



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

Processo nº 10074.000689/2009-17
Recurso nº De Ofício
Acórdão nº 3201-00.922 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de fevereiro de 2012
Matéria MULTA-CONVERSÃO DE PENA DE PERDIMENTO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado DAYS COMÉRCIO DE ELETRÔNICOS LTDA

OCULTAÇÃO NA IMPORTAÇÃO. DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. CONVERSÃO EM MULTA.

Ocorrida ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros, na importação de mercadorias, considera-se dano ao Erário, punível com a pena de perdimento das mercadorias, a qual se converte em multa equivalente ao valor aduaneiro daquelas que não sejam localizadas ou que tenham sido transferidas a terceiro ou consumidas.

OCULTAÇÃO NA IMPORTAÇÃO. DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. PROVAS.

Diligências fiscais com coleta de depoimentos e documentos, livros e documentos fiscais e contábeis, contrato com reconhecimento de firma falso e correspondências eletrônicas, obtidas lícitamente, e efetiva vantagem tributário-aduaneira, tudo isto bem concatenado com outros elementos compõem um quadro probatório que permite convicção segura e fundada da ocorrência do fato que se pretende provar.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, em dar provimento ao recurso de ofício. Vencidos Conselheiros Marcelo Ribeiro Nogueira – relator, Luciano Lopes de Almeida Moraes e Adriana Oliveira e Ribeiro. Redator Designado-Mércia Helena Trajano DAmorim.

Marcos Aurélio Pereira Valadão - Presidente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 12/04/2012 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 1

2/04/2012 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 24/04/2012 por MARCELO RIBEIRO

NOGUEIRA, Assinado digitalmente em 02/05/2012 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 03/05/2012 por NALI DA COSTA RODRIGUES - VERSO EM BRANCO

Marcelo Ribeiro Nogueira - Relator.

Mércia Helena Trajano DAmorim – Redatora Designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadao, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Paulo Sérgio Celani, Marcelo Ribeiro Nogueira, Adriana Oliveira e Ribeiro e Luciano Lopes de Almeida Moraes. Ausências justificadas de Judith do Amaral Marcondes Armando e Daniel Mariz Gudiño.

Relatório

Adoto o relatório da decisão de primeira instância por entender que o mesmo resume bem os fatos dos autos até aquele momento processual:

Trata o presente processo de auto de infração lavrado para exigência de crédito tributário no valor de R\$ 42.442.001,00, referente a multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias importadas, prevista no parágrafo 3º do artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976 com a redação dada pelo artigo 59 da Lei nº 10.637/2002.

Depreende-se do "Relatório de Fiscalização" anexo ao auto de infração que a empresa Socinter Sul Comércio Internacional Ltda foi submetida aos procedimentos especiais previstos na Instrução Normativa SRF nº 228/2002, quando da realização de importações registradas junto à Alfândega no Aeroporto de Viracopos. Os documentos coletados naquele procedimento fiscal foram encaminhados à Inspetoria no Rio de Janeiro que, por intermédio de seu Serviço de Fiscalização Aduaneira, procedeu a sua análise, bem como intimou a interessada do presente processo, Days Comércio de Eletrônicos Ltda, a prestar esclarecimentos e documentos. Dessa análise resultou o auto de infração de folhas 01 a 143 no qual é imputada à interessada a infração de ocultação do real adquirente das mercadorias importadas pela Socinter Sul Comércio Internacional Ltda, mediante fraude ou simulação, caracterizada a interposição fraudulenta de terceiros. O relatório fiscal demonstra com pormenores a análise realizada e apresenta, em resumo as seguintes conclusões:

"Com base nos fatos descritos no item 3.6 deste Relatório, conclui-se que:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 12/04/2012 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 1

2/04/2012 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 24/04/2012 por MARCELO RIBEIRO

NOGUEIRA, Assinado digitalmente em 02/05/2012 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 03/05/2012 por NALI DA COSTA RODRIGUES - VERSO EM BRANCO

- A empresa Socinter Sul Comércio Internacional Ltda não provou ter realizado qualquer negociação de compra com o suposto exportador, Chek Fung Trading Co, apresentando e-mails trocados com o exportador através de um endereço que não existia à época da suposta troca de correspondências.

- A empresa Chek Fung Company Co é uma fachada para a Days International Ltd, porquanto sua localização é um apartamento residencial, a Sra. Vienna Tong, que assina o contrato da Socinter Sul Comércio Internacional Ltda e a Chek Fung Trading Co, é apresentada como Gerente de Vendas da Days International Ltd, em entrevista concedida em conceituada feira internacional de eletrônicos, onde esclarece que possui licença para introduzir a marca HYUNDAI em vários mercados. Ademais, o seu sítio na Internet foi criado em 11.06.08, após o Termo de Intimação nº 05 de 30.05.08, da Alfândega de Viracopos, apresentando gritante semelhança com o sítio de eletrônicos do Grupo Days.

A partir dos dados apresentados no item 3.7 deste Relatório, conclui-se que:

- Os nomes fantasias HYUNDAI BRASIL, DAYS BRASIL E HYUNDAI ELETRÔNICOS referem-se a uma única empresa: Days Comércio de Eletrônicos Ltda, verdadeira responsável pela Garantia e Assistência Técnica, que contratava os postos autorizados assim como realizava os contatos, o envio e recebimento de peças e os pagamentos dos serviços técnicos através de uma estrutura organizada à Av. Praia de Botafogo, 228/1107, Edifício Argentina, Botafogo, Rio de Janeiro/RJ onde dispunha de várias linhas telefônicas e o serviço de atendimento ao cliente através do nº 0800 285 4505. Restou claro que é o Grupo Days, através da empresa Days Comércio de Eletrônicos Ltda cuja sócia majoritária é a empresa Days International Limited, o real responsável pelas importações de eletrônicos com as marcas HYUNDAI e DAYS que tiveram início no dia 31.10.2006 com o registro da DI nº 06/1319994-9 e o verdadeiro representante destas marcas no Brasil.

- A empresa Socinter Sul Comércio Internacional Ltda em uma tentativa de ocultar o Grupo Days e conduzir a fiscalização a erro afirma ser a única e exclusiva responsável pela garantia e ser o telefone 0800 285 4505 de seu uso restrito e exclusivo. A movimentação da Days Comércio e da Socinter Sul evidenciada nos e-mails de 18.06.08 revelam o conluio destas empresas para simular uma relação inexistente com os postos autorizados. Em face das informações aduzidas no item 3.8, concluímos que:

- A comercialização no Brasil dos produtos eletrônicos com as marcas HYUNDAI e DAYS é realizada pela empresa Days Comércio de Eletrônicos Ltda que reúne em uma única figura as atividades simuladas pelas empresa Socinter Sul Internacional Ltda, Wellart Distribuidora de Eletrônicos Ltda e National Representações Ltda, quais sejam, respectivamente, adquirir as

mercadorias importadas, distribuir as mercadorias adquiridas pela Socinter Sul e representar comercialmente a Socinter Sul, a Wellart Distribuidora e a Days Comércio.

Considerando o item 3.9 deste Relatório podemos concluir que:

- Tendo em vista os documentos apresentados pela empresa NameAction, o registro do domínio hyundaeletronicos.com.br pertence à empresa coreana Hyundai Corporation e a alteração do referido site, excluindo-se as informações dos produtos com a marca DAYS, evidencia uma tentativa para cobrir a real relação de parceria existente entre Hyundai Corporation e Days International Ltd, estabelecida no Brasil com 99,99% da empresa Days Comércio Eletrônicos Ltda.

- No item 3.13 deste Relatório, encontram-se discriminadas as vantagens obtidas do modus operandi utilizado, como por exemplo: Razoável segurança em relação à fiscalização, quebra da cadeia do IPI, compartilhamento dos benefícios auferidos pelo diferimento do ICMS, interferência na avaliação de risco da operação, tributação com base no lucro presumido e blindagem do real adquirente, porquanto o real beneficiário fica fora do alcance do controle aduaneiro, uma vez que os bancos de dados da RFB nada registram em relação a suas importações, ou seja, consta para a RFB que este terceiro nada importou como "adquirente de mercadorias importadas".

Em face das informações constantes do item 8 deste Relatório, evidencia-se, uma vez mais, a condição da fiscalizada de real beneficiária nas operações de comércio exterior realizadas por SOCINTER, porquanto várias operações de comércio exterior registradas em nome de SOCINTER, eram, na verdade, realizadas com recursos da pessoa jurídica DAYS COMÉRCIO DE ELETRÔNICOS LTDA, tendo em vista os diversos adiantamentos detectados nos lançamentos contábeis apresentados. Ademais, todas as significativas compras realizadas pela fiscalizada no ano de 2006 eram provenientes da importadora SOCINTER, que de fato atuava em nome e ordem da fiscalizada, a pessoa jurídica DAYS. Registre-se, outrossim, que as pessoas que mantinham contato com os postos de assistência técnica eram funcionários da DAYS.

Destarte, ficou caracterizada a ocultação do sujeito passivo, do real comprador ou responsável pelas operações DE IMPORTAÇÃO realizadas por SOCINTER de produtos as marcas DAYS e HYUNDAI, mediante fraude ou simulação e, portanto, solidária no presente auto de infração a responsabilidade, conforme dispõe o art. 95 do Decreto - lei nº 37/66, da pessoa jurídica SOCINTER SUL COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA, CNPJ 39.323.886/0001-40.

10. Do dano ao Erário e da penalidade aplicável

Em face das provas coletadas e das conclusões esposadas, ficaram demonstradas as ações praticadas com o claro propósito de ocultar o real adquirente nas importações dos produtos com as marcas HYUNDAI e DAYS, restando caracterizada a

infração à legislação aduaneira tipificada como DANO AO ERÁRIO, capitulada no inciso V, do art. 23 do Decreto – lei nº 1.455/1976 e § 1º e 3º do mesmo artigo, ensejando, por conseguinte, a aplicação da pena de perdimento das mercadorias importadas constantes da planilha de fls. 207/223 anexo IV, regulamentada pelo inciso XXII, do art. 689, do Decreto nº 6.759/2009 – Regulamento Aduaneiro, convertida em penalidade pecuniária, no caso das mercadorias não localizadas."

Regularmente cientificada por via postal (docts. fls. 146 a 148) a interessada apresentou a impugnação tempestiva de folhas 156 a 266, com os documentos de folhas 267 a 292 anexados.

A impugnante alega cerceamento de sua defesa, pois, ao solicitar "cópias reprográficas do Processo Administrativo Fiscal e do "Dossier" do Contribuinte, coletânea de documentos utilizada para a ação fiscal", as cópias do "Dossier" do Contribuinte lhe foram negadas sob a alegação de "que tal fornecimento não encontra fundamento legal e que, se o fizessem, poriam em risco todo o trabalho efetuado no curso da fiscalização". A negativa de fornecimento das cópias teria sido formalizada no seguinte despacho: "defiro apenas o pedido de cópias do processo administrativo..."

Traça considerações a respeito de seu direito de conhecer os documentos que embasaram o procedimento fiscal, assim como sobre o sigilo de documentos, para concluir que houve desrespeito aos princípios da legalidade, da publicidade, do contraditório e da ampla defesa, fato que nulifica o auto de infração.

Alega que também não lhe foram fornecidas cópias da representação para fins penais.

Defende que "Ainda que, segundo a praxe (e apenas a praxe) a referida representação não tenha seguimento antes do fim do processo administrativo e do lançamento definitivo do tributo, nada incomum a instauração do processo crime de forma concomitante ao processo administrativo tributário, fundamentado no princípio da autonomia das instâncias.... Daí, nada mais óbvio, justo e jurídico que fornecer à contribuinte cópia da representação penal, devidamente anunciada, pela imposição da multa agravada para 150% (cento e cinquenta por cento)...Flagrante o novo cerceamento de defesa que impõe a declaração de nulidade do auto, também por esta razão."

Reproduz decisões judiciais e administrativas para embasar sua tese.

Sintetiza os relacionamentos entre as empresas citadas no auto de infração que seriam,"a empresa impugnante Days Comércio de Eletrônicos Ltda, como revendedora, a Socinter Sul Comércio Internacional Ltda., na qualidade de importadora e a empresa Chek Fung Trading Co., como exportadora, relação essa que o presente Auto de Infração pretende descaracterizar." Registra

que a empresa Hyundai Corporation, proprietária da marca Hyundai, outorgou licença de fabricação e distribuição de seus produtos eletrônicos exportadora Chek Fung Trading Co., conforme Carta de Autorização juntada às folhas 296/298.

Alega que "o Auto de Infração, em sua integralidade, está calçado em informações absolutamente equivocadas, distorcidas e fantasiosas sobre um suposto esquema de operação de importação fraudulenta, razão pela qual se impugnará, ponto-a-ponto as acusações imputadas, na certeza de que a verdade material prevalecerá sobre as suspeitas ou presunções."

Defende que "as informações nas quais se baseou o Sr. Agente Fiscal para lavrar o Auto de Infração não se constituem como provas, mas meros indícios e elucubrações, insuficientes para se concluir pela prática de qualquer infração."

Contesta a análise realizada pela fiscalização sobre a exportadora Chek Fung Trading Company na qual concluiu que é empresa de fachada para ocultar a empresa Days International Limited, verdadeira exportadora dos produtos com a marca Hyundai e quem verdadeiramente possui autorização da Hyundai Corporation para introduzir a marca Hyundai no Brasil, alegando que a fonte de informação utilizada foi, única e exclusivamente, pesquisas realizadas na internet. Defende que a internet não possui controle sobre a verdade de seus conteúdos, que não podem ser reconhecidos como provas absolutas e irrefutáveis, ao contrário, se verifica uma série de informações contraditórias sobre um mesmo assunto, variáveis de acordo com o site ou fonte consultados. Alega que a base de fundamentação é extremamente frágil para apurar as supostas infrações apontadas e que se tratam de meros indícios e suposições, de caráter subjetivo, para cada situação ali elencada.

Alega não poder produzir provas em relação à exportadora, pois não possui relação jurídica com ela, e porque é da fiscalização o ônus probandi. Infere que a situação levantada pela fiscalização comporta outras conclusões, como por exemplo, o endereço, que afirma ser residencial, poder ser de uso misto (residencial e comercial) ou mesmo uma sala comercial alugada dentre muitas outras alugadas ou de propriedade da pessoa pesquisada. Levanta ainda a possibilidade de ocorrência de homonímia, pelo fato de o nome "Chek Fung" ser de origem chinesa. Contesta também a afirmação de que correspondências eletrônicas teriam sido preparadas em editor de texto para serem apresentados à fiscalização, pois não constam dos autos prova pericial da alegada falsidade.

Contesta as demais conclusões tiradas pela fiscalização, por entender se mostrarem inteiramente subjetivas, fruto de meras suposições e interpretação, na medida que procuram induzir à falsa idéia de que existiriam fatos assemelhados a evidenciar a simulação, e.g., aquele citado às fls. 98, onde pretende que dois textos do idioma inglês sejam idênticos, quando não o são. O mesmo ocorrendo com as outras observações de pretensa analogia concernente a imagens, sites etc."

Registra que as acusações nada têm a ver com ela, pois não existe nenhuma relação jurídica entre a autuada e as pessoas mencionadas, apenas com a Socinter Sul Comércio Intemational Ltda, importadora. Apenas fez um exercício de imaginação semelhante àquele realizado pela fiscalização para demonstrar que a verdade apurada pela fiscalização não é necessariamente a verdade dos fatos.

Contesta a afirmação de que a verdadeira responsável pela garantia e assistência técnica dos produtos eletrônicos com as marcas Hyundai e Days seria a empresa Days Comércio de Eletrônicos Ltda. Preliminarmente defende nulidade das diligências por não ter sido delas cientificada, fato que cerceou seu direito à defesa e contraditório. Defende o afastamento das considerações concernentes à legislação referente ao Código de Defesa do Consumidor, com base na alegação de que nada tem a ver com o objeto do auto de infração.

Defende que os documentos e constatações da fiscalização apenas confirmaram que a empresa Socinter Sul Comércio Internacional Ltda é empresa independente e autônoma, com capacidade financeira para suportar as operações de importação que realizou, e que possui diversos outros clientes, fato que derruba a intenção da fiscalização de demonstrar que a empresa Days seria mera empresa de fachada.

Com relação à empresa National Representações Ltda, contesta a afirmação da fiscalização de que "Desta forma, não faz sentido contratar uma empresa de representação comercial com o objetivo de representá-la par a penas duas empresas ainda mais que, antes de 01.03.07, quando o referido contrato fora supostamente assinado, já encontramos vendas para a Days Comércio." Alega que a afirmação é de quem não está afeito à dinâmica do comércio que o procedimento é comum e regular, principalmente porque é intenção da empresa Socinter Sul Comércio Internacional Ltda expandir seus negócios no Brasil. Analisa as afirmações da fiscalização sobre o site www.hyundaieletronicos.com.br registrando que a conclusão a que se chegou foi de que as informações fornecidas pela empresa Socinter Sul Comércio Internacional Ltda foram confirmadas pela empresa intimada Nameactin Brasil Ltda, porém, de forma pouco esclarecedora, afirma que restou evidenciado uma estratégia para cobrir a real relação existente entre Hyundai Corporation e Days International Ltd, fato que inviabiliza sua defesa.

Contesta a afirmação de que a empresa Wellart se confunde com a impugnante Days ou que a empresa Socinter se confunda com a empresa Days, como antes afirmado pela fiscalização. Registra eu "Ao que parece, o Agente Fiscal autuante procura "ajustar" a coleta de dados e documentos à sua prévia convicção, apresentando em diversos momentos argumentos desprovidos de juridicidade e mesmo de qualquer lógica."

Defende que, ao contrário do afirma a fiscalização, a impugnante não obteve nenhuma vantagem indevida, pois a tese fantasiosa criada, além de não ter sido provada, mostra que os fatos apresentados são insuscetíveis de gerar as alegadas vantagens. Informa que não possui quaisquer pendências de natureza tributária, pois como disse o agente fiscal, a impugnante solicitou parcelamento dos tributos federais, ao qual vem dando regular cumprimento.

Alega que o auto de infração se baseia em suposições e desmotivado, fatos que decretam sua nulidade.

Defende a absoluta ausência de dano ao Erário e que não há prova alguma de simulação ou fraude, obrigatórios para a caracterização da interposição fraudulenta ou ocultação acusadas. Alega que restou comprovado que a importadora Socinter é que realizava as transações comerciais junto a fornecedores estrangeiros e comercializava no mercado interno. Alega que, ausente o dano ao Erário, não se pode aplicar a pena de perdimento ou a conversão em multa.

Defende que o ônus da prova cabe à fiscalização, conforme legislação vigente e doutrina consolidada, e que no presente caso não houve apresentação das provas, apenas meras alegações, suposições e presunções, baseados em fatos que entendeu serem indícios. Traça considerações sobre presunções.

Contesta a aplicação de multa agravada de 150%, por ausência de provas e por ser confiscatória. Para argumentar entende que, quando muito, poder-se-ia aplicar a multa de 20% nos termos do artigo 61, § 2º da Lei nº9.430/1996.

Alega que a aplicação da taxa Selic de juros é ilegal e inconstitucional.

Requer o auto de infração seja julgado improcedente.

Requer ainda seja concedido aos patronos do Impugnante o direito de acompanhar a Sessão de Julgamento, e, se julgar conveniente, fazer a sustentação oral e distribuir memorial, em defesa dos direitos previstos na Constituição Federal.

A decisão recorrida recebeu de seus julgadores a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/10/2006 a 13/10/2008

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação se encontraram plenamente assegurados.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Arguições de inconstitucionalidade refogem à competência da instância administrativa, salvo se já houver decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, hipótese em que compete à autoridade julgadora afastar a sua aplicação.

INFRAÇÃO. PROVAS. VALIDADE. PENALIDADE.

A imputação de cometimento de infração deve estar acompanhada de provas juridicamente válidas que determinem a responsabilidade da acusada, sem as quais a penalidade respectiva não pode ser aplicada.

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado

A decisão de primeira instância foi submetida ao reexame necessário deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, nos termos do 34 do Decreto n 70235/72, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e art. 1º da Portaria MF nº 03, de 03 de janeiro de 2008, por força de recurso necessário.

Os autos foram enviados a este Conselho e fui designado como relator do presente recurso voluntário, na forma regimental, tendo requisitado a sua inclusão em pauta para julgamento.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Marcelo Ribeiro Nogueira

Basicamente, a questão que se põe ao reexame para este Colegiado é a possibilidade de efetuar-se o lançamento tributário, com aplicação de penalidade, com elementos de prova colhidos essencialmente da rede mundial de computadores (internet).

A decisão recorrida assim conclui seu fundamento e decide:

Como visto, as informações foram coletadas, basicamente, na Internet. A Internet, como rede de computadores de âmbito mundial, permite o acesso a vasta gama de informações com rapidez extrema. Por outro lado, a veracidade das informações ali encontradas é de difícil certificação, não sendo raras, ao contrário, bastante comuns, informações desencontradas e contraditórias sobre um mesmo fato. Assim, de maneira geral, as informações extraídas da Internet são válidas para se conhecer

sobre determinado assunto, porém, do ponto de vista jurídico, carecem da necessária certeza para servirem de provas do cometimento de Fraude ou conluio com fins de burlar os controles fiscais e aduaneiros.

Dessa forma, em que pese o fato de a tese defendida pela fiscalização ser plausível à vista dos indícios por ela levantados, a caracterização da infração imputada à interessada não está calçada em provas juridicamente válidas, o que determina a improcedência do lançamento, nos termos do artigo 9º do Decreto nº 70.235/1972, com a redação dada pela Lei nº 8.748/1993, in verbis:

*Art. 9º - A **exigência de crédito tributário**, a retificação do prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em **autos de infração** ou notificação de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou **penalidade**, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais **elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito** (destaquei)*

Por todo o exposto voto no sentido de considerar procedente a impugnação, cancelando o crédito tributário lançado.

Do estudo do Professor José Eduardo Carreira Alvim (*in* Elementos da Teoria Geral do Processo, 4ª ed., Forense, pág. 276), temos o seguinte conceito para prova:

Objetivamente, são os meios de demonstrar a existência de um fato jurídico (Costa Carvalho) ou os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos no processo (Amaral Santos). Subjetivamente, é a convicção que se forma no espírito do juiz quanto à verdade dos fatos.

Marcos Vinícius Neder (*in* A Prova no Processo Tributário, 1ª ed., Dialética, pág. 16), classifica as provas em três categorias:

As provas podem ainda ser classificadas quanto a sua eficácia probatória em: plena ou bastante, quando por si só faz prova (exemplo: escritura pública); semiplena, em que há necessidade de complementação da prova (exemplo: documento particular); e indiciária, que dificilmente é aceita isoladamente.

Além do artigo 9º do Decreto nº 70.235/72, acima transcrito, por força do inciso I do artigo 333 do CPC e dos incisos I e VI a X do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.784/98, incumbe ao fiscal a produção dos elementos de prova que embasem a autuação em face de um contribuinte, *verbis*:

Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio.

É essencial frisar que o Código de Processo Civil não define o conceito de prova, ao contrário, busca claramente uma expansão genérica deste conceito, quando em seu artigo 332 indica que *“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa.”*

Também é importante ressaltar que sendo o auto de infração um documento prévio ao contraditório, a prova que se deve exigir do fiscal autuante é aquela que seja (1) lícita; (2) razoável do ponto de vista procedimental; (3) suficiente para propiciar adequado grau

de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, e (4) para a determinação do fato tributável ou ilícito, identificação do responsável e o cálculo do tributo e/ou penalidade; (5) bastante clara e específica para possibilitar o futuro contraditório.

Não atendendo a qualquer destes requisitos, a prova que instrua o auto de infração deve ser considerada nula. Por outro lado, uma vez atendidos estes requisitos, a prova deve ser avaliada quanto à sua eficácia, podendo, no entender deste relator, constituir: **prova plena stricto sensu**, ou seja, aquela prova determinada expressamente em lei; **prova adequada**, ou seja, aquela suficiente para, no sentir do juiz, materializar nos autos o fato jurídico que se pretende provar; **prova subsidiária**, ou seja, aquela que serve para reforçar ou afastar uma presunção legal; e/ou a **prova indiciária**, ou seja, aquela que constitui circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outro fato.

Todas estas provas, inclusive as indiciárias, devem atender aos cinco requisitos apostos acima, sob pena de não serem aceitas como tal.

No presente feito, apesar deste relator entender que é possível a produção de prova simplesmente indiciária (ao contrário do que entendeu a decisão recorrida), no mérito, também não aceito as provas produzidas pela fiscalização, pois entendo que (i) não foram razoáveis do ponto de vista procedimental, já que era possível a produção de várias outras provas; (ii) não foram suficientes para propiciar adequado grau de segurança e certeza dos fatos que pretendiam ser provados; (iii) não foram suficientes para determinar os fatos ilícitos atribuídos ao contribuinte; nem (iv) eram claras e específicas para possibilitar o contraditório futuro.

Assim, VOTO por conhecer do recurso de ofício, para negar-lhe provimento.

MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA - relator

Voto Vencedor

Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorin – Redatora Designada

Peço licença para discordar do voto do ilustre relator.

Inicialmente, destaco do preâmbulo do Relatório de Fiscalização, fl. 70, a caracterização da infração, nos seguintes termos:

“Foi constatada irregularidade punível com pena de perdimento das mercadorias adquiridas pela fiscalizada, com a conversão em multa por não terem sido localizadas, nos termos do art. 23, inc. IV e §§ 1º. e 3º., do Decreto –Lei n.º

1.455,/76, regulamentado pelo inciso XXII, do art. 618 do Decreto n.º 4.543/2002 (art. 689 do atual Regulamento Aduaneiro, Decreto n.º 6.759/2005)”.

A seguir, transcrevo o art. 23 do **Decreto-Lei nº. 1.455/1976**, com alterações promovidas por meio da Lei nº. 10.637, de 30/12/2002, conversão da MP nº. 66, de 2002, que justificou a penalidade aplicada.

“Art 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

...

V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.

§ 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias.

§ 2º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.

§ 3º A pena prevista no § 1º converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido transferida a terceiro ou consumida.

...”

Porque entendeu ter ocorrido ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, do comprador e de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, a autoridade fiscal formalizou a exigência; e, no meu entender, ao contrário do que afirma o relator, a fiscalização conseguiu obter e juntar provas razoáveis e suficientes para permitir adequado grau de segurança e certeza dos fatos atribuídos à contribuinte e à responsável, bem como claras e específicas, de modo a possibilitar o contraditório.

O conselheiro relator, assim como a turma julgadora de primeira instância, fundamenta sua conclusão na premissa de que todos os elementos de prova teriam sido colhidos essencialmente da *internet*.

Uma análise atenta do Relatório de Fiscalização e dos documentos que o acompanham permite constatar que outras provas, além das consultas à *internet*, foram obtidas e juntadas ao processo. Passo a tratar delas.

1. Elementos probatórios obtidos durante fiscalização promovida pela Alfândega da RFB do Aeroporto Internacional de Viracopos (ALF/VCP) em face da empresa SOCINTER SUL COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA (SOCINTER)

i) Intimada a apresentar documentação relativa à transação comercial de compra no exterior, a SOCINTER respondeu que não possuía contratos financeiros e que

comerciava com a exportadora, CHEK FUNG TRADING CO, com pagamento a prazo, porém, em relação à operação de importação objeto da fiscalização, ainda não havia realizado o fechamento do contrato de câmbio, nem o pagamento, porque o fornecedor, “sensibilizado com seus argumentos”, concedeu dilação no prazo de pagamento.

ii) Além disso, para comprovar a relação comercial, a SOCINTER apresentou *emails*, cujas datas eram anteriores à data de registro do domínio. Observe-se que, se não havia um domínio registrado, as correspondências, que, frise-se, não são consultas à *internet*, não poderiam ter sido trocadas naquelas datas.

iii) Outras informações relativas à empresa indicada como exportadora, CHEK FUNG TRADING CO, apresentaram inconsistências. Tais inconsistências foram observadas com amparo na rede mundial de computadores, *internet*. Entre elas, destaca-se que não teria endereço comercial; a única referência a ela seria um *site* registrado em data posterior ao início da fiscalização, com apresentação extremamente semelhante à do *site* da DAYS GROUP OF COMPANIES, fls. 34 do Anexo I; e a pessoa indicada como seu contato seria, de fato, gerente de vendas da empresa DAYS INTERNATIONAL LIMITED. Neste caso, os elementos foram sim obtidos da *internet*. Mas, estes não são os únicos.

iv) Conforme folhas 79/102, foram realizadas, ao amparo de Mandados de Procedimentos Fiscais, diligências em postos autorizados de assistência técnica no município de Campinas, SP, que resultaram em depoimentos de prestadores de serviços, segundo os quais suas notas de serviços eram emitidas em nome da empresa DAYS COMÉRCIO DE ELETRÔNICOS LTDA (DAYS), as quais, apenas após o início da fiscalização empreendida pela ALF/VCP, passaram a ser emitidas em nome da SOCINTER. Cópias de notas fiscais de serviços foram juntadas ao Anexo I.

v) Foram juntadas correspondências eletrônicas entre os prestadores de serviços e a DAYS, que deixam claro que esta empresa seria a representante e garantidora dos produtos das marcas HYUNDAI e DAYS no Brasil, não obstante a empresa SOCINTER ter realizado as importações destes produtos, e, para tanto, ter-se declarado sua real representante e garantidora.

vi) Conforme folha 115, grandes empresas comerciais varejistas, tais como, Lojas Americanas S/A, Submarino S/A, Livraria e Papelaria Saraiva S/A, Polimport Com. e Exportação Ltda (Polishop), Globex Utilidades S/A (Ponto Frio), após serem intimadas, apresentaram notas fiscais de compras de produtos HYUNDAI e DAYS, que demonstram que seus fornecedores eram a DAYS e uma outra empresa, WELLART DISTRIBUIDORA DE ELETRÔNICOS LTDA (WELLART).

vii) As empresas WELLART e DAYS se confundem numa única e mesma pessoa de fato, conforme demonstrado pela fiscalização, itens 3.11 e 3.12 do Relatório de Fiscalização, fls. 124/129, com base na comparação de seus quadros societários, de declarações de imposto de renda e de referências a pessoas que agiam em seus nomes, obtidas de esclarecimentos prestados por empresas que mantiveram contato comercial com elas.

viii) Conforme folha 116, quase todas as vendas da SOCINTER foram para a DAYS.

ix) A SOCINTER, com vistas a convencer a Administração Tributário-Aduaneira de que seria a real adquirente das mercadorias importadas, que a empresa CHEK FUNG TRADING CO seria a real exportadora e que a DAYS seria a revendedora, apresentou, em impugnação a auto de infração formalizado para fins de aplicação da pena de perdimento

das mercadorias objeto da fiscalização realizada pela ALF/VCP, Instrumento Particular de Fornecimento de Serviços e Locação de Sistema Telefônico, Tecnologia, Infraestrutura, Equipamentos, Serviços e Outras Avenças, **com reconhecimento de firma falso**, conforme fls. 59 e 66/72 do Anexo IV. Tal documento é referido na Impugnação à exigência constante deste processo, fls. 185/186, como aquele que originou a relação comercial entre as duas empresas, a partir da qual todos os outros acordos entre exportador e proprietários das marcas e entre estes e a SOCINTER se formalizaram.

Transcrevo as palavras do representante da DAYS, atribuindo especial destaque a este contrato na peça impugnatória, fls. 185/186:

“No exercício regular de suas atividades, fruto de um trabalho sério e dedicado, a empresa ora Impugnante [DAYS COMÉRCIO DE ELETRÔNICOS LTDA] firmou um contrato com a empresa Socinter Sul Comércio Internacional Ltda., consubstanciado no Instrumento Particular de Fornecimento de Serviços e Locação de Sistema Telefônico, Tecnologia, Infraestrutura, Equipamentos, Serviços e Outras Avenças, na data de 4 de setembro de 2006 (juntado às fls. 66/72).

Esse contrato marcou o início de um relacionamento comercial entre as empresas, no qual a empresa Days Comércio de Eletrônicos Ltda., passou a distribuir os produtos para grandes varejistas nos diversos Estados da federação.”

Vale dizer, o contrato que se pretende seja o início da relação que resultou nas operações de importação fiscalizadas possui falsificação grosseira, conforme declaração do registrador e notário da 12ª. Circunscrição do Registro Civil das Pessoas Naturais da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, fl. 59 do Anexo IV.

2. Provas utilizadas pela Inspeção da Receita Federal do Brasil do Rio de Janeiro (IRF/RJO), para lavrar o auto de infração que originou este processo

A IRF/RJO amparou-se nas provas obtidas pela ALF/VCP e nos documentos e livros contábeis e fiscais da DAYS, cópias nos Anexos II a IV, especialmente, as Notas Fiscais de Saídas e os Livros Diário, Razão e Registro de Empregados, com base nos quais constatou:

i) A DAYS, que não possuía habilitação no Siscomex-Radar, fl. 133, logo, não poderia realizar operações de importação e exportação, efetuava, sistematicamente, adiantamentos de vultosas quantias à SOCINTER, evidenciando que as operações de comércio exterior registradas em nome desta eram realizadas com recursos daquela.

ii) Nos anos de 2006 e 2007, todas as compras significativas da DAYS foram realizadas junto à SOCINTER.

iii) Pessoas citadas repetidamente pelos prestadores de serviços, durante a fiscalização promovida pela ALF/VCP, como aqueles que os contataram, em nome da empresa DAYS, para convidá-los a prestarem serviços de assistência técnica de produtos, conforme Livro Registro de Empregados desta empresa, analisado durante fiscalização da Inspeção da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro, eram, de fato e de direito, funcionários da DAYS.

Em resumo, com base nas demonstrações feitas pela fiscalização, amparadas em vários elementos, não só consultas à *internet*:

i) A empresa SOCINTER, que constou como importadora dos produtos HYUNDAI e DAYS, não apresentou documentos hábeis a comprovar que efetivou contatos comerciais com a empresa indicada como exportadora.

ii) Esta, a exportadora, antes do início da fiscalização efetuada pela ALF/VCP, não possuía endereço comercial na rede mundial de computadores e o endereço físico informado como seu tratava-se de endereço tipicamente residencial.

iii) A DAYS era a real garantidora dos produtos HYUNDAI e DAYS, importados pela SOCINTER.

iv) Quase todos os produtos importados pela SOCINTER saíram desta para a DAYS.

v) Quase todos as compras significativas da DAYS tiveram como fornecedora a SOCINTER.

vi) As grandes empresas que comercializam no varejo os produtos HYUNDAI e DAYS no país, adquiriram estes produtos da DAYS.

vii) A DAYS não possuía habilitação no Siscomex-Radar, o que a impedia de realizar operações de importação e exportação.

viii) As importações promovidas pela SOCINTER eram lastreadas em adiantamentos de valores efetuados pela DAYS.

De tudo isto decorre que a DAYS é a real adquirente dos produtos importados em nome da SOCINTER, o que foi omitido nos despachos de importação, iludindo-se o controle aduaneiro.

E, ao se manter oculta nas operações de importação, uma vez que elas foram realizadas em nome da SOCINTER, que, posteriormente, promoveu saídas internas dos produtos para a DAYS, esta deixou de se equiparar a estabelecimento industrial, burlando o art. 13 da Lei nº. 11.281, de 20/02/2006, conversão da MP nº. 267, de 2005, de modo que as saídas de seu estabelecimento para empresas comerciais varejistas não sofreram tributação pelo IPI, resultando em uma redução do tributo.

Veja-se o texto do art. 13 da lei nº. 11.281/2006:

“Art. 13. Equiparam-se a estabelecimento industrial os estabelecimentos, atacadistas ou varejistas, que adquirirem produtos de procedência estrangeira, importados por encomenda ou por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora.”

Os seguintes dispositivos confirmam o entendimento segundo o qual a empresa DAYS é responsável, solidariamente com a empresa SOCINTER, pela exigência consubstanciada neste processo, bem como se equipara a estabelecimento industrial.

A Lei n.º 10.637/2002 dispõe:

Art. 27. A operação de comércio exterior realizada mediante utilização de recursos de terceiro presume-se por conta e ordem deste, para fins de aplicação do disposto nos arts. 77 a 81 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

A MP nº 2158-35, de 2001, diz:

“Art. 77. O parágrafo único do art. 32 do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 32.

Parágrafo único. É responsável solidário:

I - ...;

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

Art. 78. O art. 95 do Decreto-Lei nº 37, de 1966, passa a vigorar acrescido do inciso V, com a seguinte redação:

“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.” (NR)

Art. 79. Equiparam-se a estabelecimento industrial os estabelecimentos, atacadistas ou varejistas, que adquirirem produtos de procedência estrangeira, importados por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora.”

Por todo o exposto, especialmente por entender que ficou provado que as empresas SOCINTER SUL COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA e DAYS COMÉRCIO DE ELETRÔNICOS LTDA atuaram em conjunto, ocultando o real comprador de mercadorias importadas, por conseguinte, iludiram o controle aduaneiro e causaram redução no valor de tributos devidos, voto por dar provimento ao Recurso de Ofício, para manter na íntegra a exigência fiscal formalizada por meio do auto de infração que originou este processo.

Mércia Helena Trajano D’Amorim.