



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.722212/2013-01
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-006.012 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de fevereiro de 2020
Recorrente FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETO S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

INOVAÇÃO RECURSAL. QUESTÃO NÃO SUSCITADA E DISCUTIDA NO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece da parte do recurso que traz novos fundamentos que não foram objeto da defesa e sequer discutidos na primeira instância.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. SÚMULA CARF Nº 28.

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

TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE FISCAL.

Os auditores fiscais têm competência para indicar o responsável pelo pagamento do crédito tributário, cabendo-lhes adotar todos os procedimentos de constituição do crédito tributário necessários para inclusão dos responsáveis tributários no polo passivo.

NULIDADE DA DECISÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. OMISSÃO DAS TESES SUSCITADAS. INOCORRÊNCIA.

Não há que se falar em nulidade da decisão recorrida quando os argumentos trazidos pelos recorrentes são apreciados, bem como a decisão é devidamente motivada com base nos documentos trazidos aos autos.

OBRIGAÇÃO DA EMPRESA-CONTRIBUINTE. RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS. EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI. AFASTAMENTO.

A obrigação da empresa/contribuente-empresa decorre de sua condição de sujeito passivo direto da relação obrigacional tributária, não sendo razoável admitir sua exclusão sem previsão expressa legal, em afronta ao art. 128 do CTN.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO E DA DIRETORIA. ATOS COM EXCESSO DE

PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. AFASTAMENTO.

Cabe à fiscalização demonstrar quais atos dos membros do Conselhos de Administração e da Diretoria foram praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, para que a responsabilidade seja imputada nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional.

MULTA ISOLADA 150%. FALSIDADE DAS INFORMAÇÕES CONTIDAS NA GFIP.

Ficando comprovado que o autuado inseriu informações falsas em sua GFIP, utilizando créditos de origem incerta para realizar compensação tributária, deve ser aplicada a multa isolada de 150%, conforme dispõe o §10, do art. 89, da Lei nº 8.212/91.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer integralmente dos recursos de FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETOS S.A., YIM KYU LEE, CHARLES BIENVENU NEILSON; e, parcialmente, dos recursos de JOÃO ANTÔNIO DEL NERO, MOSZE GITELMAN e RICARDO RODRIGO D'ENFELDT MARTINS; para negar provimento ao recurso de FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETOS S.A, e dar provimento aos demais, para fins de reconhecimento da ilegitimidade passiva.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente.

(assinado digitalmente)

Ludmila Mara Monteiro de Oliveira - Relatora.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Caio Eduardo Zerbeto Rocha, Juliano Fernandes Ayres, Leonam Rocha de Medeiros, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira (Relatora), Martin da Silva Gesto, Ricardo Chiavegatto de Lima e Ronnie Soares Anderson (Presidente) e Sara Maria de Almeida Carneiro Silva (Suplente Convocada).

Ausente o Conselheiro Mário Hermes Soares Campos.

Relatório

Trata-se de recursos voluntários interpostos por FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETOS S.A., YIM KYU LEE, CHARLES BIENVENU NEILSON, JOÃO ANTÔNIO DEL NERO, MOSZE GITELMAN e RICARDO RODRIGO D'ENFELDT MARTINS contra acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro – DRJ/RJO – que *rejeitou* as impugnações apresentadas para manter tanto os lançamentos incrustados nos DEBCAD nºs 51.031.860-6 (f. 668) e 51.031.861-4 (f. 677), quanto a responsabilidade tributária pessoal de membros do Conselho de Administração e Diretoria – “vide” termo de sujeição passiva solidária às f. 688/781 (JOÃO ANTÔNIO DEL NERO), f. 783/881 (MOSZE GITELMAN), f. 883/982 (ERIC BRANDÃO MACHADO MIFUNE), f. 984/1082 (CHARLES BIENVENU NEILSON), f.

1084/1182 (RICARDO RODRIGO D'ENFELDT MARTINS), f. 1184/1283 (YIM KYU LEE); e, às f. 2657, edital donde consta que CÉSAR AUGUSTO MASSARO se recusou a receber o termo de sujeição passiva.

O DEBCAD n.º 51.031.860-6 (f. 668), que resultou na exigência de crédito tributário de R\$2.832.195,79 (dois milhões, oitocentos e trinta e dois mil, cento e noventa e cinco reais e setenta e nove centavos), é referente à glosa de compensações indevidas, somada a juros e multa de mora, relativo ao período 01/2009 a 01/2010; ao passo que o DEBCAD n.º 51.031.861-4 (f. 677), no valor de R\$ 3.560.601,43 (três milhões, quinhentos e sessenta mil, seiscentos e um reais e quarenta e três centavos), corresponde à aplicação de multa isolada de 150% (cento e cinquenta por cento).

Ao apreciar as impugnações apresentadas pela empresa-executada (f. 1662/1682) e pelos responsáveis que compõem o polo passivo – cf. f. 1330/1451 (RICARDO RODRIGO D'ENFELDT MARTINS), f. 1752/1774 (JOÃO ANTÔNIO DEL NERO), f. 2064/2086 (MOSZE GITELMAN), f. 2379/2396 (CHARLES BIENVENU NEILSON) e f. 2641/2475 (YIM KYU LEE) –, asseverou o acórdão recorrido que

[n]o caso concreto, foram enviadas informações em GFIP com valores de contribuição a serem compensados, sem o devido recolhimento, o que resulta, em última análise, em favorecimento da empresa, razão pela qual a mesma foi arrolada no pólo passivo, como devedora das contribuições sociais que deixaram de ser recolhidas para o o Fundo de Previdência e Assistência Social – FPAS (incidentes sobre a remuneração de segurados empregados).

Acontece que, fica configurado nos autos, através de farta documentação, que os representantes da empresa, com poder de direção da mesma, executaram atos que extrapolaram os poderes conferidos aos mesmos pelo estatuto social da empresa, razão pela qual foram arrolados no pólo passivo das autuações, ora em comento.

Dessa forma, as autuações em nome da empresa, tendo como responsáveis solidários os membros do Conselho de Administração e da Diretoria (responsáveis, estatutariamente, pela administração da pessoa jurídica), configuram-se corretas. Averiguações acerca de delito penal, como qual o responsável pelo envio das GFIP contendo informações diversas das reais, é assunto alheio ao fisco, sendo deixado para o órgão responsável da polícia federal e afins.

As alegações, apresentadas por pessoas físicas incluídas no pólo passivo do lançamento, de que a responsabilidade pelo envio das GFIP com informações falsas é restrita a algumas pessoas que agiram contra a lei e contra as normas da empresa autuada, não pode ser tida como comprovada no momento, até porque as investigações policiais não foram concluídas. Assim sendo, **no momento não se justifica a exclusão de qualquer das pessoas incluídas no pólo passivo do presente lançamento fiscal.**

Ao fisco cabe o cumprimento do previsto no artigo 142 do CTN, que é a verificação do fato gerador, dos sujeitos passivos indicados pela Lei, dos montantes devidos à Administração Pública.

Ressaltamos também, que **assuntos relativos à execução fiscal, como os arrolados na impugnação do Sr. Charles Bienvenue**

Neilson, em relação ao seu imóvel ser impenhorável, não são pertinentes nesse momento processual, no qual se discute apenas com relação à existência do débito fiscal, seu montante e aquelas pessoas que devem ser arroladas no pólo passivo da obrigação tributária.

Conclusão:

Não tendo a empresa, bem como nenhum dos demais impugnantes, juntado aos autos documentação capaz de comprovar a improcedência das contribuições lançadas no presente processo administrativo, e não sendo necessário nenhum procedimento adicional para o deslinde da questão, como perícias ou diligências, eis que todos os elementos de prova poderiam ter sido juntados aos autos, sob a forma de documentos, julgo procedentes as autuações consubstanciadas no processo comprot 19515.722212/2013-01. (f. 2681/2682; sublinhas deste voto.)

Intimados (f. 2728, 2729, 2730, 2731/2732, 2733, 2734, 2735/2736, 2967, 2973 e 2974), apenas ERIC BRANDÃO MACHADO MIFUNE e CÉSAR AUGUSTO deixaram de apresentar insurgência contra o acórdão proferido pela DRJ-RJO.

O recurso de RICARDO RODRIGO D'ENFELDT MARTINS (f. 2738/2749), em apertadíssima síntese, aduz que, em observância ao entendimento firmado no âmbito dos Tribunais Superiores, no bojo do RE nº 562.276/PR, do RESP nº 1.101.728/SP e da ADI 551.1/RJ, por exemplo, para que haja a responsabilização pessoal há de restar demonstrado ter o dirigente agido com excesso de poder ou violação à lei ou ao contrato social, o que, ao seu sentir, não estaria demonstrado nestes autos. Diz ser apenas membro do Conselho de Administração, lhe competindo apenas "(...) orientação geral dos negócios da sociedade, discussão e construção das estratégias negociais e comerciais, bem como do planejamento estratégico, participação das assembleias e fiscalização da diretoria, não possuindo qualquer gerência sobre a administração ou prática de atos tidos como de 'dia-a-dia' da sociedade." (f. 2746) *Em caráter subsidiário*, pede que seja afastada a multa, por afigurar-se nitidamente confiscatória; além de pleitear a realização de diligência, "(...) para que seja comprovado dos documentos que instruíram a autuação fiscal não existe qualquer menção às possíveis ordens proferidas pelo Recorrente para que fosse realizada a compensação tida por fraudulenta" (f. 2749). Ao final, requereu ainda fosse o subscritor da peça intimado da realização do julgamento do recurso, para fins de proferir sustentação oral, bem como fossem as intimações a ele direcionadas, ambas sob pena de nulidade (f. 2749).

A FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETO S.A. (f. 2827/2852), pede que seja declarada a nulidade do acórdão da DRJ por ter deixado de se manifestar sobre "argumentos relevantes da impugnação e sobre a produção de provas" (f. 2851). Subsidiariamente, pediu que "(...) o auto de infração seja cancelado em relação [à ela], por ausência de fundamentação legal que permita sua responsabilização solidária pelo pagamento de tributos devidos em decorrência de atos fraudulentos praticados por terceiros" (f. 2852) ou seja eximida do pagamento da multa porquanto não foi "(...) responsável pela apresentação das GFIPs retificadoras que declararam a compensação indevida" (f. 2852).

Em suas razões recursais, MOSZE GITELMAN (f. 2855/2876) e JOÃO ANTÔNIO DEL NERO NERO (f. 2877/2898) formulam pedidos idênticos aos pleiteados pela FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETO S.A, malgrado,

tenham, ao longo do recurso voluntário, se insurgido contra a propositura de representação fiscal para fins penais.

CHARLES BIENVENU NEILSON, ao seu turno, interpôs recurso voluntário (f. 2901/2943), a ele acostando ficha cadastral completa e cópia do contrato social da FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETO S.A., além do protocolo de solicitação de fotocópia da entrada e saída da sociedade, da cópia da decisão do col. Superior Tribunal de Justiça no “habeas corpus” manejado por ERIC BRANDÃO MIFUNE e CÉSAR AUGUSTO MASSARO, de sua certidão de casamento, da matrícula do imóvel objeto de arrolamento e da escritura pública de doação com reserva de usufruto do aludido bem.

Alegou que nunca administrou a empresa ou autorizou a compensação indevida, tendo atuado como membro do Conselho de Administração no período de 28/03/2008 a 27/05/2011. Aduziu que os membros dos Conselhos de Administração não se enquadram entre os responsáveis descritos no inc. III do art. 135, do CTN, além de jamais ter participado de qualquer ato doloso, com intuito fraudulento ou com excesso de poder, tendo a auditora fiscal representado penalmente apenas aqueles que oficialmente realizavam a administração da empresa – no caso, ERIC BRANDÃO MACHADO MIFUNE e CÉSAR AUGUSTO MASSARO. Afirmou que o imóvel ora arrolado pela auditora fiscal teria natureza impenhorável, uma vez que se constitui bem de família. *Em caráter subsidiário*, aduz que, por ser casado em regime de comunhão parcial de bens, apenas 50% (cinquenta por cento) do imóvel poderia ser objeto de arrolamento. Ao final, pleiteou lhe fosse concedido o prazo de 120 (cento e vinte) dias para juntar os documentos de Estatuto Social com o objetivo de comprovar sua entrada e saída da sociedade, mediante documentos requisitados junto à JUCESP, além de protestar provar o alegado por todos os meios de prova admitidos, em especial documental, pericial e testemunhal.

Por fim, o recurso voluntário de YIM KYU LEE (f. 2946/2967) igualmente suscita sua ilegitimidade para figurar como responsável tributário pelo crédito exigido ao argumento de que faltaria nexo de causalidade entre sua atuação como membro do Controle de Administração e os atos praticados pelo grupo, de fato, controlador da empresa. Aduz que tanto o auto de infração quanto a decisão da DRJ padeceriam de nulidade: o primeiro, por falecer a entidade fazendária de competência para atribuir responsabilidade tributária e, a segunda, por carência de motivação. Pediu, ao final, fossem as intimações remetidas ao endereço do patrono da causa.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Relatora.

Difiro a aferição do preenchimento dos pressupostos de admissibilidade para após tecer algumas considerações.

No sistema brasileiro – seja em âmbito administrativo ou judicial –, a finalidade do recurso é única, qual seja, devolver ao órgão de segunda instância o conhecimento das *mesmas questões suscitadas e discutidas no juízo de primeiro grau*. Por isso, inadmissível, em grau recursal, modificar a decisão de primeiro grau com base em novos fundamentos que não foram objeto da defesa – e que, por óbvio, sequer foram discutidos na origem.

Do cotejo entre as razões declinadas em primeira e em segunda instância, evidente ter RICARDO RODRIGO D'ENFELDT MARTINS inovado em sua peça recursal.

Conforme narrado, ao final de seu recurso voluntário, pleiteou fosse a multa afastada ante seu nítido cariz confiscatório; entretanto, da leitura da peça impugnatória (f. 1330/1357), tal tese não veio a ser suscitada, razão pela qual não poderia ser conhecida.

De toda sorte, ainda que não se tratasse de franca inovação recursal, o argumento da vedação constitucional da utilização de tributos com efeitos de confisco esbarra no verbete sumular de nº 2 deste Conselho.

Falece ainda este eg. Conselho de competência para “(...) se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais” – “ex vi” da Súmula CARF nº 28 –, como pretendem os recorrentes MOSZE GITELMAN e JOÃO ANTÔNIO DEL NERO NERO.

Conheço, em sua integralidade, dos recursos de FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETOS S.A., YIM KYU LEE, CHARLES BIENVENU NEILSON; e, parcialmente, dos recursos de JOÃO ANTÔNIO DEL NERO, MOSZE GITELMAN e RICARDO RODRIGO D’ENFELDT MARTINS, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Quanto ao pedido de realização de sustentação oral, registro que inexistiu óbice para que seja ultimada em sede recursal, desde que respeitado o disposto no art. 58 do Regimento Interno deste eg. Conselho.

Entretanto, em relação ao pleito de que sejam as intimações realizadas em nome do patrono, tanto as normas que regem o Processo Administrativo Fiscal Federal quanto as que integram o RICARF não preveem tal possibilidade, razão pela qual o **pedido formulado por RICARDO RODRIGO D’ENFELDT MARTINS e YIM KYU LEE há de ser rejeitado**. De acordo com o disposto no art. 23 do Decreto nº 70.235/72, as intimações serão realizadas pessoalmente ao sujeito passivo, e não ao procurador da causa.

Da leitura das peças de impugnação e de recurso voluntário inequívoco restar **preclusa** a discussão acerca da glosa das compensações indevidamente ultimadas (DEBCAD nº 51.031.860-6). Em momento algum é contestada a inserção de informações que carecem de veracidade quando do envio das GFIP retificadoras. O nó górdio está em exclusivamente verificar a (i) legitimidade de cada um dos recorrentes em figurar no polo passivo da obrigação tributária. Por serem as matérias aventadas nos seis recursos apresentados assaz similares, serão abordadas em conjunto, observadas, por óbvio, eventuais discrepâncias fático-jurídicas.

Feitos esses apontamentos, passo à análise das preliminares encontradas em cada um dos seis recursos, ainda que assim não tenham sido rotuladas.

I – DAS PRELIMINARES

I.2 – DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO: CARÊNCIA DE COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE FISCALIZADORA PARA A INCLUSÃO DE RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS NO POLO PASSIVO

Apenas o recorrente YIM KYU LEE desafia a competência de auditores fiscais para sua indicação como responsável pelo pagamento do crédito tributário, eis que seria ato de “(...) competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Nacional” (f. 2950)

O art. 2º do Decreto nº 6641/2008, que regulamenta as atribuições da carreira de Auditor(a) Fiscal da Receita Federal, lhe atribui a competência de constituir o crédito

tributário mediante o lançamento. À época da fiscalização, era a Portaria RFB n.º 2284, de novembro de 2010, que dispunha sobre “(...) os procedimentos a serem adotados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil quando da constatação de pluralidade de sujeitos passivos de uma mesma obrigação tributária,” nos seguintes termos:

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

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

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

Art. 3º Todos os autuados deverão ser cientificados do auto de infração, com abertura de prazo para que cada um deles apresente impugnação.

Parágrafo único. Na hipótese do caput, o prazo para impugnação é contado, para cada sujeito passivo, a partir da data em que tiver sido cientificado do lançamento.

Art. 4º O pagamento efetuado por um dos autuados aproveita aos demais.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento integral, perdem o objeto as impugnações ou recursos apresentados pelos demais autuados.

A Portaria de n.º 180, datada de 25 de fevereiro de 2010, expedida pela própria Procuradoria da Fazenda Nacional, fragiliza a tese suscitada, ao firmar a competência da Receita Federal do Brasil para a inclusão do responsável no polo passivo. Confira-se:

Art. 2º **A inclusão do responsável solidário na Certidão de Dívida Ativa da União somente ocorrerá após a declaração fundamentada da autoridade competente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) ou da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN)** acerca da ocorrência de ao menos uma das quatro situações a seguir:

I – excesso de poderes;

II - infração à lei;

III - infração ao contrato social ou estatuto; IV - dissolução irregular da pessoa jurídica.

Parágrafo único. Na hipótese de dissolução irregular da pessoa jurídica, os sócios-gerentes e os terceiros não sócios com poderes de gerência à época da dissolução, bem como do fato gerador, deverão ser considerados responsáveis solidários.

Firmada a competência da Receita Federal do Brasil, **rejeito a preliminar suscitada.**

I.2 – DA NULIDADE DO ACÓRDÃO DA DRJ: AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO E OMISSÃO NA APRECIÇÃO DAS TESES SUSCITADAS

Ao sentir dos recorrentes FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETOS S.A., YIM KYU LEE, JOÃO ANTÔNIO DEL NERO e MOSZE GITELMAN, padece a decisão recorrida de nulidade.

A FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETOS S.A. – e também MOSZE GITELMAN e JOÃO ANTÔNIO DEL NERO, que replicam a narrativa apresentada pela empresa –, afirma que teria a decisão se omitido quanto à farta documentação que demonstraria que os acionistas minoritários da empresa agiram em defesa do patrimônio societário contra a fraude praticada pelo acionista controlador. Para YIM KYU LEE, o acórdão da DRJ é carente de motivação, sob a alegação de que “(...) o argumento de direito apresentado na impugnação quanto à impossibilidade da imputação da responsabilidade tributária (...) sequer foi citado no relatório do v. acórdão.” (f. 2952/2953)

Ao apreciar os argumentos e a sequência de fatos trazidos pelos recorrentes, a DRJ concluiu pela manutenção da cobrança e da responsabilização, sob o argumento de que

[n]ão tendo a empresa, bem como nenhum dos demais impugnantes, juntado aos autos documentação capaz de comprovar a improcedência das contribuições lançadas no presente processo administrativo, e não sendo necessário nenhum procedimento adicional para o deslinde da questão, como perícias ou diligências, eis que todos os elementos de prova poderiam ter sido juntados aos autos, sob a forma de documentos (...)” (f.2682).

Escorada no disposto no capítulo IV do art. 8º do Estatuto Social da Figueiredo Ferraz, (f. 85/120) – o qual prevê o Conselho de Administração e por uma Diretoria, responsáveis pela gestão da sociedade – na ficha cadastral extraída do site da Junta Comercial do Estado de São Paulo (f. 123/130) e no Relatório Fiscal (f. 651/667), entendeu que haveria lastro para a responsabilização.

Os pedidos de diligências ou perícias foram indeferidos uma vez que teria “(...)fi[cado] configurado nos autos através de farta documentação que os representantes da empresa, com poder de direção da mesma, executaram atos que extrapolaram os poderes conferidos aos mesmos pelo estatuto social da empresa, razão pela qual foram estes arrolados no pólo [sic] passivo das autuações (...)” (f. 2681). **Deixo de acolher**, com base nessas razões, **a preliminar arguida**.

II – DO MÉRITO

II.1 – DA AUSÊNCIA DE “RESPONSABILIDADE” DA FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETOS S.A

A FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETOS S.A pleiteia o cancelamento do auto de infração “(...) por ausência de fundamentação legal que permita sua responsabilização solidária pelo pagamento de tributos devidos em decorrência de atos fraudulentos praticados por terceiros.” (f. 2852)

Parte a recorrente de premissa equivocada – a de que estaria sendo “reponsabilizada” – quando, em verdade, é ela o sujeito passivo da obrigação tributária. Tanto é

assim que, por óbvio, contra ela não foi lavrado qualquer termo de responsabilização solidária, eis que devedora principal da obrigação que é. Conforme determina o art. 128 do CTN, somente “a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.”

Como bem pontuado em acórdão proferido pela eg. Primeira Turma da Quarta Câmara da Primeira Seção de Julgamento deste Conselho,

[o] signo "pessoalmente" constante na redação do art. 135 do CTN não tem o propósito de representar "exclusividade", mas tão somente de demonstrar que o sujeito que violar norma também será responsabilizado pelo lançamento fiscal, juntamente com o sujeito passivo "principal"; no caso, a Recorrente. É este segundo (sujeito passivo) quem sempre responde pelo lançamento fiscal, não cabendo ter sua responsabilidade afastada, mas tão somente dividida. (Acórdão n.º 1401-003.734, julgado em 17/09/2019)

Ante o exposto, **mantenho a FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETOS S.A no polo passivo da obrigação tributária.**

II.2 – DA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO E DA DIRETORIA

Contra os recorrentes JOÃO ANTÔNIO DEL NERO, MOSZE GITELMAN, CHARLES BIENVENU NEILSON, RICARDO RODRIGO D'ENFELDT MARTINS e YIM KYU LEE foi lavrado termo de sujeição passiva solidária – cf. f. 688/781, 783/881, 984/1082, 1084/1182 e 1184/1283.

Todos os termos possuem idêntico teor e justificam a responsabilização dos recorrentes nos seguintes termos:

8.1 O Capítulo V do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966) dispõe sobre Responsabilidade Tributária conforme abaixo:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

8.2 A Seção III, que dispõe sobre a Responsabilidade de Terceiros determina 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.

8.3 A Seção IV, que dispõe sobre a Responsabilidade por Infrações, determina que:

Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:

I - quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;

II - quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;

III - quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:

a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondem;

b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores;

c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas.

8.4 Considerando que:

a) O artigo 8º do estatuto social estabelece que a “Companhia será administrada por um Conselho de Administração e por uma Diretoria, com poderes conferidos pela lei aplicável e de acordo com o presente Estatuto”, e

b) Conforme o item 6, a declaração de compensação indevida, em tese, enquadra-se no disposto no parágrafo 1º dos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/1990, bem como no artigo 299 do Decreto-Lei 2.848/1940;

c) As pessoas indicadas nas atas das reuniões para a eleição dos administradores da empresa no momento dos fatos que ensejaram a lavratura dos autos de infração serão considerados solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes do procedimento fiscal .

9. Conclusão:

9.1 Ante o exposto, resta caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos do art. 135, inciso III da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional). (sublinhas deste voto)

O inc. III do art. 135 do CTN, utilizado como fundamento da responsabilização, determina que “os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado” 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”.

Além disso, a retormencionada Portaria RFB nº 2284, de novembro de 2010, determina, em seu art. 2º, que, constatada a existência de uma pluralidade de sujeitos passivos, deverá a autoridade fiscalizadora “reunir as provas necessárias para a caracterização dos responsáveis pela satisfação do crédito tributário lançado”, bem como descrever os “fatos e o enquadramento legal das infrações apuradas e do vínculo de responsabilidade.”

À época do envio de envio das GFIPs retificadoras (28/07/2009, 13/07/2010 e 14/07/2010), o Conselho de Administração da FIGUEIREDO FERRAZ era composto por MOSZE GITELMAN, CHARLES BIENVENU NEILSON, RICARDO RODRIGO D’ENFELDT MARTINS, YIM KYU LEE, ERIC BRANDÃO MACHADO MIFUNE – cf. ata

da reunião de sócios para transformação de sociedade limitada em sociedade por ações (f. 54) e ficha cadastral (f.123/130). JOÃO ANTONIO DEL NERO, era diretor-presidente da FIGUEIREDO FERRAZ (f. 48)

Para lastrear a responsabilização dos membros do Conselho de Administração a fiscalização valeu-se do art. 8º do Estatuto Social (f. 93), que determina que a “Companhia será administrada por um Conselho de Administração e por uma Diretoria, com os poderes conferidos pela lei aplicável e de acordo com o presente Estatuto Social.” A meu viso, o dispositivo citado, ainda que conjugado com a possibilidade de estar-se diante de um crime contra a ordem tributária, é inapto a comprovar a caracterização da responsabilidade, porquanto assaz genérico, nada dizendo sobre as funções desenvolvidas por dito Conselho tampouco sobre as condutas individualmente (ou em conjunto) perpetradas com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

O art. 17 do Estatuto prevê ter o Conselho de Administração “a função primordial de orientação geral dos negócios da Companhia, assim como de controlar e fiscalizar seu desempenho, cumprindo-lhe, além das demais funções estabelecidas por lei e expressamente no presente instrumento, deliberar sobre (...) matérias (...)” (f. 101), como, por exemplo, a aprovação de despesa ou investimento acima de cinco milhões, eleição/reeleição/substituição dos diretores, aquisição de participação em outra sociedade, aquisição de direito de propriedade real, dentre outras – “vide” al. “a” a “i” do art. 17 às f. 101/103. Já ao diretor-presidente, cabia

- (I) Planejar, desenvolver e implementar as políticas e os objetivos de organização;
- (II) Dirigir e coordenar a atividade comercial e institucional;
- (III) Coordenar a elaboração do orçamento anual e zelar para sua execução;
- (IV) Encaminhar ao Presidente do Conselho assuntos deliberados em Reunião de Diretoria que devem ser incluídos na pauta de Reuniões do Conselho. (f. 1527; sublinhas deste voto)

Ainda que tivessem os membros do Conselho a incumbência de “controlar e fiscalizar” os negócios da companhia ou o diretor-presidente de “planejar, desenvolver e implementar as políticas e os objetivos de organização”, teria a fiscalização de demonstrar quais “atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”. O mero fato de integrarem o Conselho de Administração ou a Diretoria, por si só, não autoriza a responsabilização. Chama a atenção o fato de a DRJ, de forma lacônica, limitar-se a asseverar ter ficado

(...) configurado nos autos, **através de farta documentação, que os representantes da empresa, com poder de direção da mesma, executaram atos que extrapolaram os poderes conferidos aos mesmos pelo estatuto social da empresa, razão pela qual foram estes arrolados no pólo passivo das autuações,** ora em comento. (f. 2681; sublinhas deste)

E, poucas linhas mais tarde, reconhecer que a alegação de que **(...) a responsabilidade pelo envio das GFIP com informações falsas é restrita a algumas pessoas que agiram contra a lei e contra as normas da empresa autuada, não pode ser tida como comprovada no momento, até porque as investigações policiais não foram concluídas.** Assim sendo, **no momento não se justifica a exclusão de qualquer das pessoas incluídas no pólo**

passivo do presente lançamento fiscal. (f. 2682; sublinhas deste voto)

Este Conselho vem entendendo – cf. acórdãos n.º 1301-003.227, 1301-002.744, 1402-002.687, 1201-003.195 – que, para que haja a responsabilização com base no inc. III do art. 135 do CTN, é necessário que “(...) a autoridade fiscal fosse mais explícita em relação a quais atos foram praticados pelo administrador e quais dispositivos legais foram infringidos” (CARF. Acórdão n.º 1302-003.719, julgado em 19 de julho de 2019)

Compulsados os autos, verifico que, além de a autoridade fiscalizadora, ter falhado em indicar, de forma individualizada, quais as condutas que ensejaram a responsabilização, existem elementos que sinalizam para a atuação de parte dos recorrentes de modo a denunciar a fraude perpetrada. Em ata da assembleia geral extraordinária realizada em 13/02/2009 (f. 35/38), JOÃO ANTÔNIO DEL NERO e MOSZE GITELMAN se manifestaram contra o pagamento antecipado dos dividendos, em razão do desconhecimento das demonstrações financeiras relativas ao exercício de 2008, que até então não tinham sido publicadas, tampouco aprovadas. Em que pese terem solicitado a instalação de Conselho Fiscal, o pleito foi indeferido.

Aliás, em mais de uma ocasião os recorrentes JOÃO ANTONIO DEL NERO e MOSZE GITELMAN pediram informações ao Diretor Administrativo, ERIC BRANDÃO MACHADO, apontado como o ordenador da retificação das GFIP:

Em 20/03/2009, MOSZE GITELMAN solicitou que fossem apresentados todos os documentos financeiros e contábeis, bem como eventuais relatórios da auditoria contratada pela companhia, referentes ao exercício de 2008 (f. 429/430).

Em 04/07/2009, JOÃO ANTÔNIO DEL NERO e MOSZE GITELMAN requereram a disponibilização das demonstrações financeiras referentes ao exercício de 2008 e a documentação comprobatória dos ajustes efetuados nas demonstrações de 2007 e 2008 (f. 1571-1572). Por não ter sido atendido, JOÃO ANTONIO DEL NERO ajuizou medida cautelar de exibição de livros e documentos (processo n.º 583.00.2009.175438-0), julgada procedente em primeira instância (f. 1578) e em segunda instância (f. 1579/1583).

MOSZE GITELMAN relatou abuso de poder praticado pelo grupo de controle, na Ata de Reunião de Conselho de Administração de 19/08/2009, apontando que não foram apresentados documentos suporte para as Demonstrações Financeiras, as quais foram ilicitamente publicadas sem a aprovação do Conselho de Administração em desrespeito ao Estatuto Social e às regras da Lei das Sociedades Anônimas. Asseverou, na oportunidade, que as Demonstrações Financeiras foram assinadas por RUBEM AVELAR “(...) que se fez passar pelo Contador responsável pela Contabilidade da Companhia (...)”, como se verifica às f. 67.

JOÃO ANTÔNIO DEL NERO e MOSZE GITELMAN, diante da publicação das demonstrações contábeis sem aprovação do Conselho de Administração, assinadas por RUBEM LUIZ AVELAR – que nem é contador, apenas técnico de contabilidade –, solicitaram a instauração de inquérito policial (f. 1535/1549), em setembro de 2009. No mesmo mês, requereram a apuração dos fatos à Polícia Federal no que diz respeito às retificações nas Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais relativas ao exercício de 2008, realizadas sem conhecimento do escritório responsável pela contabilidade da empresa e dos requerentes (f. 415/423). Iniciadas as investigações, o processo foi arquivado com a justificativa de que não havia exigibilidade do crédito tributário, entretanto JOÃO ANTÔNIO DEL NERO e MOSZE GITELMAN requereram, em mais uma oportunidade, a apuração dos fatos, uma vez que não

houve investigações quanto à possibilidade de ocorrência de crime de falsidade ideológica (f.424/428).

Ante o exposto, **ausente o nexo de causalidade entre o ato do responsável** – seja ele membro do Conselho ou Diretor-Presidente – e a gênese da obrigação tributária, **há de ser afastada a responsabilidade.**

Quanto ao pedido de suspensão do arrolamento do bem imóvel de CHARLES BIENVENU NEILSON, feito por meio da requisição nº 1400001061, não detém este Conselho competência para acolher o pleito.

III – DO PEDIDO SUBSIDIÁRIO: AFASTAMENTO DA MULTA DE 150% EM FACE DA FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETOS S.A

Em caráter subsidiário, pede a FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETOS S.A que seja eximida do pagamento da multa porquanto não foi “(...) responsável pela apresentação das GFIPs retificadoras que declararam a compensação indevida” (f. 2852).

A respeito da penalidade pecuniária imposta, eis a previsão da Lei nº 8.812/91:

Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil

(...)

§ 10. Na hipótese de compensação indevida, quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, o contribuinte estará sujeito à multa isolada aplicada no percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicado em dobro, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado. (sublinhas deste voto)

Por ser inequívoca a inserção de informações despidas de veracidade, há de ser a multa aplicada, inexistindo qualquer autorização legal para eximir o devedor tributário principal de seu pagamento, ainda que venha a ser comprovado que as informações falsas tenham sido inseridas sem consentimento da pessoa jurídica. À mingua de autorização legal para elisão da responsabilidade pelo pagamento da multa, **deixo de acolher o pedido.**

IV – CONCLUSÃO

Ante o exposto, **conheço integralmente dos recursos de FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETOS S.A., YIM KYU LEE, CHARLES BIENVENU NEILSON; e, parcialmente, dos recursos de JOÃO ANTÔNIO DEL NERO, MOSZE GITELMAN e RICARDO RODRIGO D’ENFELDT MARTINS; para negar provimento ao recurso de FIGUEIREDO FERRAZ CONSULTORIA E ENGENHARIA DE PROJETOS S.A, e dar provimento aos demais, para fins de reconhecimento da ilegitimidade passiva.**

(documento assinado digitalmente)

Ludmila Mara Monteiro de Oliveira