

S3-TE03

Fl.  
!Configuração  
não válida de  
caractere

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

**Processo nº** 18088.000387/2007-21  
**Recurso nº** Voluntário  
**Acórdão nº** **3803-003.825 – 3ª Turma Especial**  
**Sessão de** 30 de janeiro de 2013  
**Matéria** MULTA FISCAL  
**Recorrente** BENEDITO ROBERTO DE ALMEIDA TEIXEIRA E OUTRO  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Data do fato gerador: 02/09/2007

NULIDADE. MÉRITO FAVORÁVEL AO SUJEITO PASSIVO.  
IMPRONÚNCIA.

Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará.

LITISCONSÓRCIO PASSIVO UNITÁRIO. AUSÊNCIA DE RECURSO DE UM DOS SUJEITOS PASSIVOS.

O litisconsórcio unitário tem como essência o fato de haver uma só lide, a despeito da pluralidade de pessoas nos polos da relação, os litisconsortes terão necessariamente a mesma sorte no plano do direito material. O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses. (art. 509 do CPC).

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Data do fato gerador: 02/09/2007

MULTA FISCAL. PRODUTO ESTRANGEIRO SEM COMPROVAÇÃO DE IMPORTAÇÃO REGULAR. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO AGENTE.

A responsabilidade é pessoal ao agente quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções. A multa fiscal a incidir por maço de cigarro apreendido deve ser aplicada em correspondência com a responsabilidade pessoal pelo fato antijurídico em que fora surpreendido o infrator, que motivou sua prisão em flagrante e a ele imputado na Nota de Culpa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencidos os Conselheiros Juliano Eduardo Lirani, que votou pelo cancelamento integral da autuação; Hécio Lafeté Reis, que excluiu do lançamento apenas a multa incidente sobre os maços de cigarros encontrados no sítio, opondo-se à individualização das parcelas mantidas do auto de infração; e Alexandre Kern, que excluiu do lançamento a penalidade incidente sobre os maços de cigarro encontrados no sítio, exclusivamente, em relação ao recorrente, mantendo-a em relação ao autuado Benedito Roberto de Almeida Teixeira.

(assinado digitalmente)

Alexandre Kern - Presidente

(assinado digitalmente)

Belchior Melo de Sousa - Relator

Participaram, ainda, da sessão de julgamento os conselheiros Hécio Lafeté Reis, Juliano Eduardo Lirani, Jorge Victor Rodrigues e Fábria Regina Freitas (suplente).

## Relatório

Trata o presente de recurso voluntário contra o Acórdão de nº 17-51.721, da DRJ/São Paulo II, de 16 de junho de 2011, fls. 113/150 (da imagem digitalizada, como doravante se indicará), que considerou improcedente a impugnação.

O processo cuida de auto de infração lavrado em 12 de setembro de 2007, contra Benedito Roberto de Teixeira Almeida e Evandro José Baioni, que formalizou a exigência de multa regulamentar do Imposto sobre Produtos Industrializados, atinente às medidas de controle fiscal relativas a fumo, cigarro, charuto e cigarrilha, no valor de R\$ 412.640,00, em virtude dos fatos a seguir descritos:

a) posse de 206.320 maços de cigarros de procedência “estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País, se não for feita prova de sua importação regular”, segundo o inciso X, do art. 618 e art. 621 do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 4.543, de 26 de dezembro de 2002;

b) a mercadoria foi apreendida pela Polícia Militar do Município de Borborema/SP, e exibida a Delegado de Polícia Federal lotado em Araraquara;

c) a mercadoria foi encontrada no interior do veículo GM/Chevrolet D 40 Custom, no interior do veículo GM/Kadett Lite, ano 1993/1994, placa BOB-3208 e no interior do sítio localizado na zona rural do Município de Borborema;

Benedito Roberto de Teixeira Almeida apresentou impugnação, às fls. 34/45, e o impugnante Evandro José Baroni, às fls. 64/75, tendo, ambos, em síntese, alegado que:

a) a folha 13 do presente processo, parcial do auto de infração, consta que o Processo Administrativo 18088.000381/2007-54 é parte integrante deste processo. O citado

Processo nº 18088.000387/2007-21  
Acórdão n.º 3803-003.825

S3-TE03  
Fl.  
!Configuração  
não válida de  
caractere

processo não foi enviado à Impugnante, sendo assim nulo o presente auto de infração, por carecer de amparo legal e fundamentação;

b) o autuado não foi citado no Processo Administrativo 18088.000381/2007-54 e, assim, não teve como exercer seu direito de impugnação;

c) a Fiscalização errou ao lançar a multa total para ambos os autuados, uma vez que cada um deles deve ser responsabilizado na medida de sua culpa e responder pelo montante cuja posse detinha: 214 caixas e 15 caixas, respectivamente;

e) a multa é desproporcional e desarrazoada em função do valor exigido, face a realidade dos autuados;

f) o auditor ao atribuir multa não condizente está atribuindo-lhe dano ao erário superior ao praticado impondo-lhe pena desproporcional, ilegítima, ilegal, imoral e sem razão.

g) o restante 160 caixas de cigarros, estava na propriedade rural, portanto não podem ser responsabilidade dos Impugnantes. Afirmou que, ao que parece, o dito imóvel possui proprietário.

Em julgamento da lide a DRJ/São Paulo II rejeitou a preliminar de nulidade por não ter recebido e conhecido o teor do Processo Administrativo 18088.000381/2007-54, que tem como objeto a apreensão da mercadoria, sob o argumento de que o fato que ensejou tanto a cobrança da multa regulamentar quanto a apreensão dos cigarros está relatado às folhas 03 e 08, acompanhado de sua fundamentação legal. Aduziu, ainda, que a cópia do Ofício No 2698/07-CART/AQA/SP, de 02/11/2007, enviado pela Polícia Militar/SP em Araraquara, contribui para essa elucidação. Logo, os impugnantes ao serem regularmente citados da presente autuação, tiveram ciência dos fatos que a ensejaram.

Quanto ao erro apontado de responderem os autuados pela totalidade da multa, uma vez que entendem que deveriam ser responsabilizados na medida da culpa de cada um, resultante e vinculada ao montante da posse que cada um detinha: 214 caixas e 15, o Colegiado invocou o art. 124 do CTN, para destacar a existência de solidariedade passiva.

A decisão foi ementada como segue:

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI**

*Data do fato gerador: 02/09/2007*

*Mercadoria de procedência estrangeira desprovida de documentação comprobatória de sua introdução regular no país.*

*O artigo 3º do Decreto Lei de 399/68 tipifica as seguintes condutas: adquirirem, transportarem, venderem, expuserem à venda, tiverem em depósito, possuírem ou consumirem.*

*Na qualidade de detentores do produto os autuados respondem pela exigência da infração.*

*Não cabe à DRJ deixar de aplicar a pena ou mitigá-la, em função de um valor considerado desproporcional ou desarrazoado.*

Cientificados da decisão em 23 de dezembro de 2011, irrisignado, apenas o Autuado EVANDRO JOSÉ BAIONI apresentou recurso voluntário em 10 de janeiro de 2012, em que, em síntese, pugna pela responsabilidade pela penalidade na medida da infração praticada, fato que, segundo afirma, está consubstanciado na posse dos cigarros encontrados e apreendidos no interior do veículo que conduzia.

É o relatório.

## **Voto**

Conselheiro Belchior Melo de Sousa - Relator

O recurso é tempestivo e atende os demais requisitos para sua admissibilidade, portanto dele conheço.

### **Nulidade**

Requerida a nulidade do presente auto de infração, desde a impugnação, em vista de não se ter acompanhado a este o processo administrativo nº 18088-000.381/2007-54, conforme informado no campo Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal deste.

Despacho de fl. 19 do processo em papel encaminha os autos da ação fiscal que deu início a este processo à ARF/Taquaritinga para ciência do Interessado, por ser o órgão de jurisdição do seu domicílio. No cômputo das folhas até a 19 encontram-se os elementos da ação policial e o auto de infração de perdimento, conforme já indicado pela DRJ/São Paulo II.

Não obstante referir que não recebeu cópia do dito processo, a falha operacional, se houve, poderia ter sido suprida com solicitação de suas cópias na Repartição local dentro do prazo de 30 dias para a defesa. Em contraponto à possível falha do servidor, erigem-se o esquecimento ou desídia do Interessado para não beneficiá-lo neste seu pleito.

Esta posição reforça-se ante o fato de os Interessados ter manejado com proficiência a sua defesa, demonstrando conhecer adequadamente os fatos que lhes são imputados e o seu efeito punitivo, consubstanciado na aplicação da multa ora por eles contestada, não se configurando, pois, cerceamento do direito de defesa.

Outrossim, não deve o julgador pronunciar a declaração de nulidade quando visualiza que a decisão do mérito se dará a favor do sujeito passivo a quem ela aproveitaria, a teor do art. 59, § 3º, do Decreto nº 70.235/72.

Em que pese os autos de infração resultarem do mesmo fato, a infração tem penalidade dúplice, perdimento e multa, o que torna autônomos os processos. A defesa manejada naquele processo que lograsse afastar a antijuridicidade da ação dos infratores não seria diferente da que poderia ser apresentada neste, em todos os seus termos; isso faz que os processos não sejam contingentes um do outro.

Rejeito a preliminar

### **Mérito**

O presente auto de infração tem o seu fundamento fático delineado nos termos contidos no campo “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal”, fl. 13, segundo transcrito a seguir:

*Em procedimento fiscal de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte supracitado, foram apuradas infrações abaixo descritas, aos dispositivos legais mencionados.*

**001 - INFRAÇÃO ÀS MEDIDAS DE CONTROLE FISCAL RELATIVAS A FUMO, CIGARRO, CHARUTO DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA**

*Multa aplicável por maço de cigarro apreendido, cumulativamente com o perdimento da respectiva mercadoria, conforme determina o art. 632 do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 4.543, de 26 de dezembro de 2002.*

*Conforme consta do processo administrativo nº18088.000381/2007-54, cuja cópia faz parte integrante do presente Auto de Infração, foram encontrados pela Polícia Militar de Araraquara/SP, em poder dos contribuintes acima identificados, 206.320 maços de cigarros de procedência estrangeira, sem comprovação de sua importação regular, nas condições previstas no inciso X do art. 618 e art.621 do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 4.543, de 26 de dezembro de 2002. Conforme determina o artigo 632 do Regulamento Aduaneiro, é aplicável, cumulativamente com a pena de perdimento, a multa de R\$ 2,00 (dois reais) por maço de cigarros - Art. 3º § único do DL 399 de 30/12/68, com a redação dada pelo art. 78 da Lei nº 1.833/03. [grifo aqui]*

*Cálculo da multa referente a 206.320 maços de cigarro= R\$2,00 x 206.320= RS 412.640,00 (Quatrocentos e doze mil, seiscentos e quarenta reais). Fato Gerador Valor 12/09/2007 R\$ 412.640,00*

**ENQUADRAMENTO LEGAL**

*Art. 538, 539, 540, 541, 621 e 632 do Decreto 4.543/02.  
Art. 3o , parágrafo único do Decreto-Lei nº 399/68 com a redação dada pelo art. 78 da Lei nº 10.833/03.*

Do teor acima, em combinação com o conteúdo dos dispositivos legais do inciso X do art. 618 e art.621 do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 4.543, de 26 de dezembro de 2002, abaixo transcritos, aplicados pela Fiscalização para descrever o suporte fático, constrói-se que foram apreendidos 206.320 maços de cigarros de procedência estrangeira depositados ou em circulação comercial, sem comprovação de sua importação

regular, por estarem em infração às medidas de controle fiscal estabelecidas pelo Ministro de Estado da Fazenda para o desembaraço aduaneiro, a circulação, a posse e o consumo de cigarro de origem estrangeira, por terem sido adquiridos e estarem sendo transportados, mantidos em depósito, por estarem na posse dos infratores, por configurar crime de contrabando:

*Art. 618 .Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 105, e Decreto-lei nº 1.455, de 1976, art. 23 e § 1º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59): (Redação dada pelo Decreto nº 4.765, de 24.6.2003)*

[...]

*X - estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País, se não for feita prova de sua importação regular;*

...

*Art. 621. A pena de perdimento da mercadoria será ainda aplicada aos que, em infração às medidas de controle fiscal estabelecidas pelo Ministro de Estado da Fazenda para o desembaraço aduaneiro, a circulação, a posse e o consumo de fumo, charuto, cigarrilha e cigarro de origem estrangeira, adquirirem, transportarem, venderem, expuserem à venda, tiverem em depósito, possuírem ou consumirem tais produtos, por configurar crime de contrabando (Decreto-lei nº 399, de 1968, arts. 2º e 3º e seu § 1º).*

Reveja-se os eventos que formam o substrato do auto de infração.

A prisão em flagrante dos infratores e a concomitante apreensão dos produtos tidos como contrabandeados, foram formalizados, no âmbito da Polícia Civil do Município de Borborema/SP, por meio Auto de Apresentação e Apreensão, de fl. 26/27 e 55/56, e do Auto de Prisão em Flagrante, fl. 49/52, expedidos pela Autoridade Policial Federal.

O Auto de Prisão em Flagrante descreve o *iter criminis*, ao amparo do depoimento dos Apresentantes, o Soldado PM Sivaldo Antonio Galante e o Soldado PM Cristiano.

A Nota de Culpa expedida pela Autoridade Policial Federal, na mesma data dos citados Autos, uma para cada infrator, fls. 82 e 83, expediente essencial da regularidade da prisão em flagrante, conforme o art. 306 do CPP, delimita o fato antijurídico que foram imputados aos infratores, respectivamente:

*BENEDITO ROBERTO DE ALMEIDA TEIXEIRA [...], que foi preso(a) em flagrante delito nesta data, como incurso no art. 334, D, do Código Penal, em virtude ter sido surpreendido transportando 241 caixas de cigarros de origem estrangeira, em veículo Chevrolet D 40, sem nota fiscal[...],*

*EVANDRO JOSÉ BAIONI [...], que foi preso(a) em flagrante delito nesta data, como incurso no art. 334, D, do Código Penal, em virtude ter sido surpreendido; transportando 15 caixas de cigarros de origem estrangeira,*

*em , veículo KADETT placas BOB-3208, sem nota fiscal  
[...]*

Como não são negados pelos Infratores os fatos constantes da Notas de Culpa, de cujo teor tomaram ciência, o que cabe perquirir no julgamento desta lide, é se eles devem ou não responder, também, pela multa correspondente ao quantitativo de mercadoria apreendida no sítio, que extrapola as quantidades constantes das Notas de Culpa.

O Auto de Apresentação e Apreensão destaca, separadamente, o que estava em poder de Benedito Roberto de Almeida Teixeira e Evandro José Baioni, bem como no interior de sítio, tanto no demonstrativo nele estampado como na sua conclusão, segundo excerto abaixo:

*Referidas mercadorias e veículos foram apreendidos em poder de BENEDITO ROBERTO DE ALMEIDA TEIXEIRA, CI/RG nº 5.851.662-SSP/SP e CPF nº 745.706.768-04, residente e domiciliado na rua Joana Salina Silva, 322 - VI. Maria – Ibitinga/SP, e EVANDRO JOSÉ BAIONI, CI/RG nº 32208335-SSP/SP e CPF nº 304.931.638-16, residente e domiciliado na rua D. Pedro II, 549 - VI. Real – Novo Horizonte/SP, bem como no interior de sítio, quando as mesmas foram abordadas por Policiais Militares, na zona rural de Borborema/SP, conforme Auto de Prisão em Flagrante lavrado nesta data.*

O caminho do crime traçado no Auto de Prisão em Flagrante identifica a posse da mercadoria transportada no caminhão por Benedito Roberto de Almeida Teixeira, 241 caixas, que indica o lugar de onde a mercadoria fora retirada, recebida de três pessoas que declarou não conhecer, e, concitado pelos policiais, propôs-se a conduzi-los ao local. Na entrada do sítio, depararam-se com Evandro José Baioni, dele saindo, surpreendido com 15 caixas. As demais caixas estavam no interior do sítio como relatado pelo primeiro.

As Notas de Culpa reproduzem com precisão o que fora identificado no caminho do crime descrito no Auto de Prisão em Flagrante, e está em conformidade com o demonstrativo e conclusão no Auto de Apresentação e Apreensão, ao consignarem, os três documentos, que os Infratores, Benedito e Evandro, estavam transportando, ao serem abordados, respectivamente, 241 e 15 caixas de cigarro.

À vista desses elementos, encaminhados à Delegacia da Receita Federal em Araraquara, requerendo a lavratura do auto de infração para instrução do inquérito policial. A Autoridade Fiscal procedeu à contagem do produto apreendido, registrando no formulário Relação de Mercadoria, de fl. 28 a quantidade final em maços de cigarro. Tal documento permite deduzir que cada caixa de cigarro contém 500 maços. Com essa base, os quantitativos destacados em caixas e pacotes nos documentos da DPF alcançam 206.430 maços, e estão identificados na demonstração abaixo, conforme suas marcas:

MARCA DO CIGARRO	QUANT.	QUANT. EM MAÇOS
EIGHT .....Cx.	241	120.500

EIGHT .....Cx.	88	44.000
<b>EIGHT .....Cx.</b>	<b>15</b>	<b>7.500</b>
EIGHT .Pct. c/ 10 maços	174	1740
PLAY .....Cx.	33	16.500
PLAY Pct. c/10 maços	19	190
MILLI SOFT .....Cx.	15	7.500
TE .....Cx.	17	8.500
TOTAL	////	206.430

Na lavratura do auto de infração o d. Auditor, ao tempo em que deixou de atentar para a culpabilidade imputada aos infratores na prisão em flagrante, não fixou nem descreveu - quando da sua valoração jurídica dos fatos -, o vínculo legal de sujeição dos apenados à responsabilidade infracional pelas mercadorias encontradas no sítio, vale dizer, em momento e local distinto do da sua interceptação na ação policial.

Ao assim fazer, o Fisco optou por simplificar o feito atribuindo a ambos a posse integral das mercadorias, no quantitativo, não de 206.430, mas 206.320 maços de cigarro, fazendo incidir sobre o quantitativo a multa de R\$ 2,00 por maço.

A DRJ/São Paulo II, ao refutar o pedido dos Impugnantes de assumirem a penalidade correspondente à delimitação da infração praticada: a posse da quantidade da mercadoria transportada, inovou o lançamento fazendo aderir à fundamentação legal as disposições do art. 124, I, do Código Tributário Nacional, sustentando a existência de solidariedade passiva entre as pessoas que tem interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal.

Esta capitulação legal não está no auto de infração, bem como este fundamento jurídico não compõe os termos constantes do seu campo Descrição dos Fatos, a justificar a imposição da multa indistintamente a ambos, inclusive sobre os produtos encontrados no sítio.

Não bastasse a impossibilidade de o órgão julgador invocar preceito legal para complementar o auto de infração, tem-se que o dispositivo legal é inaplicável ao caso. Conjugam-se decisões judiciais e doutrina no entendimento<sup>1</sup> segundo o qual o *interesse comum* a que refere o inciso I, do art. 124 do CTN significa interesse jurídico, que diz respeito à realização comum ou conjunta da situação que constitui o fato gerador. O interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal,

<sup>1</sup> Uma coisa é empresas coligadas terem interesse econômico comum na exploração da atividade. Outra coisa bem diversa é o fato de as empresas coligadas terem interesse jurídico comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária, isto é, que participem entre si da mesma situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária. Exemplificando, a empresa 'A' participa da situação que constitui o fato gerador para a empresa 'B'. O interesse comum das pessoas não é relevado pelo interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas pelo interesse jurídico, que diz respeito à realização comum ou conjunta da situação que constitui o fato gerador. É solidária a pessoa que realiza conjuntamente com outra, ou outras pessoas, a situação que constitui o fato gerador, ou que, e comum com outras, esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio que dá origem à tributação; por outras palavras, (...) pessoa que tira uma vantagem econômica do ato, fato ou negócio tributado (Rubens Gomes de Souza, Compêndio de legislação tributária, 3. ed., Rio de Janeiro, Edições Financeiras, 1964, p. 67).

2. A sociedade que participa do capital de outra ainda que de forma relevante, não é solidariamente obrigada pela dívida tributária referente ao imposto de renda desta última, pois, embora tenha interesse econômico no lucro, não tem o necessário interesse comum, na acepção que lhe dá o art. 124 do CTN, que pressupõe a participação comum na realização do lucro. Na configuração da solidariedade é relevante que haja a participação comum na realização do lucro, e não a mera participação nos resultados representados pelo lucro. (AI nº 70010310951, TJRS, Rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 19/11/2004).

ainda que haja este, não é o fato capturado pela norma. É solidária, nos precisos termos do art. 124, I, do CTN, a pessoa que realiza conjuntamente com outra, ou outras pessoas, a situação que constitui fato gerador da obrigação tributária, a exemplo do que ocorre com coproprietários de imóvel urbano.

Nitidamente, no presente caso, a incidência é do art. 137 do CTN, dispositivo legal que compõe a Seção IV – Responsabilidade por Infrações, desse Código, que reza:

*Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:*

*I - quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;*

[...]

Portanto, se o Auto de Apresentação e Apreensão, o Auto de Prisão em Flagrante e a Nota de Culpa imputam a BENEDITO ROBERTO DE ALMEIDA TEIXEIRA e EVANDRO JOSÉ BAIONI a posse e transporte de cigarros, respectivamente, de 241 caixas (120.500 maços) e 15 caixas (7.500 maços) de cigarro, destacadamente das caixas encontradas no interior do sítio, e inexistente no auto de infração qualquer justificação para a extensão da responsabilização destes infratores pelas 78.320 maços encontrados no sítio (206.320 – 120.500 – 7.500), a responsabilidade de cada infrator deve estar afeita aos fatos que lhes foram assim imputados, devendo ser atribuído a cada um o montante de multa que a isto corresponda.

A regra processual de que o autuado defende-se dos fatos que lhe são imputados, e, via de consequência, acerca desses fatos deve incidir a atribuição de responsabilidade, é entendimento que caminha sobre precedente expresso no Acórdão nº CSRF/02-02.301<sup>2</sup> e endossa o posicionamento acima adotado.

Ocorre que BENEDITO ROBERTO DE ALMEIDA TEIXEIRA não apresentou recurso voluntário, ainda que tenha sido intimado via edital, por não ter sido localizado no domicílio tributário, seja por meio de intimação pessoal e por via postal.

Ante este fato, para o deslinde do conflito que constitui este processo releva considerar que a Autoridade Lançadora fez figurar no polo passivo da presente relação jurídica processual ambos os infratores.

Posto que não o tenha justificado e fundamentado, ao proceder dessa forma a Autoridade Lançadora constituiu um litisconsórcio passivo. Trata-se de um litisconsórcio unitário, marcado pela natureza da relação jurídica, segundo a qual a responsabilidade de ambos derivam do mesmo fundamento de fato e de direito, foi imputada de forma indistinta,

<sup>2</sup> NORMAS PROCESSUAIS – CAPITULAÇÃO LEGAL NULIDADE INEXISTENTE. O estabelecimento autuado defende-se dos fatos a ele imputado, e não do dispositivo legal mencionado na acusação fiscal. Não existe prejuízo à defesa quando os fatos narrados e fartamente documentados nos autos amoldam-se perfeitamente às infrações imputadas à empresa fiscalizada. Não há nulidade sem prejuízo. (13808.001705/98-13/Acórdão nº CSRF/02-02.301)

implicando isto em que, uma vez inaugurada a lide pela impugnação, a decisão haveria de ser proferida de forma idêntica, uniforme para ambos os litisconsortes, seja na primeira ou na segunda instância.

Nessa trilha, decisão uniforme proferiu a DRJ/São Paulo II ao manter a indistinção da responsabilidade pela infração imputada a ambos, evocando o instituto da solidariedade passiva prevista no art. 124, I, do CTN; uma decisão que se controverte, sobretudo por ter inovado o fundamento jurídico do auto de infração com o manuseio deste preceptivo.

Thereza Alvim, citada por Eduardo Arruda Alvim,<sup>3</sup> pontifica que “há de se buscar para definir o litisconsórcio unitário a sua essência, isto é, o fato de haver um só pedido (lide), a despeito da pluralidade de pessoas nos pólos da relação. O julgamento uniforme em relação aos litisconsortes é apenas consequência disso.”

Convergente com este ensino aduz Eduardo Arruda Alvim que, “diferentemente do que ocorre no litisconsórcio simples, não é possível a independência de atuação no regime do litisconsórcio unitário, pois, nesse último caso, como se sabe, os litisconsortes terão necessariamente a mesma sorte no plano do direito material. Sob esse regime, apenas os atos benéficos praticados por um litisconsorte beneficiarão aos demais, pois, do contrário, impossível seria manter-se uma situação homogênea tendente a uma sentença uniforme, no plano do direito material, aos litisconsorciados.”

Em complemento dessa doutrina o processualista fixa a regra de que “uma deficiente atuação individual em hipótese de litisconsórcio unitário, para efeitos práticos no plano do processo, é irrelevante... de outro lado, **se um dos litisconsortes unitários não interpuser recurso, aquele que for interposto pelo outro lhe aproveitará** (art. 509 do CPC)<sup>4</sup>. O que é lógico, pois, como visto anteriormente, em caso de litisconsórcio unitário, a decisão judicial não pode ser cindida, haja vista que a lide é uma só.”[grifo aqui]

O entendimento capitaliza-se com o reforço doutrinário de Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, ao aduzirem que, “como a decisão não pode ser cindida, devendo atingir os litisconsortes unitários de modo uniforme no plano do direito material, **o recurso de apenas um deles se estenderá aos demais**”.<sup>5</sup> [grifo aqui]

Esta posição processual é ainda potencializada com a menção de Thereza Alvim tratando de uma das implicações do regime da unitariedade do litisconsórcio: “**se um dos litisconsortes, apesar de citado, não apresentar contestação, mas o outro contestar, não se operaram os efeitos da revelia** (inciso I do art. 320 do CPC).”[grifo aqui]

O Superior Tribunal de Justiça amplia a aplicação destes efeitos, próprios do litisconsórcio unitário, ao litisconsórcio facultativo, segundo excerto da decisão abaixo transcrita, no REsp 292.596/RJ, rel. Min. Franciulli Netto, DJ 10.05.2007:

*Embora a hipótese dos autos trate de litisconsórcio facultativo, a demanda não comporta solução desigual para os integrantes do*

<sup>3</sup> Alvim, Eduardo Arruda. <http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/visualizar-artigo.php?artigo=6&data=30/01/2011&titulo=notas-sobre-o-litisconsorcio-no-direito-processual-civil-brasileiro>. <acesso em 29.01.2013>.

<sup>4</sup> Art. 509. O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses.

<sup>5</sup> Junior, Nelson Nery e Nery, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, nota de não art. 509, p. 843/08/2001

*pólo ativo do writ. Todos os litisconsortes são sociedades de advogados com sede no Município do Rio de Janeiro, razão por que, necessariamente, lhes deve ser conferido o mesmo tratamento tributário, sob pena de perpetrar injustiças. Se o v. acórdão do Tribunal de origem decidiu pela deserção do recurso de dois dos litisconsortes e julgou a apelação dos demais, concluindo pela inexigibilidade do ISS na forma da Lei Municipal 2.080/93 para que prevalecesse a forma de recolhimento do imposto preconizada pelo art. 9.º, § 3.º, do DL 406/68, tal entendimento, logicamente, deve ser estendido aos demais litisconsortes. Consoante mencionado no r. voto condutor do acórdão recorrido, deve-se dar ao art. 509 do CPC uma interpretação menos restritiva, a autorizar sejam os demais litisconsortes alcançados pelos efeitos do recurso de um deles mesmo quando se tratar de litisconsórcio facultativo. Assim, embora não se olvide a prevalência do entendimento de que a regra do art. 509 aplica-se tão-somente ao litisconsórcio unitário, no particular, diversa é a solução que se impõe, a impedir o conhecimento do recurso especial pela letra c. Recursos especiais conhecidos em parte e, na parte conhecida, não providos” [grifos aqui].*

Conforme já referido, trata-se aqui de caso de responsabilidade por infração, em que, aplicado o preceito do art. 137, I, do CTN, o valor da multa fiscal a ser exigido de ambos os infratores deve estar adstrito à culpabilidade imputada a cada um, nos termos das provas constantes dos presentes autos.

Esclareça-se que o teor da imputação acima referida - a cada um segundo a medida da individualização do fato praticado, conforme Nota da Culpa da prisão em flagrante – está contido no conceito de decisão uniforme para os litisconsorciados em participação unitária, nos termos acima expendidos, sendo desnecessário que a uniformidade da decisão corresponda à equalização do *quantum* da pena aos infratores.

Pelo exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso para que seja cancelada a aplicação da penalidade incidente sobre os 78.320 maços encontrados no sítio, mantendo-se a exigência da multa que deve corresponder a BENEDITO ROBERTO DE ALMEIDA TEIXEIRA, incidente sobre a posse e transporte de 241 caixas (120.500 maços) de cigarros, e a EVANDRO JOSÉ BAIONI, incidente sobre a posse e transporte de 15 caixas (7.500 maços) de cigarros.

Sala das sessões, 30 de janeiro de 2013

(assinado digitalmente)

Belchior Melo de Sousa

CÓPIA