



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10530.723779/2013-23
Recurso Embargos
Acórdão nº 1201-003.039 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de julho de 2019
Embargante TV SUBAE LTDA E MODEZIL FERREIRA DE CERQUEIRA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008, 2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO.

Verificada omissão do julgado quanto à análise de recurso voluntário interposto tempestivamente por um dos responsáveis solidários, devem ser acolhidos os embargos de declaração para apreciação da caracterização ou não da solidariedade.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. DIRETOR. ART. 135, III DO CTN. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA DOLOSA. IMPROCEDÊNCIA.

Inexistindo motivação ou prova de que a pessoa praticou conduta dolosa que caracterize excesso de poderes ou infração a lei, contrato social ou estatuto social, não há que se falar em responsabilidade tributária do diretor.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em ACOLHER os presentes embargos, com efeitos infringentes, para afastar a responsabilidade solidária do Sr. Modezil Ferreira de Cerqueira.

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Efigênio de Freitas Junior, Gisele Barra Bossa, Carmen Ferreira Saraiva (Suplente Convocada), Alexandre Evaristo Pinto, Marcelo José Luz de Macedo (Suplente Convocado) e Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente). Ausente o conselheiro Allan Marcel Warwar Teixeira.

Relatório

Tratam-se de Embargos de Declaração (fls. 4.153/4.160) opostos em razão de omissão consistente na falta de apreciação de recurso voluntário do responsável solidário Sr. Modezil Ferreira de Cerqueira.

De acordo com o despacho de admissibilidade dos embargos (fls. 4.280/4.282):

3. Da análise dos autos, entendo estarem presentes todos os requisitos de admissibilidade para apreciação pela Turma.

4. A decisão embargada assim se manifestou a respeito, em seu Relatório:

A contribuinte e o responsável tributário Florisberto Ferreira de Cerqueira foram cientificados da decisão de primeira instância e apresentaram os respectivos recursos voluntários às fls. 3.021/3.152 e 3.733/3.782, respectivamente, cuja conclusão e pedido, idênticos, trago à colação:

[...].

O sujeito passivo solidário Modezil Ferreira de Cerqueira não apresentou o recurso voluntário, apesar de cientificado da decisão de piso (Intimação 330/2015 - fls. 3.458 e AR de fls. 3.400).

5. Como visto, entendeu a decisão embargada que o sujeito passivo solidário Modezil Ferreira de Cerqueira **não apresentou o recurso voluntário**, apesar de cientificado da decisão de piso (Intimação 330/2015 - fls. 3.458 e AR de fls. 3.400).

6. Sucede, porém, que, **de e-fls. 3.402 a 3.451, consta Recurso Voluntário apresentado por Modezil Ferreira de Cerqueira** e, de e-fls. 3.733 a 3.782, Recurso Voluntário interposto por Florisberto Ferreira de Cerqueira.

7. Do próprio despacho de encaminhamento de e-fls. 4.062, reconhece-se a interposição de Recurso Voluntário por ambos os responsáveis solidários:

BA FEIRA DE SANTANA DRF

Fl. 4062



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - RFB**

PROCESSO/PROCEDIMENTO: 10530.723779/2013-23
INTERESSADO: TV SUBAE LTDA

DESTINO: GEPAF-SECOJ-CARF-MF-DF (SERET) - Receber
Retorno de Processo

DESPACHO DE ENCAMINHAMENTO

Atendido o despacho, folha 3.383, retorno o presente processo ao CARF para continuação do julgamento. Vale salientar que os responsáveis tributários apresentaram recurso voluntário.

DATA DE EMISSÃO : 28/12/2015

Acompanhar Pronunciamento /
AURINO DOS SANTOS ARAUJO
COJ-SECAT-DRF-FSA-BA
SECAT-DRF-FSA-BA
BA FEIRA DE SANTANA DRF

8. Na realidade, a intimação do sujeito passivo solidário Modezil Ferreira de Cerqueira deu-se pela **Intimação 330/2015 de e-fls. 3.385**, sendo que a mesma intimação, de e-fls. 3.458 — citada pela decisão embargada como não atendida — refere-se à cópia dessa mesma intimação juntada ao final do Recurso Voluntário do sujeito passivo solidário Modezil Ferreira de Cerqueira (**e-fls. 3.402 a 3.451**).

9. Com fundamento nas razões expendidas, **ADMITO** os Embargos de Declaração [*rectius*, Embargos Inominados] interpostos.

Os autos, então, foram reencaminhados ao CARF para análise do recurso voluntário interposto pelo solidário Sr. Modezil Ferreira de Cerqueira.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Relator.

De acordo com o TVF (fls. 27/57):

Em razão da infração cometida pelo contribuinte, já descrita no Termo de Verificação Fiscal, foram lavrados os Termos de Sujeição Passiva Solidária contra os diretores da TV Subaé Ltda.: Modezil Ferreira de Cerqueira (Diretor Presidente), fls. 60/66, e Florisberto Ferreira de Cerqueira (Diretor Superintendente), fls. 67/73.

O silogismo empregado pela fiscalização foi o seguinte: como a TV SUBAE LTDA teria participado de estrutura simulada para fins de economia tributária, os diretores "automaticamente" deveriam ser enquadrados como solidários do crédito tributário constituído.

Ocorre, porém, que o Colegiado, apesar de manter a glosa das despesas, afastou a ocorrência da aludida simulação, da qualificação e, mais ainda, da caracterização de responsabilidade solidária nesse caso concreto.

Transcrevo abaixo o voto vencedor do Acórdão embargado (fls. 4.064/4.129), de minha própria autoria:

Em que pesem os argumentos expendidos pelo Ilustre Conselheiro Relator, peço vênia para, respeitosamente, divergir de seu voto no que diz respeito à caracterização de simulação, bem como à imputação de responsabilidade solidária ao Recorrente Sr. Florisberto Ferreira de Cerqueira (Diretor Superintendente).

De acordo com a acusação fiscal, a prestação dos serviços objeto de rateio de despesas administrativas, que corretamente ensejou a glosa por falta de comprovação adequada, teria sido, na verdade, criada artificialmente por meio de uso de estrutura simulada.

Mais precisamente, entenderam a autoridade fiscal autuante, a DRJ e o voto vencido, que a empresa prestadora de serviços não existiria de fato. Teria sido simulada dentro do grupo econômico, essencialmente porque não possuiria estrutura física adequada, não teria custos próprios senão de pessoal transferido de outras empresas do grupo, possui sede em endereço semelhante ao de outra pessoa jurídica vinculada, compartilha o uso de determinados funcionários, tem identidade de administradores e prestaria serviços de forma exclusiva a empresas ligadas.

Com base nesses *indícios*, concluíram que houve artificialismo, ou melhor, simulação na prestação dos serviços por parte da MC Assessoria, o que ensejou, além da glosa das despesas, a qualificação da multa de ofício (de 75% para 150%) e a responsabilização solidária dos dirigentes.

Não concordo, entretanto, com esse racional. Senão, vejamos:

Simulação

Em primeiro lugar, vale assinalar que restou demonstrado que MC Assessoria tem como objeto social a gestão e assessoria empresarial, tendo sido constituída justamente para prestar serviços administrativos em geral (contabilidade, informática, escritório etc.), *backoffice* e central de compras às demais empresas do Grupo MC, sem prejuízo de prestar serviços também a terceiros.

Em face da necessidade de centralizar gerencialmente as *atividades meio*, até então exercidas de forma diversificada e sem controle de gestão rigoroso nas 22 empresas do grupo e também mediante "terceirização", foi decidido, na linha do que adota o mercado, concentrar tais atividades em uma única empresa do grupo, unificando, assim, não somente a gestão, mas também os padrões de qualidade e sem perder de vista a potencial otimização de custos operacionais e tributários.

Os documentos contábeis da MC Assessoria, os negócios por ela celebrados, a relação de fornecedores e clientes e o laudo apresentado na defesa, segundo penso, ratificam

não só a existência da empresa, mas principalmente sua atuação ativa no mercado, ainda que domiciliada em sala no mesmo endereço e local de outra empresa vinculada.

O compartilhamento de custos dentro de um mesmo grupo, na verdade, constitui prática permitida e usual, não havendo qualquer problema quanto à sua adoção. Também a cessão do espaço, dentro de uma segregação clara de atividade e função, não desqualifica a existência da pessoa jurídica.

Ressalta-se que a transferência ou alocação de funcionários para iniciar a operação é natural. A partir do momento que atividades não preponderantes passam a ser concentradas como atividades fim em pessoa jurídica autônoma, é decorrência lógica a reestruturação do quadro de funcionários.

Também o compartilhamento de uso de um ou mais funcionários ou equipe para cumprir algo pontual ou tarefa específica não constitui indício contundente ou prova de abuso ou simulação.

Pelo contrário, nesse caso concreto, restou demonstrado que a própria MC Assessoria teve um crescimento na folha em todos os anos e evolução de faturamento no período objeto dos Autos.

A contratação de funcionários ocorria mediante anúncios diretos em seu nome. Havia controle de ponto, cartão, e-mails próprios que atestam haver uma estrutura organizada própria.

Ao contrário do que sustenta a decisão de piso, a contabilidade indica não só gastos com pessoal, mas outras despesas que estão em consonância ao objeto social explorado.

Há registro de receitas auferidas pela MC por serviços prestados a clientes independentes, isto é, empresas fora do grupo MC.

A MC Assessoria possui ativos próprios, tendo sido, aliás, contratada por instituições financeiras para atuar como correspondente financeiro, atividade esta sujeita a controle rigoroso e que pressupõe pessoalidade da parte.

Outro fato que chama atenção é o de que a Recorrente anexou na defesa laudo contábil (fls. 2.655/2.719) que detalha as atividades da empresa MC Assessoria, analisa a quantidade e função dos funcionários ao longo dos anos e identifica toda a mutação patrimonial da empresa no período.

Esse documento, do qual não há notícias de que tenha sido de fato apreciado, somado aos demais elementos probatórios trazidos pela Recorrente na sua defesa, comprova que a dita empresa simulada (MC Assessoria) não apenas desempenhava funções compatíveis àquelas demonstradas nos Contratos firmados com as empresas do grupo, como também manteve relação comercial com outras empresas, adquiriu materiais compatíveis a estas atividades e remunerou funcionários assim alocados.

Nesse contexto, penso que os "indícios" trazidos na peça acusatória não se sustentam diante das provas juntadas pelo Recorrente acerca da existência e operação na MC Assessoria.

Ora, não é porque as partes não lograram êxito na comprovação da composição dos valores e dos critérios objetivos efetivos do rateio que a operação é simulada.

A falta de comprovação do dispêndio, na hipótese como esta, é passível de glosa nos termos do artigo 299 do RIR/99, mas daí a afirmar que a prestação dos serviços foi simulada por ser a MC mera *empresa de papel* entendo existir um abismo.

E nem se diga que o ordenamento jurídico vigente permite ao fisco desqualificar atos em razão exclusivamente de economia tributária. Esta tese não tem amparo e, inclusive, foi afastada com a rejeição do artigo 14 da Medida Provisória n. 66/2002¹, que não possui eficácia em razão de sua não conversão em lei.

¹ Artigo 14 - São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos

Feitas essas considerações, afasto a caracterização de simulação.

Multa qualificada

Uma vez descaracterizada a simulação da MC Assessoria, o fundamento legal da qualificação da multa de ofício deixa de existir, razão pela qual ela deve ser reduzida de 150% para 75%, nos termos do artigo 44, I, da Lei nº 9.430/1996:

“Artigo 44 - Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata.”

Responsabilidade solidária

Finalmente, cumpre observar que a motivação para a qualificação da solidariedade da pessoa física Sr. Florisberto Ferreira de Cerqueira (Diretor Superintendente e minoritário) restringiu-se ao fato dele ter figurado como sócio administrador.

E como fundamento legal, invocou a autoridade responsável pelo lançamento o artigo 135, III, do CTN, *verbis*:

Dispõe o artigo 135 do CTN:

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.

Os pressupostos previstos no *caput* do artigo 135 - prática de ato com excesso de poder ou infração de lei ou contrato social - não foi objeto de nenhum comentário pela fiscalização na imputação da solidariedade.

Ora, se foi o uso indevido ou abusivo do cargo ou função de sócio a causa da caracterização da responsabilidade solidária, deveria a autoridade ao menos ter apontado e motivado qual ato teria sido este, como foi praticado, qual a finalidade, seus efeitos etc, mas nada disso foi feito.

O TVF deveria, para valer sua tese de incidência do artigo 135, III, ter demonstrado em que medida o sócio representante agiu em infração a lei, ou em contrariedade aos limites do desempenho de sua função de gestor.

Quer a autoridade fiscal ver prevalecer o Termo de Sujeição Passiva Solidária, mister que ela motive adequadamente o Auto, bem como demonstre a participação direta e

elementos constitutivos da obrigação tributária. § 1º - Para a desconconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de: I - falta de propósito negocial; ou II - abuso de forma. § 2º - Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato. § 3º - Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

consciente daquele que detém poder de representação na realização dos atos alegadamente simulados ou fraudulentos.

A atribuição de responsabilidade tributária não constitui expediente que possa ser utilizado “por atacado” ou “no modo automático”, uma vez que tal instituto exige a comprovação de que os fatos ou atos que geraram o descumprimento de normas tributárias tenham sido praticados com dolo pela pessoa qualificada como responsável.

A mera qualificação de sócio administrador jamais poderia ensejar responsabilidade pessoal ou solidária, ainda mais nesse caso concreto, no qual a simulação restou afastada.

Nesse contexto, não se pode perder de vista que já foi reconhecido e consolidado pelo STJ, por meio da súmula 430, que *o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente*.

Esse entendimento foi ratificado em recurso julgado sob o rito do art. 543-C do CPC (*sistemática de recursos repetitivos*), cuja ementa foi assim redigida:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE. [...]

2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (EREsp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005).[...]” (Resp 1.101.728/SP, julgado. Dje 23/03/2009).

A jurisprudência, contudo, firmou-se no sentido de que o não pagamento do tributo pela sociedade não é causa suficiente para que seus representantes se tornem responsáveis pelos débitos fiscais.

Também a mera qualificação de diretor, gerente ou representante da empresa autuada, desacompanhada de motivação e comprovação de prática de conduta abusiva, não é suficiente para ensejar a responsabilidade pessoal.

Não há dúvidas de que o Recorrente (solidário) exerce um cargo de administração, afinal é sócio assim qualificada, mas isso não significa dizer que ele tenha participado dolosamente de operação para lesar o fisco.

Diante dessas considerações, e na linha dos precedentes jurisprudenciais mencionados, afasto a imputação da responsabilidade solidária de Florisberto Ferreira de Cerqueira.

Conclusão

Pelo exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO aos RECURSOS VOLUNTÁRIOS para: (i) afastar a multa qualificada, reduzindo-a de 150% para 75%; e (ii) afastar a responsabilidade solidária do Recorrente Sr. Florisberto Ferreira de Cerqueira.

Nesse contexto, e considerando que o Embargante Sr. Modezil Ferreira de Cerqueira (diretor presidente) encontra-se exatamente na mesma posição do solidário Sr. Florisberto Ferreira de Cerqueira (diretor superintendente), esses fundamentos que excluíram a

solidariedade do Sr. Florisberto também devem ser aplicados para afastar a solidariedade do Sr. Modezil.

Diante do exposto, ACOLHO os presentes embargos, com efeitos infringentes, para afastar a responsabilidade solidária do Sr. Modezil Ferreira de Cerqueira.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli