



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10830.729057/2019-93
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº **9303-010.613 – CSRF / 3ª Turma**
Sessão de 14 de setembro de 2020
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ERIC MONEDA KA FER

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 26/11/2008 a 19/12/2008, 03/03/2009 a 23/11/2009, 23/02/2010 a 31/03/2010

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. SITUAÇÕES FÁTICAS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADA. NÃO CONHECIMENTO.

A divergência jurisprudencial que autoriza a interposição de recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF caracteriza-se quando, em situações semelhantes, são adotadas soluções divergentes por colegiados diferentes, em face do mesmo arcabouço normativo. Não cabe o recurso especial quando o que se pretende é a reapreciação de fatos ou provas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial. Ausente, momentaneamente, a conselheira Vanessa Marini Ceconello.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Andrada Márcio Canuto Natal – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas, Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Valcir Gassen, Jorge Olmiro Lock Freire e Érika Costa Camargos Autran.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência, interposto pela Fazenda Nacional, em face do acórdão n.º 3401-005.045, de 22/05/2018, o qual possui a seguinte ementa:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 26/11/2008 a 19/12/2008, 03/03/2009 a 23/11/2009, 23/02/2010 a 31/03/2010

CESSÃO DE NOME. ACOBERTAMENTO DE INTERVENIENTES. MULTA. PROCEDÊNCIA

A pessoa jurídica que ceder seu nome, para a realização de operações de comércio exterior de terceiros, com vistas ao acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários fica sujeita a multa de 10% (dez por cento) do valor da operação acobertada, observado o valor mínimo de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 26/11/2008 a 19/12/2008, 03/03/2009 a 23/11/2009, 23/02/2010 a 31/03/2010

RESPONSABILIDADE DO SÓCIO/MANDATÁRIO NÃO CABIMENTO

Não restando comprovado nos autos, atos de administração/gerência/representação, praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos à época dos fatos, torna-se incabível a manutenção do sócio/mandatário no polo passivo como responsáveis solidários.

O recurso especial da Fazenda Nacional combate unicamente a parte da ementa acima destacada, na qual a turma julgadora excluiu a responsabilidade solidária do sócio Éric Moneda Kafer em relação ao crédito tributário lançado. Em síntese a empresa autuada Encomex Trading Comercial Importação e Exportação Ltda, cedeu seu nome para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas ao acobertamento de seus reais beneficiários, quando na verdade as importações eram destinadas à empresa Lumag Technology do Brasil Indústria de Máquina Ltda. No caso, Eric Moneda Kafer era sócio da empresa que cedeu o nome Encomex Trading Comercial Importação e Exportação Ltda.

A Fazenda Nacional defende a manutenção da pessoa física Eric Moneda Kafer, sócio administrador da empresa Encomex Trading Comercial Importação e Exportação Ltda, na

condição de responsável solidário do crédito tributário lançado. No caso foi aplicada a multa por cessão de nome prevista no art. 33 da Lei nº 11.488/2007.

O recurso especial da Fazenda Nacional foi admitido, somente após exame em recurso de agravo, por despacho aprovado pela presidente da CSRF.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal – Relator.

O recurso especial da Fazenda Nacional é tempestivo, devendo ser verificado se atende aos demais pressupostos formais e materiais ao seu conhecimento.

O acórdão recorrido afastou a responsabilidade solidária do sócio administrador Eric Moneda Kafer, por considerar que a acusação fiscal deveria ter identificado sua conduta em comprometimento à fraude identificada. Considerou que sem a delineação desta conduta não seria possível a responsabilização solidária com base no art. 135, inc. III, do CTN. Transcrevo abaixo excertos do voto:

(...)

19. Como bem apontado pelo Auditor Fiscal Ícaro Nonato Lopes Cezar, que atuou como julgador no colegiado que proferiu o acórdão recorrido, em sua declaração de voto, é necessário que se comprove "*(...) a concorrência ou o benefício com a prática da infração por parte deste sócio, pois tais fatos não podem ser presumidos pelo simples fato de ser sócio, ainda que administrador*", devendo ser **provados**, o que não ocorreu no caso concreto, conforme trecho que a seguir se transcreve:

(...)

20. Em idêntico sentido, e especificamente com relação ao sócio Eric, a declaração de voto merecedora de encômios do Auditor-Fiscal Ricardo Serra Rocha:

“(...) a responsabilidade desses administradores, por ter natureza de relação jurídica de garantia, pode ser declarada a qualquer tempo para que todos os instrumentos de coerção aplicáveis ao contribuinte passem também a valer em face dos responsáveis solidários, prescindindo-se inclusive de constar ou não do lançamento tributário.

Contudo, tais circunstâncias, por si sós, não possuem o condão de afastar o dever de motivação do ato administrativo, sob pena de macular o devido processo legal.

Nesse desiderato, percebe-se que a acusação fiscal acerca da responsabilidade do sócio-administrador aqui em apreço **está desprovida de sua fundamentação fática, ou seja, dos ilícitos a eles atribuído.**

Dessa forma, com as devidas vênias, **penso que não basta a mera reprodução do dispositivo legal (artigo 135, inciso III, do CTN) para arrolar o sócio-administrador no polo passivo dessa exação;** necessário seria que se houvesse discorrido acerca dos atos ilícitos pelos quais está o sócio-administrador ERIC MONEDA KAFER sendo acusado, bem como ajuntar os elementos probatórios desse libelo (não se prestando para isso meros atos gerenciais). Afinal, é consabido o entendimento do egrégio STJ que o administrador infrator é chamado a pagar o crédito da pessoa jurídica em forma de responsabilidade por ato ilícito.

Portanto, estou que a acusação feita ao sócio-administrador ERIC MONEDA KAFER **não foi o bastante para responsabilizá-lo solidariamente por este crédito, por ausência de fundamentação fática e de elementos probantes nesse sentido,** devendo nesse momento processual o mesmo ser afastado do polo passivo; o que, a meu ver, por si só, não inibe a possibilidade desta responsabilidade puder vir a ser devidamente declarada em um outro momento processual, seja na CDA por ato do Procurador da Fazenda Nacional, seja pela autoridade judicial.

Dessarte, **por ausência de provas de sua direta participação nas infrações praticadas, estou que não há o porquê de sua permanência no polo passivo dessa penalidade"** (seleção nossa).

(...)

Da leitura do referido acórdão constata-se também que a solidariedade somente foi arrolada em razão da aplicação do art. 135, III, do CTN. Nada se afirmou em relação à aplicação do art. 124 do CTN.

Importante destacar que o despacho de admissibilidade aprovado pelo presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento, já havia registrado o impossibilidade de conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional, ressaltando evidente diferenças fáticas do presente acórdão com os acórdãos paradigmas n.º 1301-002.749 e 1302-00.458. Destaco os seguintes trechos:

(...)

Por sua vez, no **acórdão paradigma** trazido pela Recorrente, a turma julgadora, ao analisar o caso concreto, entendeu que “cabe a imposição de responsabilidade tributária em razão da prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, 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 comercial conjunta” (trechos da ementa do acórdão n.º 1301-002.749).

Em igual sentido, no **primeiro acórdão paradigma** trazido pela Recorrente, a turma julgadora decidiu que as “*condutas do sócio-administrador, desde a não escrituração das operações contábeis, passando pelo não envio declarações obrigatórias de pessoa jurídica, consubstanciaram uma série de atos ordenados, um por um, visando ocultar as receitas auferidas que deveriam ter sido oferecidas à tributação. Tais ações e omissões, além de infringirem a legislação comercial e tributária vigente, caracterizaram o dolo, restando demonstrada subsunção ao inciso III, art. 135 do CTN*” (trechos da ementa do acórdão n.º 1302-00.458).

Vê-se, portanto, que no caso concreto tratado no **acórdão recorrido**, restou decidido que deveria ser afastada a responsabilidade tributária do sócio administrador ERIC MONEDA KAUFER **em razão de ausência de provas**.

Por outro lado, nos **paradigmas** acostados ao recurso especial as respectivas turmas julgadoras entenderam que **naqueles casos concretos específicos estariam comprovadas as condutas típicas praticadas pelos respectivos sócios**.

A divergência jurisprudencial se caracteriza quando os acórdãos recorrido e paradigmas, em face de situações fáticas similares, conferem interpretações divergentes à legislação tributária.

Assim, a divergência jurisprudencial não se estabelece em matéria de prova, e sim na interpretação da legislação. Com efeito, **tratando-se de situações fáticas diversas, cada qual com seu conjunto probatório específico, as soluções diferentes não têm como fundamento a interpretação diversa da legislação, mas sim as diferentes situações fáticas retratadas em cada um dos julgados**.

O despacho de agravo, aprovado pela presidente da CSRF, que admitiu o seguimento do recurso especial, analisando somente o acórdão paradigma n.º 1301-002.749, concluiu que este teria decidido que o simples fato de estar consignado a condição de sócio administrador, seria suficiente para caracterizar a responsabilidade prevista no art. 135 do CTN.

Porém, da leitura integral do voto deste paradigma, não se percebe que a manutenção da responsabilidade dos sócios deu-se pelo simples fato de serem sócios administradores. Na verdade, o acórdão paradigma n.º 1301-002.749 trata de acusações complexas envolvendo lavagem de dinheiro, busca e apreensão, omissão de receitas, depósitos bancários não identificados, empresas constituídas por interpostas pessoas, etc. O processo decorre de lançamento de ofício de IRPJ e foi consequência de buscas e apreensões na chamada “Operação Saqueador”, nas investigações em que estaria envolvido o Sr. Carlos Ramos Cachoeira.

A própria ementa, desta parte, no acórdão paradigma já revela que a conclusão não é assim tão simples, vejamos:

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135, III, DO CTN. ADMINISTRADOR DE FATO. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE PESSOAS. CABIMENTO.

Cabe a imposição de responsabilidade tributária em razão da prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN, **quando demonstrado, mediante conjunto de elementos fáticos convergentes, que os responsabilizados ostentavam a condição de administradores de fato da autuada, bem como que houve interposição fraudulenta de pessoa em seu quadro societário.**

Transcrevo abaixo trechos do voto, extraídos da parte da responsabilização tributária, na tentativa de demonstrar que não se trata de simples responsabilização solidária em razão de os envolvidos serem somente sócios administradores das empresas.

(...)

No caso concreto, há imputação de responsabilidade tributária tanto em relação aos sócios que constavam como efetivos administradores – e que, **comprovadamente, se não eram sócios, ao menos administravam as operações levadas a efeito pela pessoa jurídica autuada – como por pessoas físicas que seriam as proprietárias de fato da autuada.** Há ainda imputação de responsabilidade a empresas, da mesma titularidade dos sócios e/ou cobrigados em que se constatou atuação comercial conjunta ou ainda que teriam servido tão somente para tentar blindar o patrimônio dos sócios e coobrigados.

(...)

Além das conclusões da denominada “CPMI do Cachoeira”, e dos resultados da “Operação Saqueador”, “Operação Monte Carlo” e “Operação Vegas” levadas a efeito pela Polícia Federal **quanto à condição de controle do senhor Adir Assad e Sônia Mariza Branco em relação a diversas empresas do denominado “Grupo Rock Star”**, em relação a esses pesa ainda robusta acusação de envolvimento na “Operação Lava Jato”, como se pode observar da sentença proferida pelo Excelentíssimo Dr. Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, disponível no link <https://www.conjur.com.br/dl/sentencacaixapartido.pdf>. Destaco as conclusões da sentença que levaram ambos a iniciarem o cumprimento da pena fixada em regime fechado desde então:

(...)

Evidentemente, tratando-se de processo criminal em relação ao qual ainda não há trânsito em julgado, há de analisar com certas ressalvas as conclusões da sentença em questão.

Contudo, essa narrativa pode facilitar a compreensão dos fatos que levaram a autoridade fiscal a incluir coobrigados no polo passivo da obrigação tributária, inclusive pessoas jurídicas utilizadas para tentar blindar o patrimônio de muitos dos coobrigados.

(...)

Não havendo novos argumentos trazidos pelos recorrentes, valho-me de excertos da decisão recorrida para manter integralmente a imputação de responsabilidade tributária a todos os coobrigados:

Foi imputada responsabilidade solidária a Adir Assad, Sônia Mariza Branco, Sibely Coelho e Soiany Coelho, com fundamento nos arts. 124, I, e 135, III, ambos do CTN, e a Santa Sônia Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Four's Empreendimentos Imobiliários Ltda. com base no art. 124, I, daquele Código.

(...)

Quanto à comprovação da responsabilidade solidária pela fiscalização, cabe registrar que, na busca pela verdade material – princípio esse informador do processo administrativo fiscal –, a comprovação de uma dada situação fática pode ser feita, em regra, por prova única, direta, concludente por si só, ou por um conjunto de elementos/indícios que, se isoladamente nada atestam, agrupados têm o condão de estabelecer a certeza daquela matéria de fato. Não há, em sede de processo administrativo, uma pré-estabelecida hierarquização dos meios de prova, sendo perfeitamente regular a formação da convicção a partir do cotejo de elementos de variada ordem. É a consagração da chamada prova indiciária, de largo uso no direito.

(...)

Todas essas constatações demonstram o modo de agir de Adir Assad na realização da fraude com a participação de um grupo de pessoas e empresas, todos agindo em conjunto com o objetivo de sonegar tributos.

Constatou-se, em todo o procedimento levado a efeito nas empresas investigadas, a existência do interesse jurídico antes mencionado, caracterizado pela existência de direitos e deveres comuns aos participantes do esquema de sonegação.

O conjunto de provas (já citadas) reunidas na investigação policial e no procedimento fiscal levam à conclusão de que Adir Assad é o controlador, sócio de fato da contribuinte.

(...)

O voto é bem extenso, sendo que depois das considerações acima expendidas, cuida de evidenciar o papel de cada responsável, seja por aplicação do art. 124 ou pela aplicação do art. 135, III, do CTN.

De forma, que da leitura do voto do acórdão paradigma não se pode chegar à comprovação da divergência com o decidido no acórdão recorrida. Os aspectos fáticos discutidos em ambos são muito diferentes, além do que a responsabilização solidária no acórdão paradigma

não se deu somente em relação ao art. 135, III, do CTN, mas também em relação ao seu art. 24. Arrisco dizer, inclusive, que as decisões caminharam no mesmo sentido.

Diante do exposto, voto por não conhecer do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)
Andrada Márcio Canuto Natal