



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	19515.720595/2016-17
ACÓRDÃO	1401-007.581 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	27 de agosto de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS SIMONE ALEXANDRA BARBIERI POMPEU E OUTROS
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 2012

RESPONSABILIDADE TRIBUTARIA. PRESTADORA DE SERVIÇOS. SUCESSÃO POR AQUISIÇÃO DE FUNDO DE COMÉRCIO E CONTINUAÇÃO DO NEGÓCIO. ART. 133 DO CTN.

O conjunto de tributos em relação aos quais vai haver sucessão abrange o imposto sobre a renda, quando fique demonstrado que o objeto de alienação, de fato, correspondeu ao que dá conformação substancial à identidade da pessoa jurídica, ou seja, se tratar de aquisição da totalidade da empresa ou de parte que corresponda à sua essência, vale dizer, de parte que lhe dê identidade. No caso, a expressão “continuar a respectiva exploração” deverá ser interpretada em relação à atividade da empresa, considerada pelo conjunto das prestações de serviços adquiridas, de forma a prevalecer sobre a análise isolada por serviço prestado, dado que o imposto de renda, em essência, têm natureza vinculada à atividade da pessoa jurídica.

SUJEIÇÃO PASSIVA. SÓCIOS ADMINISTRADORES. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA.

São solidariamente responsáveis pelos créditos tributários correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SOLIDARIEDADE. INTERESSE COMUM.

Evidenciado o vínculo de fato de pessoa física estranha ao quadro societário e a empresa autuada, regular é a atribuição de responsabilidade solidária, por interesse comum nas situações que se constituíram em fatos

geradores das obrigações infringidas, como estabelece o inciso I do artigo 124 do CTN.

MULTA DE OFÍCIO. EXIGÊNCIA DA SUCESSORA POR INFRAÇÃO COMETIDA PELA SUCEDIDA.

A responsabilidade tributária da empresa sucessora abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que o fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão. Nada obstante os art. 132 e 133 do CTN apenas refiram-se aos tributos devidos pelo sucedido até a data do ato, a responsabilidade do sucessor abrange, nos termos do art. 129 do CTN, os créditos definitivamente constituídos, em curso de constituição ou constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CABIMENTO. RETROATIVIDADE BENIGNA. LEI N. 14.689/2023. REDUÇÃO DE 150% PARA 100%. Cabível a imposição da multa qualificada, prevista no artigo 44, inciso I, §1º, da Lei nº 9.430/1996, restando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo se enquadra na hipótese tipificada nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. Na hipótese de existência de processo pendente de julgamento, seja administrativa ou judicialmente, tendo como origem auto de infração ora lavrado com base na regra geral de qualificação, a nova regra mais benéfica (art. 8º da Lei 14.689/2023) deve ser aplicada retroativamente, nos termos do artigo 106, II, “c” do CTN, in casu, reduzida ao patamar máximo de 100% do valor do tributo cobrado.

APLICAÇÃO DO ART. 114 § 12º, INC. I DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. DECLARAÇÃO DE CONCORDÂNCIA COM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. FACULDADE DO JULGADOR.

Plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que a Recorrente não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento aos recursos voluntários dos responsáveis solidários, reduzindo, entretanto, a multa qualificada para o percentual de 100% diante do disposto no art. 8º da Lei nº 14.689/2023. Vencidas as Conselheira Andressa Paula Senna Lisias e Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, que davam provimento aos recursos para afastar as responsabilidades solidárias e a multa qualificada. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Daniel Ribeiro Silva.

Assinado Digitalmente

Andressa Paula Senna Lisias – Relatora

Assinado Digitalmente

Luiz Augusto de Souza Goncalves – Presidente

Assinado Digitalmente

Daniel Ribeiro Silva – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Conselheiros s Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Daniel Ribeiro Silva, Fernando Augusto Carvalho de Souza, Andressa Paula Senna Lisias, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente)

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração de **IRRF**, relativamente ao ano-calendário de 2012, com imposição de multa de 150% lavrado contra o sujeito passivo para a exigência dos tributos devidos, por entender a D. Fiscalização que teria havido pagamentos sem causa, ou de operações não comprovadas, ou ainda de beneficiários não identificados.

O Relatório Fiscal, colacionado às e-fls. 11/64, demonstra que o contribuinte, na qualidade de prestador de serviços de vigilância e segurança contratado por órgãos públicos, teria deixado de contabilizar e informar à RFB as receitas de prestação de serviços.

Assim a D. Fiscalização contextualizou as acusações contra o contribuinte:

“II – Procedimento Fiscal

II.1 Da motivação da fiscalização

Esta fiscalização foi programada em relação ao tributo IRPJ no ano de 2012 visto que havia insuficiência de declaração e recolhimento de IRPJ na DIPJ Retificadora (Anexo 03). **Houve pagamentos declarados em DIRF de várias empresas neste ano e não houve receita declarada.**

O contribuinte já havia sido autuado, pelo mesmo motivo, pela DEFIS, através do procedimento de Revisão de Declaração. Os anos-calendário autuados foram 2009 e 2011. **No ano-calendário 2012, o contribuinte retificou a DCTF para um total de R\$ 240,00 (Anexo 04), conforme abaixo:**

A DCTF Retificada de 2012, de cópia anexa, confessava os seguintes débitos: COFINS(MERC.INTERNO) 736.953,96 e PIS/PASEP (MERC.INTERNO) 159.574,65. A DCTF Retificadora de 2012 confessou somente: COFINS (MERC.INTERNO) 120,00 e PIS/PASEP (MERC.INTERNO)120,00.

Quanto a DIPJ, o contribuinte apurou o seu lucro pelo método Lucro Real Trimestral e entregou a DIPJ Ex 2013, original, com valores zerados, a qual foi cancelada por uma retificadora, de cópia anexa que apenas traz preenchidas a Ficha 36A – Ativo – Balanço Patrimonial e Ficha 37A – Passivo – Balanço Patrimonial.

II.2 – Das receitas contabilizadas

Esta empresa presta serviços principalmente para órgãos públicos e havia indicação de omissão de receita a princípio de R\$ 81.629.560,41 conforme DIRF entregues pelos clientes. Planilhamos as DIRF entregues pelos declarantes (Anexo 05) e desta vez a somatória dos pagamentos efetuados ao contribuinte foi de R\$ 102.188.934,30. Note-se que a indicação de possível omissão de receita foi maior do que a indicada à época da programação desta fiscalização. Note-se também a quantidade de órgãos públicos entre as fontes pagadoras, entre as quais CENTRO ESTADUAL DE EDUCACAO TECNOLOGICA PAULA SOUZA, FUND CENTRO ATEND SOCIOEDUCATIVO AO ADOLESCENTE-FUND CASA-SP e SECR MUNICIPAL DE FINANÇAS E DESENVOLVIMENTO ECONOMICO – SF.

Requisitamos uma cópia da Escrituração Contábil Digital. (Anexo 06). Percebemos que há três arquivos distintos: o primeiro vai de 01/01/2012 a 12/02/2012, o segundo contempla o período de 13/02/2012 até 30/06/2012 e o terceiro tem como período de escrituração 01/07/2012 a 31/12/2012. Também importamos um arquivo com os dados agregados contabilizados. Note-se que, ao tentarmos agregar os três períodos o sistema Contábil alertou algumas divergências entre os saldos final de um período e o inicial do período subsequente mas que não chegaram a constituir erro na contabilidade.

Analizamos as contas referentes às contas de Receita de Serviços e Receitas Financeiras resumidas a seguir (Anexo 7 e 8) :

2012	Receitas de Serviços	Conta contábil
janeiro	7.836.629,81	9010000000000004 - SERVIÇOS
fevereiro	8.273.098,09	01010000000006 - RECEITA SERVIÇOS
março	7.803.752,39	01010000000006 - RECEITA SERVIÇOS
abril	8.279.799,58	01010000000006 - RECEITA SERVIÇOS
maio	8.767.516,31	01010000000006 - RECEITA SERVIÇOS
junho	9.258.675,41	01010000000006 - RECEITA SERVIÇOS
julho	8.553.936,36	3.1.1.01.0001 - RECEITA DE SERVIÇO
agosto	9.159.823,25	3.1.1.01.0001 - RECEITA DE SERVIÇO
setembro	9.683.277,79	3.1.1.01.0001 - RECEITA DE SERVIÇO
outubro	8.927.801,28	3.1.1.01.0001 - RECEITA DE SERVIÇO
novembro	10.806.216,02	3.1.1.01.0001 - RECEITA DE SERVIÇO
dezembro	10.710.623,42	3.1.1.01.0001 - RECEITA DE SERVIÇO
	108.061.149,71	

2012	Receitas Financeiras	Conta contábil
janeiro	0,00	
fevereiro	0,00	
março	0,00	
abril	0,00	
maio	0,00	
junho	0,00	
julho	52.966,63	1.0002 - RENDIMENTOS DE APLICAÇÃO
agosto	3.729,31	1.0002 - RENDIMENTOS DE APLICAÇÃO
setembro	3.230,92	1.0002 - RENDIMENTOS DE APLICAÇÃO
outubro	8.788,33	1.0002 - RENDIMENTOS DE APLICAÇÃO
novembro	8.788,34	1.0002 - RENDIMENTOS DE APLICAÇÃO
dezembro	18.329,39	1.0002 - RENDIMENTOS DE APLICAÇÃO
	95.832,92	

Portanto as receitas de serviços e as financeiras contabilizadas superam os pagamentos realizados pelos clientes e declarados em DIRF.

Requisitamos os dados agregados da contabilidade, fornecidos pela empresa à Receita Federal (Anexo 9). Analisamos então os dados agregados para verificarmos os resultados dos trimestres, assim como os balancetes dos três arquivos entregues pelo Contribuinte. Encontramos prejuízos nos três períodos contabilizados:

01/01 a 12/02: R\$ 1.430.128,06 de prejuízo

13/02 a 30/06: R\$ 4.293.815,07 de prejuízo

01/07 a 31/12: R\$ 43.628.481,01 de prejuízo

Portanto ele contabilizaria prejuízo nos quatro trimestres, resultado negativo que deve ser verificado. Olhando as despesas no ano (Anexo 10), verificamos que há lançamentos mensais de despesas administrativas que somam 57 milhões cujo histórico é “conforme documentos”, valores reproduzidos abaixo e analisados em momento subsequente.

Conta	Data	Valor	D/C Histórico
92201740000000006 – Desp. Administrativas	31/01/2012	1.551.960,36	D Conforme comprovantes
92201740000000006 – Desp. Administrativas	29/02/2012	1.770.954,36	D Conforme documentos
92201740000000006 – Desp. Administrativas	31/03/2012	1.678.025,47	D Conf. documentos diversos
92201740000000006 – Desp. Administrativas	30/04/2012	1.840.555,36	D Conf. documentos diversos
92201740000000006 – Desp. Administrativas	31/05/2012	1.950.302,44	D Conforme documentos
92201740000000006 – Desp. Administrativas	30/06/2012	2.890.102,36	D Conf. NF diversas
5.1.1.01.0041 – Desp. Administrativas	31/07/2012	6.048.356,32	D Conforme documentos
5.1.1.01.0041 – Desp. Administrativas	31/08/2012	6.608.055,50	D Conforme documentos
5.1.1.01.0041 – Desp. Administrativas	30/09/2012	7.970.729,35	D Conforme documentos
5.1.1.01.0041 – Desp. Administrativas	31/10/2012	5.285.824,23	D Conforme documentos
5.1.1.01.0041 – Desp. Administrativas	30/11/2012	9.257.256,96	D Conforme documentos
5.1.1.01.0041 – Desp. Administrativas	31/12/2012	10.603.371,53	D Conforme documentos
Total		57.455.494,24	

(destaques desta Relatora).”

Registro que, em outro trecho do Relatório Fiscal, a D. Fiscalização informa que foi decretada a falência do contribuinte. Confira-se o excerto em que tal informação é apresentada:

“II.6 – Da decretação da falência do contribuinte

Como até então, as tentativas de comunicação com a sócia haviam se mostrado infrutíferas, voltamos a consultar os apontamentos da JUCESP para localizar alguma procuração dada pela sócia da empresa.

Para nossa surpresa, havia então uma nova anotação, desta vez da decretação de falência da empresa na Ficha Cadastral (Anexo 02), transcrita a seguir:

NUM.DOC: 856.195/15-7 SESSÃO: 18/08/2015

JC - 110917/15 DE 10/06/2015 - DECRETADA A FALÊNCIA DESTA, PELO MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA 1, 2ª VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS / SP, DA COMARCA DE SÃO PAULO - SP. PROCESSO N. 1103135-17.2014 8.26.0100. TRATA-SE DE OFÍCIO N. 699/2015 EXPEDIDO PELO MM. JUIZ DE DIREITO DA 1. VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DO FORO CENTRAL CIVEL DA COMARCA DE SÃO PAULO/SP, NOS AUTOS DA AÇÃO DE FALÊNCIA DE EMPRESÁRIOS, SOCIEDADES EMPRESÁRIAS, MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE ONDE FIGURA COMO REQUERENTE E COMO REQUERIDO: ATLANTICO SUL SEGURANÇA E VIGILÂNCIA EIRELI, POR MEIO DO QUAL O MM. JUIZ COMUNICOU QUE, POR SENTENÇA PROLATADA EM 18 DE FEVEREIRO DE 2015, FOI DECRETADA A FALÊNCIA DESTA EMPRESA. INFORMOU, AINDA, QUE FOI NOMEADO PARA O CARGO DE ADMINISTRADORA JUDICIAL PROBRASIL SERVIÇOS EM RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS EIRELI EPP, REPRESENTADA POR RICARDO HASSON SAYEG, OAB/SP 108.332, COM ENDEREÇO NA RUA ITAQUERA, 384, SALA 01, PACAEMBU, SÃO PAULO/SP. DESSE MODO, REQUISITOU PROCEDER A ANOTAÇÃO NO REGISTRO DA DEVEDORA ACIMA QUALIFICADA PARA CONSTAR A EXPRESSÃO "FALIDA", BEM COMO A DATA DE DECRETACÃO DA FALÊNCIA E A INABILITACÃO, NOS TERMOS DO ART. 102 DA LEI 11.101/05. SUBSTITUINDO-SE A EXPRESSÃO "PENDÊNCIA JUDICIAL" POR "FALIDA" NA FOLHA DE ROSTO DA FICHA CADASTRAL, BEM COMO MANTENDO-SE A EXPRESSÃO "INABILITADA PARA EXERCER ATIVIDADE EMPRESARIAL" AO LADO DA DENOMINAÇÃO SOCIAL.

[...]"

(destaques da Relatora)

Em apenso a este processo, consta também a Representação Fiscal para Fins Penais – RFFP (19515.720611/2016-71).

Neste lançamento, foram também elencados como responsáveis solidários da obrigação tributária, com base nos arts. 133, 135 e 124, I do CTN, as seguintes pessoas físicas e jurídicas:

- 1) SIMONE ALEXANDRA BARBIERI POMPEU – art. 135
- 2) ALEXANDRE OLIVER GASPAR POMPEU – art. 124, I
- 3) AMBIENTAL BIO SERVICE LTDA – EPP – art. 124, I
- 4) AGAPE CONSTRUCAO NAVAL EIRELI – art. 124, I
- 5) DUNBAR SERVICOS DE SEGURANCA – EIRELI – art. 124, I e 133

O sujeito passivo **não** apresentou impugnação em face dos lançamentos.

Nesse caso quem apresentou impugnação foram apenas os cinco responsáveis apontados como solidários.

Peço licença para valer-me do sumário das alegações feito pela DRJ:

“DAS IMPUGNAÇÕES

Cumprе destacar que a empresa ALPHAGAMA VIGILÂNCIA E SEGURANÇA LTDA sofreu alteração do nome empresarial para DUNBAR SERVIÇOS DE SEGURANÇA – EIRELI.

Os sujeitos passivos solidários apresentaram as impugnações de fls.2033/2115, 2324/2478, 2976/3005, 3044/3077 e 3243/3278, expondo, em síntese, que:

1. Quanto à alegação de transferência de grande número de empregados da empresa falida à empresa DUNBAR, isso não ocorreu em razão da existência de qualquer tipo de vínculo entre as duas empresas, mas porque a empresa falida e a empresa DUNBAR trabalhavam com a mesma atividade, inclusive já foram concorrentes, de modo que, quando a empresa falida deixou de ter condições de continuar a pagar seus empregados e exercer sua atividade comercial, uma vultosa quantia de pessoas já treinadas a realizar a atividade de segurança e vigilância ficou disponível à contratação no mercado de trabalho, sendo que a contratação de tais pessoas era muito mais vantajosa para a DUNBAR do que a busca e seleção de pessoas inexperientes ou de experiência incerta, as quais ainda precisariam ser ensinadas e treinadas, o que implicaria um dispêndio maior de tempo e uma menor produtividade.

1.1. O fato de a empresa Atlântico Sul não ter dado baixa na carteira dos seus empregados, nem ter pagado as verbas rescisórias, e de a empresa DUNBAR ter contratado tais pessoas, não é indício de que essas duas empresas constituem grupo econômico; é indicativo apenas de que a empresa Atlântico Sul foi obrigada a encerrar suas atividades comerciais sem quitar suas obrigações trabalhistas, e de que a empresa DUNBAR se deparou com a disponibilidade de um número grande de pessoas já treinadas e aproveitou a oportunidade de fácil e vantajosa contratação, a fim de economizar tempo e dinheiro. Se a DUNBAR não tivesse sido rápida na contratação de tais pessoas, provavelmente perderia tais

empregados para alguma outra empresa concorrente, que também teria interesse na referida contratação e agiria como a impugnante agiu, contratando independentemente da baixa da carteira.

2. Relativamente à alegação de que os contratos perdidos pela empresa falida teriam sido assumidos pela empresa DUNBAR, esclarece-se que, de fato, alguns dos clientes atendidos pela impugnante já foram atendidos pela empresa falida; no entanto, os contratos de tais clientes não foram simplesmente assumidos pela impugnante como se antes constassem em nome da empresa falida e tivessem sido simplesmente transferidos para o nome da impugnante.

2.1. Tais contratos foram firmados com a DUNBAR depois de os contratos com a empresa falida terem sido interrompidos e encerrados, sendo que os contratos firmados com a impugnante só foram celebrados em razão da realização de procedimentos licitatórios, dos quais a impugnante restou vencedora.

2.2. Nesse contexto, cabe citar os casos dos Contratos n.ºs 041/2013, 042/2013 e 002/2014 (fls.2162/2205, 2206/2250, 2252/2293), os três com a Fundação Casa, que já fora cliente da empresa falida e que passou a ser cliente da impugnante, depois que esta restou vitoriosa nos certames realizados, respectivamente, nos pregões eletrônicos n.ºs 072/2013, 069/2013 e 001/2014.

2.3. Aliás, a empresa falida e a DUNBAR tanto constituem unidades econômicas diversas e não possuíam qualquer vínculo ou relação de interdependência entre si que, em alguns pregões eletrônicos realizados em 2012, quando a empresa falida ainda participava de alguns certames, é possível verificar a disputa entre essas duas empresas e até mesmo a vitória da DUNBAR em face da empresa Atlântico Sul e dos outros licitantes, como pode ser observado no Pregão Eletrônico n.º 014/2012 (fls.2294/2303), que originou o Contrato n.º 015/2012 (fls.2304/2320), celebrado entre a Impugnante e o Instituto Florestal da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo.

2.4. Portanto, o fato de alguns clientes da DUNBAR já terem sido clientes da empresa falida não configura indício de que tais empresas possuíam algum vínculo entre si, somente demonstra a concorrência que havia entre elas em razão do exercício do mesmo tipo de atividade comercial.

2.5. A empresa DUNBAR configura unidade empresária e econômica autônoma, jamais tendo participado de qualquer grupo econômico com a empresa Atlântico Sul, sendo que a única relação que existia entre elas era a de concorrência.

3. O fato de ter obtido vantagens com o encerramento das atividades da empresa falida, em razão de ter perdido uma concorrente e angariado empregados já treinados, não configura motivo para responsabilizá-la solidariamente pelo débito da Atlântico Sul. Vale dizer, o mero interesse social, moral ou econômico nas consequências advindas da realização do fato gerador não autoriza a aplicação do art. 124, I, do CTN.

3.1. Ainda que se considerasse a existência de um grupo econômico, não haveria razão para imputação de responsabilidade tributária, uma vez que não há qualquer vínculo da DUNBAR com o fato imponível praticado pela devedora original (Atlântico Sul Segurança e Vigilância Eireli), de modo que a responsabilidade tributária imputada no caso está em desacordo com o que propõe o art. 128 do CTN.

4. A solidariedade tributária não se presume, deriva sempre de lei, e, se não há lei complementar vigente dispondo que a simples circunstância de empresas estarem reunidas por vínculos de participação social implica solidariedade entre elas, a conclusão é que o Fisco não está autorizado a exigir o pagamento da dívida de empresas que não contribuíram para a realização do fato jurídico tributário.

4.1. Prosseguir a cobrança em face da DUNBAR, sem que tenha constituído grupo econômico com a empresa Atlântico Sul, e, mesmo que tivesse constituído, sem que tenha tido qualquer vínculo com o fato gerador que ensejou a autuação, sem que tenha agido com má-fé ou incorrido em fraude e sem que a responsabilidade tributária imputada tenha respaldo probatório, configura violação do princípio do devido processo legal.

5. O Fisco afirma que teria ocorrido no caso a hipótese prevista no art. 133 do CTN, de modo que a DUNBAR seria sucessora da empresa falida, ou seja, a empresa teria adquirido o estabelecimento comercial da empresa falida e continuado a explorar a mesma atividade econômica que era exercida pela falida.

5.1. Cumpre esclarecer que não houve qualquer tipo de aquisição de estabelecimento comercial pela DUNBAR. A existência de contratos de serviços celebrados pela impugnante com clientes que já foram da empresa falida e de empregados que trabalharam na empresa falida e foram contratados pela impugnante não configuram aquisição de estabelecimento comercial e não são elementos autorizadores do enquadramento da impugnante como sucessora da empresa falida.

5.2. Não houve aparentes licitações, mas licitações reais, conforme os documentos de fls.2233/2391, nas quais a impugnante restou vencedora, sendo que, em alguns destes certames, a disputa foi realizada, inclusive, contra a própria empresa falida.

5.3. As transferências bancárias foram realizadas pela empresa falida à DUNBAR, no valor de R\$224.385,54, a fim de remunerá-la pela cessão de mão de obra utilizada em uma situação específica em que a empresa falida necessitou, com urgência, de mão de obra para ocupar um posto de atendimento, e não teria disponíveis empregados suficientes para prestar o serviço.

5.4. Sendo assim, as transferências bancárias recebidas pela DUNBAR também não representaram aquisição de estabelecimento comercial da empresa falida, nos termos do art. 133 do CTN, uma vez que foram realizadas para remunerar a impugnante pela cessão de mão de obra e prestação de serviços.

6. Não foram indicados, como fundamento para a cobrança do imposto e da multa, quaisquer dispositivos de lei que poderiam ter sido infringidos pela empresa falida, mas somente dispositivos do Regulamento do Imposto de Renda.

6.1. Não há no auto de infração qualquer indicação sobre os dispositivos legais que ensejariam a incidência do IRPJ e CSLL e a cobrança de multa, de modo que não há qualquer segurança quanto à natureza do suposto crédito tributário imputado pelo Fisco Federal, razão pela qual deve ser cancelado o auto de infração em tela, em razão da ofensa ao princípio da legalidade.

7. A empresa DUNBAR não tem acesso à contabilidade da empresa Atlântico Sul e, conseqüentemente, não possui meios para afastar determinados enquadramentos feitos pelo Fisco, o que acarreta a nulidade dos autos de infração, em virtude do cerceamento de defesa.

8. Nos termos do art. 129, c/c 133, ambos do CTN, a responsabilidade tributária não é extensível ao pagamento de multa, logo deve ser excluída a multa de ofício ora aplicada.

9. O Sr. Alexandre Oliver Gaspar Pompeu e a Sra. Simone, sua esposa, não constituem qualquer sociedade de fato no âmbito empresarial, para gestão da empresa Atlântico Sul. Tal empresa e os negócios gerados por meio dela eram administrados exclusivamente pela Sra. Simone.

9.1. O Sr. Alexandre possui sua própria empresa (Agape Construção Naval Eireli) e gere seus próprios negócios, sendo que somente assinou empréstimos em bancos junto à sua esposa em razão do vínculo matrimonial.

10. As transferências bancárias feitas pela empresa Atlântico Sul à conta do Sr. Alexandre, no valor total de R\$780.426,62, foram realizadas a título de pagamento dos serviços de consultoria prestados pelo impugnante à empresa. A única contribuição que o impugnante realizou em relação à empresa falida de sua esposa era relativa a serviços de consultoria.

11. Eventuais vantagens que possam ter sido aproveitadas pelo Sr. Alexandre, no que tange ao patrimônio comum entre ele e sua esposa, em decorrência da infração cometida pela empresa Atlântico Sul, não configuram motivos para responsabilizá-lo solidariamente pelo débito devido por esta e imputado à sua esposa. Vale dizer, o mero interesse social, moral ou econômico nas conseqüências advindas da realização do fato gerador não autoriza a aplicação do art. 124, I, do CTN.

11.1. O Sr. Alexandre não pode responder pelo débito cobrado nos auto de infração, uma vez que não se enquadra no art. 124, I, do CTN, já que nunca foi sócio de fato da empresa falida, não constituiu sociedade de fato com sua esposa e não possui vínculo com o fato gerador que gerou a presente autuação; mesmo que tivesse sido sócio de fato da empresa falida, ainda assim não poderia responder pelo débito, tendo em vista que não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas pelo art. 135 do CTN.

12. O fato de a Sra. Simone ter sido a administradora da empresa Atlântico Sul Segurança e Vigilância Eireli, no período em que apurada a infração autuada, não justifica a imputação de responsabilidade passiva com base no art. 135 do CTN.

13. A autuação se baseou em contabilidade equivocada, que estava sendo objeto de substituição por meio do SPED, conforme requerido pela Sra. Simone. O Fisco ignorou a substituição dos livros feita pela impugnante desde 8 de outubro de 2014 (fls.2511), dos quais se junta o Balanço Patrimonial de fls.2515/2561, a título de amostragem, além de ignorar a petição apresentada pela contribuinte em 29 de fevereiro de 2016 (fls.2969/2971).

13.1. A despeito da ausência do envio do referido SPED, por conta de que se aguardava manifestação da Junta Comercial, foi apresentado mídia removível, na qual constaram os livros diários dos anos de 2011 e 2012 já retificados, sendo que nestes novos livros não existem as inconsistências em que se fundamentou a autuação em comento. Mesmo assim, o Fisco prosseguiu a fiscalização com base nos livros contábeis anteriores. Logo, os autos de infração devem ser anulados.

13.2. A Sra. Simone só poderia ser considerada responsável tributária pela dívida fiscal da referida empresa caso tivesse sido comprovado que teria incorrido nas hipóteses do art. 135, inciso III, do CTN, o que não foi feito pelo Fisco, que se baseou em indícios e informações equivocadas, que estavam sendo substituídas.

14. A imputação de responsabilidade passiva à empresa AGAPE possui como base o recebimento de transferências bancárias da empresa Atlântico Sul, cuja motivação não teria sido comprovada pela empresa falida. Entretanto, as transferências para a empresa Agape/Atlantica Boat se referem ao pagamento pela locação de diversos bens móveis (3111/3238), de modo que é infundada a alegação de que a impugnante formaria grupo econômico com a empresa Atlântico Sul.

15. Por sua vez, as transferências para a empresa AMBIENTAL se referiam ao reembolso de empréstimos, os quais foram feitos em nome da empresa Ambiental, mas se destinavam à Atlântico Sul (fls.3321/3348), de modo que é infundada a alegação de que a AMBIENTAL formaria grupo econômico com a empresa Atlântico Sul.

16. A AGAPE configura unidade empresária e econômica autônoma, não participa de qualquer grupo econômico com a empresa Atlântico Sul, sendo que a única relação que existia entre elas é o fato do sócio da impugnante ser esposo da sócia da empresa Autuada e a relação contratual de locação de bens móveis.

17. Da mesma forma, a AMBIENTAL configura unidade empresária e econômica autônoma, não participa de qualquer grupo econômico com a empresa Atlântico Sul, sendo que o único elemento em comum entre elas era a sócia, a Sra. Simone, e a relação de empréstimo no banco que foi feito em nome da Impugnante, mas com destinação à empresa falida 18. Para responsabilizar as impugnantes, deveria haver lei complementar que disciplinasse a matéria relativa à responsabilidade

tributária do grupo econômico. As hipóteses de responsabilidade tributária são aquelas elencadas no CTN, nos arts. 128 a 138, e nenhuma delas indica a responsabilidade solidária de membros de um mesmo grupo econômico, menos ainda refere, trata ou sistematiza o que seria um grupo econômico. Logo, o Fisco desrespeitou o princípio da legalidade.

18.1. A caracterização de responsabilidade tributária solidária em razão da existência de grupo econômico viola os princípios da capacidade contributiva e da isonomia.

19. Para que o art. 124, inciso I, do CTN pudesse ter sido aplicado às impugnantes, estas precisariam ter participado da ocorrência do fato gerador da obrigação, o que não ocorreu no caso, mas, ainda que tivesse ocorrido, não foi comprovado pelo Fisco vínculo suficiente para caracterizar as impugnantes como devedoras solidárias.

19.1. As empresas AGAPE e AMBIENTAL não podem ser consideradas responsáveis tributárias solidárias quanto ao débito indicado no Auto de Infração, na medida em que não realizaram ou participaram diretamente do fato gerador da autuação em comento, bem como não ter configurado fraude ou má fé das impugnantes.

20. O presente processo deve ser baixado em diligência para fins de produção de prova pericial, a fim de que se proceda à análise dos livros contábeis retificados, bem como se possa checar e confirmar os documentos comprobatórios que dão suporte à escrituração contábil da empresa autuada.

21. Nos termos do art. 47 da Lei nº 8.981/95, nas hipóteses em que a escrituração fiscal do contribuinte se mostrar imprestável ou deficiente, deve-se aplicar a tributação com base no lucro arbitrado. Portanto, os autos de infração devem ser cancelados, devido ao erro na apuração da base cálculo, uma vez que não se observou o disposto no art. 47 da Lei nº 8.981/95, art. 43, do CTN e art.153, inciso III, da CF, e o princípio da legalidade.

22. Restou demonstrada a boa-fé e a ausência de dolo por parte das impugnantes, razão pela qual deve haver a exclusão da multa aplicada, ou ao menos a sua redução a patamares proporcionais e razoáveis, em nome do princípio da equidade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

22.1. A multa aplicada é inconstitucional, por afrontar os princípios constitucionais da capacidade contributiva (art. 145, §1º, CF) e da vedação ao confisco (art. 150, IV, CF), logo dever anulada, ou, alternativamente, reduzida.

23. A impugnante teve apenas o prazo de 30 dias para se defender, o que ofende os princípios da isonomia processual, da proporcionalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

23.1. Requer prazo adicional para reelaborar argumentos e juntar mais documentos, mesmo após o protocolo da impugnação.

24. Requer-se que as intimações do presente processo sejam feitas exclusivamente em nome de RAQUEL ELITA ALVES PRETO, inscrita n OAB/SP sob o nº 108.004, com escritório na Rua da Consolação, 2697, 6º e 7º andares, São Paulo/SP.

25. Quanto às transferências bancárias enquadradas como pagamento sem causa e a beneficiários não identificados, cabe esclarecer que foram devidamente identificadas na escrituração contábil após a retificação. Nesse sentido, é oportuno prestar os seguintes esclarecimentos:

a) As transferências bancárias feitas à Sra. Simone se referem parte a distribuição de lucros, sendo que, na qualidade de sócia, mantinha uma conta corrente na empresa, na qual os valores entregues e devolvidos eram contabilizados (fls.2562/2569).

Esclarece-se que o valor transferido para a filha da impugnante foi contabilizado como valor entregue à sócia (fls.2570/2575).

b) As transferências bancárias feitas ao Sr. Alexandre Oliver se referem ao pagamento pelo serviço de consultoria na área de licitações prestado à empresa Atlântico Sul, os quais foram devidamente contabilizados (fls.2576/2582).

c) As transferências para a empresa Agape/Atlantica Boat se referem ao pagamento pela locação de diversos bens móveis, conforme discriminado no livro razão (fls.2583/2596).

d) As transferências bancárias à empresa Ambiental Bio Service se referem ao reembolso de empréstimos, os quais foram feitos em nome da empresa Ambiental, mas os valores foram destinados à Atlântico Sul (fls.2597/2624).

e) As transferências para a empresa Alphagama se referem ao pagamento decorrente da cessão de pessoal para prestar serviço em um posto avançado decorrente de novo contrato assumido pela empresa (fls.2625/2634).

f) Os valores transferidos para empresa Cia Brasileira de Soluções e Serviços se referem ao pagamento pelo fornecimento de vale refeição, vale combustível e cesta básica (fls.2635/2803).

g) As transferências feitas ao Sr. Carlos Steil se referem ao pagamento de empréstimos (mútuo) celebrado entre ele a empresa (fls.2804/2805).

h) Os valores transferidos para o Sr. Elcio se referem ao pagamento pela prestação de serviço de assessoria tributária e de recuperação tributos (fls.2806/2825).

i) Os demais valores pagos e não identificados se referem à documentos de diversas origens, tais como pagamento de depósitos judiciais para interposição de recurso na Justiça do Trabalho, pagamentos de tributos e contribuições previdenciárias (fls.2826/2949).

j) As transferências para o Sr. Angelo Carlos Rosati são relativas ao pagamento de verbas de representação, além de reembolso de despesas com viagens, refeições, locomoção, etc. (fls.2950/2968).”

Em primeira instância, foi proferido o acórdão n. 16-78.760 pela 5ª Turma da DRJ/SPO, julgando improcedentes as impugnações apresentadas pelos responsáveis solidários:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2012

IRRF. PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO/SEM CAUSA. CARACTERIZAÇÃO.

A pessoa jurídica que efetuar pagamento a beneficiário não identificado ou não comprovar a operação ou a causa dos pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, sujeitar-se-á à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, a título de pagamento a beneficiário não identificado e/ou pagamento a beneficiário sem causa.

ÔNUS DA PROVA. PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO/SEM CAUSA. ALEGAÇÃO DESACOMPANHADA DE PROVA.

Cabe ao impugnante trazer juntamente com suas alegações impugnatórias todos os documentos que deem a elas força probante.

FUNDAMENTAÇÃO DO LANÇAMENTO COM BASE NO RIR/99. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

Embora seja aprovado mediante decreto, o Regulamento do Imposto de Renda se trata de uma consolidação das leis tributárias disposta de maneira sistematizada. Assim, todas as disposições do referido regulamento repousam em artigos de lei devidamente citados em seu texto, de modo que o princípio da legalidade mantém-se absolutamente preservado.

RESPONSABILIDADE TRIBUTARIA. PRESTADORA DE SERVIÇOS. SUCESSÃO POR AQUISIÇÃO DE FUNDO DE COMÉRCIO E CONTINUAÇÃO DO NEGÓCIO. ART. 133 DO CTN.

O conjunto de tributos em relação aos quais vai haver sucessão abrange o imposto sobre a renda, quando fique demonstrado que o objeto de alienação, de fato, correspondeu ao que dá conformação substancial à identidade da pessoa jurídica, ou seja, se tratar de aquisição da totalidade da empresa ou de parte que corresponda à sua essência, vale dizer, de parte que lhe dê identidade. No caso, a expressão “continuar a respectiva exploração” deverá ser interpretada em relação à atividade da empresa, considerada pelo conjunto das prestações de serviços adquiridas, de forma a prevalecer sobre a análise isolada por serviço prestado,

dado que o imposto de renda, em essência, têm natureza vinculada à atividade da pessoa jurídica.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012

SUJEIÇÃO PASSIVA. SÓCIOS ADMINISTRADORES. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA.

São solidariamente responsáveis pelos créditos tributários correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SOLIDARIEDADE. INTERESSE COMUM.

Evidenciado o vínculo de fato de pessoa física estranha ao quadro societário e a empresa atuada, regular é a atribuição de responsabilidade solidária, por interesse comum nas situações que se constituíram em fatos geradores das obrigações infringidas, como estabelece o inciso I do artigo 124 do CTN.

MULTA DE OFÍCIO. EXIGÊNCIA DA SUCESSORA POR INFRAÇÃO COMETIDA PELA SUCEDIDA.

A responsabilidade tributária da empresa sucessora abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que o fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão. Nada obstante os art. 132 e 133 do CTN apenas refiram-se aos tributos devidos pelo sucedido até a data do ato, a responsabilidade do sucessor abrange, nos termos do art. 129 do CTN, os créditos definitivamente constituídos, em curso de constituição ou constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2012 MULTA DE OFÍCIO. PRAZO DE IMPUGNAÇÃO. ALEGAÇÕES DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

O exame de alegações de ilegalidade e inconstitucionalidade é de exclusiva competência do Poder Judiciário.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. AUSÊNCIA DE QUESITOS. PEDIDO NÃO FORMULADO.

Considera-se não formulado o pedido de diligências, diante da ausência de formulação de quesitos.

JUNTADA DE ARGUMENTOS E PROVAS. PRECLUSÃO.

Os argumentos e a prova documental serão apresentados na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna,

por motivo de força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente; ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

INTIMAÇÃO AO ADVOGADO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

Na fase do contencioso administrativo, as intimações são feitas no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo.

Impugnação improcedente

Crédito Tributário Mantido”

A DRJ manteve a responsabilidade atribuída a todos os responsáveis elencados, julgando improcedentes as cinco impugnações apresentadas por DUNBAR Serviços de Segurança – EIRELI, AGAPE Construção Naval EIRELI, AMBIENTAL BIO SERVICE LTDA – EPP, bem como Srs. Alexandre Oliver Gaspar Pompeu e Simone Alexandra Barbieri Pompeu.

Ato seguinte, foram interpostos Recursos Voluntários pelos responsáveis acima, reiterando os argumentos da defesa.

Por fim, os autos vieram a esta Conselheira Relatora.

Não foram apresentadas Contrarrazões pela PFN.

É o relatório do essencial.

VOTO VENCIDO

Conselheira Andressa Paula Senna Lísias, Relatora.

Neste lançamento, vale lembrar, foram elencados como responsáveis solidários da obrigação tributária, com base nos arts. 133, 135 e 124, I do CTN, as seguintes pessoas físicas e jurídicas:

- 1) SIMONE ALEXANDRA BARBIERI POMPEU – art. 135
- 2) ALEXANDRE OLIVER GASPAR POMPEU – art. 124, I
- 3) AMBIENTAL BIO SERVICE LTDA – EPP – art. 124, I
- 4) AGAPE CONSTRUCAO NAVAL EIRELI – art. 124, I
- 5) DUNBAR SERVICOS DE SEGURANCA – EIRELI – art. 124, I, e 133

Seus recursos estão acostados nas seguintes e-fls dos autos eletrônicos: 3459/3563, 3682/3725, 3751/3966, 4025/4074, 4078/4119.

O contribuinte, como dito, não recorreu, tendo ocorrido em relação a ele a preclusão, tornando-se o crédito tributário definitivo nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235/72, não se instaurou o contencioso administrativo tributário.

No mais, os Recursos Voluntários são tempestivos e atendem aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72

No entanto, em todos eles, uma pequena parte não pode ser conhecida.

A parte não conhecida diz respeito aos fundamentos aventados quanto à violação aos princípios constitucionais como razoabilidade, igualdade, devido processo, ampla defesa, contraditório, capacidade contributiva, proibição de confisco, já que irresignações quanto à inconstitucionalidade não podem ser conhecidas por este órgão julgador, pela vedação imposta pelo art. 26-A do Decreto nº 70.235/72:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)”

E também pelo enunciado da Súmula nº 2, CARF:

Súmula CARF nº 2 Aprovada pelo Pleno em 2006:

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

Em resumo, a autoridade administrativa não possui competência para apreciar inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei ou ato normativo do poder público, cabendo tal prerrogativa ao Poder Judiciário.

Assim, essa parte dos recursos não pode ser conhecida.

No mais, passo a analisar as razões recursais dos recursos interpostos pelos responsáveis solidários.

Início recordando a necessidade de aplicação do enunciado da Súmula CARF nº 71: Todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

No recurso da responsável Sra. Simone Alexandra, alega-se que o auto de infração desconsiderou um fato essencial para a constituição das premissas essenciais do lançamento e que poderia ser suficiente até mesmo para sua não existência.

Analisando os recursos, tal como aduzido pelos ora responsáveis solidários sobretudo a sócia-administradora Sra. Simone, vê-se que a D. Fiscalização deixou de considerar que as obrigações acessórias do contribuinte estavam sendo retificadas e substituídas antes mesmo do procedimento fiscalizatório.

A Recorrente apresentou à RFB o SPED substituto em 2016 contendo os livros fiscais de 2012 retificados antes do lançamento e mesmo antes do procedimento fiscalizatório, depois de apresentar à JUCESP a retificação de seus livros diários, já que havia identificado inconsistências e as corrigido.

Como não teve análise da JUCESP, ante o retardo e a omissão da Administração, a Recorrente inclusive impetrou um mandado de segurança em 2017 dada a morosidade da JUCESP em analisar e substituir os livros (documentos acostados no recurso voluntário às e-fls. 3967/4022).

No Relatório Fiscal, a Fiscalização menciona que como o SPED foi entregue no suporte pen-drive, *“não há embasamento legal que permita a esta fiscalização aceitar o conteúdo deste pen-drive”*:

“No atendimento recebido em 10/02/2016, a sócia apresentou um requerimento junto à JUCESP visando retificar o SPED Contábil referente a 2012 onde menciona um laudo anexo e entregou um “pen-drive” contendo o SPED retificado. Consultando os arquivos SPED em nossos sistemas, não há nenhuma retificação de SPED mesmo passível de autenticação posterior pela JUCESP.

Consultando também os documentos arquivados na JUCESP (Anexo 31), não consta nenhum documento protocolado em 2014 e portanto não há embasamento legal que permita a esta fiscalização aceitar o conteúdo deste pen-drive.”

Ora, entendo que não há nulidade no auto de infração, pois o método empregado pela empresa não é a forma legal de retificação do SPED contábil. Por isso, a RFB está correta em não ter aceitado que a retificação do SPED contábil se desse por meio de uma pen-drive. Os

documentos que foram considerados pela Fiscalização são as obrigações contábeis e fiscais entregues pelo contribuinte pelos meios e formas oficiais, segundo a legislação tributária.

Quanto ao crédito tributário em discussão (IRRF), entendo que os recursos interpostos não inovam em nada o cenário probatório já satisfatoriamente analisado pela DRJ.

Em assim sendo, é plenamente cabível a aplicação do inc. I, § 12º do Art. 114 do novo Regimento Interno do CARF uma vez que os Recorrentes em nada inovam nas suas razões já apresentadas em sede de Impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida:

“Art. 114. As decisões dos colegiados, em forma de acórdão ou resolução, serão assinadas pelo presidente, pelo relator, pelo redator designado ou por conselheiro que fizer declaração de voto, devendo constar, ainda, o nome dos conselheiros presentes, ausentes e impedidos ou sob suspeição, especificando-se, se houver, os conselheiros vencidos, a matéria em que o relator restou vencido e o voto vencedor.

§ 1º O relator deverá formalizar o acórdão no prazo de quinze dias, contado da movimentação dos autos para essa atividade. (...)

§12. A fundamentação da decisão pode ser atendida mediante:

I - declaração de concordância com os fundamentos da decisão recorrida; e

II - referência a súmula do CARF, devendo identificar seu número e os fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento a eles se ajusta.”

Assim, fica mantida a decisão da DRJ, por seus próprios fundamentos, no que diz respeito aos pagamentos que foram analisados.

Ainda assim, é preciso analisar a responsabilidade tributária de cada um dos solidários.

i- Recurso Voluntário de SIMONE ALEXANDRA BARBIERI POMPEU

A ora responsável era sócia administradora da empresa falida, o sujeito passivo do presente lançamento. Em função disso, foi-lhe atribuída responsabilidade solidária com base no art. 135, III do CTN.

Vejamos as razões apontadas para sua responsabilização no Relatório Fiscal:

IV.1 Simone Alexandra Barbieri Pompeu, CPF 153.132.838-55

O Contrato Social da falida estabelece o seu objeto social (Anexo 28)“A empresa tem por objetivo a prestação de serviços de vigilância e segurança patrimonial armada e desarmada, inclusive a prestação de serviços de monitoramento eletrônico de segurança, conforme preceitua o disposto na Lei No 7.102 de 20-06-1983, o Artigo 31 do Decreto No 89.056/83 e demais legislação posterior aplicável”.

A sócia da falida realizou transferências a si própria pessoa física, seu marido, sua filha, sua outra empresa, para um estaleiro do seu marido, claramente estranhas às atividades mencionadas no seu objeto social. (Anexo 65). Devidamente intimada não explicou os pagamentos.

Os pagamentos feitos a ela somaram R\$ 640.435,11, num ano que antecede o pedido de auto falência.

São dois os artigos do CTN usados nesta fiscalização como enquadramento legal.

Primeiramente, o art. 135 do CTN estabelece uma responsabilidade subsidiária, para os terceiros que administraram a empresa no período em que ocorre a infração ou para terceiros que dissipam irregularmente o patrimônio da empresa devedora do Fisco.

Por isso, trata-se de convergência de responsabilidade para terceiros em decorrência da prática de ato ilícito, por excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Prescinde de responsabilidade subjetiva – dolo ou culpa. Não há norma legal que desonere o devedor principal, razão pela qual, segundo o entendimento dos Tribunais o qual foi adotado pela RFB, aplica-se a responsabilidade solidária para todos os envolvidos.

São os casos de Diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado (CTN, art. 135, inciso III)

É o caso da sócia da empresa Simone Pompeu.

O segundo enquadramento Legal é o art. 124, I do CTN:

[...]

Depreende-se da leitura do art. 124 do CTN a possibilidade da existência de múltiplos sujeitos passivos no lançamento tributário. Nesta hipótese, constatada no presente caso, nada impede que alguns constem do lançamento na condição de contribuintes, e outros, na condição de responsáveis. Para tanto, há que se demonstrar o “interesse comum na situação que constitua o fato gerador”, fato jurídico tributário, o que será feito a seguir. Antes disso, cabe citar a jurisprudência que tem se formado sobre o assunto:

[...]

O embasamento legal para a responsabilidade dos demais responsáveis solidários que não a sócia, é o Art. 124,I do CTN. De acordo com esse inciso do artigo, comportam a solidariedade de fato, prevista no art. 124, I do CTN. Estabelece o

vínculo de responsáveis solidários quando há pessoas que têm interesse comum e co-participam no fato gerador da obrigação principal.

Quanto a hipótese do inciso I (interesse comum – solidariedade de fato), podem ser vislumbradas responsabilidades solidárias nas seguintes circunstâncias entre outras:

- Sócios de fato de pessoa jurídica - sócios não contemplados no contrato social (CTN, art. 124) -
- Sociedade de fato (sociedade em comum não personificada) – Configura-se sociedade de fato quando não estão constituídas formalmente. As pessoas físicas componentes da sociedade respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (CTN, art. 124, inciso I, combinado com Lei nº 10.406/02-CC/2002, art. 986 e 990)
- Unidade familiar – Configura responsabilidade solidária a apuração conjunta de rendimentos tributáveis. Igualmente para os casos de rendimentos de bens comuns nº regime de comunhão de bens ainda que a apuração seja separada.
- Grupos Econômicos de Direito e de Fato – Podem configurar um grupo econômico de fato as empresas que têm aparência de unidades autônomas, quando, na verdade, são interdependentes; quando há confusão patrimonial, vinculação gerencial, coincidência de sócios e administradores, abuso de forma entre as empresas integrantes do agrupamento; pessoas jurídicas que são sócias de fato de sociedade formalmente constituída.”

Em relação à decisão da DRJ, a Recorrente alega que o acórdão teria combinado os arts. 124 e 135 do CTN, até mesmo inovando os critérios jurídicos do lançamento. No entanto, lendo o acórdão, não vislumbro tal confusão. A decisão apenas discorre teoricamente sobre ambas as hipóteses de responsabilização, mas deixa claro que está em questão o art. 135 do CTN, tal como constou no lançamento e seus embasamentos legais.

No entanto, superada essa primeira questão, venho compreendendo que, para fins da imposição da responsabilidade prevista no art. 135 do CTN, não é o bastante a identificação de que a pessoa física compôs o quadro societário da pessoa jurídica, sendo necessário individualizar sua correspondente conduta ilícita que teria dado origem à infração da legislação tributária.

E nesse caso, lendo o Relatório Fiscal, não se vê qualquer relação direta e específica do solidário com os fatos geradores e a imposição tributária ora em discussão. O que há no Relatório pode até caracterizar certo indício e suggestionar que os pagamentos não estariam relacionados com a atividade da empresa ou que as transferências teriam intuito de dissipar o patrimônio empresarial, mas a presunção não é o bastante para fins de responsabilização de uma

pessoa física, até mesmo porque os sócios podem fazer transferências, seja a título de distribuição de lucros ou a outras situações.

Tanto há falta individualização da conduta que o acórdão da DRJ não cita nada concreto além dessas transferências. Fica baseado quase que apenas na teoria em abstrato sobre a responsabilização.

Inclusive, como mencionado anteriormente, é importante trazer à tona que o recurso carrou patentes elementos de que a fiscalização se baseou em um SPED que estava sendo substituído. Nesses documentos, nota-se que a Recorrente apresentou à RFB o SPED substituto em 2016 contendo os livros fiscais de 2012 retificados (antes do lançamento e do procedimento fiscalizatório), depois de identificar inconsistências nos livros diários. Como não teve análise da JUCESP, a Recorrente também acabou por impetrar um mandado de segurança em 2017 dada a morosidade da JUCESP em analisar e substituir os livros (documentos acostados no recurso voluntário às e-fls. 3967/4022).

Esses documentos, cujo ingresso nos autos foi impedido em primeira instância, demonstram a iniciativa da própria sócia considerada responsável solidária em desconstituir o cenário de fatos que ensejou a autuação. E entendo que se enquadram nas causas de afastamento da preclusão probatória nos termos do art. 16, §4 do Decreto 70.235, porquanto demonstrada a impossibilidade de entrega anterior, já que a própria Fiscalização, como visto, ao receber a pendrive de documentos ainda durante o procedimento fiscalizatório, consignou expressamente que se recusou a analisar seu conteúdo.

Dessa forma, além do lançamento não ter sido cabal e incontestado quanto à individualização da conduta, deixando espaços para ver a conduta fiscalizatória como mera presunção, ainda existe uma contraprova feita pela Recorrente.

Assim, fica atraída a jurisprudência que repele a solidariedade nessas situações:

“ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2011, 2012, 2013 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135 DO CTN. PODERES DE GESTÃO/ADMINISTRAÇÃO.

I - O art. 135 do CTN, ao dispor no caput, sobre os atos praticados, diz respeito aos atos de gestão para o adequado funcionamento da sociedade, exercidos por aquele que tem poderes de administração sobre a pessoa jurídica. A plena subsunção à norma que trata da sujeição passiva indireta demanda constatar se as obrigações tributárias, cujo surgimento ensejaram o lançamento de ofício e originaram o crédito tributário, foram resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Fala-se em conduta, aceção objetiva (de fazer), não basta apenas o atendimento de ordem subjetiva (quem ocupa o cargo). Ou seja, não recai sobre todos aqueles que ocupam os cargos de diretores, gerentes ou representantes de pessoa jurídica de direito

privado, mas apenas sobre aqueles que incorreram em atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

II - O fundamento da responsabilização tributária do art. 135 do CTN repousa sobre quem pratica atos de gerência, podendo o sujeito passivo indireto ser tanto de um “sócio-gerente”, quanto um diretor contratado, ou ainda uma pessoa que não ocupa formalmente os cargos de diretores, gerentes ou representantes de pessoa jurídica de direito privado, mas que seja o sócio de fato da empresa. Não basta a pessoa integrar o quadro societário, deve restar demonstrado que possui poderes de gestão, seja mediante atos de constituição da sociedade empresária (contratos sociais, estatutos, por exemplo), ou, quando se tratar de sócio de fato, em provas demonstrando a efetiva atuação em nome da empresa.

III - A caracterização de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos demandam a demonstração de ilícito específico, que evidencie o ocorrência de uma construção artificial para se amoldar a uma hipótese de incidência tributária. Provado que os diretores da pessoa jurídica praticaram atos de gestão amparados no que lhes conferia o contrato da sociedade para criação de despesas fictícias mediante constituição de sociedade inexistente de fato para prestação de serviços, deve ser restabelecida a responsabilidade tributária que lhes foi imputada.” (Acórdão nº 9101-006.640 – CSRF / 1ª Turma, Sessão de 11 de julho de 2023, Rel. Livia De Carli Germano)

“Assunto: Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF Período de apuração: 01/01/2016 a 31/12/2016 TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SÓCIO-ADMINISTRADOR. ARTIGO 135, INCISO III, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - CTN. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDOTA. AFASTAMENTO DA IMPUTAÇÃO.

A imputação da responsabilidade solidária ao sócio administrador, com fulcro no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional - CTN, exige a demonstração, além da sua condição de administrador, de conduta individualizada que tenha relação direta e específica com os fatos geradores em relação aos quais se apura o crédito tributário cuja responsabilidade solidária se imputa. Ausente esta demonstração, afasta-se a imputação de responsabilidade solidária.” (ACÓRDÃO 3301-014.291 – 3ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA, SESSÃO DE 26 de novembro de 2024)

“SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. SÓCIOS E ADMINISTRADORES. ART. 135, III, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS.

Deve ser afastada a solidariedade dos sócios e administradores, quando inexistente comprovação de violação de lei, contrato social ou estatutos, e quando inexistente a individualização das condutas em relação a determinados lançamentos.” (Acórdão nº 9202-010.678 – CSRF / 2ª Turma, Sessão de 26 de abril de 2023)

Assim, discordando nesse ponto da decisão da DRJ, afasto a responsabilidade solidária atribuída à Sra. SIMONE ALEXANDRA BARBIERI POMPEU.

ii- **Recurso Voluntário de ALEXANDRE OLIVER GASPAR POMPEU**

O ora responsável era sócio de fato da empresa falida, o sujeito passivo do presente lançamento. Em função disso, foi-lhe atribuída responsabilidade solidária com base no art. 124, I do CTN.

Vejamos as razões apontadas para sua responsabilização no Relatório Fiscal:

IV.2 Alexandre Oliver Gaspar Pompeu, CPF 165.149.768-08

Alexandre é marido de Simone e também é sócio de fato da falida.

Segundo o seu depoimento ao administrador da massa falida (Anexo 28), a sócia-administradora teve uma infância e uma criação bem simples, e que seu marido orienta a participação em licitações e pregões públicos. Afirma que ele não é o verdadeiro proprietário da Falida, mas que eventualmente prestava consultoria à Falida no aspecto da participação em certames licitatórios.

Que seu marido é titular da Atlantica Boats Estaleiro, atualmente Agape Construção Naval. Que a Falida somente operava com licitações e contratos públicos.

Cabe ressaltar que Alexandre assinava junto com a sócia empréstimos junto aos bancos.

Além disso a Falida transferiu para a pessoa física do marido R\$ 780.426,62 (Anexo 65).

Devidamente intimada, a empresa não explicou os pagamentos. Como citado acima Alexandre e Simone constituem uma unidade familiar como também uma Sociedade de fato (sociedade em comum não personificada) – Configura-se sociedade de fato quando não estão constituídas formalmente. As pessoas físicas componentes da sociedade respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (CTN, art. 124, inciso I, combinado com Lei nº 10.406/02-CC/2002, art.

986 e 990)”

Analisando os autos, contudo, não existem elementos bastante convincentes quanto à participação dos sócios em alguma atuação fraudulenta com o objetivo de praticar ilícitos tributários, perspectiva que atrairia a responsabilização solidária nos termos do art. 124, I do CTN, configurando interesse comum, especialmente ante a evidência de que havia um arquivo com SPED substituto que não foi analisado pela Fiscalização no curso da ação fiscal.

O interesse comum não é apenas econômico, mas também jurídico, e seria necessário que os sócios e cônjuges (Srs. Simone e Alexandre) atuassem comprovadamente em comum na situação que constitui o fato imponible do IRRF, ou seja, participando em conjunto da conduta descrita na hipótese de incidência, dela tomando vantagens igualmente comprovadas. E isso não se configurou neste caso.

Inclusive, as razões apresentadas pela D. Fiscalização para a responsabilização do Sr. Alexandre, a meu ver, passam ao largo das necessárias fundamentações exigidas pela legislação tributária (por sinal beirando a um inaceitável viés discriminatório contra a mulher, que merece todo o repúdio desta Relatora). No Termo de Sujeição Passiva Solidária, às fls.1238/1242, ao sintetizar os motivos de inclusão do contribuinte no polo passivo da autuação, foi consignado que:

“Alexandre é marido de Simone e também é sócio de fato da falida. O que nos leva a essa conclusão é a falta de recursos intelectuais da única sócia, sua esposa, para gerir uma empresa que teve 4.000 empregados e recebeu cerca de 100 milhões em contratos com órgãos públicos em 2012.”

Assim, ante a falta de configuração do interesse comum e da observância da legislação tributária, afasto a responsabilidade do Sr. ALEXANDRE OLIVER GASPAR POMPEU.

iii- **Recursos Voluntários das pessoas jurídicas AMBIENTAL BIO SERVICE LTDA – EPP, AGAPE CONSTRUCAO NAVAL EIRELI e DUNBAR SERVICOS DE SEGURANCA – EIRELI (atual denominação da ALPHAGAMA VIGILÂNCIA E SEGURANÇA LTDA)**

As três pessoas jurídicas acima foram consideradas responsáveis solidários com base no art. 124, I do CTN. No caso da empresa Dubar Serviços de Segurança (atual denominação da Alphagama Vigilância e Segurança), a imposição também se baseia no art. 133 do CTN.

Vejamos o que constou no Relatório Fiscal:

“IV.3 Agape Construção Naval Eireli, CNPJ 10.350.228/0001-65 e

IV.4 Ambiental Bio Service Ltda EPP, CNPJ 05.834.995/0001-00

Os Grupos Econômicos podem ser de direito ou de fato, podendo se dar pela combinação de recursos ou esforços para a consecução de objetivos comuns, sob a forma horizontal (coordenação), ou sob a forma vertical (controle x subordinação). Se caracteriza a formação de grupo econômico de fato, através de análise fática que tornou possível a constatação de combinação de recursos e/ou esforços para a consecução de objetivos comuns.

No caso, Simone, Alexandre, sua filha e suas empresas constituem um grupo econômico.

Houve a transferência sem causa de 11,5 milhões para a empresa Agape, estaleiro do Alexandre e de 174 mil para a empresa da sócia Ambiental (Anexo 65)

IV.5 Alphagama Segurança e Vigilância Ltda, CNPJ 13.649.411/0001-54

Esta empresa foi colocada no polo passivo desta fiscalização pois há indícios que seja a sucessora da falida. Esta convicção decorre de vários indícios, a saber:

- Diligência realizada pelo administrador da massa falida junto ao empregado Isaias Batista Ribeiro, CPF 136.301.628-86 (Anexo 29)

Reproduzindo de forma resumida o seu depoimento afirmou que foi admitido na Falida na função de vigilante em 08/09/2009 e que não havia sido dado baixa em sua Carteira de Trabalho. Mesmo assim, foi admitido na empresa Alphagama Segurança e Vigilância Ltda, CNPJ 13.649.611/0001-54 em 01/12/2013.

Que manteve os dois contratos de trabalho e que quando a Falida perdeu o contrato com as ETEC, a Alphagama assumiu o mesmo. Que tem conhecimento que alguns dos contratos perdidos pela Falida foram assumidos pela Alphagama tais como a ETEC as FATEC, Fundação Casa, Município de São Paulo, Defensoria Pública, etc. Que existem rumores que as duas empresas sejam do mesmo dono. Que 90% dos empregados da Falida foram transferidos para a Alphagama ou foram contratados pela Alphagama no curso do contrato de trabalho com a Falida.

Em 22/02/2016, o administrador da massa falida novamente encaminhou algumas diligências efetuadas por ele e que poderiam ser úteis a esta fiscalização:

- Diligência realizada pelo administrador da massa falida junto ao empregado Tiago Batista Ribeiro, CPF 228.539.978-20 (Anexo 29)

Foi admitido na Falida na função de vigilante em 09/09/2009 e solicita da Administração Judicial que seja dado baixa em sua Carteira de Trabalho. Mesmo assim, em 01/12/2013 também, foi contratado pela empresa Alphagama Segurança e Vigilância Ltda, CNPJ 13.649.611/0001-54. Que manteve os dois contratos de trabalho e que quando a Falida perdeu o contrato com as ETEC, a Alphagama assumiu o mesmo. Que não recebeu nenhuma verba rescisória da Falida. Que tem conhecimento que alguns dos contratos perdidos pela Falida foram assumidos pela Alphagama tais como a ETEC as FATEC, Fundação Casa,

Município de São Paulo, Defensoria Pública, etc. Que existem rumores que as duas empresas sejam do mesmo dono. Que 90% dos empregados da Falida foram transferidos para a Alphagama ou foram contratados pela Alphagama no curso do contrato de trabalho com a Falida. Esta diligência foi realizada em 31/07/2015.

- Diligência realizada pelo administrador da massa falida junto ao empregado Rafael Bruno Lopes, CPF 372.993.928-95 (Anexo 29)

Informou haver sido empregado da Falida na função de vigilante em 08/09/2009 e solicita da Administração Judicial que seja dado baixa em sua Carteira de Trabalho. Que havia ficado afastado do trabalho por uma fratura sofrida, sendo que quando restabelecido e reabilitado, a empregadora já tinha tido sua quebra decretada. Que não recebeu nenhuma verba rescisória da Falida. Que 90% dos empregados da Falida foram transferidos para a Alphagama ou foram contratados pela Alphagama no curso do contrato de trabalho com a Falida. Que havia sido informado pelos seus supervisores que também seria transferido para a Alphagama quando estivesse reabilitado ao trabalho pelo INSS. Esta diligência foi realizada em 31/07/2015.

- Transferências bancárias ou pagamentos sem causa

No depoimento do Diretor Comercial da Alphagama, Victor Hugo Gonçalves Brito, CPF 223.168.028-93 (Anexo 30), o mesmo afirmou que era concorrente da fiscalizada Atlântico Sul e que com ela não mantinha qualquer relação a qualquer título. Pois bem, analisando os extratos bancários da fiscalizada identificamos transferências bancárias da Atlântico Sul para a Alphagama, somando R\$ 224 mil (Anexo 65).

Ao contrário do que afirmou o Diretor da Alphagama, encontramos entre os bens da Agape, empresa do marido da sócia-administradora da falida, uma lancha de nome Alphagama II, que sugere haver mais negócios entre a Alphagama e as empresas do grupo. Esta informação foi obtida por um seguro contratado com a Bradesco Seguros.

Para melhor embasar a sucessão da Alphagama depois da falência da fiscalizada, tomamos a data do pedido de falência da Atlântico Sul que foi em outubro de 2014 (Anexo 28 – folha 39).

Relacionamos então os empregados da falida em janeiro de 2014 (Anexo 62) e os empregados da Alphagama depois da falência – tomamos o mês de janeiro de 2015 (Anexo 63). Constatamos que 707 empregados constantes da primeira relação constavam como empregados da Alphagama em janeiro de 2015 !!! (Anexo 64). Confirma-se então o que foi dito nos depoimentos dos três ex-empregados da Atlântico Sul – uma grande parte dos empregados da falida foi para a Alphagama, além do fato que ela continuou com os mesmos clientes da falida.

Tudo isso nos leva a acreditar que a Alphagama foi sucessora da falida apesar de não existirem sócios em comum e deve ser colocada no polo passivo desta autuação.

Enquadramento Legal: CTN art. 124, I e Art. 133”

Da mesma forma como nos casos anteriores, entendo que os elementos traçados pela Fiscalização restaram frágeis após a análise dos autos e dos recursos interpostos.

Em relação à Dunbar (Alphagama), a Fiscalização entende que seria sucessora do sujeito passivo e aplica-lhe o art. 124, I bem como 133 do CTN para a responsabilizá-la solidariamente pelos créditos tributários ora analisados.

No entanto, concordo com os argumentos de defesa no sentido de QUE nem mesmo as demonstrações mais básicas adotadas para afirmar que a empresa teria sucedido a Atlântico Sul se confirmam. Vejam-se:

Diante disso, o primeiro aspecto que precisa ser destacado se refere ao fato de que, com base nos próprios documentos trazidos pelo Fisco ao Processo Administrativo às fls. 600/868 (Anexo 62), o total de empregados da empresa falida na competência de 01/2014 era de, aproximadamente, 2.948, tendo em vista a contagem de, em média, 11 empregados por página (total de 268 páginas de documento); assim, considerando os Anexos 63 e 64, às fls. 869/1234, que apontam que 707 empregados da empresa falida eram empregados da empresa Recorrente na competência de 01/2015, conclui-se que o percentual aproximado de empregados da empresa falida contratados pela empresa Recorrente foi, na verdade, de 24%, percentual este quase QUATRO vezes menor do que o percentual de 90% apontado pela Decisão recorrida.

Feita essa consideração, com base nas provas que foram juntadas aos autos pela própria d. Autoridade Fiscal, CONCLUI-SE QUE EXISTIRAM EMPREGADOS QUE TRABALHARAM EM AMBAS AS EMPRESAS, MAS QUE, EM MOMENTO ALGUM, RESTOU COMPROVADO QUE ESSE PERCENTUAL TERIA SIDO DE 90%. TAL COMO AFIRMADO NOS DEPOIMENTOS DOS EMPREGADOS RAFAEL, TIAGO E ISAÍAS. E TOMADO COMO VERDADE PELA DECISÃO RECORRIDA.

A verdade material novamente se fragiliza nos embasamentos mais básicos do lançamento.

Ademais, a corroborar minha convicção, faço alusão ao **Processo nº 19515.720596/2016 61 (Acórdão nº 1302 003.217 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, Sessão de 20 de novembro de 2018), em que discutiu o IRPJ-2012 do mesmo contribuinte em questão**, transcrevendo o voto da Relatora Conselheira Maria Lucia Miceli deste E. CARF que, quanto à

Dunbar Serviços de Segurança - Eireli (atual denominação de Alphagama Segurança e Vigilância Ltda), foi seguido pelo colegiado em votação unânime, excluindo-se a solidariedade para essa pessoa jurídica:

“DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ARTIGOS 124, INCISO I E 133 DO CTN - DUNBAR SERVIÇOS DE SEGURANÇA - EIRELI

Tendo por base o Termo de Sujeição Passiva Solidária, a responsabilidade tributária foi imputada a empresa DUNBAR SERVIÇOS DE SEGURANÇA - EIRELI, CNPJ.13.649.411/0001-54, nova denominação da Alphagama Vigilância e Segurança - EIRELI, com base nos artigos 124, inciso I, e 133, ambos do CTN, pelos seguintes motivos:

=> possui o mesmo objeto social da autuada; => há indícios de que seja a sucessora, tendo por base depoimentos de empregados da empresa falida, de que teriam trabalhado nas duas empresas, e que a recorrente Alphagama teria assumido os contratos perdidos, sob a aparência de novas licitações; => grande parte dos empregados da empresa falida foram contratados pela recorrente.

=> foi beneficiária de transferências bancárias da empresa falida no valor de R\$ 224 mil, sem qualquer comprovação, afirmando que a recorrente faz parte do grupo econômico, com interesse comum no fato gerador da obrigação principal.

A recorrente alega que não restou comprovada a hipótese prevista no artigo 124, inciso I do CTN, já que não fazia parte do grupo econômico, e não possuía qualquer vínculo com o fato gerador da obrigação. O fato de ter obtido vantagens com a falência da empresa autuada, ao assumir os contratos por meio de novas licitações, e contratar o mesmos empregados, não configura motivo para ser responsabilizada. Quanto à imputação nos termos do artigo 133 do CTN, não restou comprovado o requisito para sua aplicabilidade, já que não houve aquisição a qualquer título do estabelecimento comercial da empresa falida, situada no bairro de Santo Amaro (São Paulo - SP), mantendo seu endereço no bairro de Santana (São Paulo - SP).

Ainda em sua defesa, aduz que a transferência no valor de R\$ 224.385,54 decorre de remuneração pela cessão de mão de obra utilizada em uma situação específica, trazendo o contrato de prestação celebrado entre ela e a empresa falida em setembro/2012, bem como os recibos do pagamento pelos serviços prestados, o que comprovaria suas alegações.

Início a análise trazendo o caput do artigo 133 do CTN, que trata da imputação da responsabilidade tributária em razão de sucessão, verbis:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão

social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

Para que a responsabilidade por sucessão ocorra, é necessária a aquisição de fundo de comércio, ou estabelecimento comercial, a qualquer título. Diz a doutrina que fundo de comércio, ou estabelecimento comercial, deve ser entendido como a universalidade de bens, que podem ser corpóreos ou incorpóreos e que viabilizam a atividade empresarial, nos termos do artigo 1.142 do Código Civil.

Além disso, deve também o alienante cessar a exploração do comércio para que a responsabilidade pelos tributos sejam do adquirente.

Da análise dos fatos verificados no curso da ação fiscal, **não vislumbro a comprovação do requisito principal para caracterizar a sucessão: a aquisição.**

Como a própria recorrente afirma, o fato de ela assumir os contratos que a empresa falida perdeu, bem como manter nos postos de trabalho aqueles empregados que já exerciam a função, não caracteriza a aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial. Como bem apontou a recorrente, é prática comum no mercado esta situação, sendo inclusive incentivado pelos Sindicatos, para que os empregados não sejam mais ainda prejudicados.

Além disso, os depoimentos dos empregados podem ser interpretados como confirmação da defesa da recorrente. Ainda, em depoimento ao administrador da massa falida, a Sra. Edna Fibia, contadora da empresa autuada, afirmou que também é contadora da recorrente Dunbar, e que esta não é sucessora da falida.

Do exposto, concluo que não é possível a aplicação do artigo 133 do CTN para imputar a responsabilidade tributária à recorrente, por não restar demonstrado a ocorrência de sucessão.

Quanto à manutenção da responsabilidade tributária tendo por base o artigo 124, inciso I do CTN, também entendo que assiste razão à recorrente, pelos motivos a seguir.

O grupo econômico aqui tratado foi caracterizado por existir uma relação entres os sócios, Simone e Alexandre, que são casados e com poder de comando entre as empresas envolvidas, Atlântico Sul, Agape e Ambiental, o que permite a atuação efetiva para esvaziar o patrimônio da empresa falida de forma a ficar insolvente perante as obrigações, sejam tributárias ou trabalhistas, demonstrando o interesse comum na situação que constituiu os fatos geradores aqui tratados - glosa de despesas sem qualquer comprovação, aliada às transferências bancárias sem causa. No caso da recorrente Dunbar, não consta nos autos que seu sócio Ricardo Antunes de Souza Medeiros teria qualquer relação com as pessoas físicas citadas, e sequer com a pessoa jurídicas pertencentes ao grupo econômico. A única relação possível de se afirmar seria a de concorrência com a empresa falida.

Uma vez firmada minha convicção que a recorrente não faz parte do grupo econômico, deixo de analisar se os documentos acostados aos autos comprovam as transferências no valor de R\$ 224.385,54, que são objeto de autuação com fundamento no artigo 61,§ 1º da Lei nº 8.981/95 (pagamento sem causa). Esta comprovação é ônus da autuada, que efetuou os pagamentos, naquele processo administrativo nº 19515.720.595/2016-17.

Por todo acima exposto, **voto por dar provimento ao recurso voluntário da recorrente DUNBAR SERVIÇOS DE SEGURANÇA - EIRELI, excluindo do pólo passivo deste lançamento.**”

(destaques desta Relatora)

Encampo, pelas mesmas razões de decidir, tal entendimento nesse caso.

Da mesma forma, quanto às empresas Ágape e Ambiental, o TVF foi absolutamente superficial e genérico ao fundamentar tanto a qualificação quanto a responsabilização. Entendo que a fundamentação para a qualificação da multa foi frágil e insuficiente, assim como os argumentos para responsabilização solidária, que basicamente se baseiam em suposições sem um contexto probatório robusto que confirme, de fato, a confusão patrimonial e o grupo econômico que busca comprovar.

Por sua vez, a existência de transações bancárias entre as pessoas para as quais foram atribuídas a responsabilidade tributária, mesmo que não comprovadas, em que pese sejam indícios, são insuficientes no caso concreto para atribuir a solidariedade pretendida.

Aliás, observo que no citado **Processo nº 19515.720596/201661 (Acórdão nº 1302003.217 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, Sessão de 20 de novembro de 2018)**, em que discutiu o IRPJ-2012 do contribuinte em questão, também se seguiu essa mesma lógica para, quanto às empresas Agape Construção Naval Eireli e Ambiental Bio Service Ltda EPP, excluí-las do polo passivo da obrigação tributária. Vejamos o voto vencedor do Redator Conselheiro Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa:

“Ratificando as razões do lançamento fiscal, portanto, a Turma Julgadora “a quo” entendeu que o fato das empresas Agape e Ambiental terem recebido recursos da autuada sem nenhuma justificativa plausível e terem sócios em comum, é fato suficiente à caracterização do interesse comum inscrito no art. 124, I, CTN.

Contudo, não se pode perder de vista que a caracterização do interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária é condição imprescindível à configuração da responsabilidade solidária em corolário do disposto em lei, isto é, no art. 124, I, CTN.

Isto porque, o direito tributário impõe à administração fiscal a obediência aos primados da tipicidade e estrita legalidade tributária, máxime no que tange à cobrança dos tributos.

Ocorre que, só com a efetiva comprovação de fraude perpetrada pelos responsáveis solidários é que atrai a atribuição de responsabilidade tributária as empresas Agape Construção Naval Eireli e Ambiental Bio Service.

Não há disposição legal que justifique a imputação do efeito tributário da “responsabilidade” ante a verificação da existência de movimentações bancárias não justificadas pela atuada e responsáveis solidários ou pelo fato de terem sócios em comum.

Conforme orienta Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 17ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p.317), a expressão interesse comum, sendo vaga, “não é um roteiro seguro para a identificação do nexa que se estabelece entre os devedores da prestação tributária”, ou seja, para efeito da solidariedade deve prevalecer o critério de que duas ou mais pessoas estejam colocadas sob uma mesma hipótese de incidência tributária, como ocorre no caso do IPTU incidente sobre um mesmo imóvel, pertencente a várias pessoas.” Em outras palavras, não basta que haja um suposto interesse genérico, mas sim um interesse jurídico, no qual há direitos e deveres comuns entre as pessoas situadas em um mesmo lado da relação jurídica que constitua o fato gerador da obrigação tributária.

Logo, a solidariedade que se refere o inciso I, do art. 124, do CTN pressupõe que não haja bilateralidade no centro do fato jurídico tributário, ou seja, pressupõe que os partícipes do fato tributado não estejam em posições contrapostas, com objetivos antagônicos.

Portanto, somente é possível sustentar a responsabilidade solidária por interesse comum (art. 124, I do CTN) nos lançamentos fiscais se a Autoridade Fiscal demonstrar que os sujeitos passivos praticaram conjuntamente o fato gerador ou desfrutaram de seus resultados em caso de fraude, situação não evidenciada no presente caso.

Nesse sentido é o entendimento do STJ (Resp. 884.845/SC). Vejamos a Ementa:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. A solidariedade passiva ocorre quando, numa relação jurídico-tributária composta de duas ou mais pessoas caracterizadas como contribuintes, cada uma delas está obrigada pelo pagamento integral da dívida. Ad exemplum, no caso de duas ou mais pessoas serem proprietárias de um mesmo imóvel urbano, haveria uma

pluralidade de contribuintes solidários quanto ao adimplemento do IPTU, uma vez que a situação de fato - a co-propriedade - é-lhes comum.

2. A Lei Complementar 116/03, definindo o sujeito passivo da regra-matriz de incidência tributária do ISS, assim dispõe: "Art. 5º. Contribuinte é o prestador do serviço." 6. Deveras, o instituto da solidariedade vem previsto no art. 124 do CTN, 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." 7. Conquanto a expressão "interesse comum" - encarte um conceito indeterminado, é mister proceder-se a uma interpretação sistemática das normas tributárias, de modo a alcançar a ratio essendi do referido dispositivo legal. Nesse diapasão, tem-se que o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal implica que as pessoas solidariamente obrigadas sejam sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato impositivo. Isto porque feriria a lógica jurídico-tributária a integração, no pólo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participação na ocorrência do fato gerador da obrigação.

8. Segundo doutrina abalizada, in verbis: "... o interesse comum dos participantes no acontecimento factual não representa um dado satisfatório para a definição do vínculo da solidariedade. Em nenhuma dessas circunstâncias cogitou o legislador desse elo que aproxima os participantes do fato, o que ratifica a precariedade do método preconizado pelo inc. I do art. 124 do Código. Vale sim, para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado, como, por exemplo, na incidência do IPTU, em que duas ou mais pessoas são proprietárias do mesmo imóvel. Tratando-se, porém, de ocorrências em que o fato se consubstancie pela presença de pessoas em posições contrapostas, com objetivos antagônicos, a solidariedade vai instalar-se entre sujeitos que estiveram no mesmo pólo da relação, se e somente se for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação. É o que se dá no imposto de transmissão de imóveis, quando dois ou mais são os compradores; no ICMS, sempre que dois ou mais forem os comerciantes vendedores; no ISS, toda vez que dois ou mais sujeitos prestarem um único serviço ao mesmo tomador." (Paulo de Barros Carvalho, in Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 8ª ed., 1996, p. 220)

9. Destarte, a situação que evidencia a solidariedade, quanto ao ISS, é a existência de duas ou mais pessoas na condição de prestadoras de apenas um único serviço para o mesmo tomador, integrando, desse modo, o pólo passivo da relação. Forçoso concluir, portanto, que o interesse qualificado pela lei não há de ser o interesse econômico no

resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas o interesse jurídico, vinculado à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato imponible.

10. "Para se caracterizar responsabilidade solidária em matéria tributária entre duas empresas pertencentes ao mesmo conglomerado financeiro, é imprescindível que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, sendo irrelevante a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela outra empresa coligada ou do mesmo grupo econômico." (REsp 834044/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 15/12/2008).

11. In casu, verifica-se que o Banco Safra S/A não integra o pólo passivo da execução, tão-somente pela presunção de solidariedade decorrente do fato de pertencer ao mesmo grupo econômico da empresa Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil. Há que se considerar, necessariamente, que são pessoas jurídicas distintas e que referido banco não ostenta a condição de contribuinte, uma vez que a prestação de serviço decorrente de operações de leasing deu-se entre o tomador e a empresa arrendadora.

12. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

13. Recurso especial parcialmente provido, para excluir do pólo passivo da execução o Banco Safra S/A. (Grifei)

Como se pode observar, a análise da própria estrutura do CTN leva à conclusão de que a solidariedade prevista no artigo 124, I não é espécie de sujeição passiva tributária por responsabilidade indireta, pois o instituto encontra regulamentação em seção distinta e apartada do Capítulo V, que trata da sujeição passiva indireta (responsabilidade tributária).

Segundo Misabel Derzi, "a solidariedade é simples forma de garantia, a mais ampla das fidejussórias". Sendo assim, não pode a fiscalização, lançando mão da solidariedade por "interesse comum", ampliar a sujeição passiva do tributo, sob pena de infringência frontal ao Princípio da Estrita Legalidade e ao Princípio da Tipicidade (delimitador dos aspectos estruturais da hipótese de incidência).

Conclusão

Ante o exposto, dou provimento aos recursos voluntários das empresas Agape Construção Naval Eireli e Ambiental Bio Service Ltda EPP para excluí-los do polo passivo da presente obrigação tributária.”

Assim, afasto a responsabilização das três pessoas jurídicas: AMBIENTAL BIO SERVICE LTDA – EPP, AGAPE CONSTRUCAO NAVAL EIRELI e DUNBAR SERVICOS DE SEGURANCA – EIRELI (atual denominação da antiga ALPHAGAMA VIGILÂNCIA E SEGURANÇA LTDA).

Ressalvo, ainda, o julgador não é obrigado a discorrer sobre todos os argumentos levantados pelas partes, mas sim decidir a contento, nos limites da lide que lhe foi proposta, fundamentando o seu entendimento de acordo com o seu livre convencimento, baseado na legislação que entender aplicável ao caso concreto. Aliás essa é a posição predominante no STJ:

“O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida. Assim, mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada.” (STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, julgado em 8/6/2016).

Multa de ofício de 150% - qualificação – redução de ofício

Em que pese os indícios apontados, entendo que faltou a autoridade fiscal robustecer os fundamentos para qualificação e para a atribuição de responsabilidade solidária.

É assente na jurisprudência do CARF que a simples omissão no recolhimento de tributos não configura ação dolosa, nos termos do que dispõe a Súmula CARF n. 14: Súmula 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.

Entendo que no presente caso poderia haver indícios importantes que deveriam ter sido melhor investigados em concreto para dar azo a conclusões que não fossem fruto de saltos de raciocínio da Fiscalização, como, a meu ver, acabou acontecendo. Considerando que o direito tributário é regido pelo princípio da tipicidade cerrada, é preciso que os aspectos fáticos em torno da conduta dolosa ou fraudulenta sejam demonstrados e provados de forma patente. As provas precisam ser conclusivas, não meramente indiciárias.

Assim, voto por afastar a qualificação da multa por essa razão, reduzindo-se a multa ao patamar de 75%.

Caso não seja afastada a qualificação, entendo que haja um reparo a ser feito de ofício.

Com a superveniência do art. 8º da Lei nº 14.689, de 20 de setembro de 2023, que deu nova redação ao art. 44, I da Lei nº 9.430/96, a multa qualificada passou a ter seu percentual limitado ao teto de 100% (salvo casos de reincidência na infração tributária, o que não houve no presente processo):

“Art. 8º O art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 44.

§ 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 11.488/2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será majorado 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, e passará a ser de (Redação dada pela Lei nº 14.689, de 2023):

(...)

VI – 100% (cem por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício

VII – 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício, nos casos em que verificada a reincidência do sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)”

Assim, há no mínimo que se proceder à redução das multas qualificadas 150% para 100%, com suporte no artigo 106, II, “c”, do CTN (retroatividade benigna aplicável à sanção tributária posterior e menos severa), tendo em vista nova redação dada pelo artigo 8º da Lei nº 14.689, de 2023, ao artigo 44, I da Lei nº 9.430/1996.

É como voto.

Conclusão:

Ante o exposto, voto por conhecer parcialmente os recursos voluntários para afastar a responsabilidade atribuída a DUNBAR Serviços de Segurança – EIRELI, AGAPE Construção Naval EIRELI, AMBIENTAL BIO SERVICE LTDA – EPP, bem como Srs. Alexandre Oliver Gaspar Pompeu e Simone Alexandra Barbieri Pompeu, bem como afastar a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a ao patamar de 75%.

Assinado Digitalmente

Andressa Paula Senna Lísias

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, redator designado.

Com a devida vênia ao respeitável voto da nobre Conselheira Relatora, dele divirjo quanto à conclusão referente ao afastamento da responsabilização solidária, pelas razões que passo a expor.

De início, cumpre registrar que acompanhei a Relatora no não acolhimento da preliminar de nulidade. Peço vênia, inclusive, para reproduzir a parte do voto relativa às alegações de pretensa retificação do SPED, que foram consideradas, em parte, relevantes pela Relatora para fundamentar o afastamento da responsabilidade das pessoas físicas:

Analisando os recursos, tal como aduzido pelos ora responsáveis solidários sobretudo a sócia-administradora Sra. Simone, vê-que a D. Fiscalização deixou de considerar que as obrigações acessórias do contribuinte estavam sendo retificadas e substituídas antes mesmo do procedimento fiscalizatório.

A Recorrente apresentou à RFB o SPED substituto em 2016 contendo os livros fiscais de 2012 retificados antes do lançamento e mesmo antes do procedimento fiscalizatório, depois de apresentar à JUCESP a retificação de seus livros diários, já que havia identificado inconsistências e as corrigido.

Como não teve análise da JUCESP, ante o retardo e a omissão da Administração, a Recorrente inclusive impetrou um mandado de segurança em 2017 dada a morosidade da JUCESP em analisar e substituir os livros (documentos acostados no recurso voluntário às e-fls. 3967/4022).

No Relatório Fiscal, a Fiscalização menciona que como o SPED foi entregue no suporte pen-drive, “não há embasamento legal que permita a esta fiscalização aceitar o conteúdo deste pen-drive”:

“No atendimento recebido em 10/02/2016, a sócia apresentou um requerimento junto à JUCESP visando retificar o SPED Contábil referente a 2012 onde menciona um laudo anexo e entregou um “pen-drive” contendo o SPED retificado. Consultando os arquivos SPED em nossos sistemas, não há nenhuma retificação de SPED mesmo passível de autenticação posterior pela JUCESP.

Consultando também os documentos arquivados na JUCESP (Anexo 31), não consta nenhum documento protocolado em 2014 e portanto não há embasamento legal que permita a esta fiscalização aceitar o conteúdo deste pen-drive.”

Ora, entendo que não há nulidade no auto de infração, pois o método empregado pela empresa não é a forma legal de retificação do SPED contábil. Por isso, a RFB está correta em não ter aceitado que a retificação do SPED contábil se desse por meio de uma pen-drive. Os documentos que foram considerados pela Fiscalização são as obrigações contábeis e fiscais entregues pelo contribuinte pelos meios e formas oficiais, segundo a legislação tributária.

Pois bem. Como bem observado pela Relatora — que, nesse ponto, acompanhou a decisão da DRJ — a suposta “retificação” do SPED não foi reconhecida. E, de fato, jamais poderia ter sido, simplesmente porque nunca ocorreu.

A meu ver, resta claro que o procedimento adotado pela Recorrente e por sua sócia foi manifestamente protelatório. A retificação do SPED, perante a Receita Federal, deve observar os meios e procedimentos legalmente previstos. Nesse sentido, indago: qual efeito poderia produzir um pedido de retificação do SPED apresentado à JUCESP? Certamente, nenhum.

Ademais, a “pretensa retificação” foi posterior ao início do procedimento fiscal, que já havia identificado a entrega de escrituração contábil “zerada” pela Recorrente, omitindo receitas da ordem de centenas de milhões de reais. Assim, ainda que se pudesse cogitar da validade dessa retificação (o que não é o caso), ela não teria qualquer efeito em relação ao período fiscalizado, tampouco quanto à qualificação da penalidade ou ao afastamento de responsabilidade.

Se fosse admitida tal interpretação, bastaria ao contribuinte, ao ser fiscalizado, promover retificações artificiais de sua contabilidade para afastar penalidades ou a própria responsabilização.

Ressalte-se que, além de inconsistente, a alegação de entrega de SPED “retificado” em pen-drive à fiscalização revela conduta ainda mais absurda e inadequada.

A postura processual da Recorrente, marcada por expedientes protelatórios, apenas reforça o dolo na conduta adotada. É fato incontroverso que, por vários exercícios, a empresa apresentou escrituração contábil “zerada”, a despeito da movimentação milionária. Posteriormente, procedeu ao esvaziamento patrimonial em benefício de pessoas físicas (os sócios, que são casados) e de pessoas jurídicas sucessoras pertencentes ao mesmo núcleo familiar, em flagrante confusão patrimonial.

Nesse ponto, é importante frisar que, embora a Relatora tenha reconhecido a ausência de efeitos da “retificação” do SPED, utilizou tal fundamento, ainda que de forma indireta (obiter dictum), para afastar a responsabilização da Sra. Simone Pompeu. Ora, se a retificação não tem efeitos, tampouco poderia servir de base, ainda que acessória, para excluir a responsabilidade da sócia-administradora. Eis aqui o cerne da minha divergência.

Por entender que as discussões sobre a responsabilidade se entrelaçam com o mérito, passo a analisá-las em conjunto.

Em síntese, a Recorrente, no período em questão, entregou contabilidade praticamente “zerada”, registrando apenas receitas financeiras pouco significativas, quando, na realidade, auferiu receitas superiores a R\$ 100 milhões com prestação de serviços e despesas acima de R\$ 50 milhões. Não obstante, declarou prejuízo e não recolheu tributos.

Diante de tal descompasso, com omissão de receitas de mais de R\$ 100 milhões, é inviável sequer cogitar tratar-se de mero erro contábil. Não é crível, sob a ótica do homem médio, que uma empresa administrada pela Sra. Simone Pompeu, com faturamento bilionário acumulado, pudesse registrar prejuízos fictícios e deixar de recolher tributos de forma reiterada.

Ainda em resumo, no mesmo exercício em que “esquece” de contabilizar receitas vultosas, a empresa formula pedido de falência, mas não antes de esvaziar completamente seu patrimônio, direcionando recursos para a sócia-administradora, para o marido desta — Sr. Alexandre Pompeu, procurador da empresa perante instituições financeiras —, para pessoas jurídicas de sua titularidade e, por fim, transferindo empregados e contratos para empresas sucessoras do grupo familiar.

Esse quadro fático, por si só, é suficiente para caracterizar a responsabilidade solidária, como bem reconhecido pela DRJ.

A DRJ foi bem exaustiva ao relacionar os fatos que ensejaram a responsabilização solidária e que constam claramente do TVF, demonstrando a ação pessoal dos agentes e que justificam os enquadramentos legais pertinentes:

13. A única sócia da falida, Sra. Simone Alexandra Barbieri Pompeu, juntamente com o seu marido, retirou recursos da empresa, transferiu cerca de 18 milhões de reais para as suas pessoas físicas e suas empresas em 2012 e, no ano seguinte, solicitou a sua auto falência. Ela, seu marido e suas empresas constituem um

grupo econômico, que acabou com o patrimônio da falida e deixou os seus empregados sem nem mesmo as verbas rescisórias decorrentes de demissão e nem deu baixa em sua carteiras. A própria sócia estima que tenha mais do que mil reclamações trabalhistas. Há indícios de que a empresa Alphagama seja sucessora da falida, pois absorveu os seus empregados e continuou com os mesmos contratos de prestação de serviços, sob a aparência de novas licitações.

13.1 O art. 135 do CTN estabelece responsabilidade subsidiária para os terceiros que administraram a empresa no período em que ocorre a infração ou para terceiros que dissipam irregularmente o patrimônio da empresa devedora do Fisco, como diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado (CTN, art. 135, inciso III).

Na situação ora em análise, é o caso da sócia da empresa, Simone Pompeu.

14. Há também a possibilidade de existência de múltiplos sujeitos passivos no lançamento tributário, prevista no art. 124 do CTN. Nesta hipótese, nada impede que alguns constem do lançamento na condição de contribuintes, e outros, na condição de responsáveis.

Para tanto, há que se demonstrar o “interesse comum na situação que constitua o fato gerador”, fato jurídico tributário.

14.1. No caso em tela, o embasamento legal para a responsabilidade dos demais responsáveis solidários, que não a sócia, é o art. 124, I, do CTN, que estabelece o vínculo de responsáveis solidários quando há pessoas que têm interesse comum e coparticipam no fato gerador da obrigação principal. Segundo tal hipótese, podem ser vislumbradas responsabilidades solidárias nas seguintes circunstâncias:

- Sócios de fato de pessoa jurídica - sócios não contemplados no contrato social (CTN, art. 124)
- Sociedade de fato (sociedade em comum não personificada) -

Configura-se sociedade de fato quando não estão constituídas formalmente. As pessoas físicas componentes da sociedade respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (CTN, art. 124, inciso I, combinado com Lei nº 10.406/02 – CC/2002, art. 986 e 990)

- Unidade familiar - Configura responsabilidade solidária a apuração conjunta de rendimentos tributáveis. Igualmente para os casos de rendimentos de bens comuns no regime de comunhão de bens, ainda que a apuração seja separada.
- Grupos Econômicos de Direito e de Fato - Podem configurar um grupo econômico de fato as empresas que têm aparência de unidades autônomas, quando, na verdade, são interdependentes; quando há confusão patrimonial, vinculação gerencial, coincidência de sócios e administradores, abuso de forma entre as empresas integrantes do agrupamento; pessoas jurídicas que são sócias de fato de sociedade formalmente constituída.

15. Sendo assim, foram incluídas no polo passivo da presente autuação as seguintes pessoas físicas e jurídicas:

15.1. Simone Alexandra Barbieri Pompeu, CPF 153.132.838-55 15.1.1. O Contrato Social da falida estabelece o seu objeto social (fls.302/307):

A empresa tem por objetivo a prestação de serviços de vigilância e segurança patrimonial armada e desarmada, inclusive a prestação de serviços de monitoramento eletrônico de segurança, conforme preceitua o disposto na Lei nº 7.102 de 20-06-1983, o artigo 31 do Decreto nº 89.056/83 e demais legislação posterior aplicável.

15.1.2. A sócia da falida realizou transferências a si própria pessoa física, seu marido, sua filha, sua outra empresa, para um estaleiro do seu marido, claramente estranhas às atividades mencionadas no seu objeto social, conforme demonstra a relação de pagamentos sem causa por beneficiário, às fls.1206/1219. Devidamente intimada, não explicou os pagamentos em questão.

15.1.3. Os pagamentos feitos a si própria somaram R\$640.435,11, no ano que antecede o pedido de auto falência (fls.1206/1207).

15.2. Alexandre Oliver Gaspar Pompeu, CPF 165.149.768-08 15.2.1. O Sr. Alexandre é marido da Sra. Simone e também é sócio de fato da falida. Segundo o depoimento da sócia ao administrador da massa falida (fls.327/333), seu marido orienta a participação em licitações e pregões públicos. Afirma que ele não é o verdadeiro proprietário da falida, mas que eventualmente prestava consultoria à falida no aspecto da participação em certames licitatórios. Que seu marido é titular da Atlântica Boats Estaleiro, atualmente Ágape Construção Naval. Que a falida somente operava com licitações e contratos públicos.

15.2.2. Cabe ressaltar que o Sr. Alexandre assinava junto com a sócia empréstimos junto aos bancos.

15.2.3. Além disso, a falida transferiu R\$780.426,62 para o Sr. Alexandre (fls.1208/1209). Devidamente intimada, a empresa não explicou os pagamentos.

15.2.4. Como citado, o Sr. Alexandre e a Sra. Simone constituem uma unidade familiar e também uma sociedade de fato (sociedade em comum não personificada, ou seja, não constituída formalmente), sendo que as pessoas físicas componentes da sociedade respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (CTN, art. 124, inciso I, combinado com Lei nº 10.406/02 – CC/2002, art. 986 e 990)

15.3 Ágape Construção Naval Eireli, CNPJ 10.350.228/0001-65 e Ambiental Bio Service Ltda EPP, CNPJ 05.834.995/0001-00 15.3.1. Os grupos econômicos podem ser de direito ou de fato, pela combinação de recursos ou esforços para a consecução de objetivos comuns, sob a forma horizontal (coordenação), ou sob a forma vertical (controle x subordinação). Se caracteriza a formação de grupo

econômico de fato por meio de análise fática que torne possível a constatação de combinação de recursos e/ou esforços para a consecução de objetivos comuns.

15.3.2. No caso, a Sra. Simone, o Sr. Alexandre, a filha do casal e suas empresas constituem um grupo econômico.

15.3.3. Houve a transferência sem causa de 11,5 milhões de reais para a empresa Ágape Construção Naval Eireli, estaleiro do Sr. Alexandre (fls.1210/1214), e de 174 mil reais para a empresa da sócia, Ambiental Bio Service Ltda EPP (fls.1214/1215).

15.4. Alphagama Segurança e Vigilância Ltda, CNPJ 13.649.411/0001-54 15.4.1. Esta empresa foi colocada no polo passivo da obrigação tributária por haver indícios de que seja sucessora da falida, a saber:

i. Diligência realizada pelo administrador da massa falida junto ao empregado Isaias Batista Ribeiro, CPF 136.301.628-86 (fls.375/376)

i.1. Em síntese, o depoimento do Sr. Isaias afirmou que foi admitido na falida na função de vigilante em 08/09/2009 e que não havia sido dado baixa em sua carteira de trabalho. Mesmo assim, foi admitido na empresa Alphagama Segurança e Vigilância Ltda, CNPJ 13.649.611/0001-54, em 01/12/2013. Que manteve os dois contratos de trabalho e que, quando a falida perdeu o contrato com as ETEC, a Alphagama assumiu o mesmo. Que tem conhecimento que alguns dos contratos perdidos pela falida foram assumidos pela Alphagama, tais como a ETEC, as FATEC, Fundação Casa, Município de São Paulo, e Defensoria Pública. Que existem rumores que as duas empresas sejam do mesmo dono. Que 90% dos empregados da falida foram transferidos para a Alphagama, ou foram contratados pela Alphagama no curso do contrato de trabalho com a falida.

ii. Diligência realizada pelo administrador da massa falida junto ao empregado Tiago Batista Ribeiro, CPF 228.539.978-20 (fls.385/386)

ii.1. Afirmou que foi admitido na falida na função de vigilante em 09/09/2009 e solicita da administração judicial que seja dada baixa em sua carteira de trabalho.

Mesmo assim, em 01/12/2013, também foi contratado pela empresa Alphagama Segurança e Vigilância Ltda, CNPJ 13.649.611/0001-54. Que manteve os dois contratos de trabalho e que quando a falida perdeu o contrato com as ETEC, a Alphagama assumiu o mesmo. Que não recebeu nenhuma verba rescisória da falida. Que tem conhecimento que alguns dos contratos perdidos pela Falida foram assumidos pela Alphagama tais como a ETEC, as FATEC, Fundação Casa, Município de São Paulo, e Defensoria Pública. Que existem rumores que as duas empresas sejam do mesmo dono. Que 90% dos empregados da falida foram transferidos para a Alphagama ou foram contratados pela Alphagama no curso do contrato de trabalho com a falida. Esta diligência foi realizada em 31/07/2015.

iii. Diligência realizada pelo administrador da massa falida junto ao empregado Rafael Bruno Lopes, CPF 372.993.928-95 (fls.397/398)

iii.1. Informou haver sido empregado da falida na função de vigilante em 08/09/2009 e solicita da administração judicial que seja dada baixa em sua carteira de trabalho.

Que havia ficado afastado do trabalho por uma fratura sofrida, sendo que, quando restabelecido e reabilitado, a empregadora já tinha tido sua quebra decretada. Que não recebeu nenhuma verba rescisória da falida. Que 90% dos empregados da falida foram transferidos para a Alphagama ou foram contratados pela Alphagama no curso do contrato de trabalho com a falida. Que havia sido informado pelos seus supervisores de que também seria transferido para a Alphagama, quando estivesse reabilitado ao trabalho pelo INSS. Esta diligência foi realizada em 31/07/2015.

iv. Transferências bancárias ou pagamentos sem causa iv.1. No depoimento do diretor comercial da Alphagama, Victor Hugo Gonçalves Brito, CPF 223.168.028-93 (fls.429/431), o mesmo afirmou que era concorrente da fiscalizada Atlântico Sul e que com ela não mantinha qualquer relação a qualquer título.

iv.2. Entretanto, analisando-se os extratos bancários da fiscalizada, foram identificadas transferências bancárias da Atlântico Sul para a Alphagama, somando R\$ 224 mil (fls.1215/1216).

iv.3. Ademais, ao contrário do que afirmou o diretor da Alphagama, foi encontrada entre os bens da Ágape, empresa do marido da sócia-administradora da falida, uma lancha de nome Alphagama II, que sugere haver mais negócios entre a Alphagama e as empresas do grupo. Esta informação foi obtida por um seguro contratado com a Bradesco Seguros.

iv.4. Para melhor embasar a sucessão da Alphagama, depois da falência da fiscalizada, tome-se a data do pedido de falência da Atlântico Sul, que foi em outubro de 2014 (fls.276/301). Relacionou-se então os empregados da falida em janeiro de 2014 (fls.571/839) e os empregados da Alphagama depois da falência, no mês de janeiro de 2015 (fls.840/1190).

Constatou-se que 707 empregados constantes da primeira relação constavam como empregados da Alphagama (1191/1205).

iv.5. Confirma-se, então, o que foi dito nos depoimentos dos três exempregados da Atlântico Sul: uma grande parte dos empregados da falida foi para a Alphagama, que também continuou com os mesmos clientes da falida.

iv.6. Tudo isso leva a concluir que a Alphagama foi sucessora da falida e deve ser colocada no polo passivo da autuação.

Os fatos são absolutamente consistentes e demonstram, de forma clara, a confusão patrimonial existente entre as empresas do grupo familiar, a relação entre a Sr. Simone que conforme conclusões da autoridade fiscal (em que pese a repreensão bem realizada pela relatora a alguns termos utilizados), apresentava-se como “laranja” do seu marido que efetivamente era o

sócio de fato e que tocava as decisões estratégicas do negócio, além de ter poderes de movimentação financeira.

O repasse de recursos financeiros diretamente aos responsabilizados, fora a impossibilidade de não terem conhecimento da sonegação perpetrada, confirmam a relação pessoal com os fatos e o interesse jurídico.

O TVF fundamentou de maneira absolutamente clara a responsabilização, e a DRJ também enfrentou bem a questão, e peço vênia para reproduzir seus bons argumentos, com os quais concordo inteiramente. Utilizo-me, portanto, da faculdade inculpada no ar. 114 do RICARF e adoto a decisão recorrida neste ponto pelos seus próprios fundamentos:

DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE SIMONE ALEXANDRA BARBIERI POMPEU

A impugnante Sra. Simone afirma que não pode ser considerada responsável tributária, por ausência de comprovação de que incorreu nas hipóteses do art.135, do CTN.

A respeito da questão da sujeição passiva solidária, o Código Tributário Nacional – CTN, aprovado pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, reconhece a existência de duas possíveis entidades pessoais no pólo passivo de qualquer relação jurídica tributária, quais sejam: o contribuinte e o responsável (art. 121, parágrafo único).

Desta forma, somente pode ser sujeito passivo a pessoa que tenha relação direta e pessoal com o fato gerador –hipótese em que a pessoa é contribuinte -, ou a pessoa que não seja o contribuinte, mas tenha necessariamente algum tipo de vínculo com o fato gerador – hipótese prescrita no art. 128 do CTN para a figura do responsável.

Diferentemente da responsabilidade civil, que, salvo nas exceções legais, surge da prática de ato ilícito culposo ou doloso que resulte em dano a terceiro e implique a obrigação de indenizar; a responsabilidade tributária, embora em alguns casos requeira a prática de atos ilícitos, por diversas vezes existe independentemente deles.

É a ocorrência de um fato qualquer, lícito ou ilícito (morte, fusão, excesso de poderes, etc), e não tipificado como fato jurídico tributário, que autoriza a constituição da relação jurídica entre o Estado-credor e o responsável, relação esta a qual deve pressupor a existência do fato jurídico tributário.

O lançamento - procedimento administrativo de constituição do crédito tributário, mediante a verificação da ocorrência do fato gerador, determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e, se for o caso, proposição da penalidade aplicável, conforme definição do art. 142 do CTN – verte em linguagem competente a relação jurídico-tributária

entre o Estado e o sujeito passivo obrigado a satisfazer a pretensão estatal tributária.

Portanto, a sujeição passiva é elemento integrante do crédito tributário, o qual é constituído por meio do lançamento (in casu, via auto de infração) e submetido a rito de contencioso fiscal específico, regido pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o Processo Administrativo Fiscal.

Nesse sentido, inclusive, dispõe o citado Decreto nº 70.235, de 1972 (art. 10), ao disciplinar que a exigência do crédito tributário deve se dar por meio de auto de infração, no qual deve ser qualificado o autuado (contribuinte e/ou responsável).

Ainda, impõe-se aclarar a hipótese de responsabilidade tributária tratada nos arts. 124 e 135 do CTN:

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. (destacou-se)

[...] 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. (destacou-se) Como visto, são solidárias, nos termos do art. 124, II, do CTN, as pessoas expressamente designadas por lei, sendo que o próprio Código Tributário (norma com status de lei complementar) atribui a responsabilidade pessoal pelo crédito tributário aos diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica, bem como aos mandatários, prepostos e empregados, quando resultante de atos praticados com excesso de poder, infração de lei, contrato social ou estatuto (art. 135, II e III), ou seja, mediante ato abusivo, assim considerado a conduta dolosa ou culposa praticada.

De fato, os administradores respondem solidariamente, perante a sociedade e terceiros prejudicados (Fazenda Pública, inclusive), por culpa no desempenho de suas funções, ou seja, pelos fatos decorrentes de sua má gestão, consoante novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002):

Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções. (destacou-se) Entende-se por culpa no desempenho das funções a negligência, imprudência ou imperícia, dado o dever da pessoa que exerce o cargo de diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica em zelar pela observância da boa prática de administração, enquanto contratualmente investida em tais funções.

A respeito da necessidade de presença de ato doloso por parte do administrador ou da suficiência da presença de culpa, deve-se observar que, ao contrário do que defende parte da doutrina, a jurisprudência maciça do STJ exige, tão-só, a presença de “infração de lei” (= ato ilícito), a qual, pela Teoria Geral do Direito, pode ser tanto decorrente de ato culposo como de ato doloso (não obstante alguns poucos acórdãos referirem expressamente à necessidade de prova do dolo, em contraposição à imensa maioria que exige somente a culpa).

Logo, se a lei e a jurisprudência não separaram as hipóteses de culpa em sentido estrito e dolo, tanto um quanto outro elemento subjetivo satisfaz a hipótese do art. 135 do CTN. Em verdade, o Direito Tributário preocupa-se com a externalização de atos e fatos, não possuindo espaço para a persecução do dolo; basta a culpa.

De se concluir, de todo exposto, que também a responsabilidade pessoal tratada no art. 135, II e III, do CTN é de natureza solidária, competindo aos diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica, seus mandatários ou prepostos, demonstrarem que não agiram com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder, conforme precedentes que ensejaram a Súmula 435 do STJ.

De fato, a doutrina de Maria Rita Ferragut (Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002, São Paulo: Noeses, 2005, p.34/35) admite a possibilidade de as espécies de responsabilidade serem simultaneamente aplicadas:

Por fim, no que diz respeito às suas características, a responsabilidade poderá ser pessoal, subsidiária ou solidária. Será pessoal se competir exclusivamente ao terceiro adimplir a obrigação, desde o início (responsabilidade de terceiros, por infrações e substituição).

Será subsidiária se o terceiro for responsável pelo pagamento da dívida somente se constatada a impossibilidade de pagamento do tributo pelo devedor originário. E, finalmente, será solidária se mais de uma pessoa integrar o pólo passivo da relação, permanecendo todos eles responsáveis pelo pagamento da dívida.

Nada impede, finalmente, que mais de uma dessas características seja simultaneamente aplicada – em que pese nem todas as combinações serem ontologicamente possíveis – como, por exemplo, a subsidiária e a solidária, a pessoal e a solidária, etc.

No caso em tela, a fiscalização resumiu no Termo de Sujeição Passiva Solidária, às fls.1235/1237, os motivos de inclusão da contribuinte no polo passivo da autuação, a saber:

O Contrato Social da falida estabelece que o seu objeto social:

“A empresa tem por objetivo a prestação de serviços de vigilância e segurança patrimonial armada e desarmada, inclusive a prestação de serviços de monitoramento eletrônico de segurança, conforme preceitua o disposto na Lei No

7.102 de 20-06-1983, o Artigo 31 do Decreto No 89.056/83 e demais legislação posterior aplicável”.

A sócia da falida realizou transferências a si própria pessoa física, seu marido, sua filha, sua outra empresa, para um estaleiro do seu marido, claramente estranhas às atividades mencionadas no seu objeto social. Devidamente intimada não explicou os pagamentos.

Os pagamentos feitos somente a ela somaram R\$ 640.435,11, valor bastante expressivo num ano que antecede o pedido de auto falência.

A única sócia da falida juntamente com o seu marido retirou os recursos da empresa, transferiu cerca de 18 milhões para as suas pessoas físicas e para as suas empresas em 2012 e em seguida solicitou a sua auto falência. Ela, seu marido e suas empresas constituem um grupo econômico que acabou com o patrimônio da empresa e deixou os seus empregados sem mesmo as verbas rescisórias decorrentes de demissão e nem deu baixa em sua carteiras. Segundo a sócia, estima que tenha mais que mil reclamações trabalhistas. Suspeita-se que a empresa Alphagama seja sua sucessora pois absorveu os seus empregados e continuou com os mesmos contratos de prestação de serviços da falida sob a aparência de novas licitações.

Estas retiradas foram contabilizadas provavelmente como despesas administrativas que com o histórico singular de “conforme documentos” nunca foram comprovadas apesar de devidamente intimada.

O artigo do CTN usado como enquadramento legal para incluir a sócia como responsável solidária é o art. 135 do CTN estabelece uma responsabilidade subsidiária, para os terceiros que administraram a empresa no período em que ocorre a infração ou para terceiros que dissipam irregularmente o patrimônio da empresa devedora do Fisco [...] Por isso, trata-se de convergência de responsabilidade para terceiros em decorrência da prática de ato ilícito, por excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Prescinde de responsabilidade subjetiva – dolo ou culpa. Não há norma legal que desonere o devedor principal, razão pela qual, segundo o entendimento dos Tribunais o qual foi adotado pela RFB, aplica-se a responsabilidade solidária para todos os envolvidos.

São os casos de Diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado (CTN, art. 135, inciso III).

É o caso da sócia da empresa Simone Pompeu.

Fica o sujeito passivo solidário CIENTIFICADO da exigência tributária de que tratam os Autos de Infração lavrados contra o sujeito passivo supramencionado, do qual o destinatário deste Termo é responsável solidário.

Cabe reiterar que a Sra. Simone, sócia da falida, realizou transferências a si própria pessoa física, seu marido, sua filha, sua outra empresa, para um estaleiro

do seu marido, claramente estranhas às atividades mencionadas no seu objeto social. Devidamente intimada não explicou os pagamentos.

Consoante a planilha de fls.1206/1207, somente os pagamentos feitos à própria Sra. Simone totalizaram R\$640.435,11.

Em sede de impugnação, às fls.2375, a impugnante afirma que os valores recebidos seriam referentes a distribuição de lucros:

As transferências bancárias feitas à Impugnante se referem parte a distribuição de lucros, sendo que, na qualidade de sócia, mantinha uma conta corrente na empresa, na qual os valores entregues e devolvidos eram contabilizados (doc. nº 11). Esclarece-se que o valor transferido para a filha da Impugnante, foi contabilizado como valor entregue à sócia (doc. nº 11).

Entretanto, os documentos trazidos pela impugnante, referentes aos lançamentos contábeis de fls.2562/2575, não fazem nenhuma menção a distribuição de lucros, conforme demonstram as contas contábeis discriminadas, a saber: “OUTROS CRÉDITOS – C/CORRENTE DE SÓCIOS” e “CUSTO COM PESSOAL – TREINAMENTOS E CURSOS”.

Cumprе notar que não há nenhum demonstrativo contábil nos autos, nem mesmo nenhuma declaração de rendimentos, que informe a distribuição de lucros à Sra.

Simone por parte da empresa fiscalizada.

Ressalte-se que a Sra. Simone explicitamente admite a confusão entre o próprio patrimônio pessoal e o da empresa fiscalizada, ao reconhecer tanto que mantinha uma conta corrente na empresa, como que contabilizava valores pagos à filha como se fossem valores destinados a si mesma.

Por outro lado, equivocado é o entendimento de que a responsabilidade só é estendida aos administradores ou sócios no caso da desconsideração da personalidade jurídica, pois, como visto, a sujeição passiva dos sócios administradores já se encontrava regulada no art. 135, III, do CTN, relativamente às hipóteses nele previstas.

Demais disso, a desconsideração da personalidade jurídica acontece em situações jurídicas nas quais há uma responsabilidade obrigacional da pessoa jurídica e, em razão de ter havido “abuso da personalidade jurídica”, o Direito autoriza desconsiderá-la para responsabilizar sucessivamente os agentes pelos atos da pessoa jurídica que ensejaram a relação obrigacional, normalmente os sócios e/ou administradores, subsidiariamente, em caso de insolvência da pessoa jurídica.

E os fatos que tipificam o referido abuso de personalidade jurídica são caracterizados pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, quando a lei autoriza sejam estendidos os efeitos de certas obrigações aos bens dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, consoante as normas do art. 50 do Código Civil, aprovado pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Acrescente-se que a responsabilidade do terceiro pode ser declarada a qualquer tempo, na esfera administrativa ou judicial, desde que subsista a obrigação do contribuinte.

Isso, porque a possibilidade de ser declarada a responsabilidade do administrador em momento diverso da constituição do crédito tributário devido pelo contribuinte decorre de sua natureza de relação jurídica de garantia. Em razão dessa natureza, a obrigação do responsável, para existir, valer e produzir efeitos precisa da existência, da validade e da eficácia da obrigação do contribuinte (pessoa jurídica).

Portanto, nada há de se reparar quanto à sujeição passiva solidária da Sra.

Simone.

DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE ALEXANDRE OLIVER GASPAR POMPEU

O impugnante Sr. Alexandre alega que não pode responder pelo débito cobrado nos auto de infração, uma vez que não se enquadra no art. 124, inciso I, do CTN, já que nunca foi sócio de fato da empresa falida, não constituiu sociedade de fato com sua esposa e não possui vínculo com o fato gerador que gerou a presente autuação. Afirma ainda que as transferências bancárias que recebeu da empresa Atlântico Sul, no valor total de R\$780.426,62, foram realizadas a título de pagamento dos serviços de consultoria prestados pelo impugnante à empresa.

A atribuição da sujeição passiva levada a efeito em relação ao impugnante pautou-se na imputação da disposição expressa no art. 124, inciso I, do CTN, circunstância que demandará a apresentação de uma interpretação mais detalhada dos aspectos que norteiam sua aplicação.

É cediço que diante da ambiguidade e vagueza do enunciado prescritivo relacionado a hipótese de solidariedade factual, ora preceituada no dispositivo sobredito, a tarefa de delimitação de sentido e de alcance da aplicação da expressão “interesse comum” torna imperativo que o exame de sua pertinência realize-se em face das características inerentes ao caso concreto.

Nesse sentido, a jurisprudência administrativa tem se consolidado no sentido de aceitar a existência de interesse comum quando se constata a existência de sócio de fato que se utiliza interpostas pessoas para a gerência da empresa. Nesse sentido há vasta jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF):

Acórdão 1301-001.323

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERPOSTA PESSOA.

Comprovado nos autos os verdadeiros sócios da pessoa jurídica, pessoas físicas, acobertados por terceiras pessoas ("laranjas") que apenas emprestavam o nome para que eles realizassem operações em nome da pessoa jurídica, da qual tinham ampla procuração para gerir seus negócios e suas contas correntes bancárias, fica caracterizada a hipótese prevista no art. 124, I, do Código Tributário Nacional, pelo interesse comum na situação que constituía o fato gerador da obrigação principal. [...].

Acórdão 3102-002.146

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. PESSOA COM INTERESSE COMUM. RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CABIMENTO.

A pessoa que tenha interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal é solidariamente obrigada pelo correspondente crédito tributário.

A pessoa física ou jurídica que, juntamente com o contribuinte formal ou aparente, concorra para a prática de atos dolosos ou fraudulentos ou deles se beneficie, responde solidariamente com este pelo crédito tributário lançado, nos termos do art.124, I, do CTN.

Acórdão nº 2401002.823, de 22/01/2016 GESTÃO DE EMPRESAS POR INTERPOSTAS PESSOAS. INTERESSE COMUM.RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Responde solidariamente com o contribuinte a pessoa física, que sendo titular de fato, exerce a gestão empresarial mediante a interposição de sócios fictícios, posto que possui interesse comum na situação que configura o fato gerador de contribuições sociais. (...)

Acórdão n.º 1802001.401, de 04/10/2012 (...) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM. Evidenciado o vínculo de fato de pessoa física estranha ao quadro societário e a empresa autuada, regular é a atribuição de responsabilidade solidária, por interesse comum nas situações que se constituíram em fatos geradores das obrigações infringidas, como estabelece o inciso I do artigo 124 do CTN. (...)

No caso em tela, a fiscalização sintetizou no Termo de Sujeição Passiva Solidária, às fls.1238/1242, os motivos de inclusão do contribuinte no polo passivo da autuação, a saber:

Alexandre é marido de Simone e também é sócio de fato da falida. O que nos leva a essa conclusão é a falta de recursos intelectuais da única sócia, sua esposa, para gerir uma empresa que teve 4.000 empregados e recebeu cerca de 100 milhões em contratos com órgãos públicos em 2012.

Segundo o seu depoimento teve uma infância e uma criação bem simples, e que seu marido orienta a participação em licitações e pregões públicos. Afirma que ele não é o verdadeiro proprietário da Falida, mas que eventualmente prestava consultoria à Falida no aspecto da participação em certames licitatórios. Que seu

marido é titular da Atlantica Boats Estaleiro, atualmente Agape Construção Naval. Que a Falida somente operava com licitações e contratos públicos.

Cabe ressaltar que Alexandre assinava junto com a sócia empréstimos junto aos bancos.

Além disso a Falida transferiu para a pessoa física do marido R\$ 780.426,62.

Devidamente intimada, a empresa não explicou os pagamentos. Como citado acima Alexandre e Simone constituem uma unidade familiar como também uma Sociedade de fato (sociedade em comum não personificada) – Configura-se sociedade de fato quando não estão constituídas formalmente. As pessoas físicas componentes da sociedade respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (CTN, art. 124, inciso I, combinado com Lei nº 10.406/02-CC/2002, art. 986 e 990).

A única sócia da falida juntamente com o seu marido, qualificado acima retirou os recursos da empresa, transferiu cerca de 18 milhões para as pessoas físicas relacionadas, para as suas empresas, para empresas do marido, em 2012 e em seguida solicitou a sua auto falência. Ela, seu marido e suas empresas constituem um grupo econômico que acabou com o patrimônio da empresa e deixou os seus empregados sem mesmo as verbas rescisórias decorrentes de demissão e nem deu baixa em sua carteiras. Segundo a sócia, estima que tenha mais que mil reclamações trabalhistas. Suspeita-se que a empresa Alphagama seja sua sucessora pois absorveu os seus empregados e continuou com os mesmos contratos de prestação de serviços da falida sob a aparência de novas licitações.

Estas retiradas foram contabilizadas provavelmente como despesas administrativas que com o histórico singelo de “conforme documentos” nunca foram comprovadas apesar de devidamente intimada.

O artigo do CTN usado como enquadramento legal para incluir o marido da sócia como responsável solidária é o art. 124, I do CTN:

[...]

Depreende-se da leitura do art. 124 do CTN a possibilidade da existência de múltiplos sujeitos passivos no lançamento tributário. Nesta hipótese, constatada no presente caso, nada impede que alguns constem do lançamento na condição de contribuintes, e outros, na condição de responsáveis. Para tanto, há que se demonstrar o “interesse comum na situação que constitua o fato gerador”, fato jurídico tributário, o que será feito a seguir.

Antes disso, cabe citar a jurisprudência que tem se formado sobre o assunto:

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

Art. 124, I, do CTN. As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal são solidariamente obrigadas em relação ao crédito tributário, pois os atos da empresa são sempre praticados através da vontade de seus dirigentes formais ou informais, posto que todos

ganham com o fato econômico. (Acórdão 203-12.270, relator Odacir Guerzoni Filho, sessão de 17 de julho de 2007)

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

A responsabilidade solidária pressupõe o interesse jurídico que surge a partir da existência de direito e/ou deveres comuns de pessoas situadas do mesmo lado de uma mesma relação jurídica privada que constitua o fato jurídico tributário. A existência de sócios de fato que movimentavam recursos em conta corrente de pessoa jurídica é prova do interesse comum das pessoas físicas que movimentaram os recursos omitidos em benefício próprio. (Acórdão 1202-00.037, relatora Karem Jureidini Dias, sessão de 13 de maio de 2009)

O embasamento legal para a responsabilidade dos demais responsáveis solidários que não a sócia, é o Art. 124, I do CTN. De acordo com esse inciso do artigo, comportam a solidariedade de fato, prevista no art. 124, I do CTN.

Estabelece o vínculo de responsáveis solidários quando há pessoas que têm interesse comum e co-participam no fato gerador da obrigação principal; Quanto a hipótese do inciso I (interesse comum – solidariedade de fato), podem ser vislumbradas responsabilidades solidárias nas seguintes circunstâncias entre outras:

- Sócios de fato de pessoa jurídica - sócios não contemplados no contrato social (CTN, art. 124) –
- Sociedade de fato (sociedade em comum não personificada) – Configura-se sociedade de fato quando não estão constituídas formalmente. As pessoas físicas componentes da sociedade respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (CTN, art. 124, inciso I, combinado com Lei nº 10.406/02-CC/2002, art. 986 e 990)
- Unidade familiar – Configura responsabilidade solidária a apuração conjunta de rendimentos tributáveis. Igualmente para os casos de rendimentos de bens comuns no regime de comunhão de bens ainda que a apuração seja separada.
- Grupos Econômicos de Direito e de Fato – Podem configurar um grupo econômico de fato as empresas que têm aparência de unidades autônomas, quando, na verdade, são interdependentes; quando há confusão patrimonial, vinculação gerencial, coincidência de sócios e administradores, abuso de forma entre as empresas integrantes do agrupamento; pessoas jurídicas que são sócias de fato de sociedade formalmente constituída.

É o caso do marido da sócia da empresa Alexandre Oliver Gaspar Pompeu.

Fica o sujeito passivo solidário CIENTIFICADO da exigência tributária de que tratam os Autos de Infração lavrados contra o sujeito passivo supramencionado, do qual o destinatário deste Termo é responsável solidário.

Destaque-se ainda que o Sr. Alexandre tinha amplos poderes de administrador de fato da empresa, conforme a procuração de fls.481/482:

[...]

ALEXANDRE OLIVER GASPAR POMPEU, brasileiro, casado, empresário, portador da cédula de identidade RG nº 21.312.734-SSP/SP, /no CPF/MF sob nº 165.149.768-08, residente e domiciliado nesta/Capital, na Rua Benedito Fernandes, nº 152, Santo Amaro; aos quais confere amplos, gerais e ilimitados poderes para agindo em conjunto ou isoladamente, independentemente da ordem de nomeação, gerir e administrar todos os negócios bens e haveres dela outorgante, podendo: a-) assinar, requerer, receber, alegar e promover o que necessário for nas repartições públicas, federais, estaduais, municipais, Companhias Administradoras de Consórcios, Planos de Saúde, Telefônicas e Seguradoras,—Tabeliães de Notas, Oficiais de Registro de Imóveis e Registro de Títulos e Documentos competentes, Companhias e Concessionárias de Energia Elétrica e de Água e Esgotos, Detran, Procon, Junta Comercial, Correios e Telégrafos, delegacias; b-) comprar e vender mercadorias do ramo de negócio da outorgante, celebrar e rescindir contratos, efetuar pagamentos e recebimentos de modo geral, dar e aceitar recibos e quitações; c-) abrir, movimentar e encerrar contas correntes e poupanças em Bancos em geral, inclusive Banco do Brasil S/A e Caixas Econômicas Federais e Estaduais e demais estabelecimentos de crédito, podendo para tanto, prestar declarações, cumprir exigências, assinar e apresentar papéis e (documentos necessários, pagar taxas, fazer depósitos e retiradas, transferências, receber, emitir, sacar, descontar, endossar, protestar, aceitar e assinar cheques, ordens de pagamentos, duplicatas, notas promissórias e títulos de créditos em geral, assinar contratos de desconto de duplicatas, solicitar saldos, extratos, talão de cheques, fazer aplicações financeiras, bem como resgatá-las; contrair empréstimos e financiamentos, assinando os contratos necessários, tratar de todos e quaisquer assuntos relacionados a cartões de crédito, promover cancelamentos, promover recadastramentos, retirar correspondência, cheques devolvidos, solicitar e retirar, cartão magnético, escolher senhas, renegociar e quitar dívidas em nome da outorgante, concordar ou não com cálculos e valores, receber e dar quitação e demais operações bancárias; d-) representá-la perante o Ministério da Fazenda, Receita Federal, tratando de quaisquer assuntos relacionados ao Imposto de Renda, preencher e assinar formulários; prestar declarações; fazer provas e cumprir exigências, juntar e desentranhar papéis e documentos, receber e dar quitação, receber, restituições para tanto endossando cheques e ordens de pagamento para depósitos, em conta corrente ou saque, efetuar pagamentos no todo ou em parcelas e demais atos correlatos; e-) tratar de todos e quaisquer assuntos relacionados a admissão e demissão de funcionários, podendo para tanto, prestar declarações, cumprir exigências, assinar e apresentar papéis e documentos necessários, assinar e dar baixa em carteiras de trabalho, assinar homologação de rescisão de contrato de trabalho, representá-la perante o Ministério e Justiça do Trabalho, Sindicatos de Classe,

Fórum e Juizado Especial Cível competentes, repartições públicas quer sejam Federais, Estaduais e Municipais, para junto aos mesmos tratar de todos os assuntos e interesses da outorgante, podendo para tanto, prestar declarações, cumprir exigências, assinar e apresentar papéis e documentos necessários, apresentar e desentranhar provas, requerer e receber papéis e documentos necessários, representá-la em audiências, alegar, concordar, discordar, requerer e promover o que necessário for, defender os direitos da outorgante; f-) podendo ainda se necessário for, constituir e destituir advogados com os poderes da cláusula "ad-Judicia", em qualquer Juízo, Instância ou Tribunal, conferindo-lhe ainda poderes especiais para transigir, desistir, firmar compromissos e acordos:- g-) representá-la perante quaisquer repartições e empresas públicas quer sejam Federais, Estaduais e Municipais, Autarquias, Empresas Privadas e onde mais necessário for, para junto aos mesmos tratar de todos e quaisquer assuntos referente a licitações em nome da outorgante; podendo prestar e assinar declarações, cumprir exigências, assinar e apresentar papéis e documentos necessários, preencher formulários e requerimentos, participar de concorrências, assinar contratos de prestação de serviços, recorrer ou desistir de recursos, juntar e apresentar provas, assinar contratos, distratos, concordar ou não com termos, cláusulas, condições, cálculos e valores, receber e dar quitação, praticando enfim todos os atos necessários para o fiel desempenho deste mandato, inclusive substabelecer.

A atuação ostensiva do Sr. Alexandre em nome da empresa é corroborada pela declaração da Sra. Simone, relatada às fls.327/333, da qual se extraem os seguintes excertos:

[...]

Que o Sr. Alexandre é consultor de empresas de telecomunicações e de motoboy, dentre outras, hoje retirando em torno de uma renda mensal de R\$40.000,00. Que atualmente a casa e família da declarante está sendo sustentada exclusivamente por seu marido. Que o Sr. Alexandre tem curso superior incompleto. Que a expertise do Sr. Alexandre é projetos de vigilância, notadamente no que tange ao esquema de câmeras, assim como, orienta a participação em licitações e pregões públicos. [...] Que, de outro lado, até voluntariamente pedir demissão, seu marido era Policial Militar, com a patente de Soldado. [...] Que, eventualmente, seu marido prestava consultoria a Falida, seja no aspecto do objeto social, quanto na participação em certames licitatórios.

[...]

Que a Sra. Carmem, com quem montou a empresa inicialmente, era esposa de outro Policial Militar, o qual trabalhava com seu marido.

Por intermédio da declaração acima transcrita, resta clara a participação do Sr. Alexandre na atividade fundamental desempenhada pela fiscalizada, qual seja, a participação em certames licitatórios voltados à atividade de segurança,

utilizando a especialização e os contatos adquiridos ao longo do exercício da carreira militar.

Há que se ressaltar ser um fato inconteste, explicitamente reconhecido pelo próprio impugnante no item 9 de fls.2983, que o Sr. Alexandre cuidava da movimentação financeira da autuada, inclusive por intermédio da assinatura de empréstimos em bancos junto à sua esposa.

Ademais, o impugnante também reconhece ter recebido transferências bancárias da autuada, no valor total de R\$780.426,62, a título de pagamento dos serviços de consultoria.

Entretanto, o impugnante não esclarece quais seriam os serviços de consultoria em questão, nem trouxe qualquer instrumento contratual que disciplinasse o vínculo que possuía com a autuada.

Por sua vez, a escrituração contábil de fls.2576/2582 traz o razão da conta “SERVIÇOS DE TERCEIROS P.F.”, com o histórico de pagamentos a ALEXANDRE OLIVER G. POMPEU, mas sem apresentar nenhum recibo, nota fiscal, ou comprovante de prestação de serviços, de forma que os lançamentos contábeis foram desacompanhados de documentação idônea que lhes conferisse sustentação.

A partir da extensa documentação trazida aos autos, abrangendo as citadas declarações, procurações, e transferências bancárias, fica evidente que os referidos serviços de consultoria representavam, na verdade, a atuação do Sr. Alexandre como administrador/sócio de fato, com o consentimento da administradora de direito, Sra. Simone.

Logo, é correta a atribuição de responsabilidade solidária ao Sr. Alexandre por interesse comum, com fulcro no art. 124, inciso I, do CTN, na esteira da jurisprudência acima transcrita. Em outras palavras, só existiu a administração da empresa e a participação em certames licitatórios com o consentimento do sócio de fato e da administradora legal, daí haver entre ambos um ajuste que justifica a responsabilização tributária.

DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE DUNBAR SERVIÇOS DE SEGURANÇA – EIRELI (NOVA DENOMINAÇÃO DE ALPHAGAMA VIGILÂNCIA E SEGURANÇA LTDA)

A impugnante DUNBAR Serviços de Segurança – EIRELI (DUNBAR)

contesta a responsabilidade tributária, sob os argumentos de que: (i) a contratação de empregados da autuada se deu em função da conveniência e oportunidade de contratar um número grande de pessoas já treinadas; (ii) os contratos firmados pela DUNBAR foram firmados depois de os contratos com a empresa falida terem sido interrompidos e encerrados, e só foram celebrados em razão de procedimentos licitatórios; (iii) a empresa falida e a DUNBAR constituem unidades econômicas diversas, não possuem qualquer vínculo, e nem participam

de grupo econômico; e (iv) não há relação da DUNBAR com o fato imponible praticado pela devedora original.

A inclusão da DUNBAR no polo passivo da autuação foi fundamentada, em síntese, no Termo de Sujeição Passiva Solidária de fls.1261/1267:

Esta empresa foi colocada no polo passivo desta fiscalização pois há indícios que seja a sucessora da falida. Esta convicção decorre de vários indícios, a saber:

- Diligência realizada pelo administrador da massa falida junto ao empregado Isaias Batista Ribeiro, CPF 136.301.628-86 (Anexo 29)

Reproduzindo de forma resumida o seu depoimento afirmou que foi admitido na Falida na função de vigilante em 08/09/2009 e que não havia sido dado baixa em sua Carteira de Trabalho. Mesmo assim, foi admitido na empresa Alphagama Segurança e Vigilância Ltda, CNPJ 13.649.611/0001-54 em 01/12/2013. Que manteve os dois contratos de trabalho e que quando a Falida perdeu o contrato com as ETEC, a Alphagama assumiu o mesmo. Que tem conhecimento que alguns dos contratos perdidos pela Falida foram assumidos pela Alphagama tais como a ETEC as FATEC, Fundação Casa, Município de São Paulo, Defensoria Pública, etc. Que existem rumores que as duas empresas sejam do mesmo dono.

Que 90% dos empregados da Falida foram transferidos para a Alphagama ou foram contratados pela Alphagama no curso do contrato de trabalho com a Falida.

Em 22/02/2016, o administrador da massa falida novamente encaminhou algumas diligências efetuadas por ele e que poderiam se úteis a esta fiscalização:

- Diligência realizada pelo administrador da massa falida junto ao empregado Tiago Batista Ribeiro, CPF 228.539.978-20 (Anexo 29)

Foi admitido na Falida na função de vigilante em 09/09/2009 e solicita da Administração Judicial que seja dado baixa em sua Carteira de Trabalho.

Mesmo assim, em 01/12/2013 também, foi contratado pela empresa Alphagama Segurança e Vigilância Ltda, CNPJ 13.649.611/0001-54. Que manteve os dois contratos de trabalho e que quando a Falida perdeu o contrato com as ETEC, a Alphagama assumiu o mesmo. Que não recebeu nenhuma verba rescisória da Falida. Que tem conhecimento que alguns dos contratos perdidos pela Falida foram assumidos pela Alphagama tais como a ETEC as FATEC, Fundação Casa, Município de São Paulo, Defensoria Pública, etc. Que existem rumores que as duas empresas sejam do mesmo dono. Que 90% dos empregados da Falida foram transferidos para a Alphagama ou foram contratados pela Alphagama no curso do contrato de trabalho com a Falida. Esta diligência foi realizada em 31/07/2015.

- Diligência realizada pelo administrador da massa falida junto ao empregado Rafael Bruno Lopes, CPF 372.993.928-95 (Anexo 29)

Informou haver sido empregado da Falida na função de vigilante em 08/09/2009 e solicita da Administração Judicial que seja dado baixa em sua Carteira de

Trabalho. Que havia ficado afastado do trabalho por uma fratura sofrida, sendo que quando restabelecido e reabilitado, a empregadora já tinha tido sua quebra decretada. Que não recebeu nenhuma verba rescisória da Falida. Que 90% dos empregados da Falida foram transferidos para a Alphagama ou foram contratados pela Alphagama no curso do contrato de trabalho com a Falida. Que havia sido informado pelos seus supervisores que também seria transferido para a Alphagama quando estivesse reabilitado ao trabalho pelo INSS. Esta diligência foi realizada em 31/07/2015.

- Transferências bancárias ou pagamentos sem causa

No depoimento do Diretor Comercial da Alphagama, Victor Hugo Gonçalves Brito, CPF 223.168.028-93 (Anexo 30), o mesmo afirmou que era concorrente da fiscalizada Atlântico Sul e que com ela não mantinha qualquer relação a qualquer título. Pois bem, analisando os extratos bancários da fiscalizada identificamos transferências bancárias da Atlântico Sul para a Alphagama, somando R\$ 224 mil (Anexo 65).

Para melhor embasar a sucessão da Alphagama depois da falência da fiscalizada, tomamos a data do pedido de falência da Atlântico Sul que foi em outubro de 2014 (Anexo 28 – folha 39). Relacionamos então os empregados da falida em janeiro de 2014 (Anexo 62) e os empregados da Alphagama depois da falência – tomamos o mês de janeiro de 2015 (Anexo 63). Constatamos que 707 empregados constantes da primeira relação constavam como empregados da Alphagama em janeiro de 2015!!! (Anexo 64). Confirma-se então o que foi dito nos depoimentos dos três ex-empregados da Atlântico Sul – uma grande parte dos empregados da falida foi para a Alphagama, além do fato que ela continuou com os mesmos clientes da falida.

Tudo isso nos leva a acreditar que a Alphagama foi sucessora da falida apesar de não existirem sócios em comum e deve ser colocada no polo passivo desta autuação. Devidamente intimado, a falida não comprovou a motivação das transferências.

A única sócia da falida juntamente com o seu marido, qualificado acima retirou os recursos da empresa, transferiu cerca de 18 milhões para as pessoas físicas relacionadas, para as suas empresas, para empresas do marido, em 2012 e em seguida solicitou a sua auto falência. Ela, seu marido e suas empresas constituem um grupo econômico que acabou com o patrimônio da empresa e deixou os seus empregados sem mesmo as verbas rescisórias decorrentes de demissão e nem deu baixa em suas carteiras. Segundo a sócia, estima que tenha mais que mil reclamações trabalhistas. Suspeita-se que a empresa Alphagama seja sua sucessora pois absorveu os seus empregados e continuou com os mesmos contratos de prestação de serviços da falida sob a aparência de novas licitações.

Estas retiradas foram contabilizadas provavelmente como despesas administrativas que com o histórico singelo de “conforme documentos” nunca foram comprovadas apesar de devidamente intimada.

O artigo do CTN usado como enquadramento legal para incluir o marido da sócia como responsável solidária é o art. 124, I do CTN:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;”.

Depreende-se da leitura do art. 124 do CTN a possibilidade da existência de múltiplos sujeitos passivos no lançamento tributário. Nesta hipótese, constatada no presente caso, nada impede que alguns constem do lançamento na condição de contribuintes, e outros, na condição de responsáveis. Para tanto, há que se demonstrar o “interesse comum na situação que constitua o fato gerador”, fato jurídico tributário, o que será feito a seguir.

Antes disso, cabe citar a jurisprudência que tem se formado sobre o assunto:

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. Art. 124, I, do CTN.

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal são solidariamente obrigadas em relação ao crédito tributário, pois os atos da empresa são sempre praticados através da vontade de seus dirigentes formais ou informais, posto que todos ganham com o fato econômico. (Acórdão 203-12.270, relator Odacir Guerzoni Filho, sessão de 17 de julho de 2007)

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

A responsabilidade solidária pressupõe o interesse jurídico que surge a partir da existência de direito e/ou deveres comuns de pessoas situadas do mesmo lado de uma mesma relação jurídica privada que constitua o fato jurídico tributário. A existência de sócios de fato que movimentavam recursos em conta corrente de pessoa jurídica é prova do interesse comum das pessoas físicas que movimentaram os recursos omitidos em benefício próprio. (Acórdão 1202-00.037, relatora Karem Jureidini Dias, sessão de 13 de maio de 2009)

O embasamento legal para a responsabilidade dos demais responsáveis solidários que não a sócia, é o Art. 124, I do CTN. De acordo com esse inciso do artigo, comportam a solidariedade de fato, prevista no art. 124, I do CTN.

Estabelece o vínculo de responsáveis solidários quando há pessoas que têm interesse comum e co-participam no fato gerador da obrigação principal; Quanto a hipótese do inciso I (interesse comum – solidariedade de fato), podem ser vislumbradas responsabilidades solidárias nas seguintes circunstâncias entre outras:

- Sócios de fato de pessoa jurídica - sócios não contemplados no contrato social (CTN, art.124) -
- Sociedade de fato (sociedade em comum não personificada) – Configura-se sociedade de fato quando não estão constituídas formalmente. As pessoas físicas

componentes da sociedade respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (CTN, art. 124, inciso I, combinado com Lei nº 10.406/02-CC/2002, art. 986 e 990)

- Unidade familiar – Configura responsabilidade solidária a apuração conjunta de rendimentos tributáveis. Igualmente para os casos de rendimentos de bens comuns no regime de comunhão de bens ainda que a apuração seja separada.
- Grupos Econômicos de Direito e de Fato – Podem configurar um grupo econômico de fato as empresas que têm aparência de unidades autônomas, quando, na verdade, são interdependentes; quando há confusão patrimonial, vinculação gerencial, coincidência de sócios e administradores, abuso de forma entre as empresas integrantes do agrupamento; pessoas jurídicas que são sócias de fato de sociedade formalmente constituída.

Outro artigo que servirá de embasamento legal para incluir a Alphagama no polo passivo é o Art. 133 do CTN, transcrito a seguir:

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

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

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

§ 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial: (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005 I - em processo de falência; (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

II - de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.(Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 2º Não se aplica o disposto no §1º deste artigo quando o adquirente for: (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

I - sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial;(Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

II - parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consangüíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

III - identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária.(Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 3º Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

Consultando se objeto Social junto à JUCESP, verificamos que as atividades são as mesmas da falida: Atividades de vigilância e segurança privada Fica o sujeito passivo solidário CIENTIFICADO da exigência tributária de que tratam os Autos de Infração lavrados contra o sujeito passivo supramencionado, do qual o destinatário deste Termo é responsável solidário.

Cumprir destacar a diligência efetuada pela fiscalização, que compareceu ao endereço da contribuinte ATLÂNTICO SUL, e constatou a inexistência da empresa no endereço fiscal informado à Receita Federal e constante na ficha cadastral da JUCESP (fls.69/70), conforme o Termo de Constatação de fls.209, datado de 08/06/2015:

SUJEITO PASSIVO Nome: ATLANTICO SUL SEGURANCA E VIGILANCIA EIRELI CNPJ: 05.164.958/0001-31 Endereço R. Elias Mahfus, 69, Santo Amaro, São Paulo – SP, CEP 04.746-090

[...]

Comparecemos ao endereço fiscal do contribuinte e constatamos a não existência da empresa no endereço indicado.

Por meio das provas trazidas aos autos, fica nítida a intenção da autuada de ocultar o endereço em que a empresa efetivamente desempenharia suas atividades. Além de não ter sido encontrada fisicamente na diligência feita pela fiscalização, o pedido de autofalência, datado de 17/10/2014, informa um novo endereço às fls.277 (Avenida Adolfo Pinheiro, n. 1000, cj. 72, Santo Amaro, São Paulo/SP, CEP 04734-002), que não foi informado nem à Receita Federal e nem à JUCESP, além de divergir do próprio contrato social que instruiu o processo judicial, às fls.302.

Tendo em vista a deliberada tentativa de ocultar o endereço da empresa autuada, artifício que impediria uma perfeita correspondência entre os endereços de sucedida e sucessora, cabe ressaltar que tanto a ATLÂNTICO SUL, quanto a DUNBAR, circunscreveram os respectivos endereços de atuação ao município de São Paulo/SP.

Acerca do art. 133 do CTN, especialmente em relação à imputação da responsabilidade ao adquirente do fundo de comércio ou estabelecimento comercial, condicionada à exigência de que o adquirente dê continuidade à “respectiva exploração”, cumpre analisar o alcance do que seria “respectiva exploração” para que se configure a sucessão tributária.

O referido dispositivo legal tratou igualmente a aquisição de fundo de comércio e de estabelecimentos comerciais. Acrescente-se que para a responsabilização do sucessor basta que a adquirente venha a continuar a “respectiva exploração”, mesmo que sob outra razão social.

Uma vez sendo comprovado que a sucessora continuou exercendo atividades valendo-se do mesmo local de atuação (município de São Paulo/SP), da mesma atividade (vigilância e segurança privada voltados a entes públicos), utilizou-se das mesmas instalações (houve transferência de 90% dos empregados da sucedida para a sucessora, em número superior a 700 pessoas) e utilizou-se explicitamente dos mesmos clientes (ETEC, FATEC, Fundação Casa, Município de São Paulo, Defensoria Pública, etc), aproveitando, assim, o potencial de lucratividade do negócio anteriormente exercido pela empresa sucedida, fica caracterizada a “continuidade da respectiva exploração”, para fins da imputação de responsabilidade tributária referida.

Em outras palavras, no presente caso, a configuração da responsabilidade por sucessão pressupõe a existência de um liame entre a atividade da empresa alienada e a da que adquiriu o fundo de comércio ou o estabelecimento, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, ou seja, os elementos fáticos devem permitir inferir a continuidade da exploração da atividade econômica.

Trata-se, portanto, de situação fática que evidencia a transferência do fundo de comércio.

No caso da prestação de serviços de vigilância e segurança privada, o fundo de comércio representa não só o ativo da empresa ou o nome, mas sim, e principalmente, a boa fama, a clientela e o expertise no respectivo ramo de atuação. O importante, portanto, para caracterizar a transferência, está no fato de que, como dito, a impugnante atuou no mesmo ramo, no mesmo local e teve acesso, conseqüentemente, à mesma clientela, aproveitando, assim, como já mencionado, do potencial de lucratividade do negócio anteriormente exercido pela empresa sucedida.

A hipótese do inciso II do art. 133 do CTN, em foco, é aplicada ainda que o próprio alienante viesse a prosseguir na exploração da referida atividade, portanto, concorrendo com o adquirente (que também venha a continuar a “respectiva exploração”).

Nessa seara, os contratos trazidos pela empresa DUNBAR aos autos demonstram a alternância entre a ATLÂNTICO SUL e a própria DUNBAR na prestação de serviços de segurança a entes públicos. Embora houvesse a indicação de uma aparente concorrência entre as empresas, o fato é que ambas se sucediam nas atividades de prestação de serviços, até o momento em que a ATLÂNTICO SUL encerrou suas atividades, que foram então prontamente assumidas pela DUNBAR.

A própria impugnante reconhece a atuação conjunta e a interdependência entre a ATLÂNTICO SUL e a DUNBAR, que empregavam a mesma mão-de-obra especializada, e inclusive efetuariam transferências bancárias entre si para a remuneração dos empregados, conforme descrito na impugnação às fls.2060/2061:

Por fim, cumpre tratar a respeito da alegação relativa às transferências bancárias. Esclarece-se que as referidas transferências foram realizadas pela empresa falida à Impugnante, no valor de R\$ 224.385,54, a fim de remunerá-la pela cessão de mão de obra utilizada em uma situação específica em que a empresa falida necessitou, com urgência, de mão de obra para ocupar um posto de atendimento, e não teria disponíveis empregados suficientes para prestar o serviço.

Contudo, cabe destacar que, mesmo reconhecendo os pagamentos recíprocos pelo uso de mão-de-obra comum, ainda assim a DUNBAR não trouxe nenhum comprovante aos autos acerca da referida remuneração de empregados. Em sede de impugnação, apresentou somente os registros contábeis de fls.2625/2634, nos quais destacou lançamentos com as indicações “CONFORME RECIBO NA DTA” e “CONFORME COMPROVANTES”, desacompanhados de documentos hábeis, recibos, ou comprovantes, que lhes conferissem sustentação.

Do exposto, dada a expressiva transferência de mão-de-obra especializada, e a alternância das empresas na prestação de serviços a entes públicos, resta demonstrado que o objeto de alienação, de fato, correspondeu ao que dá conformação substancial à identidade da pessoa jurídica, ou seja, por se tratar de aquisição de parte que corresponda à sua essência, a expressão “continuar a respectiva exploração” deverá ser interpretada em relação à atividade da empresa, considerada pelo conjunto das prestações de serviço adquiridas, de forma a prevalecer sobre a análise isolada por serviço prestado, dado que o imposto de renda, em essência, têm natureza vinculada à atividade da pessoa jurídica.

Desta forma fica preservada a verdadeira intenção do legislador, no contexto das normas previstas nos arts. 132 e 133 do CTN, qual seja o de criar meios assecuratórios de recuperação do crédito tributário, não se admitindo que mudanças societárias eximam os contribuintes de suas responsabilidades fiscais.

No tocante à alegação da DUNBAR de que não teria acesso à contabilidade da atuada, o que causaria cerceamento do direito de defesa, tal argumento resta improcedente, tendo em vista que ficou comprovada a operação de sucessão, por meio da qual a impugnante teve acesso à movimentação financeira, transferências bancárias, relação de empregados, e contratos de prestação de serviços da atuada.

Além disso, o termo de ciência de lançamentos de fls.1288/1290 demonstra que a DUNBAR teve acesso aos documentos de constituição do crédito tributário (Auto de infração, Relatório Fiscal, e demais documentos relacionados), tendo a oportunidade de produzir extenso arrazoado de defesa (fls.2033/2115),

acompanhado de documentos (fls.2116/2320), nos quais abordou de maneira pormenorizada o lançamento de ofício.

DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PELAS MULTAS DE OFÍCIO – SUCESSÃO

Insurgiu-se a impugnante contra a imputação da responsabilidade subsidiária para aplicação da multa de ofício.

A questão diz respeito à exigibilidade da multa de ofício aplicada sobre sucessora relativa à infração cometida pela sucedida, diante da redação do art. 133 do CTN, ao se referir expressamente à responsabilidade da sucessora “por tributos” relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato.

Analisando os argumentos trazidos pela impugnante, cumpre destacar o acórdão nº 910101.195 do CSRF, segundo o qual:

A responsabilidade tributária não se limita aos tributos devidos pelos sucedidos alcança também as multas, moratórias ou de ofício, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor.

Embora os artigos 132 e 133, ambos do CTN, refiram-se aos tributos devidos pelo sucedido, o art. 129 do CTN estabelece que o disposto na Seção II do Código Tributário Nacional aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, compreendendo o crédito tributário não apenas as dívidas decorrentes de tributos, mas também de penalidades pecuniárias.

Ressalte-se, nesse passo, que o legislador, ao se referir à locução créditos tributários no art. 129, cuja acepção técnica é bem definida no ordenamento jurídico, não se reporta apenas ao tributo, alcança também a multa aplicada ao infrator da norma tributária.

Ao contrário do que reclama a impugnante, a autuação fiscal não se ateve isoladamente ao conteúdo do art. 133 do CTN, mas analisou de forma integrada aos demais artigos da seção II do CTN, especialmente o art. 132 e 129, concluindo que a expressão “créditos tributários” do art. 129 alcança não apenas o valor principal, mas também as multas de ofício.

Neste sentido já se posicionou recentemente o CARF no Acórdão 1402-001.788 (publicado em 08.10.2014):

“MULTA DE OFÍCIO. EXIGÊNCIA DA SUCESSORA POR INFRAÇÃO COMETIDA PELA SUCEDIDA. DATA DA COMINAÇÃO DE PENALIDADE. DESINFLUÊNCIA.

A responsabilidade tributária da empresa sucessora abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que o fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão. Precedente do STJ no REsp Nº 923.012/MG julgado sob o rito do art. 543-C do CPC.”

Esse entendimento tem sido adotado também pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.017.0861), como se observa no excerto abaixo:

RECURSO ESPECIAL. MULTA TRIBUTÁRIA. SUCESSÃO DE EMPRESAS. RESPONSABILIDADE. OCORRÊNCIA.

(...)

2. A responsabilidade tributária não está limitada aos tributos devidos pelos sucedidos, mas também se refere às multas, moratórias ou de outra espécie, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor. 3. Nada obstante os art. 132 e 133 apenas refiram-se aos tributos devidos pelo sucedido, o art. 129 dispõe que o disposto na Seção II do Código Tributário Nacional aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição, compreendendo o crédito tributário não apenas as dívidas decorrentes de tributos, mas também de penalidades pecuniárias (art. 139 c/c §1º do art. 113 do CTN).

DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE AMBIENTAL BIO SERVICE LTDA – EPP E ÁGAPE CONSTRUÇÃO NAVAL – EIRELI

As impugnantes AMBIENTAL e ÁGAPE afirmam não serem responsáveis tributárias por não participarem de grupo econômico com a fiscalizada, nem possuem vínculo com o fato gerador da autuação.

Alegam ainda que as transferências bancárias da empresa ATLÂNTICO SUL recebidas pela ÁGAPE se referem ao pagamento pela locação de diversos bens móveis (fls.2583/2596 e 3111/3238), e as transferências para a empresa AMBIENTAL se referem ao reembolso de empréstimos, feitos em nome da empresa AMBIENTAL, mas que se destinavam à Atlântico Sul (fls.2597/2624 e 3321/3348).

A responsabilização tributária de ambas as empresas foi objeto dos Termos de Sujeição Passiva Solidária de fls.1250/1254 e 1256/1259, que em suma apresentam as seguintes razões:

Os Grupos Econômicos podem ser de direito ou de fato, podendo se dar pela combinação de recursos ou esforços para a consecução de objetivos comuns, sob a forma horizontal (coordenação), ou sob a forma vertical (controle x subordinação). Se caracteriza a formação de grupo econômico de fato, através de análise fática que tornou possível a constatação de combinação de recursos e/ou esforços para a consecução de objetivos comuns.

[...]

No caso, Simone (sócia administradora da Atlântico Sul) e Alexandre (marido da sócia) e suas empresas constituem um grupo econômico.

[...]

Houve a transferência sem causa de 11,5 milhões para a empresa Agape, estaleiro do Alexandre. Devidamente intimada, nunca comprovou a motivação destas transferências.

[...]

Houve a transferência sem causa de 174 mil para a empresa da sócia Ambiental.

Devidamente intimada, nunca comprovou a motivação destas transferências.

[...]

A única sócia da falida juntamente com o seu marido, qualificado acima retirou os recursos da empresa, transferiu cerca de 18 milhões para as pessoas físicas relacionadas, para as suas empresas, para empresas do marido, em 2012 e em seguida solicitou a sua auto falência. Ela, seu marido e suas empresas constituem um grupo econômico que acabou com o patrimônio da empresa e deixou os seus empregados sem mesmo as verbas rescisórias decorrentes de demissão e nem deu baixa em sua carteiras. Segundo a sócia, estima que tenha mais que mil reclamações trabalhistas. Suspeita-se que a empresa Alphagama seja sua sucessora pois absorveu os seus empregados e continuou com os mesmos contratos de prestação de serviços da falida sob a aparência de novas licitações.

Estas retiradas foram contabilizadas provavelmente como despesas administrativas que com o histórico singelo de “conforme documentos” nunca foram comprovadas apesar de devidamente intimada O artigo do CTN usado como enquadramento legal para incluir o marido da sócia como responsável solidária é o art. 124, I do CTN:

[...]

Depreende-se da leitura do art. 124 do CTN a possibilidade da existência de múltiplos sujeitos passivos no lançamento tributário. Nesta hipótese, constatada no presente caso, nada impede que alguns constem do lançamento na condição de contribuintes, e outros, na condição de responsáveis. Para tanto, há que se demonstrar o “interesse comum na situação que constitua o fato gerador”, fato jurídico tributário, o que será feito a seguir.

Antes disso, cabe citar a jurisprudência que tem se formado sobre o assunto:

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. Art. 124, I, do CTN.

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal são solidariamente obrigadas em relação ao crédito tributário, pois os atos da empresa são sempre praticados através da vontade de seus dirigentes formais ou informais, posto que todos ganham com o fato econômico. (Acórdão 203-12.270, relator Odacir Guerzoni Filho, sessão de 17 de julho de 2007)

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

A responsabilidade solidária pressupõe o interesse jurídico que surge a partir da existência de direito e/ou deveres comuns de pessoas situadas do mesmo lado de uma mesma relação jurídica privada que constitua o fato jurídico tributário. A existência de sócios de fato que movimentavam recursos em conta corrente de pessoa jurídica é prova do interesse comum das pessoas físicas que movimentaram os recursos omitidos em benefício próprio. (Acórdão 1202-00.037, relatora Karem Jureidini Dias, sessão de 13 de maio de 2009)

O embasamento legal para a responsabilidade dos demais responsáveis solidários que não a sócia, é o Art. 124, I do CTN. De acordo com esse inciso do artigo, comportam a solidariedade de fato, prevista no art. 124, I do CTN.

Estabelece o vínculo de responsáveis solidários quando há pessoas que têm interesse comum e co-participam no fato gerador da obrigação principal; Quanto a hipótese do inciso I (interesse comum – solidariedade de fato), podem ser vislumbradas responsabilidades solidárias nas seguintes circunstâncias entre outras:

- Sócios de fato de pessoa jurídica - sócios não contemplados no contrato social (CTN, art.124) -
- Sociedade de fato (sociedade em comum não personificada) – Configura-se sociedade de fato quando não estão constituídas formalmente. As pessoas físicas componentes da sociedade respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (CTN, art. 124, inciso I, combinado com Lei nº 10.406/02-CC/2002, art. 986 e 990)
- Unidade familiar – Configura responsabilidade solidária a apuração conjunta de rendimentos tributáveis. Igualmente para os casos de rendimentos de bens comuns no regime de comunhão de bens ainda que a apuração seja separada.
- Grupos Econômicos de Direito e de Fato – Podem configurar um grupo econômico de fato as empresas que têm aparência de unidades autônomas, quando, na verdade, são interdependentes; quando há confusão patrimonial, vinculação gerencial, coincidência de sócios e administradores, abuso de forma entre as empresas integrantes do agrupamento; pessoas jurídicas que são sócias de fato de sociedade formalmente constituída.

[...]

É o caso da empresa do marido da sócia AGAPE CONSTRUCAO NAVAL EIRELI.

[...]

É o caso da empresa da sócia Ambiental Bio Service.

Consultando se objeto Social junto à JUCESP, verificamos que as atividades são complementares:

Serviços combinados para apoio a edifícios, exceto condomínios prediais; Medição de consumo de energia elétrica, gás e água; Outras atividades de serviços prestados principalmente às empresas não especificadas anteriormente.

Fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros.

Fica o sujeito passivo solidário CIENTIFICADO da exigência tributária de que tratam os Autos de Infração lavrados contra o sujeito passivo supramencionado, do qual o destinatário deste Termo é responsável solidário.

Acerca das justificativas apresentadas pelas contribuintes para as transferências bancárias, cabe observar o disposto no art.923, do RIR/99, a seguir reproduzido:

Art. 923. A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 9º, § 1º).

Com efeito, é inconteste que a escrituração, mantida com observância da legislação comercial e fiscal, acompanhada da documentação que lhe deu suporte, faz prova a favor do contribuinte e, neste caso, incumbirá ao Fisco a apresentação da prova para desconsiderar o escriturado. Por outro lado, se o contribuinte deixa de apresentar a documentação hábil e idônea em que o registro contábil se assentou (ou que deveria ter-lhe suportado), fica o Fisco autorizado a desconsiderar a escrituração que não estiver amparada por tal documentação, melhor dizendo, haverá o contribuinte de trazer aos autos a prova de que aquele registro é correspondente ao fato que alega ter ocorrido.

Sendo assim, a partir da leitura dos documentos apresentados para justificar o recebimento de transferências bancárias oriundas da ATLÂNTICO SUL para as empresas ÁGAPE e AMBIENTAL, constata-se que:

1. Documentos de fls.2583/2596 e 3111/3238: não há nenhum elemento que permita concluir se tratar de pagamento pela locação de bens móveis. Às fls.2590/2596 e 3118/3126, há cópias de livro razão, cujos históricos se limitam a informar débitos em conta corrente referentes a transferências para a ÁGAPE, desacompanhados de documentos hábeis que confirmam sustentação aos lançamentos contábeis. Há menção a débitos relativos à locação de veículos, mas sem a especificação dos respectivos veículos, e nem a apresentação de recibos, notas fiscais, ou contratos locatícios. Às fls.3127/3238, há uma série de cheques e comprovantes de transferências bancárias, sem discriminar a que título se dariam tais movimentações, sendo que, às fls.3147, 3184 e 3210, há documentos que contradizem a alegação da impugnante, pois informam se tratar de empréstimos de capital de giro da empresa ÁGAPE, não guardando nenhuma correlação com a locação de bens móveis.

2. Documentos de fls.2597/2624 e 3321/3348: não há nenhum elemento que permita concluir se tratar de reembolsos de empréstimos feitos em nome da AMBIENTAL, mas destinados à ATLÂNTICO SUL. Às fls.2598/2600 e 3322/3324, há

cópias de livro razão, cujos históricos se limitam a informar “PGTO. EMPRÉSTIMO”, ou “PGTO. A EMPREEND. COML. ATLÂNTICO”, sem nenhuma menção sequer à empresa AMBIENTAL, e desacompanhados de documentos hábeis que confirmam sustentação aos lançamentos contábeis.

Às fls.2601/2624 e 3325/3348, há uma série de comprovantes de transferências bancárias ao favorecido EMPREENDIMENTOS COMERCIAL S.A., sem qualquer tipo de discriminação, além de planilhas fazendo menção à aquisição de rádios, giros rápidos, bem como a empréstimos de capital de giro, sem nenhuma correlação com empréstimos eventualmente destinados à ATLÂNTICO SUL.

Pelo exposto, fica evidente a ausência de justificativa das transferências tanto de 11,5 milhões de reais para a empresa ÁGAPE, estaleiro do Sr. Alexandre, quanto de 174 mil reais para a empresa AMBIENTAL, da sócia Sra. Simone.

Portanto, a sócia administradora, Sra. Simone, e o administrador de fato da sociedade, Sr. Alexandre, transferiram recursos da atuada para as empresas particulares que geriam, efetuando assim uma confusão patrimonial entre as três empresas, e a consequente dilapidação dos recursos da atuada, sem apresentar qualquer tipo de justificativa plausível, nem durante a fiscalização, nem em sede de impugnação.

Resta caracterizado, desta forma, o grupo econômico formado pelas empresas ATLÂNTICO SUL, AMBIENTAL e ÁGAPE, a justificar a responsabilização dos demais responsáveis solidários por interesse comum, nos termos do art. 124, I, do CTN.

Os fatos descritos no TVF e complementados pela decisão da DRJ são mais do que suficientes para decidir.

As comprovações são absolutamente exaustivas, o trabalho de fiscalização foi muito completo neste ponto. Além do que enquadrando adequadamente a responsabilização dos solidários nos respectivos enquadramentos legais, comprovando a atuação individual e dolosa dos agentes envolvidos, bem como a participação que cada um dos agentes obteve na “partilha” dos recursos obtidos por meio de sonegação, cuja sequência de fatos resultou na transferência de patrimônio, contratos, empregados e, decretação de falência da empresa após os prejuízos registrados exatamente pela falta de contabilização das suas receitas. Os fatos são absolutamente estarrecedores e a prova está absolutamente concatenada.

Desta feita, estas foram as razões que me levaram a divergir da nobre Colega Relatora em relação ao voto condutor que afastou a responsabilização solidária. Assim, nos termos da faculdade garantida pelo inc. I, § 12º do Art. 114 do Regimento Interno do CARF (aprovado pela Portaria n. 1.634 de 21 de dezembro de 2023), neste ponto adoto a decisão da DRJ como razão de decidir, acrescidas das razões aqui expostas, e voto no sentido de negar provimento aos Recursos Voluntários dos responsáveis para manter a responsabilização. Nos demais termos, acompanho o voto da relatora.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva

Assinado Digitalmente

Daniel Ribeiro Silva