



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

Processo nº 15165.720051/2011-15
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-003.690 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de maio de 2018
Matéria PERDIMENTO DE MERCADORIAS
Recorrente MAX MOBILE INDÚSTRIA E COM. DE METAIS E PLÁSTICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 04/04/2011

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. ERRO DE SUJEIÇÃO PASSIVA.

A imputação de responsabilidade solidária aos sócios-administradores pelas obrigações tributárias, no caso de gestão com excesso de poderes ou infração à Lei, encontra amparo e exige a invocação do artigo 135 do CTN. A sujeição passiva, nesse caso, é primariamente da pessoa jurídica, e subsidiariamente, dos sócios.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcelo Giovani Vieira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Charles Mayer de Castro Souza (Presidente), Paulo Roberto Duarte Moreira, Tatiana Josefovich Belisário, Marcelo Giovani Vieira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Correia Lima Macedo, Leonardo Vinícius Toledo de Andrade, Laércio Cruz Uliana Júnior.

Relatório

Reproduzo relatório de primeira instância:

Trata o presente processo do Auto de Infração, de fls. 03/04, por meio do qual é feita a exigência de R\$ 468.354,67, relativa à multa de que trata o art. 23, §3º do Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, com redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637, de 2002, equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias importadas.

Às fls. 08/66, a fiscalização relata que houve ocultação do sujeito passivo, do real comprador e responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, e por interposição fraudulenta de terceiros, para todas as mercadorias importadas pela empresa no período de março de 2009 a março de 2010.

Foram identificados como reais adquirentes das mercadorias importadas FRANKLIN MENDES FREIBERGER e ARNALDO SIMÕES JUNIOR, sócios da empresa ERGONOFLEX, os quais eram responsáveis em determinar todos os procedimentos para a realização das operações de comércio exterior, seja na escolha das mercadorias, embarque, pagamento aos fornecedores no exterior e o custeio das despesas relacionadas ao despacho aduaneiro, utilizando-se de recursos, sem origem lícita definida, transferidos a partir de outra empresa de fachada constituída para esse fim (DENAL MAX).

Relata a auditoria que, para alcançar seus objetivos, estas pessoas uniram-se a ELOI MORO, controlador de fato das empresas de fachada MAX MOBILE e RECH & PETRICH e também responsável em incluir no esquema fraudulento as empresas exportadoras uruguaias, NOLIMAR e FEDITIN, com o intuito de ocultar os reais exportadores das mercadorias estrangeiras, bem como permitir que as mercadorias ingressassem como sendo sem cobertura cambial, de forma que o fechamento de câmbio pudesse ser feito diretamente pelos reais adquirentes das mercadorias, sem necessidade de vincular os contratos às Declarações de Importação registradas.

A empresa autuada também registrou parte das Declarações de Importação solicitando regimes especiais aduaneiros para suspensão dos tributos incidentes no registro da DI (II, IPI, PIS e COFINS). Para tanto, apresentou contratos que simulavam prestação de serviços, de forma a justificar que estas mercadorias ficariam temporariamente no país para sofrer processo de beneficiamento, requisito fundamental para se obter o regime de admissão temporária de bens pretendido.

Relata que as empresas testaram por diversas vezes os sistemas do DECEX até que obtivessem licenças de importação para registrar algumas Declarações de Importação com o regime de drawback, que da mesma forma que o anterior, pressupõe que a mercadoria fique temporariamente no país e seja insumo para a fabricação de mercadorias destinadas à exportação, fazendo jus à suspensão dos tributos incidentes na importação.

Informa que ambos os regimes especiais – Admissão Temporária e Drawback - pressupõem que a mercadoria retornará ao exterior, sob pena de punir-se e cobrarem-se os tributos suspensos quando do inadimplemento das condições do regime.

Entretanto, nos casos em tela, a intenção premeditada não era essa, uma vez que as mercadorias já haviam sido pagas integralmente aos seus fornecedores e, assim que nacionalizadas, eram revendidas a terceiros. E os reais adquirentes estavam confiantes de que não haveria nenhum risco, pois as imputações tributárias e criminais decorrentes seriam aplicadas às empresas que haviam solicitado os regimes especiais, ou seja, as empresas de fachada utilizadas, que não existiam de fato nos endereços cadastrais e cujos sócios não poderiam ser localizados, ou, caso o fossem, não teriam qualquer capacidade econômico-financeira para arcar com os danos gerados ao Erário.

Desta forma, foram arrolados também como responsáveis solidários pelo crédito tributário ora apurado: ELOI MORO, FRANKLIN MENDES FREIBERGER e ARNALDO SIMÕES JUNIOR (fls. 67/68), pelas razões expostas que demonstram a participação direta destas pessoas nas infrações apuradas.

Cientificados da exigência através dos AR de fls. 598/601 e Edital de fl. 624, a empresa autuada e Eloi Moro não se manifestaram, enquanto os autuados Franklin Mendes Freiburger e Arnaldo Simões Junior apresentaram impugnação em conjunto (fls. 602/616), na qual, em síntese:

Alegam que a real adquirente das mercadorias é a empresa Ergonoflex e não os seus sócios, que agiam em nome da sociedade empresarial e que não houve a desconsideração da sua personalidade jurídica, providência esta de natureza judicial.

Aduzem que a atribuição da responsabilidade solidária, nos moldes do art. 121 e 124 do CTN, é aplicável aqueles que possuem interesse comum na causa, o que ocorre com a Ergonoflex, real interessada nas mercadorias e não aos seus sócios, pois, para estes, haveria a necessidade de prova da responsabilização pessoal do agente nos moldes preconizados pelos artigos 134, 135 e 137 do CTN.

Alegam que inexistente interposição fraudulenta de terceiros quando o adquirente é pessoa física, pois a legislação refere-se aos negócios firmados entre pessoas jurídicas e que sequer o Siscomex admite o registro de importações por encomenda ou conta e ordem de pessoa física. Portanto, a conduta não se amoldaria à hipótese de incidência.

Arguem que o método probatório adotado pela fiscalização é demasiadamente genérico e não se vincula às mercadorias individualmente consideradas, o que prejudica a sua defesa. Afirmam que necessitaria da fundamentação para cada fato que se pretenda punir e de seu vínculo com os impugnantes. Cita

como exemplo, a DI 09/0662650-6, no valor CIF US\$ 54.457,60 (R\$ 110.189,00), relativo à importação de chapas de inox (fls. 104/108), que não tem relação com o objeto de mercancia da Ergonoflex e a ela não foram destinadas.

Requerem a exclusão dos impugnantes do pólo passivo, a improcedência da medida fiscal e a exclusão das penalidades aplicadas às mercadorias sobre as quais não houve prova direta e específica de que foram efetivamente destinadas aos impugnantes.

A DRJ/Florianópolis/SC – 2ª Turma, por meio do Acórdão 07-34.743, de 7/05/2014, decidiu pela procedência parcial da Impugnação. Transcrevo a ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do Fato Gerador: 04/04/2011

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal são solidariamente obrigadas em relação ao crédito tributário. A pessoa, física ou jurídica, que concorra, de alguma forma, para a prática de atos fraudulentos ou deles se beneficie responde solidariamente pelo crédito tributário decorrente.

IMPORTAÇÃO. OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE. DANO AO ERÁRIO. MULTA.

Considera-se dano ao Erário a ocultação do real sujeito passivo na operação de importação, bem como a interposição fraudulenta, infração punível com a pena de perdimento ou com a multa equivalente ao valor aduaneiro, caso as mercadorias não sejam localizadas ou tenham sido consumidas.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

O acórdão de Impugnação excluiu da lançamento a responsabilidade solidária de Franklin Mendes Freiburger e Arnaldo Simões Júnior, no que toca à DI 09/0662650-6, no valor CIF de US\$ 54.457,60 – R\$ 110.189,00, relativas a chapas de aço, por não ter encontrado elementos que vinculassem essa específica importação a esses responsáveis solidários.

Franklin Mendes Freiburger e Arnaldo Simões Júnior apresentaram, conjuntamente, Recurso Voluntário, onde argumentam:

- que não contestam o fato de que a Ergonoflex atuou em desconformidade com a Lei, por ter a Max Mobile importado por conta e ordem da Ergonoflex; Entretanto, a Max Mobile tinha outros clientes, que importaram mercadorias estranhas ao objeto social da Ergonoflex;

- que o Fisco atribuiu a multa não à Ergonoflex, mas a seus sócios, os recorrentes, o que não encontraria arrimo jurídico e estaria em descompasso com a realidade fática; que a decisão recorrida não teria enfrentado essa questão; que os documentos utilizados na autuação foram encontrados na sede da Ergonoflex; que a personalidade jurídica da empresa não poderia ser desconsiderada, sem o respaldo do Poder Judiciário;

- que não se atribuiu responsabilidade pessoal aos sócios por atos da pessoa jurídica, e portanto, não se poderia transferir a responsabilidade da adquirente (pessoa jurídica) aos sócios da adquirente; que o interesse comum, expressão do art. 124, I, do CTN, não significa o interesse geral dos sócios, mas co-pertencimento à base legal imponible;

- que não existiria interposição fraudulenta de pessoas, na importação, se o adquirente for pessoa física; que a própria Receita Federal asseveraria que as modalidades de importação por conta e ordem e por encomenda somente são atribuídas a pessoas jurídicas; cita Processo de Consulta 139/09 da 7ª RF; 361/09 da 9ª RF; 441/09 da 9ª RF; e, portanto, caso os recorrentes, pessoas físicas, forem considerados como os reais adquirentes, não haveria o fato típico punível;

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Giovani Vieira, Relator

O recurso é tempestivo e, não vislumbrando óbices, deve ser conhecido.

A defesa, no Recurso Voluntário, centra-se em afastar a responsabilidade solidária dos recorrentes. Não defende, nesta fase, a **inocorrência** da ocultação do real adquirente.

Nesse aspecto específico, tenho que lhes assiste razão.

A narrativa fática aponta o trabalho de ambos os recorrentes na operação das importações, como sócios, o que caracteriza pessoa jurídica, sem que se individualizasse a conduta de cada um. Veja-se relatório fiscal, fl. 29:

Como afirmado por FRANKLIN, e comprovado através dos diversos documentos retidos durante a diligência, toda a negociação comercial, bem como o pagamento das mercadorias e das despesas de sua nacionalização, era controlada por ele juntamente com seu sócio ARNALDO. Sendo assim, pode-se dizer que FRANKLIN e ARNALDO eram os reais beneficiários das operações de importação realizadas.

(...)

Fl. 30:

Todas as declarações de importação registradas acima amparam mercadorias descritas como sendo cadeiras e suas partes e peças, ou seja, exatamente as mercadorias que faziam parte do objeto mercantil da empresa ERGONOFLEX.

Fl. 32:

b) Mensagem de Franciane (funcionária da Ergonoflex) para Debora (funcionária da Ergonoflex), de 18/02/2009, com assunto “dados para depósito”. Esta mensagem solicita que a empresa ERGONOFLEX efetue o pagamento de título protestado em nome da empresa MAXMOBILE. Tal fato não parece ser um procedimento corriqueiro entre empresas que possuam apenas uma relação comercial de compra e venda;

Portanto, a conduta fraudulenta é apontada contra a empresa Ergonoflex. No caso, a Ergonoflex é responsável solidária por importação por conta e ordem, artigo 32, § único, III¹, conforme apontado pelo Fisco no Relatório da autuação. Porém, não houve imputação de responsabilidade solidária à Ergonoflex, mas às pessoas físicas de seus sócios, os recorrentes.

A responsabilidade solidária dos recorrentes foi enquadrada no art. 124, I² do CTN, que configura a punibilidade de co-participantes numa operação de que decorra a sujeição passiva como contribuinte, em sentido formal ou material. Em outras palavras, o artigo 124, I, permite a inclusão no polo passivo da obrigação tributária, como responsáveis solidários, as pessoas que possam constituir-se em sujeitos passivos da mesma obrigação.

Colaciono jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, Resp 884.845/SC, nesse sentido:

*“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 imponível. Isso 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”*

(destaquei)

O art. 124, I, **não prevê a extensão da sujeição passiva quanto aos sócios**. Essa extensão pode ocorrer no caso previsto no artigo 135³, pela gestão fraudulenta da empresa. Além disso, a responsabilidade solidária somente pode existir após a responsabilidade do sujeito passivo, a pessoa jurídica, que, no presente caso, não foi colocada no polo passivo.

A legislação brasileira, com efeito, protege o patrimônio do sócio nas sociedades empresárias limitadas, tais como a Ergonoflex, no que exceda a quota de participação no capital social, conforme previsto no artigo 1.052⁴ do Código Civil, o que

¹ Art. 32. É responsável pelo imposto:

(...)

Parágrafo único. É responsável solidário:

(...)

III - o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora.

² Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

³ 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.

⁴ Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

abrange também a seara tributária, **salvo no caso de gestão com excesso de poderes ou infração à Lei, o que obriga a invocação do artigo 135, e também, o caso do art. 134, VII.**

Nesse sentido, precedente do Carf:

“RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PASSIVA. ART. 124 E 135 DO CTN.

Para caracterizar a responsabilidade tributária prevista no inc. I do art. 124 do CTN deve-se demonstrar de forma inequívoca o interesse comum na situação que caracteriza o fato gerador. Já a responsabilidade do art. 135 do CTN deve ser atribuída aos sócios-administradores, sócios de fato e mandatários da sociedade, se restar comprovado que tais pessoas exorbitaram as suas atribuições estatutárias ou limites legais, e que dos atos assim praticados tenham resultado obrigações tributárias.”

(Acórdão 3301-003.033)

No caso, há fartos elementos para caracterizar a gestão fraudulenta, pela ocultação do real adquirente nas operações, o que, de resto, nem mais foi objeto de defesa. Todavia, não houve o enquadramento correto da responsabilidade no artigo 135, e nem houve a sujeição passiva da Ergonoflex.

Toda a argumentação do Fisco, no Relatório Fiscal, acerca da solidariedade é pertinente, porém, atribuível aos sócios, como pessoas físicas, somente se por meio do enquadramento no artigo 135, por gestão fraudulenta, efetivamente caracterizada., o que ocorre somente **após a sujeição passiva da pessoa jurídica**. Não se pode cobrar dos sócios antes de cobrar da pessoa jurídica.

A falha de sujeição passiva da pessoa jurídica enseja a improcedência do lançamento.

Pelo exposto voto por dar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Marcelo	Giovani	Vieira	-	Relator
---------	---------	--------	---	---------