



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

Processo n° 19515.720596/2016-61
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-003.217 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de novembro de 2018
Matéria GLOSA DE DESPESAS. SOLIDARIEDADE.
Recorrente ATLÂNTICO SUL SEGURANÇA E VIGILÂNCIA EIRELI
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012

LANÇAMENTO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há que se falar em nulidade quando o lançamento observa todos os requisitos previstos no artigo 142 do CTN e no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 124, I, DO CTN. INTERESSE COMUM. CABIMENTO.

Cabe a imposição de responsabilidade tributária em razão do interesse comum na situação que constitui fato gerador da obrigação principal, nos termos do art. 124, I, do CTN, quando demonstrado, mediante conjunto de elementos fáticos convergentes, que os responsabilizados não apenas ostentavam a condição de sócios de fato da autuada, como estabeleceram entre ela e outras empresas de sua titularidade atuação negocial conjunta.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE SÓCIOS - ADMINISTRADORES

São responsáveis pelos créditos tributários lançados, com base no art. 135, III, do CTN, os sócios-administradores que comprovadamente atuaram na prática das infrações tributárias apuradas, tendo como consequência o esvaziamento do patrimônio da empresa.

RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO. COMPROVAÇÃO. UNIVERSALIDADE DOS BENS. INOCORRÊNCIA.

A falta de comprovação da aquisição, requisito necessário para imputação da responsabilidade solidária por sucessão, implica na exclusão do imputado do pólo passivo da obrigação tributária.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. GRUPO ECONÔMICO.

A comprovação de existência de grupo econômico, embora possa ser apta a gerar efeitos nas esferas societária e trabalhista, por exemplo; não pode, isoladamente, gerar efeitos na seara tributária tendo em vista a necessidade de adequação ao tipo legal que, neste caso, determina a existência de interesse comum.

MULTA DE OFÍCIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

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

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012

DILIGÊNCIA. INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS. DESNECESSIDADE.

Deve ser indeferido o pedido de diligência quando desacompanhado dos quesitos que devem ser verificados, e quando constantes nos autos documentos suficientes para o julgamento.

INTIMAÇÃO. ENDEREÇO DO ADVOGADO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas e às solicitações de realização de diligências e de intimação pessoal da advogada, e, no mérito, quanto à imputação da responsabilidade solidária: a) por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso de Dunbar Serviços de Segurança - Eireli (atual denominação de Alphagama Segurança e Vigilância Ltda) e em negar provimento ao recurso de Simone Alexandra Barbieri Pompeu; b) por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário de Agape Construção Naval Eireli e Ambiental Bio Service Ltda EPP; vencidos os conselheiros Maria Lúcia Miceli (relatora), Carlos César Candal Moreira Filho e Rogério Aparecido Gil; e c) em negar provimento ao recurso voluntário de Alexandre Oliver Gaspar Pompeu, vencidos os conselheiros Gustavo Guimarães da Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias; e, ainda quanto ao mérito, por unanimidade de votos em negar provimento aos recursos quanto à aplicação da multa qualificada. Designado para redigir o voto vencedor, na parte em que a relatora restou vencida, o conselheiro Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Maria Lucia Miceli - Relatora.

(assinado digitalmente)

Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa - Redator Designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado, Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Paulo Henrique da Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Maria Lúcia Miceli, Flavio Machado Vilhena Dias e Gustavo Guimarães da Fonseca.

Relatório

Trata o presente processo de exigência fiscal formulada contra a recorrente acima identificada, para cobrança dos seguintes créditos tributários relativos ao ano-calendário de 2012, todos acrescidos de multa de ofício no percentual de 75% e de juros de mora.

Tributo	Valor
IRPJ	R\$ 14.339.873,51
CSLL	R\$ 5.170.994,46

DO LANÇAMENTO

O lançamento decorre da glosa das seguintes despesas:

CONTA CONTÁBIL	DATA	VALOR R\$
9220174000000006 Desp. Administrativas	31/01/2012	1.551.960,36
9220174000000006 Desp. Administrativas	29/02/2012	1.770.954,36
9220174000000006 Desp. Administrativas	31/03/2012	1.678.025,47
9220174000000006 Desp. Administrativas	30/04/2012	1.840.555,36
9220174000000006 Desp. Administrativas	31/05/2012	1.950.302,44
9220174000000006 Desp. Administrativas	30/06/2012	2.890.102,36
5.1.1.01.0041 Desp. Administrativas	31/07/2012	6.048.356,32
5.1.1.01.0041 Desp. Administrativas	31/08/2012	6.608.055,50
5.1.1.01.0041 Desp. Administrativas	30/09/2012	7.970.729,35
5.1.1.01.0041 Desp. Administrativas	31/10/2012	5.285.824,23
5.1.1.01.0041 Desp. Administrativas	30/11/2012	9.257.256,96
5.1.1.01.0041 Desp. Administrativas	31/12/2012	10.603.371,53
MATÉRIA TRIBUTÁVEL	Total	57.455.494,24

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, a fiscalização foi programada em razão da insuficiência de declaração e recolhimento de IRPJ e CSLL, em que pese vários pagamentos declarados em DIRF de várias empresas. A Escrituração Contábil Digital (ECD) foi entregue e analisada, a partir da qual se verificou que:

a) o sistema DIRF havia registrado uma receita de R\$ 102 milhões pagos pelos clientes, e na DIPJ/2013 as receitas estavam zeradas; as receitas contabilizadas na Escrituração Contábil Digital totalizavam R\$ 108 milhões.

b) ainda com base na ECD, constatou-se que a fiscalizada teria apurado prejuízo nos quatro trimestres.

c) analisando as despesas, verificou-se lançamentos mensais de despesas administrativas que somavam R\$ 57 milhões cujo histórico é "conforme documentos".

Intimada a comprovar, por meio de documentação hábil e idônea, coincidente em data e valor, foi tomada declaração a termo do contador, responsável pelo preenchimento da DIPJ/2013, que ele não possuía nenhum documento.

A fiscalização tomou ciência da falência da autuada por uma nova anotação da Ficha cadastral da JUCESP, registrada após o início da ação fiscal. Assim, o administrador da massa falida, na pessoa física de Sr. Ricardo Hasson Sayeg CPF. 092.817.288-00, e na pessoa jurídica, a empresa Pro-Brasil Serviços de Recuperação de Empresas Eireli CNPJ. 15.324.876/0001-60, foram também intimados a comprovar as despesas.

O administrador da massa falida compareceu à repartição e informou que, resumidamente, a contadora Edna Fibla seria a responsável da escrituração dos livros obrigatórios, sendo solicitado prorrogação de prazo para atendimento à intimação.

Também foi apresentada uma petição da sócia Simone Alexandra Barbieri Pompeu, acusando o recebimento da intimação via administrador da massa falida onde foi instada a comprovar as despesas. Solicitou que fosse acolhido um "pen-drive" que conteria os Livros Diário de 2011 e 2012, e conteria também esclarecimentos sobre a razão pela qual estes livros não estariam ainda registrados na JUCESP. Na petição, ainda argumentou que havia algumas inconsistências nos lançamentos contábeis, que teria procedido à retificação de tais livros, reconhecendo que o SPED não teria sido retificado.

A sócia foi cientificada pela fiscalização de que, após consulta aos arquivos SPED, foi constatado que não havia nenhuma retificação de SPED passível de autenticação pela JUCESP. Ainda, consultando os arquivos da JUCESP, não constaria nenhum documento protocolado em 2014. Assim, foi intimada a verificar junto àquele órgão o arquivamento do requerimento para retificar o SPED, a autenticação da contabilidade retificada e apresentar o laudo, antes mencionado pela própria sócia, que justificaria a retificação.

Essa intimação não foi atendida, levando a fiscalização à conclusão de que a retificação da contabilidade não foi encontrada e sequer está pendente de certificação junto à JUCESP. A sócia teria usado o argumento da retificação para não comprovar as despesas administrativas contabilizadas e constantes no sistema SPED válido nos sistemas.

DA SUJEIÇÃO PASSIVA

Foi constatado que a única sócia da fiscalizada, Simone Alexandra Barbieri Pompeu, juntamente com seu marido, transferiu cerca de 18 milhões para suas pessoas físicas e para suas empresas em 2012 e, no ano seguinte, solicitou sua auto falência. Ela, seu marido Alexandre Oliver Gaspar Pompeu e suas empresas, Agape Construção Naval EIRELI e Ambiental Bio Service LTDA - EPP, constituem um grupo econômico que acabou com o patrimônio da empresa autuada e deixou seus empregados sem mesmo as verbas rescisórias decorrentes das demissões e sequer deu baixa em suas carteiras de trabalho. Há indício de que a empresa Alphagama Vigilância e Segurança EIRELI seja sua sucessora, pois absorveu seus

empregados, continuando com os mesmos contratos de prestação da falida sob a aparência de novas licitações.

A seguir estão listados os responsáveis solidários, e os fundamentos legais:

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

=> 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 a ela somaram R\$ 640.435,11, num ano que antecede o pedido de auto falência.

=> O artigo 135, inciso III do CTN estabelece responsabilidade subsidiária para terceiros que administram empresa no período em que ocorre a infração ou para terceiros que dissipam irregularmente o patrimônio da empresa devedora do Fisco. Trata-se de prática de ato ilícito, com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Também é caso de enquadramento no artigo 124, inciso I do CTN, já que é possível identificar o interesse comum na situação que constitua o fato gerador, considerando as 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.

Nestes termos, são responsáveis solidários com base no artigo 124, inciso I do CTN:

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

=> Alexandre é marido e também sócio de fato da falida. Segundo seu depoimento ao administrador da massa falida, afirmou que não seria proprietário da falida, mas eventualmente prestava consultoria no aspecto da participação de certames licitatórios. É titular da Atlântica Boats Estaleiro, atualmente Apape Construção Naval EIRELI, CNPJ. 10.350.228/0001-65.

=> Constatou-se que Alexandre assinava, junto com a sócia, empréstimos junto aos bancos. Além disso, a falida transferiu para a pessoa física do marido o montante de R\$ 780.426,62, sem qualquer explicação, em que pese intimada.

=> Alexandre e Simone constituem uma unidade familiar como também uma sociedade de fato (sociedade em comum não personificada). As pessoas físicas componentes da sociedade respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (CTN, art. 124, inciso I, c/c Lei nº 10.406/02, artigo 986 e 990).

3) Apage Construção Naval Eireli, CNPJ. 10.350.228/0001-65

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 Alexandra Barbieri Pompeu, Alexandre Oliver Gaspar Pompeu, sua filha Gabrielle Loraine Barbieri Pompeu e suas empresas constituem um grupo econômico.

=> Houve a transferência financeira sem causa de R\$ 11,5 milhões para a empresa Agape Construção Naval Eireli, estaleiro do Alexandre Oliver Gaspar Pompeu e de R\$ 174 mil para a empresa da sócia da autuada, a Ambiental Bio Service Ltda EPP.

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

=> Esta empresa foi colocada no pólo passivo desta fiscalização, pois há indícios que seria a sucessora da falida. Esta convicção decorre de vários indícios, principalmente da diligência realizada pelo administrador da massa falida junto a vários empregados, os quais informaram que quase 90% dos empregados da falida foram transferidos para a Alphagama ou foram contratados pela Alphagama no curso do contrato de trabalho com a falida. Atestam que alguns dos contratos perdidos pela falida foram assumidos pela Alphagama. Alguns empregados mantiveram dois contratos de trabalho e que quando a falida perdeu o contrato com as ETEC (Escolas Técnicas) e FATEC (Faculdades Técnicas), a Alphagama assumiu o compromisso.

=> Constatou-se transferência bancárias da fiscalizada para a Alphagama no valor de R\$ 224 mil. Também foi encontrado, entre os bens da Agape Construção Naval Eireli, empresa do marido da sócia da falida, uma lancha com o nome Alphagama II, que sugere haver mais negócios entre a Alphagama e as empresas do grupo.

=> Relacionaram-se os empregados da falida em janeiro de 2014 e os empregados da Alphagama depois da falência (outubro/2014), tomando por base o mês de janeiro de 2015. Constatou-se que 707 empregados constantes da primeira relação constavam como empregados da Alphagama em janeiro de 2015, confirmando-se o que foi dito nos depoimentos dos 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.

=> Enquadramento Legal: artigo 124, inciso I e artigo 133, ambos do CTN

Apresentaram impugnação os responsáveis solidários DUNBAR Serviços de Segurança – EIRELI (nome atual da Alphagama Segurança e Vigilância Ltda), AGAPE Construção Naval EIRELI, AMBIENTAL BIO SERVICE LTDA – EPP, Alexandre Oliver Gaspar Pompeu e Simone Alexandra Barbieri Pompeu.

Ainda em decorrência desta ação fiscal, as transferências bancárias acima mencionadas, juntamente com outros pagamentos detectados, totalizando R\$ 18 milhões, foram objeto de autuação para constituição do crédito tributário de IRRF, com fundamento no artigo 61, §1º da Lei nº 8.981/95, no processo administrativo nº 19515.720.595/2016-17, com multa de ofício qualificada de 150%, e inclusão dos responsáveis tributários.

Em sessão do dia 20 de julho de 2017, a 5ª Turma de Julgamento da DRJ/SPO prolatou Acórdão nº 16-78.761, julgando improcedentes as impugnações, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012

DESPESAS ESCRITURADAS NA CONTABILIDADE. NECESSIDADE DE LASTRO EM DOCUMENTOS HÁBEIS E IDÔNEOS. FORÇA PROBANTE.

A escrituração somente faz prova a favor do contribuinte quando respaldada em documentos hábeis e idôneos.

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 o 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.

A seguir, tabela com a ciência da decisão de primeiro grau, e a data da apresentação do recurso voluntário:

Recorrente	Ciência	Recurso	fls. dos autos
Atlântico Sul Segurança e Vigilância EIRELI	22/08/2017	Não apresentou	
Simone Alexandra Barbieri Pompeu	22/08/2017	15/09/2017	3530/3727
Alexandre Oliver Gaspar Pompeu	29/08/2017	27/09/2017	3765/3814
Agape Construção Naval Eireli	29/08/2017	27/09/2017	3818/3859
Ambiental Bio Service Ltda EPP	17/08/2017	15/09/2017	3461/3504
Dunbar Serviços de Segurança EIRELI	31/07/2017	29/08/2017	3237/3342

Os recursos voluntários trouxeram as seguintes alegações:

=> Simone Alexandra Barbieri Pompeu:

AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA RECORRENTE EM RAZÃO DA NÃO CONFIGURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PASSIVA COM BASE NO ART. 135 DO CTN

- o Termo de Sujeição Passiva foi contraditório quanto à natureza da responsabilidade tributária disposta no artigo 135 do CTN, pois inicia reconhecendo seu caráter subsidiário, mas aplica no caso como solidária.

- a decisão recorrida houve por bem manter a responsabilidade, mudando, no entanto, sua fundamentação para incluir o artigo 124, inciso II do CTN, e argumentar que a responsabilidade seria solidária, fato que viola o direito à ampla defesa.

- há dois tipos de responsabilidade, a solidária e a subsidiária, devendo-se tomar cautela na aplicação do artigo 135 do CTN, que determina tratar-se de responsabilidade pessoal.

- a única responsabilidade a ser atribuída com base no artigo 135 do CTN é a pessoal e subsidiária, tendo como pressuposto a ocorrência de atos ilícitos, por excesso de poderes ou infração à lei, contrato ou estatuto, atos decorrem de conduta dolosa ou culposa, devendo ser comprovada pela fiscalização.

- o simples fato de a recorrente ter sido a administradora da empresa Atlântico Sul Segurança e Vigilância Eireli no período em que apurada a suposta infração autuada não justifica a imputação de responsabilidade passiva com base no artigo 135 do CTN.

- para que a recorrente pudesse ser responsabilizada pelo pagamento do suposto débito cobrado, a autoridade fiscal precisaria ter comprovado que a recorrente, dolosa ou culposamente, teria praticado atos ilícitos, por excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto, sendo a comprovação por meio de provas diretas do ilícito, não bastando meros indícios e suposições.

- a autuação está baseada na suposição de que as despesas lançadas como administrativas não o seriam de fato, apenas porque talvez os pagamentos não estariam relacionados com a atividade da empresas, além de se basearem em contabilidade que estava equivocada e estava sendo substituída.

- é inadmissível falar-se em dolo ou má-fé ou mesmo em uma suposta conduta culposa por má gestão por parte da recorrente, que fez tudo para ver retificada a escrituração contábil equivocada.

- cita doutrina e jurisprudência de que é imprescindível a comprovação por parte do auditor fiscal de prática de ato com má-fé, dolo, excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto,

- não seria possível a comprovação da conduta dolosa, pois a recorrente havia protocolado, antes do início da ação fiscal, pedido junto a JUCESP de retificação da escrituração para os anos-calendário de 2011 e 2012.

- o auditor fiscal decidiu por desconsiderar os livros fiscais retificados, apresentados em pen-drive, e prosseguir em sua fiscalização com base nos livros fiscais antigos, que não tinham a qualidade que a sócia entendia adequada.

- a decisão recorrida afirmou que a retificação não existia, uma vez que não foi comprovado seu registro junto a JUCESP, sendo este fato culpa exclusiva daquele órgão; ademais, o pen-drive seria prova da retificação dos livros e foi completamente ignorada.

- a responsabilidade dos sócios, por ser subsidiária, só ocorre quando há a desconsideração da responsabilidade jurídica, em razão de cometimento de ato ilícito, nos termos do artigo 135 do CTN, sendo única exceção, conforme Súmula nº 435 do STJ, quando ocorre a dissolução irregular da empresa, fato que não ocorreu no presente caso, e sim a decretação da falência, de forma lícita.

DAS VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS ACARRETADAS PELO EXÍGUO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA E PELA FALTA DE APRECIÇÃO DO PEDIDO DE JUNTADA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS APÓS O PROTOCOLO DA IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA

- houve violação aos seus direitos à Isonomia Processual, à Proporcionalidade, ao devido Processo Legal, ao Contraditório e à ampla defesa, tendo em vista o exíguo prazo de 30 (trinta) dias para elaborar sua defesa, nos termos do artigo 33 do Decreto nº 70.235/72, diante da fiscalização que teve longa duração de 16 meses, e que trouxe elementos que exigiriam análise complexa, além da busca, separação e juntada de um vasto número de documentos.

- dever-se-ia conceder um prazo maior para apresentação da defesa, ou ao menos a decisão recorrida ter apreciado e deferido o pedido de juntada posterior.

- não obstante a falta de apreciação do pedido de juntada posterior, juntam-se documentos comprobatórios ao presente recurso voluntário, nos termos da hipótese autorizativa do artigo 16, § 4º do Decreto n] 70.235/72.

- requer que seja dado provimento, a fim de reconhecer as ofensas incorridas aos citados princípios, e para permitir, no mínimo, a juntada de documentos posteriormente ao protocolo da impugnação.

DA NULIDADE ABSOLUTA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVOS DE LEI - OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

- houve violação ao Princípio da Legalidade, pois a fundamentação foi única e exclusivamente nos dispositivos do RIR/99, e também no artigo 3º da Lei nº 9.249/95, mas que trata apenas da alíquota para cobrança do IRPJ.

- sendo o RIR/99 um Decreto, obviamente não era suficiente a sua indicação para que a recorrente soubesse o que é ou não devido a título de imposto e multa, devendo constar no bojo do auto de infração os dispositivos legais que embasam a cobrança.

- a ausência de fundamentação violou o direito à ampla defesa e ao contraditório por não saber em quais dispositivos legais teria se pautado a Receita Federal para apontar a ocorrência da infração e fixar o montante em que seria devido, o que afronta o artigo 50 da Lei nº 9.784/1999 e o artigo 10 do Decreto nº 70.235/72.

- o auto de infração deve ser cancelado por ofensa ao Princípio da Legalidade, com a sua conseqüente nulidade.

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO — VÍCIO MATERIAL NA SUA MOTIVAÇÃO

- o auto de infração padece de vício em sua motivação pelo fato de ter descrito como ato infracional as despesas não comprovadas e pela afirmação de que a recorrente, sócia da empresa Atlântico Sul, não teria cumprido à intimação para prestar esclarecimentos - justificativas que não condizem com a realidade dos acontecimentos.

- foi decretada a falência da autuada, de modo que a pessoa jurídica não mais existe, sendo o atual representante legal o administrador judicial.

- a recorrente prestou os devidos esclarecimentos, informando que já havia protocolado junto a JUCESP o pedido de retificação do SPED, nos quais os lançamentos mencionados no Termo de Intimação Fiscal foram alterados, com a apresentação de pen-drive com livros retificados.

- é um absurdo a decisão recorrida manter a autuação que teve como fundamento a falta de registro dos livros retificados junto à JUCESP.

- a autoridade fiscal deixou de analisar os livros contábeis apresentados por "pen-drive", ensejando a lavratura do auto de infração com base em suporte fático equivocados, de modo que é nítida a sua nulidade por vício em seu motivo.

- é obrigação da autoridade julgadora analisar os livros retificados, reiterando que a ausência do registro dos livros na JUCESP seria mero formalismo.

- caos não reconhecida a nulidade, que seja determinada baixa do processo em diligência para que o procedimento seja completamente refeito.

DA NULIDADE DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO — VÍCIO MATERIAL NO SEU OBJETO

- a tributação sobre a totalidade dos valores glosados das despesas se reveste com característica de penalidade.

- a autoridade fiscal deveria ter arbitrado o lucro, já que lavrou o auto de infração em virtude de supostas inconsistências na escrituração contábil e suposta ausência de suporte documental, entendendo por glosar diversas despesas, cobrando IRPJ e CSLL sobre a totalidade de tais valores, sem proceder à correta apuração da base de cálculo.

- a decisão recorrida deixou de atentar para o fato de que a autoridade fiscal não poderia ter arbitrado o lucro com base na totalidade das despesas, contrariando o artigo 47 da Lei nº 8.981/95.

- o erro na determinação da base de cálculo do tributo torna os valores indevidos, irrealis e exorbitantes, de modo a contaminar o lançamento com vício insanável de ilegalidade, e o torna nulo de pleno direito, uma vez que padece de liquidez e certeza.

IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA AO RESPONSÁVEL

- a decisão recorrida não tratou da alegação de impossibilidade de ser aplicada a multa ao responsável tributário, cabendo a anulação do acórdão.

- a responsabilidade do artigo 135, inciso III do CTN depende da ocorrência dos requisitos previstos no seu caput.

- a multa deve ser exigida daquele que descumpriu a norma, no presente caso, a recorrente seria mera responsável, de modo que exigir-lhe o tributo que é devido por outro já lhe penaliza suficientemente.

- o fato de a recorrente não configurar o contribuinte no caso, não pode ser duplamente penalizada com o pagamento do tributo e a multa punitiva tendo em vista que não realizou a suposta conduta delituosa.

- assim, o presente recurso voluntário deve ser provido para anular a acórdão que foi completamente omissa a este aspecto ou, no mínimo, reformar a fim de cancelar a aplicação de multa contra a recorrente.

DA EXCLUSÃO DAS MULTAS EM RAZÃO DA BOA-FÉ E DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE — AUSÊNCIA DE CULPA

- a recorrente agiu de boa-fé, pelo fato de ter protocolado pedido de retificação do SPED antes da ação fiscal, bem como ausência de dolo, motivo pelo qual deve ser determinada a exclusão da multa aplicada, em nome do Princípio da Equidade, da Igualdade e da Boa-Fé.

DA INADEQUADA APLICAÇÃO DA MULTA - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

- é evidente a inconstitucionalidade da multa aplicada, ainda mais, no percentual pretendido, tendo em vista a sua desproporcionalidade e irrazoabilidade que, desde logo, a caracterizam, ao aniquilar o direito à propriedade, ao exercício do trabalho/atividade econômica e afetar a dignidade da pessoa humana, na medida em que a exigência do tributo já penalizaria sobremaneira a ora recorrente.

- a decisão recorrida deve ser reformada, para anular o auto de infração ou, no mínimo, reduzir de forma drástica a multa aplicada, em virtude da patente ofensa ao Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE MULTA COM CARÁTER CONFISCATÓRIO

- a decisão recorrida deve ser reformada, tendo em vista que manteve a multa aplicada em patamar que viola, de forma patente, os Princípios Constitucionais da Capacidade Contributiva (art. 145, § 1º, CF) e da Vedação ao Confisco (art. 150, IV, CF), de modo que tal multa deve ser anulada por esse E. Conselho ou, no mínimo, reduzida profunda e drasticamente, razão pela qual deve ser provido o presente Recurso Voluntário.

DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL - BAIXA DOS AUTOS EM DILIGÊNCIA

- requer que sejam deferidos os pedidos para baixa do processo em diligência e produção de prova pericial, até para que a recorrente possa exercer devidamente seu direito de defesa, comprovando todas as suas alegações, por meio de análise técnica embasada na documentação contábil e financeira retificada.

DO DEVER DE APRECIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE CUNHO CONSTITUCIONAL EM SEDE ADMINISTRATIVA

- como pode ser observado nos tópicos acima, as alegações de violação aos Princípios da Isonomia Processual, do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa, da Equidade, da Proporcionalidade, da Razoabilidade, da Vedação ao Confisco e da Capacidade Contributiva, deixaram de ser apreciadas pela Decisão Administrativa de 1ª Instância, sob o argumento de que não caberia ao I. Julgador administrativo realizar análise sobre a ilegalidade e inconstitucionalidade da legislação pátria vigente, sendo de sua competência somente a sua aplicação.

- cita doutrina e jurisprudência, concluindo que todas as alegações devem ser apreciadas em julgamento, em especial aquelas de cunho constitucional, sob pena de o julgamento ser declarado nulo.

=> Alexandre Oliver Gaspar Pompeu:

AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA RECORRENTE EM RAZÃO DA NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 124, INCISO I DO CTN

- a decisão não deve prevalecer, uma vez que completamente ausentes os elementos necessários para a configuração da responsabilidade com base no art. 124, inciso I do CTN, tendo em vista a inexistência de sociedade de fato por parte do recorrente relativamente à empresa Atlântico Sul.

- ainda que se fosse comprovada a sociedade de fato, não seria suficiente para imputação de responsabilidade tributária ao Recorrente com base no citado dispositivo.

- o recorrente e a Sra. Simone não constituem, e jamais constituíram, sociedade de fato no âmbito empresarial da empresa Atlântico Sul, que era gerida exclusivamente pela Sra. Simone, enquanto que o recorrente possui sua própria empresa (Ágape Construção Naval Eireli, e gere seus próprios negócios.

- o recorrente assinou empréstimos nos bancos junto à sua esposa, relativos à empresa falida, somente em razão do vínculo matrimonial, sendo uma prática corrente no mercado financeiro que o cônjuge do beneficiário ou do avalista também assine o contrato, já que em caso de seu descumprimento, parte do patrimônio do recorrente poderia ser prejudicado.

- a decisão recorrida concluiu que, da simples assinatura em contrato de empréstimo, a recorrente cuidaria da movimentação bancária da empresa falida, conclusão esta sem qualquer fundamento.

- quanto às transferências bancárias feita da empresa falida ao recorrente, a decisão recorrida foi contraditória, pois embora tenha afirmado que não teriam sido esclarecidos exatamente os serviços prestados, reconheceu, em outro trecho, que foram serviços de consultoria quanto aos certames licitatórios voltados à atividade de segurança, dos quais a Atlântico Sul participava, fato que não configura qualquer demonstração de uma suposta atividade como sócio administrador da empresa falida.

- a recorrente esclarece contrato de consultoria se deu de forma verbal, tendo em vista que a sócia da empresa falida e o recorrente são marido e mulher, de modo que imperava entre eles a confiança entre as partes.

- a única contribuição que o recorrente já realizou em relação à empresa falida de sua esposa foi relativa aos serviços de consultoria que a ela prestou, reiterando-se, contudo, que tal contribuição se deu na forma da prestação de serviços remunerados, tendo em vista a ausência de participação do recorrente como sócio ou qualquer outra figura dentro da empresa de sua esposa.

- é inacreditável e inadmissível alegação feita por parte da autoridade fiscal e mantida pela decisão recorrida, no sentido de imputar responsabilidade passiva ao Recorrente "por entender" que a sua esposa, Sra. Simone, não seria dotada de "recursos intelectuais" suficientes para gerir uma empresa do porte da empresa falida, é, além de extremamente ofensiva, sexista e absolutamente inconstitucional, um verdadeiro absurdo do ponto de vista jurídico.

- reitera que não houve qualquer tipo de sociedade de fato entre o recorrente e sua esposa, e, ainda que tivesse existido, a autoridade fiscal deveria comprovar consistentemente tal alegação, o que não o fez, tendo em vista que os fundamentos utilizados consistiram em mera suposições desprovidas de qualquer suporte fático e técnico especializado.

- a responsabilidade solidária na unidade familiar está adstrita à apuração conjunta de rendimentos tributáveis, mas, como já demonstrado, o recorrente e sua esposa não apuram rendimentos tributáveis juntos, com a mesma atividade ou com a mesma empresa, fato que não justifica imputar a responsabilidade solidária ao recorrente.

- considerando o artigo 128 do CTN, a única interpretação possível a ser dada ao art. 124 do CTN, é que sua aplicação se dá nos casos em que o mesmo fato gerador é realizado conjuntamente por mais de uma pessoa, ou seja, havendo mais de uma pessoa enquadrada na definição de contribuinte (art. 121, parágrafo único, inciso I).

- a interpretação defendida pela decisão recorrida quanto à expressão "interesse comum", para fins de imputação da responsabilidade prevista no art. 124, inciso I, do CTN, foi totalmente equivocada e dissonante do restante do ordenamento jurídico, pois esta implica que as pessoas solidariamente vinculadas sejam sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato imponível.

- para que o art. 124, inciso I, do CTN pudesse ter sido aplicado ao recorrente, ele precisaria ter participado da ocorrência do fato gerador da obrigação, o que não ocorreu no caso, e sequer foi comprovado pelo Fisco, que se limitou a apontar indícios e suposições.

- não houve comprovação do enquadramento da recorrente em uma das hipóteses para imputação da responsabilidade prevista no artigo 135 do CTN, ainda seja demonstrado que seria sócio de fato da empresa.

- a responsabilidade prevista no art. 135 do CTN é derivada do descumprimento da obrigação tributária pelo contribuinte e seu pressuposto de fato é a ocorrência de atos ilícitos, por excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto, atos estes que somente ocorrem por meio da figura do dolo ou da culpa, sendo imprescindível, para a atribuição de tal responsabilidade, a comprovação pela autoridade fiscal da ocorrência dos referidos requisitos.

- conclui-se que o recorrente não podia ter sido apontado para responder pelo débito cobrado no Auto de Infração combatido, 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; sendo que mesmo que tivesse sido sócio de fato da empresa falida, o que se admite apenas para fins de argumentação, ainda assim, não poderia responder pelo débito, tendo em vista que não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas pelo art. 135 do CTN.

=> as recorrentes Agape Construção Naval EIRELI, Ambiental Bio Service LTDA - EPP e Dunbar Serviços de Segurança EIRELI (atual nome da Alphagama Vigilância e Segurança EIRELI) apresentaram as mesmas alegações acerca da responsabilidade tributária acerca do 124, inciso I do CTN, a seguir:

DA EVIDENTE AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA
DA RECORRENTE - DA NÃO INCIDÊNCIA DO ARTIGO 124, INCISO I DO CTN.

- as hipóteses de responsabilidade solidária são aquelas que estão expressamente elencadas nos artigos 128 a 138 do CTN, sendo que nenhuma delas indica responsabilidade solidária de membros de um mesmo grupo econômico.

- inexistente norma legal definindo o que seria um grupo econômico, de modo que a atribuição da responsabilidade solidária pretendida pelo Fisco é totalmente impraticável.

- o Termo de Sujeição Passiva afirma que as recorrentes e a empresa autuada originalmente fariam parte de grupo econômico, sendo que disso decorreria a responsabilidade tributária, mas esta imputação não possui sustentação legal.

- a mera afirmação de que existiria um grupo econômico não é suficiente para criar qualquer tipo de obrigação tributária, sendo que não há na legislação do que seria grupo econômico.

- os argumentos do Fisco para justificar a causa do entendimento de que as empresas recorrentes seriam integrantes do mesmo grupo econômico da Atlântico Sul são completamente rasos.

- no caso da recorrente ÁGAPE a imputação decorre do simples fato de a recorrente ser pertencente ao marido da sócia da empresa Atlântico Sul, ou seja, a recorrente e a empresa falida sequer possuem o mesmo quadro societário.

- o vínculo matrimonial entre os sócios da empresa falida e da recorrente ÁGAPE não seria suficiente para responsabilizar solidariamente a recorrente.

- no caso da recorrente AMBIENTAL, o fato de a recorrente e a empresa Atlântico Sul terem possuído a mesma sócia não seria suficiente para imputar a responsabilidade tributária.

- a recorrente AMBIENTAL e a Atlântico Sul possuem personalidades jurídicas próprias, ainda que tenham mesmo sócio, e tal coincidência não configura hipótese legal de responsabilidade tributária passiva.

- no caso da recorrente DUNBAR, a imputação decorre de supostos "indícios" e não em fatos e motivos comprovados, sendo que o ônus seria da fiscalização de fazer a prova do quanto alegado tenha.

- quanto à transferência de empregados da empresa falida à empresa recorrente DUNBAR, é imperioso esclarecer que, com base em depoimentos de três pessoas que foram empregados da empresa falida, a decisão recorrida afirmou que 90% dos empregados da empresa falida foram contratados pela recorrente DUNBAR; entretanto, de acordo com os documentos acostados aos autos durante a ação fiscal, o percentual seria de 24%.

- um dos depoentes nunca foi empregado da recorrente DUNBAR, enquanto que os outros dois foram admitidos em 01/12/2013, antes mesmo de ter sido apresentado pedido de falência pela empresa Atlântico Sul, em outubro de 2014.

- logo, não foi a falência da empresa autuada que ocasionou a contratação dos referidos empregados, como seria o caso de uma operação de sucessão pela recorrente DUNBAR.

- esclarece que o próprio Sindicato promove, nos casos de dissolução de contratos de uma empresa e tomada dos contratos por outra empresa, a preferência de admissão dos empregados da empresa anterior, já vinculados à execução do contrato, pela nova empresa contratante, sendo prática comum no mercado para empresas de segurança e vigilância.

- no depoimento, em momento algum foi afirmado pelos dois funcionários que teriam deixado de prestar serviços para a empresa falida, mas sim que mantiveram dois contratos de trabalhos simultâneos, não havendo que se falar em transferência destes para a recorrente DUNBAR.

- o fato de terem trabalhado com a mesma atividade e que alguns dos contratos da empresa falida serem, atualmente, exercidos pela empresa Recorrente DUNBAR, após o devido procedimento licitatório, constituem muito mais fatores comprobatórios da concorrência que havia entre essas empresas, do que supostos e meros indícios de que teria havido entre elas vínculo de grupo econômico e de que a recorrente DUNBAR teria sucedido a empresa falida.

- ainda que a recorrente DUNBAR tivesse contratado empregados demitidos da Atlântico Sul, sem baixa da carteira, esse fator não poderia configurar indício de grupo econômico, mas que a recorrente teria se deparado com essa disponibilidade de pessoas já treinadas e teria aproveitado a oportunidade de fácil e vantajosa contratação.

- afirma não houve transferência de contratos da empresa falida à recorrente DUNBAR, esclarecendo que ambas "dividiam" os mesmos clientes na execução de seus serviços, mas não porque formariam grupo econômico, mas porque eram concorrentes.

- depois da falência Atlântico Sul, a recorrente disputou e ganhou o exercício da execução dos contratos, mas por sucessão, mas sim por ter se sobressaído com o menor preço, dentre os concorrentes que restaram.

- os contratos firmados pela recorrente somente foram celebrados depois da realização de procedimentos licitatórios, dos quais a recorrente restou vencedora.

- com relação à lancha denominada "Alphagama II" encontrada entre os bens da empresa do marido da sócia, a recorrente nada tem a ver com a empresa falida, muito menos com o nome escolhido para denominar bem da empresa do marido da sócia, sendo insuficiente para demonstrar suposto vínculo com a Atlântica Sul ou com grupo econômico, e imputar a responsabilidade tributária.

- a recorrente DUNBAR e a empresa falida sequer possuíam sócios em comum.

- inevitável a constatação de que a inclusão e a manutenção das recorrentes ao pólo passivo da obrigação tributária se baseiam em ato administrativo puro e simples, sem base legal mínima, em afronta direta ao Princípio da Legalidade Estrita (art. 150, inciso I, da CF), e pior, ato administrativo também plenamente nulo porque sem motivação.

- ainda que as recorrentes e a empresa falida estivessem no mesmo grupo econômico, o STJ já pacificou entendimento de que o fato de haver pessoas jurídicas nessa situação não enseja responsabilidade solidária.

- as transferências bancárias supostamente sem causa feitas pela Atlântico Sul às recorrentes, também utilizadas como fundamento para justificar a alegação de formação de grupo econômico, não sustentam a referida atribuição de responsabilidade.

- a recorrente ÁGAPE, foi esclarecido em sede de impugnação que as transferências se refeririam ao pagamento de locação de diversos bens móveis, sendo que a decisão recorrida houve por bem afirmar que não houve comprovação das alegações, uma vez que os bens não foram especificados na escrituração fiscal da empresa falida e não foi juntado aos autos qualquer contrato locatício.

- como houve locação de mais de um tipo de bem móvel, seria natural que não fossem todos descritos na escrituração fiscal da empresa falida; ademais, a recorrente ÁGAPE não pode ser penalizada por suposto erro cometido pela empresa Atlântico Sul.

- a recorrente ÁGAPE logrou encontrar, após apresentação da defesa, o contrato firmado com a empresa Atlântico Sul de locação de bens móveis, relativos a veículos, guaritas e embarcações, documento juntado ao recurso voluntário.

- assim, restou comprovada a locação dos bens móveis, e justificadas as transferências bancárias para recorrente ÁGAPE.

- a recorrente AMBIENTAL, em sua defesa, esclareceu que as transferências bancárias se refeririam ao reembolso de empréstimos feito em nome da recorrente e destinados à Atlântico Sul, mas a decisão recorrida houve por bem afirmar que não houve comprovação das alegações, já que diversos documentos juntados faziam menção a uma empresa "Empreendimentos Comerciais".

- a "Empreendimentos Comerciais" é uma denominação antiga da recorrente AMBIENTAL, fato que poderia ter sido verificado pela própria Receita Federal, já que possui várias informações da recorrente.

- considerando os documentos acostados aos autos, e aqueles ora juntados no recurso voluntário, restou comprovada a realização dos empréstimos em nome da recorrente AMBIENTAL.

- por outro lado, não foi firmado contrato entre a empresa falida e a recorrente AMBIENTAL, no que tange à realização desses empréstimos, uma vez que se trata da mesma sócia, admitindo-se a celebração de contrato verbal.

- não cabe a alegação de que tais empréstimos constituiria um indício de grupo econômico, uma vez que a Sra. Simone tinha plena liberdade, como sócia majoritária das duas empresas e como empresária, de se utilizar do nome de uma delas para obter recursos para outra, não infringindo nenhuma lei.

- logo, restaram justificadas as transferências bancárias entre a empresa Atlântico Sul e a recorrente AMBIENTAL.

- ainda com relação à recorrente AMBIENTAL, consta no Termos de Sujeição Passiva que, para embasar a alegação de formação de grupo econômico, haveria uma suposta complementaridade das atividades exercidas pela recorrente em relação às atividades exercida pela Atlântico Sul.

- ocorre que a recorrente AMBIENTAL exercia serviços de apoio a edifícios, medição de consumo e gestão de recursos humanos, enquanto que a empresa falida exercia

atividade de vigilância, não restando demonstrado em que nível tais atividades estariam atreladas para serem complementares uma a outra, o que demonstra a vagueza na fundamentação que embasa a autuação.

- ainda que fosse demonstrado que as atividades seriam complementares, ainda assim não haveria que se falar em responsabilidade passiva à recorrente AMBIENTAL, uma vez que tal conduta não enseja a incidência de nenhum tributo ou enquadramento a qualquer infração, sequer seria indicativo de grupo econômico.

- o Princípio da Capacidade Contributiva impõe que seja cobrado tributo de pessoa que tenha sua riqueza revelada pela ocorrência do fato imponível, o que não ocorreu no presente caso, já que as recorrentes não guardam relação com o fato gerador, bem como não revelou riqueza, sendo ofensa ao citado princípio.

- também violou o Princípio da Isonomia, pois o Fisco trata de forma idêntica, por meio da responsabilidade solidária, empresas que se encontram em situações diversas, e sequer possuem relação com os fatos jurídicos capitulados pela fiscalização.

- feitos os esclarecimentos sobre a alegação relativa à suposta formação de grupo econômico, afirma que não há incidência do artigo 124, inciso I do CTN.

- considerando o artigo 128 do CTN, a única interpretação possível a ser dada ao art. 124 do CTN, é que sua aplicação se dá nos casos em que o mesmo fato gerador é realizado conjuntamente por mais de uma pessoa, ou seja, havendo mais de uma pessoa enquadrada na definição de contribuinte (art. 121, parágrafo único, inciso I).

- é preciso cautela para interpretar a expressão "interesse comum", para fins de imputação da responsabilidade prevista no art. 124, inciso I, do CTN, pois esta implica que as pessoas solidariamente vinculadas sejam sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato imponível.

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

- apenas os fatos de (1) a recorrente AMBIENTAL pertencer à sócia da empresa Atlântico Sul, (2) a recorrente ÁGAPE pertencer ao marido da citada sócia e (3) a recorrente DUNBAR ter obtido vantagens com o encerramento das atividades da empresa falida, não configuram motivos para responsabilizá-las solidariamente pelo débito da empresa falida.

- os demais argumentos do fisco e da decisão recorrida são apenas especulações de que as transferências seriam para esvaziar o patrimônio da empresa falida e que haveria uma complementariedade nas atividades exercidas.

- o elemento essencial que justifica a atribuição de responsabilidade para terceiro é a existência de fraude, que deve ser cabalmente demonstrado pela Fiscalização, o que não foi feito no caso.

- portanto, não há dúvidas quanto à nulidade absoluta do Termo de Sujeição Passiva Solidária, com base na suposta configuração de grupo econômico e na suposta incidência do art. 124, inciso I, do CTN, razão pela qual a decisão recorrida deve ser reformada, a fim de que se reconheça que a cobrança discutida deve ser cancelada, ao menos em face das recorrentes, uma vez que esta não pode ser considerada responsável tributária solidária na medida em que não realizou ou participou diretamente do fato gerador da autuação em comento, bem como não agiu com fraude ou má fé em momento algum, motivo pelo qual deve ser provido o presente recurso voluntário.

=> a recorrente Dunbar Serviços de Vigilância EIRELI também apresentou impugnação quanto aos seguintes tópicos:

AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA RECORRENTE EM RAZÃO DA NÃO INCIDÊNCIA DO ARTIGO 133 DO CTN.

- com base no artigo 133 do CTN, os elementos autorizadores para sua incidência são: (i) aquisição, a qualquer título, de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional e (iii) continuidade da exploração da respectiva atividade comercial, mesmo que sob outra razão social.

- não houve qualquer tipo de aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, o que já impediria a aplicação do artigo 133 do CTN.

- o estabelecimento comercial da empresa falida, no que tangia aos bens corpóreos, estava instalado no bairro de Santo Amaro (São Paulo - SP), enquanto o estabelecimento comercial da recorrente, desde antes da alteração de seu nome, está instalado no Bairro de Santana (São Paulo - SP), não tendo sido adquirido por ela qualquer tipo de maquinário, mercadoria, ou outro objeto material, da falida

- o fato de atuar no mesmo município da empresa falida não equivale à ocupar o mesmo endereço e, tampouco, equivale ao enquadramento na situação de "aquisição do fundo de comércio ou estabelecimento comercial", o que afasta a incidência do artigo 133 do CTN, que não pode ser interpretado extensivamente.

- também não adquiriu nenhum bem incorpóreo, ressaltando que nunca utilizou a razão social da empresa falida.

- quanto aos contratos de serviços e os empregados, sequer são considerados bens, não integrando o estabelecimento comercial, não sendo elementos autorizadores do enquadramento da recorrente como sucessora da empresa falida.

- ratifica as razões já apresentadas para afastar a alegação de formação de grupo econômico, no que concerne aos contratos com os clientes da empresa falida e da contratação dos empregados desta última, além das provas da sua participação em processo licitatórios, desconsiderados pela decisão recorrida.

- a transferência no valor de R\$ 224.385,54, da empresa falida para a recorrente, decorre de remuneração pela cessão de mão de obra utilizada em uma situação específica, argumento não acatado pela decisão recorrida por falta de provas.

- justificou que não havia localizado as provas em função do curto prazo de 30 dias para apresentar a impugnação, mas que logrou êxito de forma a anexar aos autos 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 comprova as alegações quanto à transferência.

- ademais, essa transferência não poderia representar a aquisição do estabelecimento comercial, como entendeu a decisão recorrida, valor total de R\$ 224.385,54 representou apenas o percentual aproximado de 24% de seu faturamento total anual de 2012, que foi de aproximadamente R\$ 837.000,00, sendo impossível entender pela ocorrência de uma operação de sucessão, ainda mais tendo em vista o tamanho da empresa falida.

- o fato de explorar a mesma atividade não constitui, fora do contexto do artigo 133 do CTN, qualquer indício ou prova que a recorrente seria sucessora da empresa falida, servindo apenas para demonstrar a concorrência comercial que existia entre as duas empresas.

- diante de todo o exposto, conclui-se inadmissível a manutenção do enquadramento da recorrente como sucessora da empresa falida, com base no art. 133 do CTN, uma vez que os elementos autorizadores de tal enquadramento não se encontram presentes no caso, não podendo a recorrente ser responsabilizada pelo pagamento do débito exigido em face da empresa Atlântico Sul.

DA INCONTESTÁVEL NULIDADE ABSOLUTA DA AUTUAÇÃO EM RAZÃO DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DA RECORRENTE

- a recorrente não possui meios de exercer sua ampla defesa quanto ao lançamento uma vez que não tem acesso às informações contábeis da empresa falida, e o mérito da autuação está diretamente atrelado a tais informações.

- a decisão recorrida não acatou a alegação de nulidade, uma vez que teria ocorrido a sucessão, e que teria apresentado extenso arrazoado de defesa, acompanhado de documentos, o que reforçaria a tese de que não teria sido prejudicada no exercício de sua defesa.

- alega que teve acesso a todos os documentos constantes nos autos, e apresentou toda a defesa que lhe seria possível, com a juntada de todos os documentos que estavam à sua disposição, mas este fato não permitir concluir que teria logrado exercer a mais ampla defesa, alegando, na impugnação, que nada poderia refutar quanto a questões específicas sobre o mérito, pois era impossível obter informações contábeis referentes a outra empresa, ressaltando que não restou comprovada a suposta sucessão.

- é evidente que é impossível à recorrente refutar todo o mérito da autuação, tendo em vista que não tem acesso à contabilidade da empresa Atlântico Sul e, conseqüentemente, não possui meios para afastar determinados enquadramentos feitos pela fiscalização, o que ofende ao Princípio Constitucional do direito à Ampla Defesa, devendo ser reformada a decisão recorrida, para cancelar o auto de infração em face da recorrente.

=> a recorrente DUNBAR apresentou as mesmas alegações da sócia Simone, nos seguintes tópicos.

- Da impossibilidade aplicação da multa ao responsável

- Da exclusão das multas em razão da boa-fé e do princípio da equidade - ausência de culpa

- Da indubitável nulidade absoluta da autuação em razão da ausência de indicação de dispositivos de lei - ofensa ao princípio da legalidade

- Da inadequada aplicação da multa - ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

- Da inconstitucionalidade da cobrança da multa com caráter confiscatório

- Do dever de apreciação das alegações de cunho constitucional em sede de administrativa.

=> Quanto ao mérito da autuação, os recorrentes ALEXANDRE, AGAPE E AMBIENTAL corroboram e ratificam as razões que foram apresentadas pela sócia da empresa Atlântico Sul, a Sra. Simone Alexandra Barbieri Pompeu.

- as violações aos Princípios da Isonomia Processual, da Proporcionalidade, do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa.

- a nulidade absoluta da Autuação em razão da ausência de indicação de dispositivos de lei quanto à cobrança do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica e, conseqüentemente, da ofensa ao Princípio da Legalidade.

- a nulidade do Auto de Infração em razão de vício material na sua motivação.

- a nulidade do Auto de Infração em razão de vício material no seu objeto.

- a impossibilidade de aplicação de multa ao responsável tributário

- a exclusão da multa em razão dos Princípios da Boa-Fé e da Equidade

- a inadequada aplicação da multa em virtude de ofensa aos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

- as ofensas aos Princípios da Capacidade Contributiva e da Vedação ao Confisco em razão da aplicação de multa no percentual exacerbado de 75%.

- a necessidade de produção de prova pericial e de baixa dos autos em diligência.

- ao dever de apreciação das alegações de cunho constitucional em sede administrativa.

Por fim, com exceção da recorrente Dunbar, os demais recorrentes requerem que as intimações sejam feitas, exclusivamente, em nome de **RAQUEL ELITA ALVES PRETO, inscrita na OAB/SP sob o nº 108.004**, com escritório na Rua da Consolação, nº 2697, 6º e 7º andares, no Município de São Paulo, Estado de São Paulo.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Maria Lucia Miceli - Relatora.

Os recursos voluntários são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade. Assim, deles eu conheço.

É de se atentar que a empresa autuada não apresentou recurso voluntário, de modo que a primeira matéria a ser enfrentada é quanto à inclusão dos recorrentes no pólo passivo deste lançamento. Somente se mantida a responsabilidade de algum dos recorrentes que será possível conhecer das alegações atinentes ao lançamento.

De acordo com o Termo de Sujeição Passiva Solidária, os fundamentos legais para imputação da responsabilidade solidária são os que seguem:

Responsável Solidário	Fundamento Legal
Simone Alexandra Barbieri Pompeu	artigo 135, inciso III do CTN
Alexandre Oliver Gaspar Pompeu	artigo 124, inciso I do CTN
Apage Construção Naval Eireli	artigo 124, inciso I do CTN
Ambiental Bio Service Ltda EPP	artigo 124, inciso I do CTN
Dunbar Serviços de Segurança – EIRELI	artigos 124, inciso I, e 133 do CTN

Neste voto, as alegações de defesa estarão agrupadas por fundamento legal.

DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ARTIGO 135, INCISOS II E**III DO CTN**

O auditor fiscal motivou a imputação da responsabilidade tributária a **Simone Alexandra Barbieri Pompeu** no fato de que a única sócia da autuada, juntamente com seu marido, acabou com o patrimônio da empresa, transferindo cerca de R\$ 18 milhões para as suas pessoas físicas, incluindo a filha do casal, e para as suas empresas em 2012, e em seguida solicitou sua auto falência. Aduz que estas retiradas foram contabilizadas provavelmente como despesas administrativas que, com o histórico singelo de "conforme documentos", nunca foram comprovadas apesar de intimada. Ainda de acordo com auditor fiscal, o artigo 135, inciso III do CTN, estabelece responsabilidade solidária para 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 seria o caso da Simone Alexandra Barbieri Pompeu.

Por sua vez, a recorrente alega que o artigo 135 do CTN tem caráter pessoal e subsidiário. Afirma que não foi comprovada a prática de ato com má-fé, dolo, excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto. A autuação relativa às despesas está baseada em contabilidade equivocada, e alega que teria protocolado junto a JUCESP pedido de retificação da escrituração antes do início da ação fiscal, o que torna impossível a comprovação de conduta dolosa. Além disso, alega que a decisão recorrida mudou a fundamentação da imputação da responsabilidade tributária, citando o artigo 124 do CTN.

Passo a julgar.

O artigo 135 do CTN dispõe que:

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

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.

A jurisprudência é no sentido de que o artigo 135, inciso III do CTN responsabiliza aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a personalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade. (RE 562.726/PR, j. 03/11/2010, sob a forma do artigo 543B do CPC).

E quanto à natureza da responsabilidade, me filio ao entendimento de que seria solidária. Assim, a existência de responsabilidade do administrador não afeta a responsabilidade da pessoa jurídica, permanecendo ambos igualmente responsáveis pelo crédito tributário, sem benefício de ordem. Assim, nem haveria desoneração da pessoa jurídica em razão da responsabilidade do administrador, nem dependeria a responsabilidade deste do esgotamento do patrimônio da sociedade. Responderiam ambos, integral e solidariamente. Neste sentido, é a posição de Hugo de Brito Machado (Comentários ao Código Tributário Nacional. V. 2, São Paulo: Atlas, 2004, p. 572 e 594), que defende que o artigo 135 trata de solidariedade sem o benefício de ordem, não devendo ser excluído do pólo passivo o contribuinte :

“Dizer que são pessoalmente responsáveis as pessoas que indica não quer dizer que a pessoa jurídica fica desobrigada. A presença do responsável, daquele a quem é atribuída a responsabilidade tributária nos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional, não exclui a presença do contribuinte.”

Importante esclarecer que a decisão recorrida, para fundamentar que possui o mesmo entendimento da natureza solidária, houve por bem iniciar o voto citando os dispositivos que tratam da responsabilidade tributária, nos seguintes termos:

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

(...)

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 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.

(...)

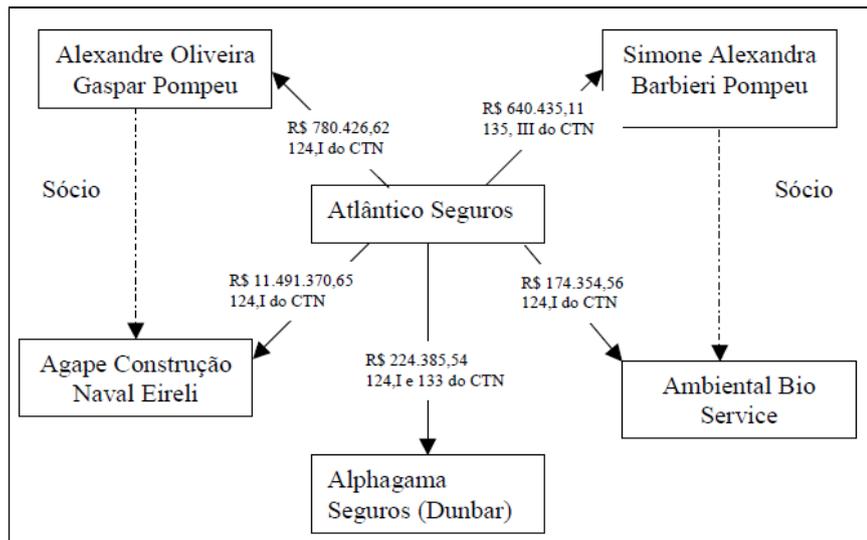
Portanto, nada há de se reparar quanto à sujeição passiva solidária da Sra. Simone.

É claro perceber que, diferente do que alega a recorrente, não houve alteração da fundamentação legal para imputação da responsabilidade tributária. O artigo 124 do CTN apenas foi citado, fazendo parte da análise dos dispositivos legais acerca desta matéria.

Enfim, citada a legislação, vamos ao caso concreto.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, a fiscalização foi motivada pelo comparativo das receitas que teriam sido auferidas pela empresa, considerando as DIRF apresentadas, totalizando R\$ 103 milhões, e a DIPJ/2013 transmitida com **valores zerados**. Foi requisitada cópia da Escrituração Contábil Digital, na qual constatou-se que a empresa autuada, no ano-calendário de 2012, obteve receitas no valor de R\$ 108 milhões, mas apurou prejuízo em todos os trimestres. Da análise das despesas, foi constatado o montante de R\$ 57 milhões de lançamentos contábeis com o histórico de "conforme documentos", sem qualquer comprovação. Paralelo a este fato, foram verificadas, nos extratos bancários, transferências para a sócia, para seu marido Alexandre Oliver Gaspar Pompeu, sua filha Gabrielle Loraine Barbieri Pompeu, e também para outras empresas pertencente ao casal, no montante de R\$ 13 milhões, sem qualquer comprovação de sua causa durante a ação fiscal. Como bem apontou o auditor fiscal, estas transferências foram contabilizadas, provavelmente, como as despesas administrativas que foram glosadas.

Para melhor entender essas transferências, faço um esquema entre as pessoas física e jurídicas envolvidas:



As despesas sem comprovação, junto com as transferências bancárias, demonstraram a intenção inequívoca de esvaziar o patrimônio da empresa autuada em benefício próprio, tornando a empresa insolvente, inclusive frente aos débitos relativos às verbas rescisórias, pedindo sua auto falência posteriormente. E, se não fosse do cotejo entre as informações prestadas pelas fontes pagadoras e a DIPJ/2013 apresentada, com valores zerados, nada disso seria do conhecimento da Administração Fazendária.

Dos fatos acima apontados, não se sustenta a alegação de que não estaria comprovada a hipótese necessária para imputação da responsabilidade tributária com base no artigo 135 do CTN. E sequer o fato de ter pedido a retificação do SPED em data anterior ao início da ação fiscal não explica ou justifica as despesas sem qualquer comprovação no montante de R\$ 57 milhões, e sequer as transferências as pessoas ligadas à recorrente.

Também se equivoca a recorrente quando afirma que o lançamento foi baseado em escrituração equivocada, pois é no SPED - Sistema Público de Escrituração Digital que obtém a base de dados oficial da contabilidade de uma empresa. Não há previsão legal para verificar a correta apuração dos tributos em uma contabilidade não chancelada pela Junta Comercial, como é o caso da JUCESP.

Ainda com relação ao pedido de retificação do SPED, faço as seguintes observações. No requerimento para retificação do SPED, fls. 2710, protocolado em 10/10/2014, a justificativa apresentada seria a "*impossibilidade de aproveitamento do material anteriormente enviado, o qual resultou em Demonstrações contábeis inconsistentes, conforme laudo anexo*". No Laudo Técnico Contábil de 30 de outubro de 2013, fls. 2711/2712, consta que:

Procedida à análise e reconciliação, com base na documentação que nos foi apresentada, foram detectadas inconsistências significativas, tais como: i) lançamentos contábeis sem o devido suporte de documentação fidedigna, ii) provisões contábeis em desconexão com o previsto nas normas contábeis e fiscais, iii) omissão de registros bancários, iv) omissão de baixa de títulos recebidos, v) omissão do registro de títulos negociados junto a instituições financeiras, vi) contabilização de valores de depreciação em desacordo com os padrões estabelecidos pela legislação aplicável, vii) provisões dos encargos relativos a folha de pagamento em discordância com a legislação trabalhista e previdenciária, viii) valores relativos a contabilizações de intangível em desacordo com as normas em vigor, entre outros.

Das inconsistências, chamo atenção para a primeira, que *seriam os lançamentos contábeis sem o devido suporte de documentação fidedigna*, que, a princípio, poderia estar relacionada com o presente lançamento. Entretanto, essa inconsistência detectada não acarreta a invalidação da autuação, mas sim o reforça, já que é exatamente este o fundamento: ausência de comprovação dos lançamentos contábeis a título de despesas administrativas, no importe de R\$ 57 milhões. Se laudo apontasse lançamentos contábeis inexistentes, caso se referissem às despesas aqui tratadas, caberia a retificação do resultado do exercício, com a alteração da base de cálculo dos tributos, majorando-a, logicamente.

Neste contexto, Laudo Contábil não colabora com a defesa, pois está consignado a existência de lançamentos sem documentação fidedigna que os comprovasse. Ciente desta constatação desde 30 de outubro de 2013, a recorrente, única sócia da empresa falida, em nada laborou para reverter a situação, procedimento que reforça a conclusão de que a intenção seria de esvaziar o patrimônio, juntamente com os demais responsáveis tributários.

Destaco, ainda, que o montante de despesas não comprovadas, de R\$ 57 milhões, equivale a mais de 52% das receitas auferidas, de R\$ 108 milhões.

Pelo acima exposto, concluo que restou comprovado a hipótese de imputação da responsabilidade tributária previsto no artigo 135, inciso III do CTN, motivo pelo qual voto por não dar provimento ao recurso voluntário de Simone Alexandra Barbieri Pompeu, mantendo-a no pólo passivo do lançamento.

DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ARTIGO 124, INCISO I DO CTN

Tendo por base os Termos de Sujeição Passiva Solidária, responsabilidade tributária foi imputada, com base no artigo 124, inciso I do CTN, às pessoas física e jurídicas abaixo discriminadas:

1) Alexandre Oliver Gaspar Pompeu, CPF. 165.149.768-08, pelos seguintes motivos:

é marido de Simone e também de fato da falida; relata o auditor fiscal que a sócia da autuada, em depoimento ao administrador da massa falida, disse que teve uma infância e criação bem simples, e que seu marido orienta na participação em licitações e pregões públicos, prestando eventualmente consultoria à empresa.

assinou junto com sócia empréstimos requeridos aos bancos em nome da empresa falida

foi transferido para a pessoa física do marido o valor de R\$ 780.426,62, sem qualquer explicação.

o Sr. Alexandre e a Sra. Simone constituem uma unidade familiar como também uma sociedade de fato.

2) Agape Construção Naval Eireli, CNPJ. 10.350.228/0001-65.

seu único sócio é o Sr. Alexandre Oliver Gaspar Pompeu, e recebeu da empresa falida, durante o ano-calendário de 2012, o valor de R\$ 11.491.370,65, sem qualquer justificativa.

3) Ambiental Bio Service Ltda EPP, CNPJ. 05.834.995/0001-00

sua única sócia é a Sra. Simone Alexandra Barbieri Pompeu, e recebeu da empresa falida, durante o ano-calendário de 2012, o valor de R\$ 174.354,56, sem qualquer justificativa.

No entendimento do auditor fiscal, estes responsáveis solidários, juntamente com a sócia, constituiriam um grupo econômico, possuindo interesse comum e co-participaram no fato gerador da obrigação principal.

As defesas dos recorrentes apresentam pontos em comum, afirmando que não existiria, na legislação, definição de grupo econômico, e sequer teria sido comprovado nos autos a sua existência. No que concerne à responsabilidade tributária prevista no artigo 124, inciso I do CTN, afirmam que sua aplicação depende da comprovação da participação dos recorrentes na ocorrência do fato gerador. No entanto, o auditor fiscal se limitou a apontar indícios e suposições.

Passo a julgar.

A defesa quer afastar a caracterização de grupo econômico alegando que não existiria uma definição legal. Entretanto, podemos encontrar a definição de grupo econômico na Lei das SA (Lei nº 6.404/76), como um conjunto de empresas que atua, sob controle e direção centralizado, objetivando concretizar seus negócios econômicos com maior êxito, dividindo riscos. É o interesse em comum de sucesso no empreendimento, no qual todos do grupo unem seus esforços e recursos para obtenção desta meta.

No presente caso, trata-se de um grupo econômico de fato, na qual duas empresas estão interligadas pelo fato dos sócios serem casados, cujo interesse comum que os unem é o esvaziamento do patrimônio da empresa atuada, por meio de diversas transferências de numerários para os integrantes deste grupo. Pelos fatos apontados nos autos, a empresa atuada, no ano-calendário de 2012, obteve receitas no valor de R\$ 108 milhões, mas apurou prejuízo em todos os trimestres. Da análise das despesas, foi constatado o montante de R\$ 57 milhões de lançamentos contábeis com o histórico de "conforme documentos", sem qualquer comprovação. Paralelo a este fato, foram verificadas, nos extratos bancários, transferências para os integrantes do grupo econômico no montante de R\$ 13 milhões, sem qualquer comprovação de sua causa durante a ação fiscal, e também em sede de impugnação. Como bem apontou o auditor fiscal, estas transferências foram contabilizadas, provavelmente, como as despesas administrativas que foram glosadas.

Como já relatado, estas transferências bancárias foram objeto de autuação, que totalizaram R\$ 18 milhões com a inclusão de outros valores transferidos sem comprovação, para constituição do crédito tributário de IRRF, com fundamento no artigo 61, §1º da Lei nº 8.981/95, no processo administrativo nº 19515.720.595/2016-17. Este lançamento foi com multa qualificada de 150%, e inclusão dos mesmos responsáveis tributários.

E é neste contexto que se aplica a solidariedade prevista no artigo 124, inciso I do CTN, que impõe a demonstração do interesse comum no fato gerador para que a responsabilidade pelo crédito tributário seja imputada às pessoas, físicas ou jurídicas, que integram o grupo econômico. As despesas sem comprovação, junto com as transferências

bancárias, demonstram que o grupo econômico tinha o intuito de esvaziar o patrimônio em benefício próprio, tornando a empresa insolvente, inclusive frente aos débitos relativos às verbas rescisórias, pedindo sua auto falência no ano seguinte. Já que o patrimônio foi transferido para os integrantes do grupo econômico, faz-se necessário a inclusão dos mesmos no pólo passivo, em função do interesse jurídico já cabalmente demonstrado no fato gerador desta obrigação tributária, decorrente da glosa das despesas não comprovadas.

Passo a análise dos demais argumentos específicos de cada recorrente.

O recorrente Sr. Alexandre afirma que não existiria sociedade de fato, e que assinou os empréstimos somente em função do vínculo matrimonial. Quanto às transferências bancárias, estas são relativas aos serviços de consultoria prestados à empresa falida, fato que não configura atividade de sócio administrador. Não apresentou contratos para comprovar a prestação de serviços de consultoria, pois teria feito acordo verbal com sua esposa. E, ainda que considerado como sócio de fato, não se enquadraria nas hipóteses do artigo 135 do CTN.

Compulsando os autos, comprova-se que, no empréstimo tomado junto a Caixa Econômica Federal, o recorrente Alexandre assinou o contrato na condição de cônjuge do avalista, como é possível observar às fls. 1518. Entretanto, este é um único fato que, isolado, não descaracteriza o Sr. Alexandre como sócio de fato, e com interesse comum no fato gerador. É preciso analisar todos os elementos trazidos aos autos, que demonstram a atuação ativa do recorrente na administração da empresa.

E isso passa necessariamente, pelo depoimento de sua esposa, sócia da empresa autuada, ao administrador da massa falida, que relata que teve uma infância e criação bem simples, e que o Sr. Alexandre teria expertise em projetos de vigilância e orienta na participação em licitações e pregões públicos. É neste contexto que o auditor fiscal ressalta, no Termo de Sujeição Passiva Solidária, que estamos tratando de uma empresa que teve 4.000 empregados e recebeu cerca de R\$ 100 milhões em contratos com órgãos públicos, com a participação necessária em processo de licitações, para os quais devem ser observadas regras impostas pela legislação. Cumpre ainda observar que, até 05/07/2011, ano anterior ao da autuação, o Sr. Alexandre possuía procuração com plenos poderes discriminados a seguir, conforme documento às fls. 510/511:

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.

Mas não é só. De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, consta declaração tomada a termo do Sr. Noel Pereira de Jesus, contador responsável pelo preenchimento da DIPJ/2013, ano da autuação, o qual relatou que não possuía mais nenhum

documento da empresa, *que era uma empresa administrada pela sócia Simone, por seu marido Oliver, e por sua filha.*

Quanto às transferências bancárias em benefício próprio, no valor de R\$ 780.426,62, alegar que teria feito acordo verbal com sua esposa não ajuda na defesa. Para terceiros, é necessária a prova do contrato, ou qualquer outro instrumento hábil que demonstre o acordo de prestação de serviços de consultoria, o que não ocorreu no presente caso. Além dessas transferências para sua própria pessoa física, a sua empresa Agape Construção Naval EIRELI recebeu em torno de R\$ 11 milhões sem qualquer justificativa, transferência que foi possível em função da autuação ostensiva do Sr. Alexandre na administração da empresa falida.

Por fim, a responsabilidade tributária foi imputada com base no artigo 124, inciso I do CTN, não havendo que analisar se teria ocorrido qualquer hipótese do artigo 135 do CTN. Mas, por amor ao debate, caso o enquadramento tivesse sido este, os mesmos motivos da manutenção da responsabilidade tributária da Sra. Simone, sócia de direito, também seriam cabíveis ao Sr. Alexandre.

Por todo acima exposto, nego provimento quanto a esta matéria, mantendo a responsabilidade tributária do Sr. Alexandre Oliver Gaspar Pompeu.

A recorrente Agape Construção Naval Eireli alega que a imputação decorreria do simples fato de pertencer ao marido da sócia, e esclarece que as transferências bancárias se referem ao pagamento de locação de diversos bens móveis.

Não assiste razão à recorrente. A imputação da responsabilidade decorre de diversos fatos que comprovam que a recorrente fazia parte do grupo econômico que se beneficiou com o procedimento adotado para esvaziar o patrimônio da empresa falida. O fato de ser uma empresa EIRELI, na qual o único sócio Sr. Alexandre tem total poder de decisão, permitiu que a recorrente fosse utilizada neste esquema, se beneficiando com a transferência de R\$ 11,5 milhões. A justificativa apresentada para essa transferência não restou comprovada, já que o único contrato de locação apresentado, às fls. 3.873/3.876, é **genérico no objeto a ser locado bem como o valor a ser pago**, mencionando em sua cláusula primeira que "*O presente contrato tem por objeto a Locação de Bens como: veículos, motos, guaritas e embarcações*". Já a cláusula sétima, que trata do Valor do Contrato, prevê que "*Mensalmente, a "ATLANTICO SUL SEGURANÇA E VIGILÂNCIA" pagará à "AGAPE CONSTRUÇÃO NAVAL", o valor correspondente à locação de bens.*" .

Vale transcrever trecho da decisão recorrida acerca dos documentos trazidos na impugnação:

Documentos de fls.2875/2995: não há nenhum elemento que permita concluir se tratar de pagamento pela locação de bens móveis. Às fls.2875/2883, há cópias de livro razão, cujos históricos se limitam a informar débitos em conta corrente referente 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. As fls.2884/2995, há uma série de cheques e comprovantes de transferências bancárias, sem discriminar a que título se dariam tais movimentações, sendo que, às fls.2904, 2941 e 2967, 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.

Vale lembrar que o artigo 923 do RIR/99 dispõe que 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. O contrato apresentado, elaborado pelas pessoas físicas que possuem o interesse de justificar as transferências para a recorrente no montante de R\$ 11,5 milhões, não possui força probante suficiente para comprovação das alegações trazidas na defesa. Não há sequer comprovação

Por todo acima exposto, nego provimento quanto a esta matéria, mantendo a responsabilidade tributária da empresa Agape e Construção Naval Eireli.

A recorrente Ambiental Bio Service Ltda EPP alega que o fato de possuírem a mesma sócia não é suficiente para imputar a responsabilidade tributária, e que as transferências seriam reembolsos de empréstimos feito em nome da recorrente, mas destinados à empresa falida. Foi desnecessário qualquer contrato entre as partes, pois a sócia é a mesma, não havendo qualquer infração à lei.

Não assiste razão à recorrente. A imputação da responsabilidade decorre de diversos fatos que comprovam que a recorrente fazia parte do grupo econômico que se beneficiou com o procedimento adotado para esvaziar o patrimônio da empresa falida. O fato de possuírem a mesma sócia Sra. Simone, que tem total poder de decisão, permitiu que a recorrente fosse utilizada neste esquema, se beneficiando com a transferência de R\$ 174 mil. A justificativa apresentada para essa transferência não restou comprovada. Como possuem personalidades jurídicas distintas, a formalidade se faz necessária como prova perante terceiros, com a elaboração de contrato deixando claro que os empréstimos tomados por uma tem destino a outra empresa.

Ainda com relação aos documentos apresentados em sede de impugnação, mais uma vez me reporto ao artigo 923 do RIR/99. A apresentação de cópias do Livro Razão, trazendo os lançamentos contábeis relativos a empréstimos junto com a empresa EMPREENDIMENTOS COMERCIAL S.A., antiga denominação da Ambiental, desacompanhada de documentos hábeis os comprovem, não possuem força probante. A recorrente apresentou planilhas elaboradas e as transferências bancárias, que, por si só, nada comprovam. Há apenas um documento, de fls. 3.134, comprova um empréstimo junto ao Banco BRADESCO, no valor de R\$ 200.000,00, obtido em maio de 2012. Mas, da análise do Livro Razão, fls. 3.110/3.112, não houve empréstimo lançado a crédito na conta da empresa falida neste valor:

MES 05/2012					
09 1000001	AL	DREB.C/C	REF.TRANSF.DE		
		EMPREEND.COML.E			
		SERV.ATLANTICO		196.598,70	874.766,38 C 1179
09 9420001	AL	VR.REF.JUROS	S/EMPRESTIMO		
		CONF.CONTRATO	3727352		
		EMPREEND.COML.E			
		SERV.ATLANTICO		27.623,74	902.390,12 C 1180
TOTALS DO MES				0,00	224.222,44 902.390,12 C

Por todo acima exposto, nego provimento quanto a esta matéria, mantendo a responsabilidade tributária da empresa Ambiental Bio Service Ltda EPP.

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.

Como houve a manutenção dos demais responsáveis solidários, passo a análise dos argumentos acerca da autuação.

DAS PRELIMINARES DE NULIDADE

Início com as preliminares de nulidades em função de:

1) Das violações constitucionais pelo exíguo prazo para apresentação de defesa e falta de apreciação do pedido de juntada de documentos comprobatórios após o protocolo da a impugnação administrativa.

O prazo para apresentação da impugnação está previsto no artigo 15 do Decreto nº 70.235/72, abaixo transcrito:

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

Não há qualquer previsão de exceção quanto ao cumprimento deste prazo, devendo ser observado pelo recorrente, e por esta conselheira, conforme determina o artigo 62 do RICARF, *verbis*:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Quanto à falta de apreciação do pedido de juntada de documentos, se engana a recorrente, pois restou consignada na decisão recorrida a fundamentação para o indeferimento do pedido, conforme ementa já transcrita no relatório.

2) Da nulidade em razão da ausência de indicação de dispositivos de Lei, o que ofende ao Princípio da Legalidade, além de vício material na sua motivação e no seu objeto.

A recorrente se engana ao afirmar que o lançamento seria nulo em razão da ausência de dispositivos legais. Isto porque o artigo 96 do Código Tributário Nacional define que a legislação tributária inclui os decretos que versem sobre tributos, como é o caso do

Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99). Portanto, não houve violação ao Princípio da Legalidade no presente caso, cuja fundamentação foi única e exclusivamente nos dispositivos do RIR/99, e também no artigo 3º da Lei nº 9.249/95.

Quanto ao vício material na motivação, é alegado que a autoridade fiscal deixou de analisar os livros contábeis apresentados no "pen-drive" ensejando a lavratura do auto de infração com base em suporte fático equivocado, de modo que é nítida a sua nulidade por vício em seu motivo.

Esta alegação não merece guarida. O SPED - Sistema Público de Escrituração Digital - foi instituído através do Decreto nº 6.022/2007, definido como o *instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos empresários e das pessoas jurídicas, inclusive imunes ou isentas, mediante fluxo único, computadorizado, de informações* (artigo 2º). Em resumo, o SPED é uma solução tecnológica que **oficializa os arquivos digitais das escriturações fiscal e contábil** dos sistemas empresariais dentro de um formato digital específico e padronizado. Portanto, o lançamento que decorre da análise dos dados constantes da escrituração contábil e fiscal obtida pelo SPED não padece de vício.

Ainda, de acordo com o TVF, durante a ação fiscal, a sócia teria apresentado um requerimento junto à JUCESP visando retificar o SPED Contábil referente ao ano de 2012, no qual mencionaria um laudo. Este documento já foi analisado neste voto anteriormente, com a conclusão que não seria capaz de ilidir o presente auto de infração, e sim ratificar a sua motivação, já que restou consignado, no laudo, a existência de lançamentos contábeis sem lastro em documentos fidedignos que os comprovem.

Com relação ao vício do objeto, é alegado erro na base de cálculo ao se tributar a totalidade dos valores glosados das despesas, se revestindo em penalidade e inobservando o artigo 47 da Lei nº 8.981/95, pois o lucro deveria ter sido arbitrado. O erro na determinação da base de cálculo do tributo torna os valores indevidos, irreais e exorbitantes, de modo a contaminar o lançamento com vício insanável de ilegalidade.

As alegações quanto ao erro na base de cálculo são de mérito, não ensejando em nulidade, a serem analisados posteriormente. Até mesmo porque o arbitramento não teria cabimento, pois a escrituração foi devidamente obtida por meio do SPED. E a falta de comprovação das despesas não é hipótese de arbitramento do lucro, tendo por base o artigo 47 da Lei nº 8.981/95.

Afastadas todas as alegações de preliminar de nulidade, cumpre ainda registrar que um auto de infração será considerado nulo se os procedimentos não estiverem dentro do previsto no artigo 142 do CTN, bem como no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72. No presente caso, compulsando os autos, verifica-se que todos os requisitos estão atendidos, pois houve a verificação da ocorrência do fato gerador, determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e aplicação da penalidade cabível.

Logo, voto por afastar a preliminar de nulidade.

DA DILIGÊNCIA

A defesa requer que sejam deferidos os pedidos para baixa do processo em diligência e produção de prova pericial, até para que a recorrente possa exercer devidamente

seu direito de defesa, comprovando todas as suas alegações, por meio de análise técnica embasada na documentação contábil e financeira retificada.

Conforme dispõe o artigo 16, IV do Decreto nº 70.235/72, o pedido de diligência deve vir acompanhado dos motivos que o justifique, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados. Verifica-se que tal rito não foi seguido, bem como se deve ressaltar que a realização de diligência não se presta para produção de provas cujo ônus é daquele que alega.

Por fim, cabe destacar que os documentos constantes nos autos já são suficientes para a formação da convicção desta conselheira. Sendo assim, deve ser indeferida a diligência, por desnecessária, nos termos do disposto no art. 18 do Decreto 70.235/1972, com redação dada pelo art. 1º da Lei 8.748/1993.

DA INTIMAÇÃO NO ENDEREÇO DA ADVOGADA.

Os recorrentes requerem que as intimações sejam feitas em nome da advogada, Raquel Elita Alves Preto, no endereço de seu escritório.

O pedido não pode ser acatado por inexistência de previsão legal, tendo por base o artigo 23, inciso II do Decreto nº 70.235/72, que assim determina:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

(...)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; [\(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997\)](#) [\(Produção de efeito\)](#)

Ademais, esta matéria foi matéria da Súmula nº 110 do CARF, abaixo transcrita, de modo que não é possível o seu deferimento:

Súmula CARF nº 110

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo

DA MULTA DE OFÍCIO e DO DEVER DE APRECIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE CUNHO CONSTITUCIONAL

No recurso voluntário, a recorrente contesta a multa de ofício trazendo várias alegações, que podem ser resumidas nos seguintes tópicos:

1) Impossibilidade de aplicação de multa ao responsável, pois não teria realizado conduta dolosa, e que a obrigação do pagamento do tributo já seria uma penalidade, e que pagar a multa de ofício seria uma dupla punição.

2) Exclusão da multa de ofício em razão da boa-fé, pois já teria protocolado pedido de retificação do SPED, devendo a multa ser excluída, em nome do Princípio da Equidade, da Igualdade e da Boa-Fé.

3) A multa de ofício é inadequada, pois ofende aos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

4) A multa de ofício é inconstitucional por possuir caráter confiscatório.

Por quase todas tratarem de violação aos Princípios Constitucionais, a recorrente traz doutrina e jurisprudência afirmando que estas questões devem ser apreciadas na esfera administrativa.

Ainda, especificamente quanto ao primeiro item, a defesa inicia alegando preliminar de nulidade da decisão recorrida, pois ela não teria tratado da alegação de impossibilidade de ser aplicada a multa ao responsável tributário.

Não assiste razão à recorrente. Semelhante ao recurso voluntário, é de se notar que a impugnação é extensa, trazendo inúmeros argumentos, doutrina e jurisprudência acerca multa de ofício, requerendo sua exclusão ou sua redução.

As alegações acerca da exclusão da multa de ofício foram assim resumidas e relatadas pelo julgador *a quo*:

*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.***

Já no voto, a decisão recorrida tratou desta matéria, ainda que de forma sucinta, juntamente com outras que tratam de questões de contorno, afetas ao lançamento:

*Quanto às alegações de que (i) o prazo para defesa disposto no Decreto nº 70.235/72 violaria os princípios da isonomia processual, da proporcionalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, (ii) **a multa de ofício ofenderia os princípios da equidade, da razoabilidade, da capacidade contributiva e da vedação do confisco**, e (iii) a atribuição de responsabilidade tributária violaria os princípios da legalidade, capacidade contributiva e isonomia, cabe ressaltar que quaisquer discussões que versem sobre a **constitucionalidade, legalidade ou equidade** das leis exorbitam a competência das autoridades administrativas, às quais cumpre aplicar as determinações da legislação em vigor, principalmente em se tratando de norma validamente editada, segundo o processo legislativo constitucionalmente estabelecido.*

Não há que se falar, portanto, de nulidade da decisão recorrida. Ainda que de forma resumida, a exclusão da multa de ofício, seja em relação ao lançamento ou ao responsável tributário, foi analisada, e não aceita, tendo como fundamento o dever de observância das normas legais e complementares.

Afasto, portanto, a preliminar de nulidade da decisão recorrida.

Quanto às demais alegações trazidas, nenhuma merece acolhida. Com relação à exclusão da multa de ofício para o responsável, o artigo 135 do CTN determina que a responsabilidade tributária é do pagamento do crédito tributário, que inclui o tributo, multa de ofício e juros de mora. Isto porque, a partir da leitura do Código Tributário Nacional, conclui-se que a multa, apesar de não ter a natureza de tributo, faz parte do crédito tributário. Os artigos a seguir assim dispõem:

*“Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, **que não constitua sanção de ato ilícito**, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”(negritamos)*

“Art. 113 A obrigação tributária é principal ou acessória.

*§ 1º A **obrigação principal** surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou **penalidade pecuniária** e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.*

*“Art. 139. O **crédito tributário** decorre da **obrigação principal e tem a mesma natureza desta**”. (grifei)*

Enquanto o art. 3º exclui as multas da definição de tributo, os dispositivos seguintes (art. 113, §1º, e art. 139) trazem-nas para compor o crédito tributário. Por conseguinte, a cobrança das multas lançadas de ofício deve receber o mesmo tratamento dispensado pelo CTN ao crédito tributário.

Cumprе salientar que não há regra de exceção nos casos de imputação da responsabilidade tributária, seja com fundamento no artigo 135 ou no artigo 124 do CTN. Portanto, por inexistência de previsão legal, não há como excluir a cobrança da multa do ofício do responsável, motivo pelo qual nego provimento ao recurso voluntário.

Já com relação às alegações de que a cobrança da multa de ofício ofende os princípios constitucionais, tais como da equidade, proporcionalidade, razoabilidade, além de ser confiscatória, semelhante à decisão recorrida, este colegiado não é competente para apreciar estas matérias, devendo esta conselheira observar a Súmula CARF nº 2, que assim determina:

Súmula CARF nº 2

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

Portanto, nego provimento ao recurso voluntário, mantendo a multa de ofício.

CONCLUSÃO

Por todo acima exposto, voto por:

1) Rejeitar as preliminares de nulidade e às solicitações de diligências e de intimação pessoal da advogada.

2) No mérito, negar provimento aos recursos voluntários dos seguintes recorrentes: Simone Alexandra Barbieri Pompeu, Alexandre Oliver Gaspar Pompeu, Agape Construção Naval Eireli e Ambiental Bio Service Ltda EPP.

2) Dar provimento ao recurso voluntário de Alphagama Segurança e Vigilância Ltda (atual Dunbar Serviços de Segurança EIRELI)

(assinado digitalmente)

Maria Lucia Miceli

Voto Vencedor

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa - Redator designado.

Em que pese o brilhantismo da decisão exarada pela Ilustre Relatora, peço vênua para discordar do seu entendimento em relação a responsabilidade solidária das empresas Agape Construção Naval Eireli e Ambiental Bio Service Ltda EPP. Vejamos os motivos:

Segundo a Relatora os fatos ensejadores da manutenção da responsabilidade solidária são os seguintes:

Agape

O fato de ser uma empresa EIRELI, na qual o único sócio Sr. Alexandre tem total poder de decisão, permitiu que a recorrente fosse utilizada neste esquema, se beneficiando com a transferência de R\$ 11,5 milhões.

A justificativa apresentada para essa transferência não restou comprovada, já que o único contrato de locação apresentado, às fls. 3.873/3.876, é genérico no objeto a ser locado bem como o valor a ser pago, mencionando em sua cláusula primeira que "O presente contrato tem por objeto a Locação de Bens como: veículos, motos, guaritas e embarcações". Já a cláusula sétima, que trata do Valor do Contrato, prevê que " Mensalmente, a "ATLANTICO SUL SEGURANÇA E VIGILÂNCIA" pagará à "AGAPE CONSTRUÇÃO NAVAL", o valor correspondente à locação de bens."

Vale transcrever trecho da decisão recorrida acerca dos documentos trazidos na impugnação:

Documentos de fls.2875/2995: não há nenhum elemento que permita concluir se tratar de pagamento pela locação de bens móveis. Às fls.2875/2883, há cópias de livro razão, cujos históricos se limitam a informar débitos em conta corrente referente 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.2884/2995, há uma série de cheques e comprovantes de transferências bancárias, sem discriminar a que título se dariam tais movimentações, sendo que, às fls.2904, 2941 e 2967, 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.

Vale lembrar que o artigo 923 do RIR/99 dispõe que 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. O contrato apresentado, elaborado pelas pessoas físicas que possuem o interesse de justificar as transferências para a recorrente no montante de R\$ 11,5 milhões, não possui força probante suficiente para comprovação das alegações trazidas na defesa. Não há sequer comprovação

Ambiental

A recorrente Ambiental Bio Service Ltda EPP alega que o fato de possuírem a mesma sócia não é suficiente para imputar a responsabilidade tributária, e que as transferências seriam reembolsos de empréstimos feito em nome da recorrente, mas destinados à empresa falida. Foi desnecessário qualquer contrato entre as partes, pois a sócia é a mesma, não havendo qualquer infração à lei.

Não assiste razão à recorrente. A imputação da responsabilidade decorre de diversos fatos que comprovam que a recorrente fazia parte do grupo econômico que se beneficiou com o procedimento adotado para esvaziar o patrimônio da empresa falida. O fato de possuírem a mesma sócia Sra. Simone, que tem total poder de decisão, permitiu que a recorrente fosse utilizada neste esquema, se beneficiando com a transferência de R\$ 174 mil. A justificativa apresentada para essa transferência não restou comprovada. Como possuem personalidades jurídicas distintas, a formalidade se faz necessária como prova perante terceiros, com a elaboração de contrato deixando claro que os empréstimos tomados por uma tem destino a outra empresa.

Ainda com relação aos documentos apresentados em sede de impugnação, mais uma vez me reporto ao artigo 923 do RIR/99. A apresentação de cópias do Livro Razão, trazendo os lançamentos contábeis relativos a empréstimos junto com a empresa EMPREENDIMENTOS COMERCIAL S.A., antiga denominação da Ambiental, desacompanhada de documentos hábeis os comprovem, não possuem força probante. A recorrente apresentou planilhas elaboradas e as transferências bancárias, que, por si só, nada comprovam. Há apenas um documento, de fls. 3.134, comprova um empréstimo junto ao Banco BRADESCO, no valor de R\$ 200.000,00, obtido em maio de 2012. Mas, da análise do Livro Razão, fls. 3.110/3.112, não houve empréstimo lançado a crédito na conta da empresa falida neste valor:

MES 05/2012							
09 1090001	AL	CRED.C/C	REF.TRANSF.DE				
		EMPREEND.COML.E					
		SERV.ATLANTICO		196.598,70	874.766,39 C	1179	
09 9420001	AL	VR.REF.JUROS	S/EMPRESTIMO				
		CONF.CONTRATO	5727352				
		EMPREEND.COML.E		27.623,74	902.390,12 C	1180	
		SERV.ATLANTICO					
TOTALS DO MES				0,00	224.222,44	902.390,12 C	

Pois bem. Passemos a análise.

Com relação à imputação de responsabilidade solidária capitulada no art. 124, I, do CTN efetuada pela fiscalização, passo a demonstrar minha divergência quanto ao entendimento da Relatora e da Turma Julgadora “a quo”, haja vista que, ratificando os termos da autuação, restou atribuída responsabilidade aos recorrentes acima elencados pelos seguintes fatos: “1) os únicos sócios das empresas eram Alexandre Oliver Gaspar Pompeu e Simone

Alexandra Barbieri Pompeu; e, 2) e receberam da empresa falida, durante o ano-calendário de 2012, o valor de R\$ 174.354,56 e R\$ 11,5 milhões, sem qualquer justificativa.”

Relativamente à formação do grupo econômico, a autoridade fiscal apurou o seguinte:

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 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.*

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 autuada 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 imponible. 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).

Processo nº 19515.720596/2016-61
Acórdão n.º **1302-003.217**

S1-C3T2
Fl. 3.925

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.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa