



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15165.720065/2011-21
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-011.711 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de 20 de agosto de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado PRIDE COMERCIO DE INFORMATICA LTDA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 04/04/2011

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. SÓCIOS ADMINISTRADORES. PRÁTICA DA INFRAÇÃO. IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE.

No caso, restou demonstrado, de forma inequívoca, o interesse comum econômico, definido pelo benefício dos envolvidos nos atos praticados.

Também são solidários, pela lei específica, conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para a prática da infração, ou dela se beneficie e, ainda, quem promova o despacho da mercadoria, o adquirente e o encomendante de mercadoria de procedência estrangeira (art. 95, do Decreto-Lei nº 37, de 1966).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Tatiana Midori Migiyama (relatora), Valcir Gassen, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello, que não conheceram do recurso, e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Tatiana Midori Migiyama (relatora) e Érika Costa Camargos Autran, que negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama - Relatora

(documento assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Tatiana Midori Migiyama, Rodrigo Mineiro Fernandes, Valcir Gassen, Jorge Olmiro Lock Freire, Erika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional contra acórdão 3201-003.756, da 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais que, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso voluntário, consignando a seguinte ementa:

“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.”

Insatisfeita, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial contra o r. acórdão, trazendo, entre outros, que:

- 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, tendo sido identificados como reais adquirentes das mercadorias importadas Franklin Mendes Freiburger 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 e Arnaldo (fls. 41/42), pelas

razões expostas que demonstram a participação direta destas pessoas nas infrações apuradas;

- Ocorre que o acórdão ora recorrido, analisando o recurso voluntário interposto pelos senhores Franklin e Arnaldo, se direcionou por excluir a responsabilidade de ambos na autuação, uma vez que assentou que o enquadramento deles deveria se dar com base no artigo 135 do CTN, e não no artigo 124, inciso I, do mesmo Codex, como assentou a fiscalização os envolvidos nas operações de importação tinham interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação tributária em causa, o que obriga ao lançamento em nome destes, e para que, futuramente, na fase de execução, permitir-se a sua responsabilização como codevedores;
- A análise dos atuais sócios da empresa demonstra que eles não possuem capacidade financeira nem rendimentos declarados suficientes, quer para efetuar a integralização de suas cotas de participação na empresa PRIDE, quer para a realização das operações de comércio exterior em nome da empresa. Ou seja, tratam-se de sócios “laranjas”, pessoas sem capacidade financeira e que constam no quadro societário apenas para acobertar os reais controladores de fato da empresa. Os avisos de recebimento (AR) das correspondências encaminhadas aos endereços dos sócios retornaram.

Em despacho às fls. 412 a 415, foi dado seguimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional para que seja rediscutida “a ilegitimidade passiva dos recorrentes pessoas físicas, sócios da real adquirente”.

Cientificados, não foram apresentadas contrarrazões ao recurso interposto pela Fazenda Nacional.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheira Tatiana Midori Migiyama, Relatora.

Depreendendo-se da análise do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, para melhor elucidar meu direcionamento pelo não conhecimento do recurso, importante recordar a decisão recorrida:

- Ementa:

“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.”

- Voto (grifos meus):

“[...]

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.

[...]

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 coparticipantes 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 imponible. 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, 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 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 3301003.033)

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, para declarar a insubsistência da responsabilidade solidária dos recorrentes. [...]”

Vê-se que, nos termos do acórdão recorrido, **por unanimidade de votos**, o colegiado entendeu que não houve o enquadramento correto da responsabilidade no artigo 135, **e nem houve a sujeição passiva da Ergonoflex**. Assim, toda a argumentação do Fisco, no Relatório Fiscal, acerca da solidariedade é pertinente, porém, atribuível aos sócios, como pessoas físicas, **mas somente por gestão fraudulenta, efetivamente caracterizada e apenas após a sujeição passiva da pessoa jurídica. O que não ocorreu no presente caso.**

Clara a decisão no sentido de que não se pode cobrar dos sócios antes de cobrar da pessoa jurídica contribuinte, conforme entendimento já pacificado dos Tribunais Superiores.

O acórdão indicado como paradigma 303-34.941, por sua vez, traz:

- Ementa (Grifos meus):

“[...]

SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA DOS SUJEITOS PASSIVOS.

*A sucessão de indícios levantados pela fiscalização permite no seu conjunto que se perceba que há entre os interessados apontados como responsáveis solidários entre si, e de todos em relação ao autuado na qualidade de contribuinte, RF TOTAL, um interesse comum na situação que constituiu os fatos geradores relacionados à importação de aparelhos celulares com valor declarado indevidamente reduzido. Essa qualidade perceptível caracteriza a obrigação tributária solidária. **Justificado reunir as empresas e pessoas físicas indicadas nos autos de infração no mesmo pólo passivo**, com exceção da empresa BLUE CLOUD PARTICIPAÇÕES LTDA que não existia à época dos fatos geradores das importações sob análise, não podendo a ela ser imputada responsabilidade por atos e fatos anteriores à sua constituição, tendo sido corretamente excluída do pólo passivo pela decisão a quo.*

RESPONSABILIDADE PELA INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Ilícitos societários graves praticados pelo administrador serão, em princípio, hábeis a modificar a configuração do pólo passivo da relação jurídica tributária, que além de praticado com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato social, ou aos estatutos, agrida o interesse e finalidades da sociedade. Na regra geral, é ilícito societário grave o praticado em nome da pessoa jurídica, mas no interesse pessoal do próprio agente administrador.

*Entretanto, há casos em que tanto o administrador que agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao contrato social, quanto a empresa se beneficiam, conjuntamente, da situação relacionada à infração tributária praticada. Nesse caso, a base legal para a responsabilidade não está apenas no art. 135, III, do CTN; **o administrador responderá conjuntamente com a empresa pelo crédito tributário lançado**, tributo e penalidade administrativa tributária, compatibilizando-se neste caso a norma antes citada com a prevista no art.124, I, do CTN, tendo em conta*

o interesse comum e o benefício de ambos com os resultados pretendidos indevidamente. As evidências apresentadas identificaram a prática de subfaturamento nas importações focadas. Os valores de transação formalmente declarados na importação pela empresa de fachada manipulada RF TOTAL, visavam beneficiar os reais adquirentes da mercadoria importada no Brasil, DICOM e seus gerentes, de fato ou de direito, quanto à situação analisada, que viriam a ser também os efetivos revendedores no mercado interno com a inicial perspectiva de redução ilícita da base de cálculo dos impostos incidentes na importação e, posteriormente, na transferência das mercadorias da RF TOTAL para a DICOM com valores três vezes superiores aos declarados, aumentar artificialmente custos para redução aparente de lucro (ou produzir prejuízos contábeis), e com isso formar recursos extracontábeis (caixa dois).

Confrontando-se o disposto no art. 135, III, com o que prescreve o art. 124, I, ambos do CTN, pode-se concluir que neste caso devem responder solidariamente pela infração os interessados que se apresentaram como recorrentes neste processo, que havia interesse comum dos administradores e da empresa na situação que constituiu os fatos geradores das obrigações principais.[...]

- Voto (destaques meus):

“[...]

*Lembra-se aqui que os três autos de infração foram lavrados contra a **RF TOTAL, como contribuinte** (embora empresa de fachada), e, contra a DICOM, a TC, a BLUE CLOUD, CLÁUDIO ZAMPINI, JOÃO CARLOS ZAMPINI E THIMOTY MARETTI, como responsáveis solidários, com base nos artigos 124 e 135, do CTN.*

[...]

***Dada a configuração da autuação, contra o contribuinte e contra responsáveis solidários,** as razões de impugnação e recurso serão apreciadas em conjunto quanto aos fatos que dizem respeito a todos os sujeitos passivos, vale dizer, imputação de fraudes e conluio em*

importações subfaturadas, créditos e transferências de recursos em espécie entre os participantes do esquema de importação subfaturada, para ludibriar o Fisco, com utilização de interpostas pessoas, pessoas jurídicas criadas para fachada, e falhas de escrituração, tudo com objetivo de pagar tributo menor que o devido nas importações. [...]

Ressalva-se, entretanto, neste momento, que foram suficientes as provas apresentadas neste processo com base nos numerosos indícios reunidos para caracterizar a vinculação e interesse comum das pessoas arroladas no pólo passivo desta lide administrativa, ficando objetivamente demonstrado o esforço conjunto dos envolvidos em promover importações com preços substancialmente reduzidos em contraste com outros negócios realizados com mercadoria similar, em quantidade comparável, e em alguns casos envolvendo importadora nacional também referida no presente processo. O interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária caracteriza sem dúvida a solidariedade quanto à obrigação de pagamento dos tributos incidentes, bastando para isso a caracterização objetiva de infração à lei tributária. Neste processo administrativo efetivamente se pôde constatar a evidência objetiva de fraude e conluio, e se não chegou a ponto de definir precisamente o grau de participação de cada envolvido, apontou e identificou os efetivos gerentes do esquema de fraude. [...]

Neste ponto acusa que além de se ter ignorado o grau de importância do relacionamento entre a CELLSTAR CORP e a MOTOROLA, envolvendo vultosos contratos, restava claro para a DICOM que neste caso concreto, para a valoração aduaneira os auditores autuantes teriam se limitado a utilizar como paradigma uma (ÚNICA) "Consulta de Declaração de Importação", e, mesmo assim, sem identificar a importadora e, o que é mais grave ainda, sem consignar a data em que se teria realizado tal importação, afastando por (110 completo o valor da transação, contrariando o que recomenda o ACORDO DE VALORAÇÃO ADUANEIRA — AVA, que deve ser respeitado por força da lei.

[...]

O fato de que a CELLSTAR DO BRASIL/DICOM comprava os aparelhos celulares antecipando os recursos às importadoras interpostas, e que se revelaram inidôneas no caso destes autos, para depois revender os aparelhos no mercado interno, se encaixa perfeitamente na lógica da acusação fiscal quanto ao gerenciamento do esquema apurado, a meu ver demonstrado suficientemente neste processo. Em tudo isso se cristalizou a convicção de que os irmãos João Carlos Zampini e Cláudio Rossi Zampini, a mando, ou não, do Sr Timothy Louis Maretti, gerente-delegado da CELLSTAR/DICOM, capitanearam, à frente dos movimentos da DICOM, uma considerável operação de importações subfaturadas, interpondo entre o exportador no exterior e o real adquirente das mercadorias no Brasil várias empresas insolventes constituídas com sócios "laranjas".

[...].”

Vê-se que os fatos são diferentes, eis que no caso do paradigma houve comprovação do ilícito de gestão fraudulenta após várias documentações levantadas pela autoridade fiscal e, principalmente, sujeição passiva da pessoa jurídica. Enquanto, no presente caso, não assim ocorreu – **tanto que a decisão recorrida considerou que não houve enquadramento correto, tampouco imputação da sujeição passiva ao contribuinte.**

Em vista de todo o exposto, por não haver similitude fática, até mesmo considerando que se o colegiado *a quo* analisasse o mesmo caso tratado no acórdão paradigma, poderia ter adotado posição idêntica daquela proferida no paradigma, não há como se conhecer do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

O que, por conseguinte, não conheço o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Considerando que o colegiado, por voto de qualidade, conheceu do recurso especial da Fazenda, sem delongas, nego provimento, adotando como entendimento a irretocável decisão recorrida, eis que não houve o enquadramento correto da responsabilidade no artigo 135 do CTN, e nem houve a sujeição passiva do contribuinte direto.

A argumentação da autoridade fiscal, no Relatório Fiscal, deve ser atribuível aos sócios, como pessoas físicas, mas somente por gestão fraudulenta, efetivamente caracterizada e apenas após a sujeição passiva da pessoa jurídica. O que não ocorreu no presente caso (enquadramento correto e imputação do sujeito passivo direto).

Com efeito, a literalidade do art. 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.”

O correto enquadramento deve ser observado, em respeito ao art. 10 do Decreto 70.235/72 e art. 142 do CTN.

Ademais, manifesto minha concordância de que a falha da sujeição passiva enseja a improcedência do lançamento. Se o sujeito passivo direto não foi devidamente imputado na exigência do crédito tributário, nem haveria que se falar em responsabilidade tributária – responsabilidade por transferência. Frise-se as lições de Rubens Gomes de Souza invocadas no Parecer Normativo Cosit 4, que traz que o tributo deve ser cobrado da pessoa que esteja em relação econômica com o fato ou negócio que dá origem a tributação – trata-se de sujeito passivo direto. Para, assim, posteriormente, se falar em responsabilidade por transferência.

Frise-se que alguns tribunais já pacificaram essa discussão, decidindo que a responsabilidade de que trata o art. 135 do CTN é subsidiária, e não solidária.

Em vista de todo o exposto, voto por negar provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

É o meu voto.

(Assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama

Voto Vencedor

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Redator designado.

Conhecimento do Recurso

Não obstante as sempre bem fundamentadas e didáticas razões da ilustre Conselheira Relatora, peço vênia para manifestar entendimento divergente, por chegar, na hipótese vertente, à conclusão diversa daquela adotada quanto ao conhecimento do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, que suscita divergência jurisprudencial de interpretação da legislação tributária, quanto à seguinte matéria **“à exclusão do polo passivo dos recorrentes pessoas físicas, sócios da real adquirente, Srs. Franklin Mendes Freiburger e Arnaldo Simões Junior”**, como passo a demonstrar.

No **Acórdão recorrido**, a Turma decidiu afastar do polo passivo da relação jurídico-tributária os dois sócios pessoas físicas da real adquirente – Ergonoflex, sob o fundamento de que o art.124, I, do CTN não prever a extensão da sujeição passiva quanto aos sócios. Estes, poderiam ser responsabilizados apenas nos casos previstos no artigo 135, que não foram capitulados no presente processo, e, além disso, a responsabilidade solidária deles (sócios) somente poderia ficar configurada após a responsabilização da PJ (Ergonoflex), o que não ocorreu no caso.

Confira-se a ementa do recorrido:

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.

A fim de demonstrar o necessário dissídio jurisprudencial, a Fazenda Nacional indica, como paradigma específico, o Acórdão **nº 303-34.941**, de 04/12/2007, cuja parte (trechos) da ementa que interessa ao deslinde da questão transcreve-se seguir:

RESPONSABILIDADE PELA INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA. “(...) Nesse caso, a base legal para a responsabilidade não está apenas no art. 135, III, do CTN; o administrador responderá conjuntamente com a empresa pelo crédito tributário lançado, tributo e penalidade administrativa tributária, compatibilizando-se neste caso a norma antes citada com a prevista no art.124, I, do CTN, tendo em conta o interesse comum e o benefício de ambos com os resultados pretendidos indevidamente. As evidências apresentadas identificaram a prática de subfaturamento nas importações focadas”.

“(…) Confrontando-se o disposto no art. 135, III, com o que prescreve o art. 124, I, ambos do CTN, pode-se concluir que neste caso devem responder solidariamente pela infração os interessados que se apresentaram como recorrentes neste processo, que havia interesse comum dos administradores e da empresa na situação que constituiu os fatos geradores das obrigações principais”. (Grifei)

Como se vê, no **Acórdão paradigma** trazido, em situação similar, entendeu que a atribuição de responsabilidade também poderia ser enquadrada no artigo 124, inciso I, do CTN, em casos de interesse comum dos administradores. Destaque-se, contudo, que neste caso houve a “compatibilização” do art. 135, III, com o art. 124, I, ambos do CTN. Confira-se trecho do voto:

“(…) Neste diapasão, e em contraste com a previsão legal do art.135 do CTN, segundo o qual administradores com poder de gestão ou sócios-gerentes podem vir a ser incluídos no pólo passivo da relação jurídica tributária, porque seus poderes de gestão dos negócios estão definidos em lei (dicção de lei societária, a nosso ver), contrato social ou estatutos, posto que só estes gerentes são passíveis de atuar com excesso de poderes em relação àqueles referenciais normativos societários.

“(…) Pois bem, o administrador oculto não responderá pessoalmente, com base no art.135, III, pelo crédito tributário lançado contra a sociedade (tributo e penalidade administrativa tributária), mas sim com base no art.124, I, do CTN, tendo em conta o interesse comum do sócio oculto nos resultados do empreendimento”.

No presente caso, a Fiscalização constatou que os sócios da empresa Ergonoflex, Srs. Franklin Mendes Freiburger e Arnaldo Simões Junior, eram os responsáveis em determinar todos os procedimentos das operações de comércio exterior - importação (escolha das mercadorias, embarque, pagamento aos fornecedores no exterior e o despacho aduaneiro. Ou seja, restou claro nos autos, que havia o “interesse comum” por parte dos administradores. Mesmo assim, o Colegiado do **Acórdão recorrido** entendeu que o embasamento legal da responsabilidade destes sócios seria apenas no artigo 135, do CTN.

De outro lado, o **paradigma nº 303-34.941, de 2007**, de forma diferente, assentou que, em situação semelhante, também envolvendo operações com o comércio exterior - importação, define que a responsabilidade em casos de “interesse comum” dos sócios administradores pode ser enquadrado no artigo 124, inciso I, do CTN, como concluiu a Fiscalização no caso presente.

Em resumo, confrontando-se as decisões (recorrido e o paradigma), percebe-se que no **Acórdão recorrido**, o lançamento foi afastado por não ter sido qualificada a responsabilidade no art. 135, mas, tão somente, no 124, I, e ainda não ter sido lançada a empresa e somente os sócios. Já no **paradigma**, restou assentando, resumidamente que, basta haver interesse comum no fato, caracterizado por benefício de ambos, para configurar a solidariedade do art. 124, I, que dispensa o benefício de ordem.

Com essas considerações, conclui-se que a divergência jurisprudencial resta comprovada e, portanto, **conheço** do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Mérito

A matéria que encontra-se em julgamento é a sujeição passiva de sócios-administradores sem invocação do art. 135 do CTN, em relação ao Auto de Infração - multa substitutiva da pena do perdimento.

No Acórdão recorrido, a Turma decidiu por dar provimento ao Recurso Voluntário, excluindo os sócios-administradores do polo passivo (Srs. Franklin Mendes Freiburger e Arnaldo Simões Junior), tendo em vista que não foi individualizada sua participação, e foi invocado somente o art. 124, I, do CTN, relativo a responsabilidade solidária. Entendeu que “(...) não se pode cobrar dos sócios antes de cobrar da pessoa jurídica” (no caso, a pessoa jurídica da qual ambos são sócios, não se encontra entre os sujeitos passivos arrolados).

No Recurso Especial da Fazenda Nacional entende que é possível a atribuição de responsabilidade solidária a sócio administrador de empresa unicamente com base no art. 124, I do CTN, em processo no qual a própria empresa não figura no polo passivo.

Esclareça-se, aqui, que, uma vez conhecido do recurso e delimitada a matéria em litígio, qual seja, a responsabilidade dos sócios da real adquirente, cabe ao conselheiro aplicar o Direito ao caso, sem que estar vinculado aos argumentos das partes.

Pois bem. Primeiramente há que ser ressaltado que, no caso concreto, NÃO se está a tratar de crédito tributário, mas de multa substitutiva do perdimento. Assim, invocar o CTN na atribuição de responsabilidade não parece, a meu ver, ser algo relevante e pertinente.

Verifica-se que a Fiscalização invoca dispositivos mais importantes e pertinentes ao tema analisado, quais sejam, no Auto de Infração descreve os arts. 94, 95 e 96 do Decreto-Lei nº 37, de 1966, Veja-se trecho (fl. 4):

ENQUADRAMENTO LEGAL

Art. 23, inciso V, § 1º, § 2º e § 3º, do Decreto-Lei nº 1.455/76, com redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637/2002; art. 689, inciso XXII, § 1º e § 6º, do Decreto nº 6.759/2009; Arts. 94, 95, 96, inciso II do Decreto-Lei nº 37/66; arts. 23, 25 e 27 do Decreto-Lei nº 1.455/1976, regulamentados pelos arts. 673, 674, 675, 686, 687, 699 e 774 do Decreto nº 6.759/2009.

“Art.95 - Respondem pela infração:

I - conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie;

V - conjunta ou isoladamente, o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora.”

No julgamento efetuado pela DRJ, percebeu isso e expressamente menciona o art. 95, muito embora tenha confundido “responsabilidade conjunta ou isolada” com “responsabilidade solidária”. Confira-se (fl. 313):

“Especificamente em relação à responsabilidade por infrações, o **artigo 95** do Decreto-Lei nº 37, de 1966, é inequívoco ao determinar que: (...)”

“Também são solidários, pela lei específica, conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para a prática da infração, ou dela se beneficie e, ainda, quem promova o despacho da mercadoria, o adquirente e o encomendante de mercadoria de procedência estrangeira (**art. 95 do Decreto-Lei nº 37, de 1966**)”.

Já o Acórdão recorrido, por seu turno, sequer mencionou o art. 95, do DL nº 37/66, concentrando-se totalmente no CTN.

De outro lado, no Recurso Especial, a PGFN expressamente menciona o art. 95, em seus argumentos pela responsabilidade dos sócios, que, a meu sentir, ultrapassada a pouca pertinência da discussão em relação a artigos do CTN, merece toda atenção. Confira-se:

“11. Especificamente em relação à responsabilidade por infrações, o artigo 95 do Decreto-Lei nº 37, de 1966, é inequívoco ao determinar que:

Art.95 - Respondem pela infração:

I - conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie;

(...) IV - a pessoa natural ou jurídica, em razão do despacho que promover, de qualquer mercadoria.

Reprise-se que, como, no caso sob análise, não se está a tratar de tributo, mas sim de penalidade aduaneira, substitutiva do perdimento (para a qual o próprio CARF sumulou ser irrelevante a falta de pagamento de tributo – Súmula CARF nº 160), encontra-se perfeito o dispositivo invocado pela Fiscalização para a responsabilização dos sócios: o art. 95, do Decreto-Lei nº 37, de 1966. Aliás, tal multa não constitui crédito tributário, e só é julgada pelo CARF por força de determinação legal expressa, no art. 23, § 3º, do Decreto-Lei 1.455, de 1976.

Consta do processo que, conforme afirmado pelo Sr. Franklin e comprovado através de diversos documentos retidos durante a diligência na empresa Ergonoflex, toda a negociação comercial, bem como o pagamento das mercadorias e das despesas de sua nacionalização (aduanearias), era controlada por ele juntamente com seu sócio Arnaldo.

Assim, como houve interesse comum econômico, bem definido pelo benefício dos envolvidos nos atos praticados, há solidariedade, que dispensa o benefício de ordem. E, no caso, o lançamento foi devidamente lançado e a responsabilidade implicada no art. 95 do Decreto-lei nº 37, de 1966, que define que também são solidários, pela lei específica, conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para a prática da infração, ou dela se beneficie e, ainda, quem promova o despacho da mercadoria, o adquirente e o encomendante de mercadoria de procedência estrangeira.

Assim, é de se conhecer do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, e no mérito, reformar o Acórdão recorrido nessa parte, para definir que os sócios, Srs. Franklin Mendes Freiburger e Arnaldo Simões Junior, são reais interessados nas operações de comércio exterior e se beneficiaram das vantagens obtidas através dos artifícios fraudulentos utilizados (descrito nos autos), devendo serem mantidos e responsabilizados pela infração constatada, justificando-se plenamente o reconhecimento da responsabilidade solidária para ambos.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos

Fl. 16 do Acórdão n.º 9303-011.711 - CSRF/3ª Turma
Processo nº 15165.720065/2011-21