-2003 PP-00058 EMENT VOL-02098-01PP-00039)

Em recente decisão proferida no AgRg no REExt 833.106/GO, o Ministro Relator Marco Aurélio, limitou em 100% sobre o valor do tributo o percentual da multa imposta a uma empresa, conforme ementa abaixo:

TRIBUTÁRIO - MULTA - VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO - CONFISCO - ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPUBLICA. Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ - Pleno, relator ministro Ilmar Galvão - e Recurso Extraordinário no 582.461/SP - Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral.(STF , Relator: MM. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 25/11/2014, Primeira Turma)

E ainda sobre a mesma limitação em 100% no valor da multa, veja-se:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL. PERCENTUAL SUPERIOR A 100%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ALEGADA OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido. II - A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida. III - Agravo regimental improvido. (STF, Relator: MM. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 06/08/2013, Segunda Turma)

Desta forma, as multas tributárias sujeitam-se também aos Limites do Poder de Tributar, insertos em nossa Constituição Federal, dentre os quais destacamos o não-confisco e a capacidade contributiva, além de outros princípios dispersos, mas com igual densidade normativa, como o da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação, da finalidade, do interesse público, da gradação, da subjetividade, da nãopropagação, da pessoalidade, da tipicidade e, como não poderia deixar de ser, da ampla defesa e do contraditório.

Assim, é preciso observar que jus puniendi do direito tributário, não pode ser exercido sem a estrita observância dos princípios e limitações acima anunciados. O próprio CTN assegura ao contribuinte, alguns direitos que o agente responsável pela autuação fiscal muitas vezes ignora em seu procedimento.

Com efeito, o elemento subjetivo do tipo, encontra-se subjugado aos "CASOS DE EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE". Por sua vez, o Art. 71 da Lei n.º 4.502/64, também exige "ação ou omissão DOLOSA", para configurar o ilícito fiscal.

Obviamente, trata-se de um **ônus de prova da autoridade fiscal, provar o dolo o contribuinte**, no caso em análise é facilmente afastada a hipótese do animus fraudandi, por parte do contribuinte, pois, inexistiu a criação de qualquer obstáculo ou subterfúgio utilizar para omitir ou manipular suas informações financeiras, colaborando com a Autuação Fiscal. Demonstrase assim, que inexistente a tipificação dolosa por parte do recorrente.

Ainda, consoante enunciado da **Súmula 14 do Primeiro Conselho de Contribuintes**: "A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo."(DOU, Seção 1, dias 26, 27 e 28/06/2006, vigorando a partir de 28/07/2006).

Desse modo, resta manifesto que a aplicação da multa sob o percentual pretendido é excessiva e confiscatória, não merecendo prosperar qualquer extensão dos efeitos daí advindos, principalmente **no tocante ao incremento do quantum do débito tributário. Bem por isso pugna o agravante pela retirada do referido percentual da multa sobre o valor débito tributário, para que não opere os efeitos dele decorrentes sobre as medidas de arrolamento e eventual bloqueio ou indisponibilidade dos bens em face do recorrente.**

6. DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA

Em que pese a ausência de manifestação da relatoria quanto a matéria intitulada, calcada na Súmula do CARF n.º 28, que versa sobre a ausência de competência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais, o recorrente, desde já, deseja manifestar-se acerca desta possibilidade, tendo em vista as excessivas presunções (e nunca provas) em que baseou-se toda a teoria do Autuante ratificadas no Acórdão recorrido.

Representou o Ilustre Auditor Fiscal afirmando em apertada síntese que a parte atuada teria infringido o artigo 1º da Lei n.º 8.137 /90, em razão de ter, juntamente com os demais atuados, contribuído de maneira consciente para a fraude à legislação tributária, agindo com intenção dolosa e coordenada.

No entanto, do exame do termo de verificação percebe-se que a conclusão do Ilustre Auditor por representar para fins penais a parte atuada, data vênica, fora precipitada, posto que apoiada em elementos frágeis. Não existem no termo de verificação, de forma clara e indubitosa, elementos de convicção que autorizem a instauração de uma ação penal em desfavor da parte atuada, isso porque não restou demonstrado o dolo específico da parte atuada de suprimir e/ou reduzir tributo federal.

O procedimento administrativo encontrava-se em sua fase inicial, somente neste momento que a parte atuada pode tomar conhecimento dos fatos contra si imputados e vai refutá-los um por um, como o faz na presente peça. Não é demais afirmar que agiu precipitadamente o Ilustre Auditor ao representar para fins penais a recorrente, uma vez que esta não teve a chance de rebater as alegações trazidas no termo de verificação.

À parte atuada é imputada infração aos artigos 1º, I, e 11 da Lei n.º 8.137/90, abaixo transcritos.

"Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

I...]

Art. 11. Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade."

O tipo penal descrito no artigo acima citado exige a comprovação de que o sujeito, de forma consciente, se opôs ao que dispõe a lei, agindo de forma voluntária, buscando omitir-se do imposto devido. Ocorre que, do exame do Termo de Verificação não é possível extrair, uma prova sequer que dê suporte para as afirmações lançadas pelo Auditor em desfavor da parte atuada.

Na contramão do quanto disposto pela Constituição Federal a administração fiscal declara a parte atuada culpada, sem trazer os autos provas de que esta agiu de forma dolosa. O Ilustre Auditor faz ilações acerca de fatos, mas não trouxe aos autos prova inequívoca de suas afirmações. Nesse arrimo, a Ilustre 2ª Turma da DRJ/BHE, no seu Acórdão, não pareceu envidar qualquer esforço na análise perfunctória do caso em questão, reservando-se tão somente a ratificar todo o alegado no Termo de verificação fiscal.

Importante ressaltar que vige em nosso ordenamento jurídico o Princípio Constitucional da Presunção de Não culpa previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, abaixo transcrito.

Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Este princípio assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, mas o mais importante na análise do referido mandamento constitucional diz respeito a regra do ônus probatório, que neste caso, será sempre da parte acusatória.

Desta forma, o Auditor deveria, de forma clara e inequívoca, ter provado que a parte atuada infringiu o artigo 1º da lei 8.137/90, no entanto, não o fez, apenas relatou o que imagina ser verdade, sem embasar as suas alegações. Isto, por si só, jamais será suficiente para o início de uma persecução penal em desfavor da parte atuada.

A presunção de inocência é uma garantia da parte atuada, sendo este, sujeito de direitos dentro da própria relação processual, tendo em vista que, até que se prove o contrário, é presumidamente inocente. O Ilustre Auditor Fiscal tenta de todas as formas atacar a parte atuada, julgando-a antecipadamente.

Repise-se, não cabe à parte atuada provar a sua inocência, deveria o Auditor provar que esta agiu em desconformidade com a lei, reunindo e trazendo aos autos prova de suas alegações, seja por meio documental, testemunhal, etc. No entanto, não é o que acontece com o presente Termo de Verificação.

Diante de todo o exposto, e de todos os documentos coligidos pela parte atuada, resta demonstrado, agora de forma clara e inequívoca, que não existe justa causa para a manutenção da Representação para fins penais em desfavor da parte atuada

7. DA CONCLUSÃO

Nesta senda, o recorrente pugna para que este brilhante Conselho Julgador digno-se a acolher o presente recurso, para julgar improcedente as acusações perpetradas na autuação fiscal, dada a total insubsistência das razões ali esposadas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, portanto dele conheço.

O recorrente em essência repete as razões que já foram enfrentadas pelo julgador de origem. Utilizo-me do art. 57, § 3º do RICARF, mantendo a decisão pelos seus próprios fundamentos.

DO VOTO CONDUTOR DA DECISÃO RECORRIDA (E-FLS. 938 E SS.)

Tempestividade

[...]

O sujeito passivo Orbraserv teve ciência por edital, em 31/10/2014, fls. 92. Em 04/11/2014, solicitou cópia do processo, fls. 891/893. Entretanto, não apresentou impugnação ao lançamento.

O sujeito passivo solidário, Sr. Aleksandro Vasconcelos Lemos, teve ciência pessoal, em 22/10/2014, fls. 93/96, e apresentou impugnação, fls. 896/905, em 13/11/2014. Constata-se, pois, obediência ao prazo legal previsto no art. 15 do Decreto nº 70.235, de 1972, c/c o art. 7º, “caput”, da Portaria RFB nº 2.284, de 2010, motivo pelo qual dela se toma conhecimento.

Termo de sujeição passiva - Responsabilidade solidária

A defesa apresentada pelo sujeito passivo solidário versa exclusivamente sobre sua responsabilidade não adentrando no mérito da exigência fiscal, exceto por menção à qualificação da multa de forma indireta no item relativo à Representação Fiscal para fins penais, razão pela qual consideram-se corretos todos os valores lançados e a suspensão da exigibilidade do crédito tributário mantém-se apenas em relação ao impugnante Sr. Aleksandro Vasconcelos Lemos, visto que a empresa Orbraserv encontra-se revel.

A defesa do impugnante, Sr. Alexsandro Vasconcelos Lemos, funda-se principalmente na alegação de que a autoridade fiscal não logrou provar que ele praticou atos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, infração ao contrato social ou estatuto, nem que houve a dissolução irregular da pessoa jurídica.

De sua parte, informou que, realmente, foi fundador da Orbraserv, mas, por meio de uma negociação legal de compra e venda, transmitiu sua propriedade para a sua mãe e para a sua irmã. O impugnante não apresentou nenhum documento comprobatório como contrato de compra e venda ou comprovação dos pagamentos.

Em seguida, explicou que, apesar da venda, continuou na empresa como funcionário, exercendo atividades que lhe davam maior segurança. Como a empresa tinha cunho familiar, assumiu a gerência da mesma, contribuindo com seu know how para o crescimento desta, motivo pelo qual possuía procuração privada, agindo sempre estritamente no interesse empresarial. Registra que em momento algum agiu com excesso de poder, não havendo que se falar em responsabilização pessoal. Aduz que, em meados de 2010, a empresa fiscalizada começou a atrasar os salários dos empregados, momento em que restou ajustado a quitação de algumas contas como retribuição financeira pelos trabalhos prestados.

Houve capitulação legal da conduta do impugnante em 2 artigos do CTN: 124, I, e 135, II.

Responsabilidade do art. 135, III, do CTN

O dispositivo legal invocado pelo Fisco preceitua que:

"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."

Para que haja responsabilidade pessoal do sócio, gerente ou administrador, é condição necessária que, ao tempo da constituição do crédito tributário, ele tenha praticado atos com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto.

São condutas que configuram gestão com excesso de poderes ou infração à lei ou contrato a utilização de interpostas pessoas, a gestão fraudulenta com intuito de lesar o credor tributário deliberadamente e a dissolução irregular da sociedade. Todas essas condutas foram reconhecidas pela fiscalização na administração da autuada.

O exercício da gerência pelo impugnante foi admitido em sua impugnação quando afirmou que "continuou na empresa como funcionário ... tendo assumido a gerência da mesma".

A fiscalização também apresentou evidências do papel do impugnante na sociedade. A recusa ao Termo de Reintimação Fiscal, fl. 80, em 26/06/2014, informada no Aviso de Recebimento dos Correios como "a mando do Alex", o fato de o impugnante ter se apresentado como "gerente", em 09/07/2014, para atender à fiscalização e ter sido citado na manchete do jornal A Tarde, de 23/05/2010, como "gerente" da autuada, são indicativos da função exercida pelo impugnante.

Ademais, nenhuma outra pessoa foi apontada como administradora da sociedade, uma sociedade que auferiu receitas na ordem de R\$ 49.863.950,22 e possuía 2.178

empregados (de acordo com a reportagem do Jornal A Tarde, de 23/05/2010, fl. 542/545).

A utilização de interpostas pessoas é evidenciada pelo quadro de sócios da sociedade. A fiscalização demonstrou por pesquisas, verificações e constatações efetuadas de maneira inequívoca que as pessoas físicas que transitaram no quadro societário da Orbraserv não tinham capacidade econômica e financeira. Eram pessoas físicas sem rendimentos declarados nas declarações de imposto de renda, sem poder aquisitivo, residentes em bairros de periferia e, em alguns casos, não localizadas nos endereços residenciais, por elas fornecidos à Junta Comercial do Estado da Bahia. Tal situação é totalmente incompatível com o perfil de um sócio de pessoa jurídica que auferiu no ano calendário de 2010, o montante de R\$ 49.863.950,22, conforme declaração da própria fiscalizada.

No período fiscalizado, após inúmeras trocas de sócios - familiares do impugnante - estavam registradas como sócias da autuada a Sra. Cristiana de Souza da Silva, e a Sra. Sandra de Souza da Silva. Cristiana, filha de Iranildes, sobrinha de Iraci, prima do Sr. Alexsandro, apesar de sócia de direito da autuada, apresentou declaração de rendas neste período sem bens a declarar e com rendimentos incompatíveis com sua condição de sócia. Seus rendimentos recebidos da autuada: R\$ 30.000,00 em 2010, R\$ 30.214,20 em 2011, R\$ 23.580,30 em 2012, sem rendimentos em 2014, fls. 919/927. Sandra, filha de Iranildes, sobrinha de Iraci, prima do Sr. Alexsandro, também, apesar de sócia de direito da autuada, apresentou declaração de rendas neste período sem bens a declarar (exceto em 2009 que declara 24.000 cotas da Orbraserv, em 01/01/2009, e zero cotas, em 31/01/2009, declaração que não confere com o contrato social - entrada em 21/04/2004, saída em 05/10/2011) e com rendimentos incompatíveis com sua condição de sócia. Seus rendimentos recebidos da autuada: R\$ 30.000,00 em 2010 e R\$ 22.451,20 em 2011. Não apresentou declarações em 2012 e 2013 e em 2014, recebeu R\$ 15.547,77 de outra fonte pagadora - Azul linhas aéreas, fls. 919/927.

A última alteração societária incluiu como único sócio o Sr. Francisco Santos Rodrigues, em uma operação ilegal de per si. Nosso ordenamento jurídico não permite uma sociedade limitada com um único sócio. Há permissão temporária para uma sociedade com pluralidade de sócios reduzir-se a um só membro em decorrência de cessão de cotas, morte ou retirada, quando o sócio remanescente terá 180 dias para reconstituir a pluralidade de sócios, transformar-se em empresário individual ou em empresa individual de responsabilidade limitada. Entretanto, essa permissão não se confunde com a retirada de todos os sócios para a entrada de apenas um, burlando a vedação normativa.

Em pesquisa aos sistemas de controle da RFB, fls. 919/927, verifica-se que o Sr. Francisco Santos Rodrigues, encontrava-se omissos das declarações desde 2009. Em 2013, apresentou declaração com rendimento anual de R\$ 36.000,00, imposto a pagar de R\$ 620,30, dividido em cotas das quais apenas a primeira foi paga. Os rendimentos foram atribuídos a fonte pagadora Pessoa Jurídica inexistente. Não foram informados Bens e Direitos pelo declarante. O endereço informado era o mesmo endereço no qual a autoridade fiscal encontrou instalada a empresa Nacional Informática que declarou estar no imóvel há 2 anos e desconhecer o Sr. Francisco. Apesar disso, o Sr. Francisco "adquiriu" uma sociedade com patrimônio declarado de R\$ 400.000,00 e faturamento anual de R\$ 49.863.950,22. Tudo sem nenhuma comprovação documental, sem a apresentação do contrato de compra e venda ou dos pagamentos.

A suposta sócia que transferiu suas ações para o Sr. Francisco, a citada Cristiana, prima do impugnante, tampouco gozava de melhor situação, conforme já demonstrado.

O outro suposto sócio, Sr. Luis Cláudio Cerqueira de Oliveira apresentou declaração apenas em 2013, não constando rendimentos ou bens, fls. 919/927.

Ao contrário, o Sr. Alexsandro Vasconcelos Lemos, em 2014, apresenta declaração com bens no valor de R\$ 1.886.300,00, além rendimentos de R\$ 38.521,62 recebidos da

autuada. Em 2010, já apresentava os bens, mas os rendimentos eram de R\$ 153.333,33, recebidos da autuada. Os bens declarados em 2010 são os mesmos declarados em 2014, apenas os valores são diferentes, fls. 919/927.

As provas apresentadas contra o impugnante caracterizam-no como o verdadeiro dono da Orbraserv, ademais de administrador. Em suma, ele era de fato sócio e gerente.

Nesse sentido, a indicação do impugnante como plúrimo réu em inúmeros processos trabalhistas em desfavor da autuada. Plúrimo réu não é preposto, é réu com vínculo de solidariedade. Se o impugnante era reconhecido pelos empregados, que viviam o cotidiano da autuada, como réu era porque inequivocamente ele apresentava a sociedade. De acordo com a Teoria da Apresentação, a pessoa jurídica é apresentada pelo seu proprietário, que atua como se ela fosse, não como pessoa física. Diferente do preposto que é representante porque se revela como alguém distinto da pessoa jurídica, agindo, desta forma, em seu nome.

Não consta dos autos que o impugnante alegou ilegitimidade passiva nos processos trabalhistas.

Como se não bastassem todas essas provas, havia uma verdadeira confusão patrimonial entre o impugnante e a autuada. A quantidade de contas particulares do impugnante pagas pela autuada, conforme livro Diário 12, fls. 413/541 é prova suficiente do afirmado pela fiscalização. Sobre isso, o impugnante defendeu-se alegando que se tratava de retribuição financeira pelos trabalhos prestados em função de um suposto atraso nos pagamentos, sem contudo apresentar comprovação documental desta situação.

A realidade dos fatos demonstra que o impugnante tomou de empréstimo a titularidade de várias pessoas físicas, em grande parte familiares, para acobertar sua verdadeira condição – sócio administrador – de fato, da empresa fiscalizada.

A coordenação de uma sociedade empresária formalmente constituída, mas integrada por sócios que não possuem o conhecimento, o capital e o poder de gerência necessários à consecução do objetivo societário e, de outro lado, a execução de atos de gerência e mandato no sentido de desviar seu faturamento constitui, como um todo, infração à lei, acarretando a responsabilização nos termos do art. 135, III, do CTN.

Além da utilização de interpostas pessoas, o impugnante procurou esconder, ou, ao menos, retardar o conhecimento dos tributos e contribuições incidentes sobre as receitas auferidas no ano calendário de 2010, na medida em que, apesar das receitas auferidas no montante de R\$ 49.863.950,22, apresentou DCTF sem débitos, Dacon sem valores, não apresentou Escrituração Contábil Digital, embora a autuada estivesse obrigada, e apresentou a DIPJ preenchida incorretamente. Não há como considerar que o não recolhimento dos tributos devidos, e não declarados, situação que se estende por todo o período de 2010, decorra de mera inadimplência. A conduta dolosa de ocultar ou retardar o conhecimento dos fatos geradores é evidente. Nesse caso, a responsabilidade deve ser atribuída àquele que, tendo o poder de decidir sobre a realização de determinada conduta, o faz com infração a lei. Não se trata de simples inadimplemento, mas de gestão fraudulenta com fins de sonegar tributos.

Confira-se a definição de sonegação e fraude nos artigos 71, 72 e 73, da Lei 4.502/64:

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.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

E como broche de ouro de todas as condutas reprováveis já descritas, a autuada desapareceu do seu domicílio tributário, durante o procedimento de fiscalização, sem proceder nenhuma alteração cadastral neste sentido, o que levou a autoridade fiscal a apresentar Representação Fiscal para fins de emissão de Declaração de Inaptidão da inscrição no CNPJ da Pessoa Jurídica, com fundamento no inciso II do art. 37, combinado com o inciso I do art. 39 da IN RFB 1.470/2014. O resultado foi a emissão do Ato Declaratório Executivo 47, de 24/09/2014, declarando “inapta” a pessoa jurídica.

Os efeitos da dissolução irregular de uma sociedade na execução fiscal foram sumulados pelo Superior Tribunal Federal, nos termos seguintes:

Súmula 435 - Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. (Súmula 435, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 13/05/2010)

Portanto, a autoridade fiscal provou a utilização de interpostas pessoas, a gestão fraudulenta com intuito de lesar o credor tributário deliberadamente e a dissolução irregular da sociedade, condutas que configuram gestão com excesso de poderes ou infração à lei ou contrato e são suficientes para tipificar a responsabilidade pessoal do impugnante prevista no art. 135, III, do CTN.

Responsabilidade do art. 124, I, do CTN

Das condutas acima descritas, a confusão patrimonial e a utilização de interpostas pessoas, também, tem sido aceitas pela jurisprudência para caracterizar o interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal na hipótese prevista no art. 124, I, do CTN.

Embora trate-se de outra tipificação legal, não utilizada pela fiscalização, a desconsideração da personalidade jurídica que, também, objetiva repercutir no patrimônio do sócio as dívidas da pessoa jurídica nos casos de abuso da personalidade, tem como conduta que caracteriza o abuso e autoriza a desconsideração, exatamente, a confusão patrimonial, nos termos do art. 50 do Código Civil. Isso demonstra a gravidade e as consequências de tal conduta no instituto da responsabilidade.

Portanto, no caso, também, ficou evidenciada a responsabilidade solidária prevista no art. 124, I, do CTN.

Matéria não impugnada

Em relação ao lançamento de IRPJ, CSLL, PIS/PASEP, COFINS e MULDI, o impugnante não apresentou nenhuma contestação. Assim, inexistindo impugnação específica, resta consolidado administrativamente o principal exigido, acrescido de juros de mora e do percentual normal da multa de ofício de 75%, consoante determina o Decreto nº 70.235/72:

“Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Acrescido pelo art. 67 da Lei n.º 9.532/97)”

Entretanto, houve contestação quanto à qualificação da multa de ofício exigida, no percentual de 150%, que acompanham os valores principais devidos dos tributos lançados. Ou seja, a discordância recaiu, unicamente, sobre a duplicação da multa de 75% para 150%.

A contestação da qualificação da multa foi feita no item relativo à representação fiscal para fins penais, quando o impugnante alega que não consta no termo de verificação fiscal, de forma clara e indubitosa, elementos de convicção que autorizem a instauração de uma ação penal em seu desfavor, porque não restou demonstrado o dolo específico da parte atuada de suprimir e/ou reduzir tributo federal.

A alegação não procede e isso já foi demonstrado na discussão sobre a responsabilidade solidária. A utilização de interpostas pessoas, a dissolução irregular da sociedade, a apresentação de declarações em descompasso com a verdadeira receita auferida pela atuada, em conjunto, são provas inequívocas da ocorrência das condutas de sonegação e fraude tipificadas nos citados artigos 71 e 72, da Lei 4.502/64, e são suficientes para a qualificação da multa nos termos do artigo 44, da Lei 9.430/96. Confirma-se a seguir:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...]

§ 1o O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)(grifos acrescidos)

Representação Fiscal para fins penais e arrolamento de bens

A Delegacia de Julgamento não possui competência para pronunciar-se em relação à argumentação relativa à representação fiscal para fins penais e em relação ao arrolamento de bens, posto que os questionamentos no âmbito do processo administrativo fiscal, regido pelo Decreto 70.235, de 1972, estão adstritos ao procedimento de constituição e exigência do crédito tributário da União.

Confirma-se a súmula editada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais sobre Representação Fiscal para Fins Penais (Portaria Carf nº 52, de 21 de dezembro de 2010, e Portaria MF nº 383, publicada no DOU em 14 de julho de 2010):

Súmula CARF nº 28: O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

No mesmo sentido, o arrolamento de bens e direitos, disciplinado pela Instrução Normativa RFB 1171, de 2011, não encontra no Decreto 70.235, de 1972, foro próprio para questionamento em sede de impugnação dirigida à DRJ ou recurso ao CARF, devendo eventuais pedidos ou irrisignações sobre o tema serem endereçados ao titular da unidade da RFB do domicílio tributário do sujeito passivo, no caso a DRF, em

requerimento próprio, nos termos do art. 10 da precitada Instrução Normativa, seguindo o rito processual instituído pela Lei 9.784, de 1999.

Por essas razões, não se toma conhecimento desse tópico da impugnação.

Conclusão

Ante o exposto e o contido nos autos, voto no sentido de considerar IMPROCEDENTE a impugnação, para:

- confirmar a responsabilidade solidária do Sr. Alessandro Vasconcelos Lemos;
- declarar definitiva a exigência do crédito tributário pertinente ao valor principal de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, aos juros de mora e ao percentual normal de 75% da multa de ofício, objeto de lançamento nos respectivos autos de infração, por se tratar de matéria não impugnada;
- declarar definitiva a exigência do crédito tributário pertinente à MULDI por se tratar de matéria não impugnada;
- manter integralmente a exigência do crédito tributário em litígio, correspondente ao percentual de 75% decorrente da qualificação da multa de ofício, com os acréscimos legais devidos, lançada nos autos de infração do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.

Documento assinado digitalmente

Sandro Luiz de Aguiar – Relator

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Autoridade Lançadora demonstrou esmiuçadamente ser o sr. Alessandro Vasconcelos Lemos o real administrador da empresa.

- compareceu pessoalmente, foi atendida por ele, que pediu para que um funcionário assinasse o Termo de Reintimação Fiscal:

Diante deste fato tão inusitado, um novo Termo de Reintimação Fiscal foi emitido e esta Auditora Fiscal foi pessoalmente à sede da empresa dar ciência do referido Termo. Na sede da fiscalizada, esta Auditora Fiscal foi atendida pelo Sr. Alessandro Vasconcelos Lemos que se apresentou como gerente da fiscalizada. Estranhamente solicitou que outro funcionário da empresa fiscalizada assinasse o Termo de Reintimação Fiscal. A ciência do referido termo deuse em 09 de julho de 2014.

Mais uma vez a empresa fiscalizada nada apresentou ou mesmo justificou a não apresentação dos elementos até então solicitados e não apresentados.

- as procurações apresentadas pelas Instituições Financeiras outorga poderes para o responsável solidário:

Conclui-se com os dados acima levantados que nas instituições financeiras com maior movimentação (Banco do Brasil e Bradesco) são encontradas procurações outorgando poderes ao Sr. Alessandro Vasconcelos Lemos, já nas demais instituições financeiras, que apresentam baixa movimentação não são encontrados instrumentos de procuração.

- relata a Autoridade Fiscal que o Sr. Alessandro possuía dois CPFs, e foi ele quem constituiu a empresa:

Algumas observações podem ser feitas a partir da análise das muitas alterações contratuais da ORBRASERV que modificam seu quadro societário. São elas:

a) A empresa em fiscalização foi constituída pelo sócio Alessandro Vasconcelos Lemos – CPF n.º 577.205.505-44. Uma análise mais detalhada nos sistemas da SRFB demonstrou que o Sr. Alessandro Vasconcelos Lemos possui 02 (dois) números de CPF. O primeiro número do CPF é aquele utilizado no instrumento de constituição da ORBRASERV, qual seja, 577.205.505-44. O segundo número de CPF foi cadastrado em 16 de outubro de 1998 e tem como número 801.326.185-91. Constatada a duplicidade de CPF em nome de Alessandro Vasconcelos Lemos, foi então emitida Representação Fiscal para cancelamento do CPF n.º 577.205.505-44, através do PAF n.º 10580-727.363/2014-70.

b) Desde a constituição da empresa ORBRASERV, ocorreram inúmeras alterações contratuais, mas quase todas alternando a sociedade entre nomes de familiares de Sr. Alessandro Vasconcelos Lemos, senão vejamos: 1 - O sócio fundador da Orbraserv, Sr. Alessandro Vasconcelos Lemos é filho de Iraci Vasconcelos de Souza. Por sua vez, Iraci Vasconcelos de Souza é irmã de Iraildes Souza da Silva (sócias admitidas na primeira alteração contratual da Orbraserv)

- demonstra também que em demandas judiciais trabalhistas, o Sr. Alexandre consta do polo passivo:

c) Outro aspecto bastante relevante é que a Orbraserv exerce a atividade de locação de mão de obra e pesquisas realizadas com relação a demandas judiciais trabalhistas onde a fiscalizada figura como ré apontam o nome de Alessandro Vasconcelos Lemos como Plúrima Réu em muitos processos, senão vejamos alguns: 1 - Processo n.º RTOrd-18-57.2012.5.05.0221 – Reclamante Edileuza Silva dos Santos, tendo como Reclamado Orbraserv - Organização Brasileira de Serviços Ltda e Plúrima Réu Alessandro Vasconcelos Lemos; 2 – Processo n.º RecOrd-000022-91.2012.5.05.0222 – Recorrente Barnabé Batista dos Santos, tendo como Recorrido Orbraserv Organização Brasileira de Serviços Ltda e Plúrima Réu Alessandro Vasconcelos Lemos; 3 – Processo n.º RTOrd-13-35.2012.5.05.0221 – Reclamante Maria Janete Santana dos Santos tendo como Reclamado Orbraserv - Organização Brasileira de Serviços Ltda e Plúrima Réu Alessandro Vasconcelos Lemos (Alex do Posto); 4 – Processo n.º RTOrd-17- 72.2012.5.05.0221 - Reclamante Marcos Ramos Almeida dos Santos tendo como Reclamado Orbraserv - Organização Brasileira de Serviços Ltda e Plúrima Réu Alessandro Vasconcelos Lemos (Alex do Posto); 5 – Processo n.º RTOrd-19-42.2012.5.05.0221 - Reclamante Rosana da Conceição Patrício tendo como Reclamado Orbraserv - Organização Brasileira de Serviços Ltda e Plúrima Réu Alessandro Vasconcelos Lemos (Alex do Posto); 6 – Processo n.º RTOrd-20- 27.2012.5.05.0221 - Reclamante José Nelson Santos Oliveira tendo como Reclamado Orbraserv Organização Brasileira de Serviços Ltda e Plúrima Réu Alessandro Vasconcelos Lemos (Alex do Posto).

Estas pesquisas indicam que os reclamantes trabalhistas, acima relacionados, ex-funcionários da empresa Orbraserv, reconhecem o Sr. Alessandro Vasconcelos Lemos como proprietário da empresa Orbraserv, tanto é assim que procedeu a inclusão de seu nome no pólo passivo judicial das demandas trabalhistas ajuizadas.

- Há ainda diversos pagamentos contabilizados referente a contas do Sr. Alexandre e seus familiares:

d) Como se já não bastassem todos os fatos aqui mencionados que atrelam de forma indissociável a pessoa de Alessandro Vasconcelos Lemos como proprietário da fiscalizada, o livro diário n.º 12 referente à escrituração contábil de 2010,

apresentado durante este procedimento de fiscalização, demonstra a contabilização de diversos pagamentos referentes ao Sr. Alessandro Vasconcelos Lemos ou a seus familiares, como se pode verificar: 1 – data de 11-01-2010-débito da conta despesas cartão de crédito – R\$ 644,48 – pagamento condomínio Solaris (endereço residencial de Sr. Alex); 2 – data de 01-02-2010-débito da conta Ad Lucros – R\$ 460,00 – pagamento condomínio residencial Aldeia do Imbuí; 3 – data de 01-02-2010-débito da conta Ad Lucros – R\$ 343,00 – pagamento condomínio Pier; 4 – data de 01-02-2010-débito da conta Ad Lucros – R\$ 3,00 – pagamento cartão Alessandro; 5 – data de 01-02-2010-débito da conta Empréstimos Terceiros – R\$ 507,50 – pagamento condomínio Alessandro; 6 – data de 01-02-2010-débito da conta Empréstimos Terceiros – R\$ 502,17 – pagamento condomínio Alessandro; 7 – data de 01-02-2010-débito da conta Empréstimos Terceiros – R\$ 502,23 – pagamento condomínio Alessandro; 8 – data de 01-02-2010-débito da conta Empréstimos Terceiros – R\$ 506,81 – pagamento condomínio Alessandro; 9 – data de 01-02-2010-débito da conta Alessandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 532,00 – pagamento Marina Porto Bonfim; 10 – data de 22-02-2010-débito da conta Juarez Souza da Silva (1130508-8) – R\$ 393,76 – pagamento Panamericano; 11 – data de 22-02-2010-débito da conta Tatiane Raimundo Passos (1130508-9) – R\$ 449,25 – pagamento aluguel Empresarial Paralela Shopping (esposa de Sr. Alessandro); 12 – data de 22-02-2010-débito da conta Alessandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 491,37 – pagamento condomínio residencial Costa do Imbuí; 13 – data de 22-02-2010-débito da conta Alessandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 491,41 – pagamento condomínio residencial Costa do Imbuí; 14 – data de 22-02-2010- débito da conta Alessandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 476,00 – pagamento Marina Porto Bonfim Ltda; 15 – data de 22-02-2010-débito da conta Alessandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 160,00 – pagamento Marina Porto Bonfim Ltda; 16 – data de 22-02-2010- débito da conta Combustíveis (3220401-5) – R\$ 14.279,32 – pagamento N.F. 5046 Shell Brasil Ltda (compra para o posto de combustíveis de propriedade de Alessandro); 17 – data de 22-02- 2010-débito da conta Alessandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 1.361,16 – pagamento banco ABN AMRO Real; 18 – data de 22-02-2010-débito da conta Alessandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 532,00 – pagamento Marina Porto Bonfim Ltda; 19 – data de 22-02- 2010-débito da conta Alessandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 400,00 – pagamento Condomínio Vista Mar; 20 – data de 22-02-2010-débito da conta Empréstimos Terceiros – R\$ 14.279,32 – pagamento GRL Org Rev.Comb.Lub. Ltda; 21 – data de 22-02-2010-débito da conta Alessandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 424,33 – pagamento Edf. Residencial Alto do Imbuí; 22 – data de 22-02-2010-débito da conta Alessandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 431,49 – pagamento Edf. Residencial Alto do Imbuí; 23 – data de 22-02-2010- débito da conta Empréstimos Terceiros – R\$ 955,00 – pagamento NF 324833 de Shell Brasil de GRL Org. Rev. Comb.Lub. Ltda; 24 – data de 22-02-2010-débito da conta Empréstimos Terceiros – R\$ 21.667,55 – pagamento Dupl. de Shell Brasil de GRL Org. Rev. Comb.Lub. Ltda; 25 – data de 22-02-2010-débito da conta Empréstimos Terceiros – R\$ 2.970,93 – pagamento Coelba conf. recibo da GRL Org. Rev. Comb.Lub. Ltda; 26 – data de 22-02-2010-débito da conta Empréstimos Terceiros – R\$ 60,10 – pagamento ECAD de Fiana Energia; 27 – data de 22-02-2010-débito da conta Empréstimos Terceiros – R\$ 2.076,11 – pagamento Coelba conf. recibo da GRL Org. Rev. Comb.Lub. Ltda; 28 – data de 22-02-2010-débito da conta Alessandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 147,10 – pagamento cartão ourocard; 29 – data de 22- 02-2010-débito da conta Alessandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 448,07 – pagamento Coelba conf. recibo; 30 – data de 22-02-2010-débito da conta Alessandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 119,90 – pagamento Vivo conf. recibo; 31 – data de 22- 02-2010-débito da conta Alessandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 172,32 – pagamento Cartão Ouro Card; 32 – data de 22-02-2010-débito da conta Alessandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 484,89 – pagamento Condomínio Solaris; 33 – data de 02-03-2010-débito da conta Tatiane Raimundo Passos (1130508-9) – R\$ 23,94 – pagamento Coelba conf. recibo (esposa de Sr.

Alexsandro); 34 – data de 02-03-2010-débito da conta Tatiane Raimundo Passos (1130508-9) – R\$ 85,33 – pagamento Coelba conf. recibo (esposa de Sr. Alexsandro); 35 – data de 09-03-2010-débito da conta Tatiane Raimundo Passos (1130508-9) – R\$ 46,52 – pagamento Coelba (esposa de Sr. Alexsandro); 36 – data de 09-03- 2010-débito da conta Tatiane Raimundo Passos (1130508-9) – R\$ 3,62 – pagamento Coelba (esposa de Sr. Alexsandro); 37 – data de 09-03-2010-débito da conta Alexsandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 1.279,00 – pagamento NF 2010773 de Green Salvador Comércio de Veículos Ltda;); 38 – data de 09-03-2010-débito da conta Tatiane Raimundo Passos (1130508- 9) – R\$ 66,79 – pagamento Coelba (esposa de Sr. Alexsandro); 39 – data de 09-03-2010-débito da conta Alexsandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 476,00 – pagamento Marina Porto Bonfim; 40 – data de 09-03-2010-débito da conta Alexsandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 400,00 – pagamento Edf Residencial Alto do Imbuí; 41 – data de 09-03-2010-débito da conta Alexsandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 550,36 – pagamento Coelba conf. recibo; 42 – data de 09-03-2010-débito da conta Tatiane Raimundo Passos (1130508-9) – R\$ 127,76 – pagamento Coelba (esposa de Sr. Alexsandro); 43 – data de 09-03-2010-débito da conta Tatiane Raimundo Passos (1130508-9) – R\$ 23,77 – pagamento Coelba (esposa de Sr. Alexsandro); 44 – data de 09-03-2010-débito da conta Alexsandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 160,00 – pagamento Marina Porto Bonfim; 45 – data de 09-03-2010-débito da conta Alexsandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 476,00 – pagamento Marina Porto Bonfim; 46 – data de 09-03-2010-débito da conta Alexsandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 361,48 – pagamento Coelba conf. recibo; 47 – data de 09-03-2010-débito da conta Alexsandro Vasconcelos Lemos (1130500-2) – R\$ 192,50 – pagamento Empresa Editora a Tarde; e muitos outros pagamentos, que conforme o livro diário apresentado deu-se durante todo o ano de 2010.

Se o livro Diário for observado com atenção serão encontrados inúmeros pagamentos “estranhos a atividade” da fiscalizada, tais como: condomínios diversos; muitas contas de Coelba; aquisição de combustíveis para abastecer o estoque do posto de gasolina (daí nas ações trabalhistas constar “Alex do Posto”); muitos pagamentos em nome de Tatiane Raimundo Passos, CPF nº 919.548.605-44 que é esposa de Alexsandro; pagamentos de contas relativos a mãe de Alexsandro, Sra. Iraci; bem como outros pagamentos referentes a familiares;

- aponta também a coincidência do endereço da fiscalizada e da empresa da Sra. Tatiane Raimundo Passos (esposa do Sr. Alexsandro):

Cumpra aqui ressaltar que a esposa de Sr. Alexsandro Vasconcelos Lemos, Sra. Tatiane Raimundo Passos, é sócia da empresa Líder Recursos Humanos, CNPJ nº 01.383.525/0001- 16, que se localiza no mesmo prédio que a Orbraserv (até sua mudança em julho de 2014), sendo apenas o número da sala diferente, ou seja, a sala da empresa Líder é a C-9 e que também exerce a mesma atividade operacional da Orbraserv.

Entendo que todo o trabalho fiscal foi muito bem feito de modo a justificar a imputação da responsabilidade tributária ao Sr. Alexsandro Vasconcelos Lemos, que se utilizou de interpostas pessoas (ato ilícito) como também era o real beneficiário das operações, possuindo interesse comum, nos termos do art. 124 do CTN.

Em relação aos princípios constitucionais alegados (como o do caráter confiscatório da multa), não conheço por não ser esta a via adequada para apreciação de matéria referente a legalidade e inconstitucionalidade.

Destaco o teor da Súmula nº 02 do CARF:

Súmula CARF nº 2**Aprovada pelo Pleno em 2006**

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Acórdãos Precedentes:

Acórdão n.º 101-94876, de 25/02/2005 Acórdão n.º 103-21568, de 18/03/2004 Acórdão n.º 105-14586, de 11/08/2004 Acórdão n.º 108-06035, de 14/03/2000 Acórdão n.º 102-46146, de 15/10/2003 Acórdão n.º 203-09298, de 05/11/2003 Acórdão n.º 201-77691, de 16/06/2004 Acórdão n.º 202-15674, de 06/07/2004 Acórdão n.º 201-78180, de 27/01/2005 Acórdão n.º 204-00115, de 17/05/2005

Também não se deve conhecer matéria estranha ao contencioso como Arrolamento de Bens e Representação Fiscal para Fins Penais.

CONCLUSÃO

Desta forma, voto por conhecer em parte e, na parte conhecida, negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, Relator