



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

Processo nº	15956.720070/2017-12
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	1201-002.922 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	14 de maio de 2019
Matéria	IRRF. PAGAMENTO SEM CAUSA
Recorrente	VIABAHIA CONCESSIONARIA DE RODOVIAS SA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012, 2013

PRELIMINAR. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

É de se rejeitar a alegação de nulidade do lançamento ou de cerceamento do direito de defesa quando os fatos que ensejaram o lançamento foram minuciosamente descritos e tipificados no Auto de Infração e no Termo de Constatação Fiscal que é parte integrante do primeiro.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2012, 2013

PAGAMENTO SEM COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO OU CAUSA.

Sujeitam-se à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado ou recursos entregues a terceiro ou sócios, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012, 2013

MULTA QUALIFICADA. PAGAMENTO SEM CAUSA.

Mantém-se a aplicação da multa qualificada na autuação de IRRF na modalidade pagamento sem causa quando presentes quaisquer das circunstâncias previstas nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. Súmula CARF 108.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE DIRETORES DE S/A. CARACTERIZAÇÃO DO EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO À LEI OU A ESTATUTOS.

Mantém-se a responsabilidade tributária solidária de diretores quando caracterizada a prática de atos com excesso de poderes, infração à lei ou a estatutos.

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: a) Por unanimidade, em manter o lançamento do IRRF. Votaram pelas conclusões os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Bossa, Alexandre Evaristo Pinto e Bárbara Santos Guedes (Suplente convocada), que mantinham o lançamento por outros fundamentos; b) Por qualidade, em manter a qualificação da multa de ofício. Vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Alexandre Evaristo Pinto e Bárbara Santos Guedes (Suplente convocada), que reduziam a multa para 75%; c) Por maioria, em manter a responsabilidade tributária dos diretores José Carlos Nava Fernandes, Otávio Platzeck Schaer e Pedro Achkar Pinto. Vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira (Relator) e Alexandre Evaristo Pinto. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente) – Presidente e Redator Designado

(assinado digitalmente)

Allan Marcel Warwar Teixeira – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa, Efigenio de Freitas Junior, Alexandre Evaristo Pinto, Bárbara Santos Guedes (suplente convocada) e Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente).

Relatório

Trata o presente de autuação fiscal de IRRF por pagamentos sem causa ou a beneficiário não identificado, anos de 2012 e 2013, valor global de **R\$ 16.574.995,21** com atribuição de responsabilidade solidária aos diretores da empresa.

Informa o relatório do acórdão de primeira instância que a fiscalização solicitou informações acerca da contratação de serviços junto a empresas de consultoria

específicas por parte da ora recorrente, VIABAHIA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS SA. As empresas contratadas foram AP Energy Engenharia e Montagem Ltda. (“**AP ENERGY**”) e Credencial Construtora Empreendimentos e Representações Ltda. EPP ME (“**CREDENCIAL**”). Concluiu a fiscalização que a ora recorrente teria simulado a contratação das referidas prestadoras por se tratarem de empresas inexistentes de fato, bem como por não ter sido detectada a efetiva prestação dos serviços que deram causa aos pagamentos.

Informa o TVF que:

5.2.4. De acordo com os fatos e provas colhidas através da diligência conduzida por esta Delegacia da Receita Federal do Brasil, no contribuinte **CREDENCIAL**, podemos comprovar que esta sociedade **nunca teve existência de fato, e por isto os documentos fiscais emitidos por esta sociedade são considerados inidôneos**. Durante este procedimento de diligência foram colhidas provas que comprovam de forma cabal a inexistência de fato da sociedade **CREDENCIAL** desde a sua constituição até o presente momento. Em 10/08/2016, foi formalizada uma Representação Fiscal – Baixa de Ofício, com base no inciso I, § 1º do artigo 80 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e no inciso II, alíneas (a) e (e) do Artigo 29 da IN RFB 1.634 de 06/05/2016, pois restou caracterizada a sua **INEXISTÊNCIA DE FATO** com base na seguinte fundamentação:

1. A entidade não dispõe de patrimônio próprio e não possui capacidade operacional necessárias à realização do seu objeto, tal como previsto na alínea (a), do inciso II, do artigo 29, da IN RFB nº 1.634, de 06 de maio de 2016.

2. A **CREDENCIAL** não prestou serviços à **VIABAHIA**, comprovando, dessa forma, que **as notas fiscais foram emitidas exclusivamente com o intuito de acobertar operações fictícias**, e, portanto, são inidôneas, nos termos previstos no item 1, da alínea (e), do inciso II, do artigo 29, da IN RFB nº 1.634, de 06 de maio de 2016.

(...)

5.2.5. Entre as provas colhidas que determinaram a lavratura da Representação para Baixa de Ofício, que dentre as fundamentações, acima citadas, a mais importante é a que aponta que a entidade não dispõe de patrimônio próprio e não possui capacidade operacional necessárias à realização do seu objeto (...)

5.2.17. Nenhum dos documentos apresentados pela **VIABAHIA** comprovam a prestação dos serviços, pois não foram apresentados um único documento produzido pela **CREDENCIAL**. Vale reforçar que a prova documental, neste caso, é elemento de fundamental importância para que a **VIABAHIA** demonstre que os valores recebidos são mesmo oriundos de serviços prestados. Contudo, apesar de reiteradas intimações, em momento algum foram apresentados documentos idôneos capazes de comprovar a efetiva prestação de serviços. Nesse sentido, após vários questionamentos, **constatamos que a CREDENCIAL não possui mão de obra e nem bens móveis ou imóveis necessários à efetiva execução dos trabalhos, denotando que a mesma não tinha capacidade operacional para prestar os serviços discriminados nas notas fiscais apresentadas.** (...)

5.3.4. De acordo com os fatos e provas colhidas através da diligência conduzida por esta Delegacia da Receita Federal do Brasil, no contribuinte **AP ENERGY**, podemos comprovar que esta sociedade **nunca teve existência de fato, e por isto os documentos fiscais emitidos por esta sociedade são considerados inidôneos**. Durante este procedimento de diligência foram colhidas provas que

comprovam de forma cabal a inexistência de fato da sociedade AP ENERGY desde a sua constituição até o presente momento. Em 20/06/2016, foi formalizada uma Representação Fiscal – Baixa de Ofício, com base no inciso I, § 1º do artigo 80 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e no inciso II, alíneas (a), (b) item 1, e (e) itens 1 e 2 do Artigo 29 da IN RFB 1.634 de 06/05/2016, pois restou caracterizada a sua **INEXISTÊNCIA DE FATO** com base na seguinte fundamentação:

1. A entidade **não dispõe de patrimônio próprio e não possui capacidade operacional necessárias à realização do seu objeto**, tal como previsto na alínea (a), do inciso II, do artigo 29, da IN RFB nº 1.634, de 06 de maio de 2016.

2. A sociedade **não foi localizada no endereço constante do CNPJ, e seu representante legal no CNPJ também não foi localizado**, tal como previsto na alínea (b) e item 1, do inciso II, do artigo 29, da IN RFB nº 1.634, de 06 de maio de 2016.

3. A AP ENERGY não prestou serviços à **VIAABAHIA**, comprovando, dessa forma, que **as notas fiscais foram emitidas exclusivamente com o intuito de acobertar operações fictícias**, ou com intuito de acobertar os seus reais beneficiários, e, portanto, são inidôneas, nos termos previstos no item 1 e 2, da alínea (e), do inciso II, do artigo 29, da IN RFB nº 1.634, de 06 de maio de 2016.

Contra a autuação, interpuseram Impugnação os ora recorrentes, as quais foram julgadas improcedentes, em acórdão assim ementado pela DRJ/Brasília:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2012, 2013 PRELIMINAR. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. É de se rejeitar a alegação de nulidade do lançamento ou de cerceamento do direito de defesa quando os fatos que ensejaram o lançamento foram minuciosamente descritos e tipificados no Auto de Infração e no Termo de Constatação Fiscal que é parte integrante do primeiro. A condução das investigações pela autoridade fiscal é de exclusiva competência desta, a quem cabe efetuar as verificações e solicitar as comprovações que considerar necessárias, com vistas ao estabelecimento da verdade material. Pautou-se a autoridade lançadora nos estritos limites das normas legais, em especial, o artigo 142 do Código Tributário Nacional.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO OU PAGAMENTO EFETUADO SEM COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO OU CAUSA. Sujeitam-se à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, assim como pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiro ou sócios, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa,

ainda que esse pagamento resulte em redução do lucro líquido da empresa.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2012, 2013 MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CABIMENTO. Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, parágrafo 1º, da Lei nº 9.430/96, quando restar demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se, em tese, nas hipóteses tipificadas no art. 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/64.

JUROS DE MORA. SELIC A exigência da taxa Selic como juros moratórios encontra respaldo na legislação regente, não podendo ser dispensada.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento. A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, está prevista nos artigos 43 e 61, § 3º, da Lei nº 9.430/1996.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE ADMINISTRADORES. PROVA. Existindo prova cabal de que os administradores do contribuinte pessoa jurídica agiram com excesso de poderes e infração ao contrato social, configura-se a responsabilidade tributária solidária prevista no art. 135, inciso III, do CTN.

Contra a decisão de primeira instância, interpuseram Recurso Voluntário, além da VIABAHIA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS SA, seus diretores, responsáveis tributários solidários, os Srs. José Carlos Nava Fernandes, Otávio Platzeck Schaer e Pedro Achkar Pinto.

Em síntese, alega a recorrente VIABAHIA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS SA que:

- A autuação fiscal é nula por vício de motivação por ter-se baseado em presunção de irregularidade nos pagamentos, em vez de provas efetivas. Tal presunção teria tido como base a suposta inexistência de fato das empresas CREDENCIAL e AP ENERGY, bem como depoimentos de réus e decisões em ações penais sequer juntadas aos autos -- caracterizando assim também cerceamento de direito de defesa --, premissas estas também que não teriam relação direta com as operações discutidas neste processo;

- A declaração da inexistência de fato e baixa de ofício do CNPJ das empresas CREDENCIAL e AP ENERGY ocorreram apenas em 2016, ou seja, três anos após as operações objeto da autuação (fatos geradores de 2012 e 2013), não podendo ser aplicada retroativamente.

- Que as empresas contratadas CREDENCIAL e AP ENERGY existiam à época dos pagamentos efetuados e os seus respectivos serviços, de fato prestados;

- Que não há maiores informações neste processo sobre o andamento das ações penais que abordaram o caso das empresas CREDENCIAL e AP ENERGY;

- Que faltou à autuação fiscal o fundamento que lhe seria legalmente exigido, qual seja, não ser identificado ou o beneficiário ou o motivo do pagamento, havendo, portanto, vício na capituloção legal da infração;

- Que, ainda que fossem ilícitas as operações da recorrente envolvendo as empresas CREDENCIAL e AP ENERGY -- suposição meramente argumentativa --, o art. 118 do CTN determina que o fato gerador deve ser interpretado abstraindo-se da validade jurídica dos atos praticados;

- Que as irregularidades envolvendo as empresas CREDENCIAL e AP ENERGY não podem servir para justificar a autuação da Recorrente, seja por terem sido constatadas anos depois das contratações, seja por não possuírem relação direta com o lançamento efetuado;

- Que a recorrente não tem qualquer ingerência sobre as obrigações fiscais das empresas que contrata e, neste caso, o máximo que poderia fazer para comprovar a regularidade das operações, era manter, como fez, o registro das operações e o arquivamento dos documentos correspondentes;

- Que o acórdão recorrido equivocou-se ao fundamentar sua decisão de manter o lançamento por falta de comprovação documental das operações;

- Que não seria cabível a multa de 150%, mas, na pior das hipóteses, de 75%, pois o que se visa punir neste tipo de autuação é a falta de retenção do Imposto de Renda na Fonte e não a omissão do beneficiário ou da causa;

- Que não é cabível a incidência de juros Selic sobre a multa de ofício.

Os responsáveis tributários os Srs. José Carlos Nava Fernandes, Otávio Platzeck Schaer e Pedro Achkar Pinto igualmente apresentaram Recursos Voluntários, em tudo idênticos, nos quais alegam, em síntese, que:

- Que a atribuição de responsabilidade é nula por vício de motivação;

- Que houve falha da Fiscalização no enquadramento legal da responsabilidade tributária, indicada no TVF como a do art. 135, III, do CTN, enquanto o Auto de Infração, no seu respectivo demonstrativo, indica art. 124, II.

- Que a confusão quanto à capituloção legal demonstra a inadequação do termo de sujeição passiva lavrado;

- Que não houve demonstração, na autuação fiscal, de qualquer ato que ensejasse atitude dolosa dos dirigentes ou com excesso de poderes, infração à lei ou estatuto social da empresa, tendo-se valido ainda de fundamentação genérica ao referir-se aos administradores em conjunto sem especificar quais atos praticaram cada um dos diretores;

- Que não há como responsabilizar os recorrentes enquanto diretores da VIABAHIA por débitos desta sociedade sem a demonstração cabal de terem agido com excesso de poderes ou infração à lei;

- Que os recorrentes estariam sendo responsabilizados pelo suposto descumprimento da legislação tributária por parte da pessoa jurídica, apenas porque, à época dos fatos geradores, integravam a administração da VIABAHIA e por terem assinado contratos e/ou liberado pagamentos. Não teria sido demonstrado, contudo, no que tais atos extrapolaram suas atividades cotidianas ou mesmo que tenham agido com dolo;

- Que a responsabilidade do art. 135, III, do CTN é subsidiária e não solidária, como enquadrado na autuação fiscal;

- Que, como diretores da VIABAHIA, não possuíam competência estatutária para celebrarem contratos de valores acima de R\$ 1 milhão, como os firmados com as empresas CREDENCIAL e AP ENERGY, cabendo tais deliberações ao Conselho de Administração da sociedade.

- Que as negociações destes contratos couberam à Assembleia e não aos diretores; a estes, coube-lhes apenas assinar os documentos;

- Que denúncia criminal resultante da Operação Lava Jato, em seus termos, aponta que a VIABAHIA teria sido utilizada como empresa veículo para repasse de valores à CREDENCIAL a qual, posteriormente, repassava tais importâncias para pagar propinas a José Dirceu e a seu grupo, mas que tais operações teriam sido arquitetadas por membro do Conselho de Administração da empresa à época, o Sr. Francisco Corrales Kindelán;

- Que a Operação Lava Jato em nenhum momento teria citado os diretores como integrantes do esquema, tendo-se restringido a mencionar o referido membro do conselho de administração como envolvido;

- Que tais fatos descritos em denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, aliados à falta de autonomia dos diretores da VIABAHIA demonstrada nos termos do estatuto da sociedade, comprovam que os diretores não foram os responsáveis por tais transações, cabendo-lhes apenas a parte burocrática de representar a companhia assinando papéis, o que fizeram de boa-fé.

- A boa-fé dos recorrentes também se caracterizaria pelo fato de as empresas beneficiárias dos pagamentos CREDENCIAL e AP ENERGY encontrarem-se regulares perante o cadastro do CNPJ à época, não lhes sendo exigíveis, enquanto diretores com poderes limitados, maiores diligências neste caso além desta.

- Agindo dentro dos limites fixados nos estatutos, não podem os diretores serem responsabilizados por passivos e obrigações das companhias.

Contragazões apresentadas pela PGFN

Às fls. 2966 e ss., a d. PGFN expõe suas contrarrazões, alegando, em síntese:

- Que não há vício de motivação na autuação fiscal, dado que as alegações dos recorrentes tratam de discordância em relação à valoração feita pela fiscalização ao arcabouço probatório juntado aos autos, não se tratando de matéria preliminar, mas sim própria do mérito da lide;

- Que não restou caracterizado cerceamento de direito de defesa, pois as provas emprestadas de ações criminais foram trazidas aos autos; foram os trechos dos depoimentos e a decisão devidamente transcritos e, ainda, todos os documentos a que fazem referência o TVF se encontram disponíveis ao público via internet;

- Que não há nulidade quanto à capitulação legal referente ao art. 61 da Lei 8.981/95, cabendo tal alegação ser analisada com o mérito da questão;

- Que a CREDENCIAL não prestou serviços à recorrente, fato este que pode ser aferido pelos depoimentos oriundos da ação criminal resultado da Operação Lava Jato;

- A ação fiscal também reuniu elementos no sentido da inexistência de condições materiais por parte da CREDENCIAL que viabilizassem a prestação dos serviços contratados. Assim, devem ser reputados como sem causa os pagamentos efetuados nas operações em questão;

- A AP ENERGY, outra empresa para a qual a recorrente também fez pagamentos os quais foram igualmente objeto da autuação de IRRF, também era inexistente de fato. A constatação motivou sua baixa de ofício e, consequentemente, tornou inidôneas as notas fiscais emitidas pela AP ENERGY.

- Que os responsáveis tributários assinaram os contratos e determinaram os pagamentos respectivos, não restando dúvida de que participaram diretamente das operações ilícitas, de forma a se aplicar a disposição do art. 135, III, do CTN;

- Que, no caso concreto, os responsáveis tributários, na condição de administradores, não poderiam deixar de perceber que os serviços contratados não foram prestados. Não obstante isto, mantiveram-se inertes, permitindo a continuidade do esquema criminoso, o que caracteriza as suas responsabilidades;

- Que, da disposição estatutária que limita em R\$ 1 milhão a alçada de diretores para celebrar contratos, conclui-se tratar-se apenas de uma necessidade de aprovação do Conselho de Administração, não se prestando a provar a alegação dos recorrentes de carecerem de competência para praticar os atos que ensejaram a responsabilização tributária;

No mais, requer seja mantida na íntegra a autuação fiscal bem como a atribuição de responsabilidade solidária aos diretores da VIABAHIA CONCESSIONÁRIAS SA.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Allan Marcel Warwar Teixeira, Relator.

Admissibilidade

Os recursos preenchem seus requisitos de admissibilidade, razão pela qual deles deve ser conhecido.

Serão apreciadas primeiramente as preliminares de nulidade arguídas pela recorrente VIABAHIA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS SA. Tendo em vista que os responsáveis tributários questionaram em seus recursos apenas as atribuições de suas responsabilidades, as preliminares por eles arguídas serão enfrentadas após o exame do mérito do Recurso Voluntário interposto pela VIABAHIA.

Recurso Voluntário interposto por VIABAHIA C. R. SA.

Preliminar de nulidade

Alega a recorrente vício de motivação no lançamento por estar a autuação fiscal supostamente baseada em presunções de que as empresas beneficiárias de seus pagamentos (CREDENCIAL e AP ENERGY) não existiriam de fato.

Não há nulidade na autuação fiscal, pois esta atende todos os requisitos formais previstos nos art. 10 e 11 do Decreto 70.235/72, bem como materiais, pois a acusação fiscal é clara, bem como a descrição dos fatos subsome-se, em tese, ao enquadramento legal adotado na autuação (art. 61 da Lei 8.981/95), tendo ainda se feito acompanhar de documentos passíveis de comprovar a infração constatada. Assim, as questões suscitadas como preliminares de nulidade devem ser analisadas com o mérito.

Rejeitada a preliminar de nulidade, passo a analisar o mérito.

Mérito

Da autuação por IRRF na modalidade pagamento sem causa

Alega, em síntese, a recorrente que os pagamentos por ela efetuados não poderiam ser reputados sem causa, dado ter apresentados todos os documentos pertinentes hábeis a comprovarem as operações. Que não estariam presentes todos os requisitos para a aplicação do art. 61 da Lei 8.981/1995 e que a autuação seria nula por cerceamento de direito de defesa.

Apurações feitas no âmbito da Operação Lava Jato, contudo, confirmaram que a recorrente VIABAHIA efetuou pagamentos às empresas inexistentes de fato CREDENCIAL e AP ENERGY, constituídas para recolher propinas de empresas públicas e congêneres para serem posteriormente repassadas a agentes públicos. Os serviços não eram prestados, conforme informam os depoimentos prestados, reproduzidos no Termo de Verificação Fiscal.

No caso da CREDENCIAL, os documentos juntados aos autos apontam alguma contraprestação de serviços, mas por diversas empresas diferentes. No caso da AP ENERGY, observa-se que os serviços contratados tratam de *levantamento topográfico planialtimétrico e cadastral da BR-324 e BR-116*, bem como de estudos para propor "melhorias" para o sistema viário (TVF, fls. 1944). Este contrato serviu para justificar o pagamento pela recorrente de R\$ 4.155.281,43 (fls. 1.956).

A própria AP ENERGY acabou por confirmar, indiretamente, não ter prestado os referidos serviços topográficos à VIABAHIA, como se observa no TVF às fls. 1945.

Diligências efetuadas no curso do procedimento fiscal também confirmaram a inexistência de fato das empresas AP ENERGY e CREDENCIAL em linha dos depoimentos colhidos no âmbito da operação Lava Jato. Em razão disto, tiveram seus registros no CNPJ baixados de ofício, tendo sido, por consequência, reputados inidôneos as notas e documentos fiscais emitidos por tais empresas.

Diante desta constatação, onde os documentos que comprovariam diretamente a prestação dos serviços são reputados inidôneos, cabe à fiscalizada o ônus de apresentar provas indiretas (indícios) da real prestação dos serviços contratados, o que não foi feito em momento algum do processo.

A respeito da inversão do ônus da prova nestes casos, cumpre citar o que dispõe a Portaria MF nº 187/1993, com ênfase para seu art. 4º:

Art. 1º Os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional, no efetivo exercício de suas atribuições de fiscalização e lançamento de tributos e contribuições devidos à Fazenda Nacional, deverão, sempre que encontrarem documentos com indícios de falsidade material ou ideológica apurar, em procedimento administrativo sumário, a inidoneidade desses documentos.

(...)

Art. 3º Com base no procedimento administrativo a que se refere o art. 1º e mediante Ato Declaratório do Secretário da Receita Federal, publicado no Diário Oficial da União, será declarado ineficaz, para todos os efeitos tributários, o documento emitido em nome de pessoa jurídica que:

I - não exista de fato e de direito; ou

II - apesar de constituída formalmente, não possua existência de fato; ou

III - esteja desativada, extinta ou baixada no órgão competente.

Parágrafo único. O Ato de que trata este artigo, quando referente a pessoa jurídica mencionada nos incisos II e III, deverá declarar a data a partir da qual são considerados tributariamente ineficazes os documentos por ela emitidos, bem como o cancelamento da correspondente inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Art. 4º Sempre que, no decorrer de ação fiscal, forem encontrados documentos emitidos em nome das pessoas jurídicas referidas no art. 3º, o contribuinte sob fiscalização deverá ser intimado para comprovar o efetivo pagamento e recebimento dos bens, direitos, mercadorias ou da prestação dos serviços, sob pena de:

I - ter glosados os custos e as despesas decorrentes do pagamento não comprovado;

II - ter glosado o crédito fiscal originário de documento inidôneo; e

III - ter lançado o crédito tributário relativo ao imposto de renda na fonte incidente sobre pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado.

É irrelevante o fato de a declaração de inidoneidade ter-se dado 3 anos após a ocorrências das operações, pois seus efeitos retroagem à data até a qual as investigações colheram indícios configuradores de tal situação (parágrafo único do art. 3º retromencionado). Ou seja, ainda sim, é aplicável a inversão do ônus da prova, como feito pela fiscalização.

Quanto aos depoimentos emprestados da Operação Lava Jato, tem-se que a não juntada dos respectivos termos em apartado, mas apenas a transcrição de seus conteúdos no TVF, não configuraram cerceamento de direito de defesa, sobretudo também porque os documentos em questão encontram-se amplamente disponibilizados pela Justiça ao público na rede mundial de computadores¹.

¹ "O Pedido de Busca e Apreensão Criminal n. 5022192-77.2016.4.04.7000 pode ser consultado no sítio eletrônico da Justiça Federal no Estado do Paraná . (<https://www.jfpr.jus.br/>). Basta preencher o campo processo e a chave eletrônica. A chave eletrônica é facilmente encontrada no sítio que o Ministério Público Federal mantém sobre a Lava Jato, o link com a informação é <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/lava-jato-mira-fornecedoras-de-tubos-para-a-petrobras>, bastando, para tanto, inserir o número do processo indicado no TVF na ferramenta de pesquisas Google, como fez esta subscritora.

A decisão que determinou a busca e apreensão é a primeira decisão proferida no feito. Corresponde ao evento sequência n. 3 "Decisão/Despacho de Expediente deferindo pedido", datando de 19/05/2016.

Assim, diante do farto lastro probatório constante dos autos acerca da inexistência de fato das empresas CREDENCIAL e AP ENERGY, que por vezes ainda aponta para a não efetiva prestação dos serviços informados pela recorrente como contrapartida dos pagamentos por ela efetuados e, por fim, por não ter sido a recorrente capaz de reunir indícios outros da real prestação destes serviços na forma do contratado, correta, portanto, a autuação pela fiscalização de IRRF na modalidade pagamento sem causa.

Do pedido de abatimento do IRRF retido a 1,5% sobre a cobrança de 35% sobre os mesmos pagamentos

Requer a recorrente o abatimento do valor que reteve de 1,5% sobre os pagamentos efetuados à CREDENCIAL e AP ENERGY, os quais foram tributados a 35% sobre base reajustada.

O pleito não é cabível por encontrar óbice na própria lei de regência da tributação de IRRF sobre pagamentos sem causa, que expressamente prescreve a tributação como definitiva tomando por ponto de partida o valor líquido da operação, ou seja, já deduzidas, inclusive, as retenções legais.

Lei 8.981/95

Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

§ 1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o

§ 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991. § 2º Considera-se vencido o Imposto de Renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.

§ 3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajusteamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto. (grifos acrescidos)

A Ação Penal Nº 5030883-80.2016.4.04.7000 também está disponível para consulta no já mencionado sítio da JFPR, mediante uso da ferramenta de “consulta processual”, inserindo o número da ação indicado no TVF. A sentença é o evento de n. 368 “Sentença com Resolução de Mérito – Condenatória”.

Já o Termo de Colaboração n. 4 de Agusto de Ribeiro Mendonça Neto consta Ação Penal n. 2012331-04.2015.4.04.7000), evento n. 1203 e também da Ação Penal n. 5012331-04.2015.4.04.7000/PR, dentre outras ações penais em que figurou como réu. Texto transscrito das contrarrazões da PGFN.” (Texto transscrito das contrarrazões da PGFN).

Assim, não deve ser acolhido o pleito da recorrente por ter o texto legal esgotado a regulação sobre a apuração da base de cálculo -- não deixando, portanto, espaço para outras interpretações -- e por não prever a possibilidade de abatimento do IRRF de 1,5% previamente retido nos pagamentos.

Da Multa Qualificada

Requer a recorrente o afastamento da multa qualificada sob o fundamento que a sua aplicação feriu a súmulas CARF nº 14 ("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") e nº 25 (a presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64).

Entende que a autuação se deu por base em presunção e alegações circunstanciais de irregularidade, bem como aplicação retroativa de baixa de ofício do CNPJ das empresas que contratou. Assim, não estariam comprovadas qualquer hipótese de fraude, sonegação ou conluio.

Não assiste razão à recorrente.

Os depoimentos tomados no âmbito da Operação Lava Jato complementam as diligências efetuadas pela Fiscalização no sentido de elucidarem a verdadeira finalidade dos pagamentos sem causa efetuada pela recorrente, qual seja: pagar propina a agentes públicos. Assim, o conluio está caracterizado, pois tais operações, comprovadamente fraudulentas, permitiram os reais beneficiários a ocultarem estes recursos e, na sequência, a evadirem a tributação.

Assim, correta a aplicação da multa qualificada nos termos dos artigos 72 e 73 da Lei 4.502/64.

Dos juros SELIC sobre a multa de ofício.

Questiona a recorrente a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Trata-se de questão de direito recentemente sumulada pelo CARF em 2 de abril de 2019, pela de número 108, cuja redação reproduzo a seguir:

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Assim, por se tratar de questão sumulada, julgo improcedente a alegação de que a multa de ofício não deve ser acrescida de juros Selic a partir da data de seu vencimento.

Recursos Voluntários dos Responsáveis Tributários

Interpuseram Recursos Voluntários, de idênticos teores, os responsáveis tributários, diretores da VIABAHIA, os Srs. José Carlos Nava Fernandes, Otávio Platzeck Schaer e Pedro Achkar Pinto. Assim, os recursos serão apreciados em conjunto.

Preliminar de nulidade

Alegam os recorrentes a nulidade por vício de motivação do ato que lhes atribuiu responsabilidade tributária, dado a autuação ter-se limitado a indicar os diretores à época sem, contudo, especificar quais os atos por eles praticados, assim como a participação de cada um deles nestes talis fatos.

Não assiste razão aos recorrentes.

A atribuição de responsabilidade aos diretores foi motivada pelo fato de estes terem assinado os contratos fraudulentos e autorizado os pagamentos sem causa cuja finalidade era remeter propina a agentes públicos. Logo, não se pode dizer serem tais atos nulos por falta de motivação.

Houve erro material na indicação do art. 124, I, no demonstrativo do Auto de Infração. O TVF, contudo, descreveu os fatos e indicou corretamente a responsabilidade tributária do art. 135, III, do CTN, não tendo havido, portanto, prejuízo à defesa.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento quanto à motivação da sujeição passiva. Passo a analisar o mérito.

Mérito

Alegam os recorrentes que não agiram, na condição de diretores, com dolo na assinatura e na liberação dos pagamentos sem causa, não se podendo, assim, serem responsabilizados na forma do art. 135, III, do CTN.

Assiste razão aos recorrentes.

As investigações levadas a efeito pela Operação Lava Jato, como se observa dos presentes autos, concluíram que a VIABAHIA efetuou pagamentos vultosos por contratos firmados com empresas fictícias de modo a viabilizar o repasse de vantagens indevidas a agentes políticos do primeiro escalão da República.

As operações da VIABAHIA eram apenas parte de um esquema maior, envolvendo diversas outras empresas e, neste caso em específico, uma concessionária de serviço público, cujas receitas dependem do faturamento com a cobrança de pedágios, cujo preço é também regulado pelo Poder Público.

As empresas AP ENERGY e CREDENCIAL receberam pagamentos irregulares não apenas da VIABAHIA, mas ao cabo oriundos também da Petrobras e de construtoras indiciadas na Operação Lava Jato, o que dá a verdadeira dimensão dos acontecimentos.

A apuração de tais fatos pela instância criminal resultou na acusação do Sr. Francisco Corrales Kindelán, o qual presidia as reuniões do Conselho de Administração da VIABAHIA. Quanto aos diretores da empresa, os fatos criminosos não foram a eles imputados sequer a título de indiciamento.

Assim, se do processo criminal não resultou qualquer imputação aos diretores da VIABAHIA, não pode a instância administrativa, reexaminando os mesmos fatos e sem dispor de novas provas, concluir diversamente, isto é, no sentido de que os diretores da VIABAHIA tenham colaborado com o tal esquema, sob pena de vir a atribuir-lhes, por via de consequência, a participação ou mesmo a coautoria nos tais crimes.

Acolher, portanto, a tese da Fazenda Nacional, de que os recorrentes se omitiram ao assinar os tais contratos, implicaria reconhecer, ao menos indiciariamente, os seus concursos no esquema criminoso, desafiando a conclusão que se extrai dos resultados oriundos da instância penal.

A dimensão dos fatos aqui expostos também permite facilmente concluir que os contratos com as empresas AP ENERGY e CREDENCIAL não foram celebrados por iniciativa dos diretores da VIABAHIA, mormente ainda por terem as investigações e interrogatórios judiciais apontado tratar-se de crimes os quais foram imputados ao presidente das reuniões do Conselho de Administração daquela SA.

Quanto ao fato de os diretores não terem constatado que os tais serviços de levantamento topográfico e congêneres nas rodovias não foram efetivamente prestados pelas empresas AP ENERGY e CREDENCIAL, tal não caracteriza, da parte deles, nem excesso de poderes, nem a infração à lei nem a estatuto da SA, requisitos necessários para a responsabilização tributária prevista no art. 135, III, do CTN. Se muito, poderia caracterizar uma eventual culpa no exercício das funções de diretor, nos termos da Lei das SA, a qual não se prestaria para sustentar igualmente a responsabilidade tributária prevista no art. 135, III, do CTN.

A subordinação de fato dos diretores da VIABAHIA restou também caracterizada, não apenas por estes não possuírem competência estatutária para contratarem serviços acima de R\$ 1 milhão sem autorização do Conselho de Administração, mas principalmente por se tratar a SA de uma concessionária de serviços públicos num contexto de crimes de autoria de agentes políticos do primeiro escalão.

Embora seja comum a atribuição de responsabilidade tributária aos diretores das sociedades anônimas por pagamentos sem causa de fundo criminoso, no caso dos autos as circunstâncias apontam em sentido de que a solidariedade aplicada no lançamento deveria ter sido dirigida ao Sr. Francisco Corrales Kindelán, membro do Conselho de Administração.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por conecer dos Recursos Voluntários para, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário da VIABAHIA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS SA e dar provimento aos Recursos Voluntários dos Srs. José Carlos Nava Fernandes, Otávio Platzeck Schaer e Pedro Achkar Pinto, excluindo as suas responsabilidades tributárias.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Allan Marcel Warwar Teixeira - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa - Redator do voto vencedor

Divirjo do relator apenas para negar provimento aos recursos e manter a responsabilidade tributária solidária dos diretores José Carlos Nava Fernandes, Otávio Platzeck Schaer e Pedro Achkar Pinto. Retomo os itens destacados nos Recursos Voluntários destes para justificar porque deve-se manter a responsabilidade solidária das três pessoas físicas. Como aqueles recursos trazem termos similares, e como os atos praticados são semelhantes (autorização dos pagamentos, responsabilidade pela tomada de decisão na empresa como diretor ou presidente no período da autuação e responsabilidade pela assinatura dos contratos - para esta última função concorreram apenas José Carlos Nava Fernandes e Pedro Achkar Pinto) as justificativas serão apresentadas uma só vez, valendo para os três.

Concordo e adiro as razões da decisão de primeira instância, quando afasta os apelos por nulidade por alegada deficiência no enquadramento legal e na motivação da responsabilização e afasta apelo pela inexistência da responsabilidade tributária dos responsáveis pessoas físicas segundo qualquer dos enquadramento legais apontados (art. 124, II e art. 135, III, do CTN).

Não há nulidade no auto de infração quando este imputa a responsabilidade aos recorrentes citados. Ou seja, a motivação é clara, logo não houve cerceamento do direito de defesa, e a autoridade autuante é competente (art. 59 do Decreto 70235/72).

A motivação vem representada pelos atos dos responsáveis tributários descritos no corpo de todo o auto de infração, e resumidos no item com o título DEMONSTRATIVO DE RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS (e-fl. 1908). Adicionalmente, o Termo de Verificação fiscal (e-fls. 1916/1965) traz a descrição das infrações à lei praticadas (acertos e pagamentos simulados, inclusive com transcrição de confissão da VIABAHIA em resposta a questionamento a ela dirigida, nominando os Recorrentes e suas respectivas responsabilidades na celebração de contratos fictícios e autorização de pagamentos sem causa) e traz item

específico com o título "DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA" com a motivação da responsabilização. Por fim cada pessoa física responsável recebeu documento com o título TERMO DE CIÊNCIA DE LANÇAMENTOS E ENCERRAMENTO TOTAL DO PROCEDIMENTO FISCAL – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. O objetivo do envio foi para que pudessem exercer amplamente o direito de defesa, segundo o Termo de Verificação fiscal.

A solidariedade destacada no enquadramento legal (art. 124, inciso II do CTN) denominada solidariedade de direito, somente ocorre, como o próprio dispositivo prescreve, nos casos previstos em lei, ou seja, decorre de disposição legal expressa. Nestes casos, sejam os responsáveis os "contribuintes originários" ou não, é a lei que lhe imputará a responsabilidade, subsidiária ou concorrente. E é o próprio CTN que descreve a hipótese de responsabilidade das pessoas físicas caracterizada nestes autos em seu art. 135, III, qual seja, a responsabilidade concorrente (com a autuada) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Nesta hipótese, somente dever-se-ia falar em "transferência da responsabilidade do contribuinte para terceiro", como quer os recorrentes pessoas físicas, se o representado (VIABAHIA), assim como o Fisco (no plano público), for vítima da ilicitude praticada. Neste caso a única vítima foi o erário público (Fisco).

Por aderir e concordar com os termos da decisão da DRJ que confirmou a responsabilidade solidária, reproduzo-os a seguir.

DAS IMPUGNAÇÕES DOS RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS

Esclareça-se de plano que os argumentos de defesa similares apresentados pelos responsáveis solidários Impugnantes serão apreciados em conjunto.

Da alegação de nulidade

Nas impugnações são invocadas circunstâncias envolvendo a disposição legal infringida que, na visão dos Impugnantes, eivam de nulidade o ato administrativo.

Diante da alegação de nulidade, cumpre notar que não se verifica nesses autos qualquer das hipóteses previstas no art 59 do Decreto nº 70.235/72, de 6 de março de 1972, verbis:

Art. 59. São nulos;

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Sendo os atos e termos lavrados por pessoa competente, dentro da estrita legalidade, e garantido o mais absoluto direito de defesa, não há que se cogitar de nulidade dos autos de infração.

Ademais, prescreve o citado Decreto que:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

(...)

Numa leitura atenta dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo. Antes disso, não há que se falar em litígio ou cerceamento de direito de defesa.

Após a ciência do lançamento, os contribuintes tem o prazo de trinta dias para ter vista do inteiro teor do processo no Órgão Preparador e apresentar impugnação escrita, instruída com os documentos em que se fundamentar, exercitando seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Especificamente quanto à motivação e ao enquadramento legal dos responsáveis, verifica-se no DEMONSTRATIVO DE RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS do Auto de Infração (fl. 1908) o que segue:

(...)

Ou seja, não há que se falar em ausência de motivação ou de enquadramento legal para requerer a anulação da Responsabilização Tributária.

Desta feita, uma vez não configurada a nulidade ou mesmo o cerceamento do direito de defesa dos Impugnantes, rejeito as alegações de nulidade argüidas pelos Impugnantes.

Do mérito

Da Sujeição Passiva e da Efetiva Responsabilidade Tributária

Alegam os Impugnantes que no presente caso não se aplicariam nem as hipóteses do art. 124, inciso II nem do art. 135, inciso III do CTN.

Inicialmente cabe ressaltar que a responsabilização solidária dos administradores da pessoa jurídica se insere no tema das garantias do crédito tributário e visa, desde logo, carrear as provas necessárias para caracterizar a responsabilidade de terceiros, assegurando-lhes a apresentação de suas razões de impugnação e, por conseguinte, o exercício do direito constitucional da ampla defesa no processo administrativo.

Neste aspecto, convém destacar partes dos achados da fiscalização para esclarecer a questão (fl. 1961 a 1962).

Em resposta a questionamento da Autoridade Fiscal, a respeito dos responsáveis pela contratação dos prestadores de serviços CREDENCIAL CONSTRUTORA EMPREENDIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA – EPP – CNPJ: 06.227.244/0001-98 e AP ENERGY ENGENHARIA E MONTAGEM LTDA - ME – CNPJ: 00.474.381/0001-40, a Fiscalizada informou:

Resposta: Em relação à CREDENCIAL CONSTRUTORA EMPREENDIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LIMITADA – EPP, os diretores da Viabahia que assinaram o contrato foram José Carlos Navas Fernandes (CPF nº 935.086.388-04) e Pedro Achkar de Mendonça Pinto (CPF nº 016.438.627-07) e o diretor que autorizou os pagamentos foi Pedro Achkar de Mendonça Pinto (CPF nº 016.438.627-07).

No que se refere à AP ENERGY ENGENHARIA E MONTAGENS LIMITADA – ME, os diretores da Viabahia de assinar o contrato foram José Carlos Navas Fernandes (CPF nº 935.086.388-04) e Otávio Platzeck Schaer (CPF nº 881.756.698-5) e os diretores que autorizaram a liberação dos pagamentos foram Otávio Platzeck Schaer (CPF nº 881.756.698-5) e Pedro Achkar de Mendonça Pinto (CPF nº 016.438.627-07) e José Carlos Navas Fernandes (CPF nº 935.086.388-04).

E a Autoridade Fiscal, tendo em vista as ações ilícitas praticadas pelo sujeito passivo descritas naquele TVF, constituiu a sujeição passiva solidária contra os contribuintes, abaixo indicados, relativamente aos fatos geradores apurados nos anos-calendário de 2012 e 2013:

8.3.1. PEDRO ACHKAR DE MENDONÇA PINTO, CPF nº 016.438.627-07, foi PRESIDENTE eleito da sociedade de 06/06/2011 a 29/05/2015. Atuava na condição de administrador da VIABAHIA, responsável pela tomada de decisões na empresa conforme descrito no Estatuto Social na época dos fatos geradores aqui narrados, e foi o responsável pela celebração dos contratos (assinando pela empresa), e pela liberação dos pagamentos relativos a estes contratos com as sociedades inexistentes de fato CREDENCIAL e AP ENERGY.

8.3.2. JOSÉ CARLOS NAVAS FERNANDES, CPF nº 935.086.388-04, foi DIRETOR eleito da sociedade de 06/06/2011 a 29/05/2015. Atuava na condição de administrador da VIABAHIA, responsável pela tomada de decisões na empresa conforme descrito no Estatuto Social na época dos fatos geradores aqui narrados, e foi o responsável pela celebração dos contratos (assinando pela empresa) com as sociedades inexistentes de fato CREDENCIAL e AP ENERGY, e pela liberação dos pagamentos relativos a estes contratos com a sociedade inexistente de fato AP ENERGY.

8.3.3. OTÁVIO PLATZECK SHAER, CPF nº 881.756.698-53, foi DIRETOR eleito da sociedade de 06/06/2011 a 29/05/2015. Atuava na condição de administrador da VIABAHIA, responsável pela tomada de decisões na empresa conforme descrito no Estatuto Social na época dos fatos geradores aqui narrados, e foi o responsável pela liberação dos pagamentos relativos a ao contrato com a sociedade inexistente de fato AP ENERGY.

No presente caso, a Autoridade Fiscal fundamentou a responsabilização solidária, no artigo 124, inciso II, da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional)

O citado dispositivo legal estatui, in verbis:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

(...) (grifos acrescidos)

É sabido que em uma relação jurídica tributária, podemos ter mais de uma pessoa no polo passivo, sendo que entre elas poderá haver uma situação de solidariedade, quando o sujeito ativo tem a faculdade de cobrar a totalidade da dívida diretamente um dos coobrigados solidários.

A solidariedade pode dar-se entre pessoas que se encontrem na condição de contribuintes ou responsáveis. A solidariedade de que trata o inciso II do art. 124 do CTN, a denominada solidariedade de direito, somente ocorre nos casos previstos em lei, ou seja, decorre de disposição legal expressa.

Observe-se que o Termo de Verificação Fiscal de folhas 1916 a 1964 faz parte do Auto de Infração e nele a Autoridade Fiscal, aponta também

como fundamento para a responsabilização solidária de terceiros, o art. 135, III do CTN, verbis:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
I - as pessoas referidas no artigo anterior;
II - os mandatários, prepostos e empregados;
III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.
(...) (grifos acrescidos)

Em que pese o caput desse artigo mencionar "pessoalmente responsáveis", trata este artigo de responsabilidade solidária, conforme entendimento manifestado no Parecer PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009, que, tomando por base a jurisprudência do STJ, assim concluiu, pois observou que, apesar de o Superior Tribunal de Justiça tratar a responsabilidade como subsidiária, ele aceita a execução concomitante da pessoa jurídica e dos sócios.

Nesse sentido, destaco as seguintes conclusões da doutrina Procuradoria no R. Parecer:

PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009

c) Para efeito de aplicação do art. 135, III, do CTN, responde também a pessoa que, de fato, administra a pessoa jurídica, ainda que não constem seus poderes expressamente do estatuto ou contrato social;

d) A responsabilidade dos administradores, de acordo com a jurisprudência do STJ, não pode ser entendida como exclusiva (responsabilidade substitutiva), porquanto se admite na Corte Superior que a ação de execução fiscal seja ajuizada, ao mesmo tempo, contra a pessoa jurídica e o administrador;

e) A tese da responsabilidade substitutiva também deve ser excluída pela inexistência de norma legal de desoneração da pessoa jurídica em razão da prática de ato ilícito por parte do administrador;

f) A tese da responsabilidade subsidiária, em sentido próprio, dos administradores é incompatível com a adoção da tese da responsabilidade subjetiva, acolhida pelo STJ, visto que não se pode conceber que o terceiro, sendo sancionado pela prática de ato ilícito, condicione sua responsabilidade à inexistência de bens da pessoa jurídica, suficientes para a satisfação do crédito;

g) A tese da responsabilidade subsidiária, em sentido próprio, dos administradores também deve ser afastada em razão da jurisprudência do STJ que admite que a execução fiscal seja ajuizada, desde logo, contra sociedade e administrador; não se trata de mera questão de legitimidade, como seria no processo de conhecimento, pois que, no processo de execução, não se admite o processamento da ação sem que se tenha presente, desde o início, a exigibilidade da pretensão em face do executado;

h) Os acórdãos do STJ que fazem referência à "responsabilidade subsidiária" somente podem ser entendidos no sentido impróprio da expressão, que exige, além da existência de poderes de gerência e da prática de ilicitude pelo administrador, a ausência de pagamento pontual da obrigação tributária, e não a insolvabilidade da pessoa

jurídica, o que se aproxima, na prática, da responsabilidade solidária decorrente de ato ilícito;

(...)

Verifica-se no caso sob exame, que restou fartamente demonstrado pela Fiscalização a vontade e consciência dos Impugnantes na prática dos aludidos acertos e pagamentos, inclusive com transcrição de confissão da VIABAHIA em resposta a questionamento a ela dirigida, nominando os Impugnantes e suas respectivas responsabilidades na celebração de contratos fictícios e autorização de pagamentos sem causa.

Os fatos relatados pela Fiscalização deixam clara a participação de cada responsável nos atos praticados com infração à Lei, em ações que participaram, anuíram e/ou se beneficiaram ativamente, sendo determinada pelo CTN sua responsabilização solidária.

Portanto, conforme restou demonstrada pela Fiscalização a participação nos atos com infração à lei, não há razão em acatar os argumentos dos Impugnantes.

O mesmo se diga quanto à responsabilização solidária pelas multas decorrentes da autuação.

Os responsáveis solidários recorrentes trouxeram também questões que nomearam de "*V. OUTROS ASPECTOS ESPECÍFICOS QUANTO À INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ORA RECORRENTE.*", assim resumidos no Relatório deste Acórdão:

- *Que, como diretores da VIABAHIA, não possuíam competência estatutária para celebrarem contratos de valores acima de R\$ 1 milhão, como os firmados com as empresas CREDENCIAL e AP ENERGY, cabendo tais deliberações ao Conselho de Administração da sociedade.*
- *Que as negociações destes contratos couberam ao Conselho de Administração e não aos diretores; a estes, coube-lhes apenas assinar os documentos;*
- *Que denúncia criminal resultante da Operação Lava Jato, em seus termos, aponta que a VIABAHIA teria sido utilizada como empresa veículo para repasse de valores à CREDENCIAL a qual, posteriormente, repassava tais importâncias para pagar propinas a José Dirceu e a seu grupo, mas que tais operações teriam sido arquitetadas por membro do Conselho de Administração da empresa à época, o Sr. Francisco Corrales Kindelán;*
- *Que a Operação Lava Jato em nenhum momento teria citado os diretores como integrantes do esquema, tendo-se restringido a mencionar o referido membro do conselho de administração como envolvido;*
- *Que tais fatos descritos em denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, aliados à falta de autonomia dos diretores da VIABAHIA demonstrada nos termos do estatuto da sociedade, comprovam que os diretores não foram os responsáveis por tais*

transações, cabendo-lhes apenas a parte burocrática de representar a companhia assinando papéis, o que fizeram de boa-fé.

- A boa-fé dos recorrentes também se caracterizaria pelo fato de as empresas beneficiárias dos pagamentos CRENDENCIAL e AP ENERGY encontrarem-se regulares perante o cadastro do CNPJ à época, não lhes sendo exigíveis, enquanto diretores com poderes limitados, maiores diligências neste caso além desta.

- Agindo dentro dos limites fixados nos estatutos, não podem os diretores serem responsabilizados por passivos e obrigações das companhias.

Não me parece crível que diretores de uma companhia concessionária, e mesmo seu presidente, reconheçam-se como simples cumpridores de ordens e acreditam que não lhes seja exigido, enquanto diretores, maiores diligências fora da checagem da regularidade cadastral da empresa que administram. Nos contratos anexados aos autos (e-fls. 1790/1835) as únicas assinaturas apostas são dos Srs. José Carlos Nava Fernandes e Pedro Achkar Pinto. Os pagamentos das operações simuladas foram autorizados pelos três responsabilizados. A gestão das atividades da companhia no período, que incluía a medição dos serviços que não existiram, contratados com empresas que a fiscalização sequer localizou, são dos três administradores (e-fls. 1836/1892).

O fato é que possuíam competência estatutária para celebrarem (sozinhos) contratos. Mas que, para aqueles contratos de valores acima de R\$ 1 milhão, como os firmados com as empresas CRENDENCIAL e AP ENERGY, precisavam de uma autorização do Conselho de Administração da sociedade. Porém tal autorização não os obrigava a cometer ilícitudes, somente traria mais sujeitos que poderiam eventualmente figurar como responsáveis pelo tributo lançado nestes autos.

A propósito, o membro do Conselho de Administração da empresa à época, o Sr. Francisco Corrales Kindelán, figurou como um dos investigados sujeitos a Pedido de Medidas Cautelares pelo Ministério Público (Busca e Apreensão Criminal, Prisão Preventiva, Prisão Temporária, Condução Coercitiva e Bloqueio de Ativos) nos autos da Ação Penal nº 5003917-17.2015.4.04.7000, como noticia os recorrentes. Tal fato só comprova que diligências na esfera penal foram lá necessárias para se perquirir por provas para futura(s) denúncia(s) de crimes como corrupção e lavagem de capitais (o que se deduz da transcrição da peça penal transcrita parcialmente no recurso administrativo, e-fl. 2923), tendo como um dos investigados o membro do conselho de administração citado. O mesmo não se pode dizer dos responsáveis solidários destes autos administrativos, cujas provas fazem-se aqui suficientes para futura denúncia de crime contra a ordem tributária. Isto se se confirmar os lançamentos efetuados na esfera administrativa, conforme preceitua o art. 83 da Lei 9.430/96:

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Neste sentido o Termo de Verificação reporta:

"Identificada a ocorrência de fatos que, em tese, configurariam crime contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, inciso I, e IV, e artigo 2º, inciso I, da Lei 8.137/90, os fatos foram relatados na Representação Fiscal para Fins Penais – RFFP contida no processo 15956.720071/2017-67 (apenso a este no momento)."

Pelo exposto, voto por negar provimento aos recursos voluntários, mantendo as responsabilidades solidárias.

Assinado Digitalmente
Lizandro Rodrigues de Sousa