



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

Processo nº 10880.006515/2007-93
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-001.046 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de março de 2013
Matéria IRPJ, CSLL, PIS e COFINS
Recorrente ALLEN BRUCE KLEIN
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2004, 2005

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM. AUSÊNCIA DE PROVAS.

A responsabilidade solidária atribuída em razão do interesse comum, prevista no artigo 124, I, do CTN, deve estar fundada em provas inequívocas que demonstrem o interesse comum na situação que constitui o fato gerador.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Os membros da Turma acordam, por unanimidade, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo relator.

(assinado digitalmente)

EDUARDO DE ANDRADE - Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

MARCIO RODRIGO FRIZZO - Relator.

EDITADO EM: 14/03/2013

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Eduardo de Andrade (Presidente), Waldir Veiga Rocha, Alberto Pinto Souza Junior, Paulo Roberto Cortez, Guilherme Pollastri Gomes da Silva e Marcio Rodrigo Frizzo

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por ALLEN BRUCE KLEIN, já qualificados nos autos, em face do acórdão nº 16-17.367-7 (fls. 2752/2764) da DRJ/SPI, proferido em processo administrativo que trata de lançamentos de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, Programa de Integração Social – PIS, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e Contribuição para Seguridade Social – INSS por omissão de receitas referente aos anos-calendários de 2004-2005, resultando em crédito tributário de R\$ 2.886.971,91.

Conforme o Termo de Verificação e Conclusão Fiscal (fls. 2495/2515), verificou-se que:

- a contribuinte teve sua constituição em 05.09.2002, sob a forma de empresa individual, tendo como titular Marcelo de Martini;
- a contribuinte integra rol de importadoras que foram objeto de diligência realizada pela Polícia Federal, com indícios da prática sistemática de subfaturamento na internação de mercadorias estrangeiras no mercado nacional;
- a contribuinte não apresentou as DIPJ referentes aos anos-calendários abrangidos pela fiscalização - 2004 e 2005; contudo, houve movimentação em suas contas bancárias no mesmo período, conforme DCPMF entregues pelas instituições financeiras;
- o estabelecimento indicado como sede da contribuinte estava fechado e sem indícios de movimentação recente, conforme constatação do AFRFB (fls. 20 a 23);
- todas as comunicações postais foram frustradas, embora a contribuinte tenha sido intimada por diversas vezes a apresentar livros comerciais e fiscais, bem como cópia do contrato social e alterações e os extratos bancários de todas as contas correntes;
- a inscrição da contribuinte no CNPJ foi declarada inapta, em razão da ausência de resposta, por meio do processo administrativo nº 19515.001711/2005-86, tendo sido intimada dos atos da fiscalização por Edital;
- a fiscalização constatou nos extratos bancários apresentados pelo Banco do Brasil S/A, em resposta à Requisição de Movimentação Financeira (fl. 193/195), a incompatibilidade entre a movimentação financeira nas contas da contribuinte e ausência de recolhimento de tributos, referente ao ano-calendário de 2005;

- dentre os documentos apresentados pelo Banco do Brasil S/A, verificou-se a existência de cópia de procuração para Allen Bruce Klein atuar em nome da empresa com poderes específicos para movimentar a conta corrente nº 13.127-X, agência nº 1.205-X, podendo depositar valores e assinar contratos de fechamento de câmbio (fl. 2490);
- a contribuinte, intimada, não comprovou a origem dos valores creditados/depositados na conta corrente mencionada acima.

Desta forma, a fiscalização apurou o IRPJ e Contribuições reflexas, utilizando os valores de compras de mercadoria por importação no ano-calendário de 2004 e movimentação financeira da empresa fornecida pelo Banco do Brasil referente ao ano-calendário de 2005 para arbitramento do lucro, com fundamento no art. 530, III, do RIR/99.

Ainda, a fiscalização aplicou multa qualificada de 150% para o ano calendário de 2005, pois entendeu como dolosa a conduta reiterada da empresa de omissão de receitas, bem como arrolou como responsável solidário do crédito tributário Allen Bruce Klein, conforme Termo de Sujeição Passiva às fls. 2578/2580, com base na procuração que concedeu poderes a este para movimentar, em nome da empresa, a conta corrente nº 13.127-X, agência nº 1.205-X, Banco do Brasil S/A.

Às fls. 2695/2700, 2729/2731, 2746/2748, a pessoa física Allen Bruce Klein apresentou petição aduzindo, em síntese que:

- (i) o seu nome foi usado indevidamente na procuração;
- (ii) não conhece a pessoa física de Marcelo de Martini, não conhece a empresa individual Marcelo de Martini, não autorizou e não aceitou nenhuma nomeação para ser procurador quer da pessoa física ou da referida empresa individual;
- (iii) tomou conhecimento da procuração por meio do presente processo administrativo e dirigiu-se, então, à autoridade policial informando o ocorrido e lavrando o Boletim de Ocorrência nº 8096/2007, o qual foi juntado às fls. 2701/2702;
- (iv) as alegações também podem ser confirmadas pelo Termo de Declarações (fls. 2750/2751) de autoria do próprio Marcelo de Martini obtido do 78º Distrito Policial SP/SP, pois Marcelo de Martini afirma, no referido termo, que não existe relação entre Allen Bruce Klein e a contribuinte e que providenciou a procuração por orientação de terceiros, sendo que a assinatura do outorgado não foi necessária.

Após, cientificada por meio de Edital (fl. 2687) a contribuinte apresentou impugnação (fls.2703/2710), alegando essencialmente:

- (i) ilegalidade da quebra do sigilo bancário administrativamente;

- (ii) violação dos princípios constitucionais da legalidade e tipicidade pela eventual presunção legal e existência de depósitos sem a demonstração do efetivo acréscimo patrimonial, conforme a Súmula 182 do extinto TFR;
- (iii) inconstitucionalidade da multa de 150%, violando o art. 150, IV da Constituição Federal.

Sobreveio decisão da 7ª Turma da DRJ/SP1, a qual julgou improcedente tanto a impugnação da contribuinte, como o pedido de Allen Bruce Klein para exclusão do polo passivo, neste ponto havendo voto vencido e voto vencedor:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA

JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004,2005

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PROCURAÇÃO PÚBLICA PARA MOVIMENTAÇÃO DA CONTA BANCÁRIA.

Procuração lavrada por oficial público goza de autenticidade e segurança, nos moldes da lei. Desta forma, se não comprovada sua falsidade, reputa-se que o outorgado procurador goza dos poderes ali conferidos, no caso, a movimentação da conta bancária.

LIVROS COMERCIAIS E FISCAIS. INTIMAÇÃO. NÃO APRESENTAÇÃO. ARBITRAMENTO DO LUCRO. POSSIBILIDADE.

O imposto devido trimestralmente no decorrer do ano-calendário será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos comerciais e fiscais a que estiver obrigado a escriturar.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA. LUCRO ARBITRADO.

Caracterizam-se como omissão de receita os valores de compras por importação e os valores creditados em conta-corrente, sem que haja a comprovação, mediante documentação hábil e idônea, da origem, desses recursos e da sua tributação. O lucro arbitrado será determinado pela aplicação, sobre os valores dessas receitas, de percentual previsto em lei.

MULTA QUALIFICADA.

A falta de declaração ao Fisco da movimentação financeira durante o transcurso de todo o ano-calendário, reforçada pelo não atendimento a intimações, por parte do sujeito passivo, caracteriza infração à legislação tributária praticada com

evidente intuito de fraude, impondo-se a aplicação de multa de ofício qualificada.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE.

Alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade são de exclusiva competência do Poder Judiciário, não cabendo à Administração proceder a tal exame a fim de afastar a aplicação de lei corretamente inserida no ordenamento.

TRIBUTAÇÕES REFLEXAS.

Aplica-se aos lançamentos reflexos de PIS, COFINS e CSLL o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito existente entre eles.

Lançamento Procedente

O voto vencedor e o voto vencido divergiram em relação à sujeição passiva solidária atribuída a Allen Bruce Klein, que se baseou na existência de procuração pública em seu nome com poderes para movimentar a conta da empresa individual Marcelo de Martini.

O relator entendeu que a pessoa física Allen Bruce Klein deveria ser excluída do polo passivo da obrigação tributária, visto que a responsabilidade solidária foi fundamentada apenas na existência de procuração outorgada pelo titular da empresa, sendo que esta prescindiu da assinatura do outorgado. Entendeu, ainda, que o AFRFB deveria ter solicitado esclarecimentos a Allen Bruce Klein e que não há provas materiais nos autos que demonstrem sua participação na movimentação da conta corrente.

Entretanto, prevaleceu o entendimento pela manutenção da responsabilidade solidária da pessoa física Allen Bruce Klein. Os fundamentos utilizados no voto vencedor foram:

- (i) a procuração é a base de prova da autoridade fiscal, pois lavrada por oficial público e goza de autenticidade e segurança, conforma art. 1º da Lei nº 8.935/94;
- (ii) antes da lavratura de qualquer instrumento público, o Tabelião ou o escrevente autorizado deverá verificar se as partes e demais interessados acham-se munidos dos documentos de identificação originais, de acordo com as Normas da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo;
- (iii) a partir desta premissa, concluiu “no mínimo, houve a entrega de seus documentos originais para a pessoa outorgante solicitar ao notário a lavratura da procuração”.
- (iv) por fim, a alegação não é prova suficiente para invalidar procuração pública lavrada por Tabelião de Notas, dotado de fé pública.

Cientificada em 11/07/2008, a pessoa física Allen Bruce Klein interpôs em 31/07/2008 recurso voluntário às fls. 2780/2790, relativamente à manutenção da responsabilidade solidária a ele atribuída, com os seguintes argumentos:

- (i) desconhecia a existência de procuração pública que lhe conferiu para movimentar a conta bancária da empresa individual Marcelo de Martini e, por isso, lavrou boletim de ocorrência nº 8069/2007 no 78º Distrito Policial de SP/SP, no qual declara que não conhece a pessoa física, nem a empresa individual Marcelo de Martini;
- (ii) anexou aos presentes autos o Termo de Declarações de Marcelo de Martini em que este afirmou não conhecer a pessoa física Allen Bruce Klein;
- (iii) houve engano na decisão vencedora que afirmou que para a lavratura de procuração pública há a necessidade de apresentação dos documentos originais do outorgado (Allen Bruce Klein), pois são necessários apenas os documentos do outorgante;
- (iv) a procuração nunca foi usada pelo recorrente e não tem o condão de provar qualquer vínculo ou ligação com Marcelo de Martini, pessoa física ou jurídica;
- (v) a recorrida não provou que a procuração foi utilizada pelo recorrente, nem a sua vinculação com Marcelo de Martini, ou mesmo quais atos beneficiam ou trazem interesse ao recorrente;
- (vi) a decisão da DRJ/SP1 parte de pressupostos equivocados e sem base em nenhum fato ou documento ao afirmar que: o notário viu os documentos do recorrente, que o recorrente tornou a apresentá-los perante a autoridade policial, que não há nenhum boletim de ocorrência relatando a perda ou extravio dos documentos do recorrente.
- (vii) em relação ao mérito, nada alega.

A contribuinte não interpôs recurso voluntário. Assim, o presente processo administrativo foi desmembrado, transferindo-se o débito para o processo nº 16151.000443/2008-72 para execução.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcio Rodrigo Frizzo.

O recurso voluntário apresentado é tempestivo e apresenta todos os requisitos de admissibilidade, então dele conheço.

1. DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

O recorrente requer a sua exclusão do polo passivo da obrigação tributária.

Inicialmente, alega o desconhecimento da procuração pública assinada por Marcelo de Martini que lhe conferiu poderes para movimentar a conta corrente nº 13.127-X, agência nº 1.205-X, Banco do Brasil S/A da empresa individual Marcelo de Martini.

Afirmou que tomou conhecimento desta apenas com o início do processo administrativo e que não conhece Marcelo de Martini, tanto pessoa jurídica como física. Portanto, nunca utilizou a procuração mencionada.

O recorrente aduziu que a responsabilidade solidária não lhe pode ser imputada, pois a utilização da procuração para movimentação da conta corrente da contribuinte não foi comprovada, assim como não há documento nos autos que evidencie a vinculação de Allen Bruce Klein e Marcelo de Martini (pessoa física ou empresa individual).

Pois bem.

Da análise dos autos, verifica-se que o Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 1 (fls. 2578/2580) foi lavrado conforme o art. 124 do Código Tributário Nacional, baseado na procuração pública que outorgou poderes a Allen Bruce Klein para movimentar a conta corrente da contribuinte.

A partir deste documento, o auditor fiscal concluiu às fls. 2579/2580, que:

*“[...] o procurador constituído da empresa Marcelo de Martini, **ALLEN BRUCE KLEIN**[...] juntamente com o titular da mesma [...] **FORAM OS ÚNICOS RESPONSÁVEIS PELA GESTÃO FINANCEIRA DA EMPRESA MARCELO DE MARTINI** no decorrer de todo o ano-calendário de 2005, ressaltando-se que essa movimentação financeira ultrapassou 14 milhões de reais.*

*g) Isto posto, configurada a participação de **ALLEN BRUCE KLEIN**, na gestão financeira da empresa fiscalizada, caracterizando desta forma o interesse comum com o titular da mesma nas operações efetuadas nos períodos de ocorrência dos fatos geradores do imposto e contribuições, responderá o mesmo **SOLIDARIAMENTE**, conforme dispõe o artigo 124 da*

Lei nº 5.172, de 25.10.1966 (Código Tributário Nacional - CTN)''(grifos no original).

A responsabilidade solidária está disciplinada no artigo 124 do Código Tributário Nacional, que dispõe:

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.

A solidariedade constante no inciso I é cominada quando o referido interesse comum configure um vínculo direto com o fato gerador da obrigação tributária principal. Portanto, é o interesse comum dos participantes na realização do fato jurídico tributário que determina a solidariedade entre os devedores.

Todavia, o CTN não define o que seria interesse comum.

Paulo de Barros Carvalho leciona que

A expressão empregada, sobre ser vaga, não é um roteiro seguro para a identificação do nexó que se estabelece entre os devedores da prestação tributária.

[...] Vale, sim, para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado, como, por exemplo, na incidência de IPTU, em que duas ou mais pessoas são proprietárias do mesmo imóvel¹.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a responsabilidade solidária, manifestou-se da seguinte maneira sobre a definição da expressão “interesse comum”:

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.

¹CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 348.

2. [...] 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 polo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participação na ocorrência do fato gerador da obrigação [...]².

O AFRFB entendeu, a partir da procuração pública, que Allen Bruce Klein possuiria interesse comum com a Pessoa Jurídica Marcelo de Martini, visto que aquele era um dos responsáveis pela gestão financeira da empresa no decorrer de todo o ano-calendário de 2005.

Entretanto, o único documento utilizado como prova para fundamentar o interesse comum (gestão financeira da empresa) e, consequentemente, a responsabilidade solidária do recorrente foi a procuração pública lavrada, a qual prescinde de assinatura do recorrente.

É neste sentido que ponderou corretamente o relator da decisão da DRJ ao afirmar que

Seria de bom alvitre que constasse, nesse momento da descoberta do agente fiscal de tal documento, pedido de esclarecimentos ao outorgado.

[...] Só seria dispensada no caso de haver provas materiais da ligação do outorgado com a empresa autuada ou qualquer documento mostrando sua efetiva participação na movimentação da conta corrente, prova esta que não existe nos autos.

Desta forma, fica inviável caracterizar o outorgado nos termos do art. 124 do CTN, conforme enquadrado pelo agente fiscal, por não demonstrado o interesse comum (inciso I) ou por não estar previsto em lei tal situação.

[...] Na ausência de provas materiais, é de se considerar o boletim de ocorrência apresentado (fls.2159/2160), pelo princípio da boa fé, onde Allen Bruce Klein afirma ter sido vítima de crime de falsificação de documento público, e o Termo de Declarações de fls.2206/2207(grifo nosso).

O voto vencedor, ao manter a responsabilidade solidária, afirmou que a procuração pública é prova bastante para configurar a solidariedade, pois esta goza de autenticidade e segurança. Ainda, para que se lavre uma procuração pública seria necessária a apresentação dos documentos originais das partes, conforme dispõe as Normas da Corregedoria Geral de São Paulo. Concluiu, com base nesses fundamentos, que:

No mínimo, houve a entrega de seus documentos originais para a pessoa outorgante solicitar ao notário a lavratura da procuração.

[...]boletim de ocorrência de fls.2159/2160, no qual para a sua identificação apresenta a mesma documentação a qual foi objeto de lavratura da procuração pública.

O raciocínio delineado acima não constitui meio de prova, mas presunção dos fatos, pois não é possível afirmar que o recorrente por certo apresentou os originais para lavrar a procuração e os apresentou de novo ao lavrar o Boletim de Ocorrência, apenas porque as Normas da Corregedoria de São Paulo determinam que o tabelião exija os documentos originais.

Para que se configure a solidariedade constante no artigo 124, I do CTN, necessário que existam provas inequívocas do vínculo direto do recorrente com o fato gerador da obrigação, caracterizando aquele como verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária.

É neste sentido que decidiu o antigo Conselho de Contribuintes, vejamos:

Ementa:

PAF - NORMAS PROCESSUAL - RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO - INDICAÇÃO NO AUTO DE INFRAÇÃO - LEGITIMIDADE PROCESSUAL.

[...]RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO - TERCEIROS - CTN, ART. 124, I - ACUSAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE PROVA – IMPROCEDÊNCIA.

A configuração da responsabilidade solidária de que trata o art. 124, I, do CTN, depende da prova inequívoca de que os acusados teriam tido interesse comum na situação que constituía o fato gerador (grifo nosso) ³.

Ementa:

[...]

³ BRASIL. Primeiro Conselho de Contribuintes. 7ª Câmara. Turma Ordinária. Acórdão nº 10708791 do Processo

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - FALTA DE COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO PREVISTA EM LEI – DESCABIMENTO.

Deve ser afastada a responsabilidade tributária solidária, fundada nos arts. 124, I, e 135, III, do CTN, se não restou inequivocamente comprovado nos autos o interesse comum na situação que constitui o fato gerador, nem a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (grifo nosso)⁴.

O mesmo entendimento possui o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

Ementa:

OMISSÃO DE RECEITAS. ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Caracterizam-se omissão de receita os valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

[...]

SOLIDARIEDADE. INTERESSE COMUM. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO.

Nos termos do artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional, para a imputação da solidariedade tributária, deve restar demonstrado o interesse comum da pessoa natural na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal [...] (grifo nosso)⁵.

Não há qualquer documento nos autos que comprove que o recorrente movimentou a aludida conta corrente, que era gestor financeiro da empresa ou que agiu em nome desta.

Tenho que ver que existem decisões no sentido de que os sócios-gerentes não têm interesse comum com os da Pessoa Jurídica e que o próprio Leandro Paulsen afirma em seu livro que o art. 124, I do CTN não é aplicável, seja no caso de sócio ou no caso de procurador da Pessoa Jurídica.

Para tanto, valho-me do trecho do voto do Conselheiro Regis Magalhães Soares Queiroz, no Processo nº [10980.007898/2005-27](#), Acórdão nº 120100217:

⁴ BRASIL. Primeiro Conselho de Contribuintes. 5ª Câmara. Turma Ordinária. Acórdão nº 10516987 do Processo 10950000320200688. 27/05/2008

⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 1ª Seção de Julgamento, 3ª Câmara. 1ª Turma Ordinária. Acórdão nº 130100400 do Processo 10820001924200716. 02/09/2010

Apesar de tudo isso, está bastante claro que a fiscalização declarou a solidariedade do sócio-recorrente, no fato de ele ter interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal.

Não o fez, como se vê, fundada na eventual prática de ato ilegal ou com excesso de poder, situações capituladas no art. 135, do CTN, que sequer foi mencionado no termo de responsabilidade solidária, Também é de notar-se inexistir qualquer referência à extinção irregular da sociedade devedora.

A solidariedade tributária tratada no art. 124 do CTN é factual, ou seja, decorre da existência de um interesse jurídico, do responsabilizado, na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Mas, conforme explica Marcos Vinicius Neder:

"(...) o fato jurídico suficiente à constituição da solidariedade não é o mero interesse de fato, mas sim interesse jurídico que surge a partir da existência de direitos e deveres comuns entre pessoas situadas no mesmo lado de uma relação jurídica privada que constitua o fato jurídico tributário". (grifamos)

Mais adiante, ao analisar especificamente a hipótese de se fixar responsabilidade solidária de sócio por dívidas tributárias da sociedade, o autor discorre concluindo pela impossibilidade, haja vista inexistir interesse na relação jurídica privada subjacente ao fato jurídico tributário. São as suas palavras:

“Responsabilização dos sócios por débitos de pessoa jurídica. Na atividade normal das empresas, não há direitos comuns entre a pessoa jurídica e seus sócios. Os negócios jurídicos da pessoa jurídica são efetivados em seu nome e, por conseguinte, não trazem os sócios como coobrigados”.

Por óbvio, os sócios e administradores têm interesse no lucro da empresa, mas como procuramos demonstrar ao longo deste estudo, não é esse interesse meramente fático que torna possível aplicar a norma de responsabilidade prevista no art. 124, inc. I do CTN. Conforme as premissas anteriormente firmadas, é indispensável ao órgão aplicado, comprovar o interesse na relação jurídica privada subjacente ao fato jurídico tributário.

Não há, portanto, imputar aos sócios o dever solidário de recolher tributos da sociedade sem que haja comprovação de fraude ou outras práticas ilícitas (nota de rodapé: caso evidenciado a atuação do sócio com excesso de poder ou infração à lei, ao contrato social ou estatuto, a previsão de responsabilidade tributária está prevista nos arts. 135 e 137 do CTN), O CTN expressamente prescreve, nos arts 135 e 137, a responsabilidade pessoal dos sócios, administradores e agentes nesses casos’.

Nessa linha, há precedente do Col. ST.I, onde se fixam premissas alinhadas com aquela doutrina, estabelecendo 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 impositivo".

Ou seja, a regra determina a incidência da solidariedade "quando os sujeitos estão na mesma relação obrigacional. Deve ocorrer interesse comum das pessoas que participam da situação que origina o fato gerador".

Vale, dizer: para que seja fixada a responsabilidade na forma estatuída pelo CTN, art. 124, devem as partes cuja solidariedade se quer reconhecer estarem posicionadas do mesmo lado da relação jurídica de direito privado, como ocorre, por exemplo, com os condôminos em relação ao IPTU do condomínio, situação que não é análoga à dos sócios em relação à sociedade.

Como vimos, essa é a direção da doutrina de Marcos Vinicius Neder, para quem é inaplicável a solidariedade prevista no inc. I, do art. 124 do CTN à situação dos sócios em relação às dívidas tributárias da sociedade. Adverte o autor, entretanto, que tal não significa dar carta branca para que o sócio possa agir como bem entender, sem risco de ser chamado para responder, perante o fisco, por seus atos.

É que ele pode ser responsabilizado quando se verificarem as situações previstas nos arts. 135 e 137 do CTN, quais sejam, a prática de atos com excesso de poderes ou em infração de lei, contrato social ou estatutos.

Esta é, para a doutrina e a jurisprudência, a única regra de responsabilidade solidária tributária de sócios em relação aos débitos tributários da sociedade, fixada que foi por lei complementar conforme exige o art. 146, inciso III, alínea "b", da Constituição Federal.

Sobre o tema já decidiu o Col. STJ:

'O CTN, art. 135, III, estabelece que os sócios só respondem por dívidas tributárias quando exercerem gerência da sociedade ou qualquer outro ato de gestão vinculado ao fato gerador O art. 13 da Lei nº 8.620/93, portanto, só pode ser aplicado quando presentes as condições do art 135, III, do CTN; não podendo ser interpretado, exclusivamente, em combinação com o art 124, III, do CTN. O teor do art. 1.016 do Código Civil de 2002 é extensivo às Sociedades Limitadas por força do prescrito no art, 1.053, expressando hipótese em que os administradores respondem solidariamente somente por culpa quando no desempenho de suas funções, o que reforça o consignado no art. 135, III, do CTN'.

Ocorre que a fiscalização não se desenvolveu nesse sentido e não fixou a responsabilidade com espeque nas regras dos arts. 135 e 137 do CTN, preferindo estabelecê-la no suposto interesse

que o sócio teria no lucro da sociedade, o que, como vimos não sustenta a solidariedade.

Poderia o fiscal, eventualmente, até ter utilizado o art. 135, III do CTN, mas o art.124, I, do CTN é inaplicável ao presente caso.

Evidente que apenas procuração pública utilizada como meio de prova pelo AFRFB para caracterizar a solidariedade não é suficiente para afirmar que o recorrente era gestor financeiro da empresa Marcelo de Martini e configurar o interesse comum desses, pois o documento prescinde de assinatura do recorrente.

Por fim, devo ressaltar que houve a determinação pelo Juiz Federal da 10ª Vara Federal Criminal de São Paulo do arquivamento do inquérito policial em relação a Allen Bruce Klein, acolhendo a manifestação do Ministério Público Federal, vejamos:

Inquérito policial – autos nº 0003290-70.2009.403.6181

1. Fls. 78: acolho a manifestação do Ministério Público Federal, pois inexistem indícios de que **ALLEN BRUCE KLEIN** tenha efetivamente responsabilidade pelos fatos apurados neste inquérito policial. Em razão disso, determino o **ARQUIVAMENTO** do inquérito policial em relação a ele, nos termos do art. 18 do Código de Processo Penal e da Súmula nº 524 do Supremo Tribunal Federal.

Em razão da ausência de provas materiais que evidenciem a prática de gestão da empresa por Allen Bruce Klein, deve ser levado em consideração o Boletim de Ocorrência 8069/2007 (fls. 2701/2702), no qual Allen Bruce Klein declara ter sido vítima de falsificação de documento público:

Natureza(s):

Espécie: Título X - Fê pública (arts. 289 a 311)

Natureza: Falsificação de documento público (art. 297)

Consumado

[...]

Histórico:

Comparece a vítima nesta Unidade Policial, noticiando que na data e local dos fatos, recebeu da Secretaria da Receita Federal do Brasil, intimação dando conta da existência de um procedimento administrativo, cuja fiscalização apontou ser nomeado e constituído procurador da empresa ora averiguada, junto ao Banco do Brasil S/A, agência 1205-x, com poderes específicos para movimentar a conta corrente nº. 13127-x, de titularidade da empresa indiciada. Ocorre que a vítima nunca autorizou qualquer pessoa a nomeá-lo procurador da empresa indiciada,

desconhecendo tanto a empresa indiciada como seu titular, Marcelo de Martini (CPF 127.812.528-08). Esclarece também que nunca estava na mencionada agência do Banco do Brasil, bem como nunca assinou qualquer documento junto a empresa averiguada, tampouco nunca movimentou qualquer valor relacionado aquela empresa. Por fim, informa que nunca esteve no Cartório de Registro Civil onde a procuração foi elaborada. Nada mais.

Portanto, concluo que não restou comprovado o vínculo do recorrente com o fato gerador da obrigação tributária, não podendo lhe ser imputada, desta forma, a responsabilidade solidária prevista no artigo 124, I, do CTN. Ademais, entendo como inaplicável o art. 124, I para a presente situação fática. Eventualmente, poderia ser alegado o art. 135, III, em existindo seus requisitos, conforme o exposto acima.

2. CONCLUSÃO

Visto que não há nos autos provas materiais suficientes que demonstrem efetivamente que a pessoa física Allen Bruce Klein tenha atuado como gestor financeiro ou em nome da empresa individual Marcelo de Martini, ou ser beneficiado dos recursos da empresa (atividade), e ser inadequada a capitulação legal do art. 124, I para o caso em concreto, julgo procedente o recurso voluntário para excluir a pessoa física Allen Bruce Klein do polo passivo da obrigação tributária, nos termos do relatório e voto.

(assinado digitalmente)

Marcio Rodrigo Frizzo - Relator