ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 15165.720065/2011-21

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

Processo nº	15165.720065/2011-21
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3201-003.756 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	21 de maio de 2018
Matéria	INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIROS NA IMPORTAÇÃO
Recorrente	PRIDE COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA - ME E OUTROS
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. Declarou-se suspeito de participar do julgamento o conselheiro Laercio Cruz Uliana Junior.

(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 Josefovicz 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 da primeira instância:

"Trata o presente processo do Auto de Infração, de fls. 03/04, por meio do qual é feita a exigência de R$ 282.908,00, 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. 08/40, 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.

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).

Desta forma, foram arrolados também como responsáveis solidários pelo crédito tributário ora apurado: FRANKLIN MENDES FREIBERGER e ARNALDO SIMÕES JUNIOR (fls. 41/42), pelas razões expostas que demonstram a participação direta destas pessoas nas infrações apuradas.

Cientificados da exigência através dos AR de fls. 273/276 e Edital de fl. 277, a empresa autuada não se manifestou, enquanto os autuados Franklin Mendes Freiberger e Arnaldo Simões Junior apresentaram impugnação em conjunto (fls. 279/293), 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 inexiste 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.*
>
> *Argúem 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 a Ergonoflex não era a única cliente da Pride e que nem todas as importações a ela se destinavam.*
>
> *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 07-34.745, de 7/05/2014, decidiu pela improcedência da Impugnação, mantendo integralmente o lançamento. Transcrevo a ementa:

> *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.*

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

- que a acusação de importação por conta e ordem, sem identificação do real adquirente, foi atribuída à empresa Ergonoflex, por intermédio da fiscalizada Pride, e por este fato, sofreu as consequências jurídicas aplicáveis (perdimento de mercadorias e inaptidão de CNPJ);

- 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 imponível;

- 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.

A defesa, no Recurso Voluntário, centra-se em afastar a responsabilidade solidária dos recorrentes. Não se 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. 27:

> *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. 28:
>
> *Foram apenas 5 (cinco) declarações de importação, todas amparando mercadorias descritas como sendo cadeiras e suas partes e peças, ou seja, exatamente as mercadorias que faziam parte do objeto mercantil da empresa ERGONOFLEX. E ainda, os fornecedores/exportadores das mercadorias são exatamente os mesmos das DI registradas em nome da empresa EGONOFLEX, bem como por todas as outras empresas interpostas utilizadas por FRANKLIN E ARNALDO.*

Fl. 34:

> *Cabe ressaltar ainda que, entre os documentos retidos na diligência à sede da empresa EGONOFLEX, foram encontrados os extratos das Declarações de Importação 10/0167563-2, 10/0165519-4, 10/0261454-8 e 10/0389624-5 registradas pela empresa PRIDE, juntamente com os documentos de instrução do despacho aduaneiro e comprovante de todas as despesas decorrentes do processo de nacionalização das mercadorias, indicando que a relação existente entre a PRIDE e a ERGONOFLEX não era meramente comercial.*

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, III[1], 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, I[2] 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 135[3], 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.

---

[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.

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 1.052[4] do Código Civil, o que 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 fradulenta, 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, para declarar a insubsistência da responsabilidade solidária dos recorrentes.

Marcelo Giovani Vieira - Relator

[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.