



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

Processo n° 10111.721086/2013-37
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **3802-004.027 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 27 de janeiro de 2015
Matéria MULTA-CONVERSÃO DE PENA DE PERDIMENTO
Recorrente OBJETIVA PRODUTOS PROFISSIONAIS LTDA. E OUTROS (Protech Implantes Especializados, Medical Shop Prod Hosp LTDA, Luiz Fernando Mendonça Leal e André Luiz de Araújo Espíndola)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto:

MULTA-CONVERSÃO DE PENA DE PERDIMENTO

Data do fato gerador: 01/12/2010

NULIDADE DE LANÇAMENTO

Em matéria de processo administrativo fiscal, não há que se falar em nulidade caso não se encontrem presentes as circunstâncias previstas pelo art. 59 do Decreto n° 70.235, de 1972. Assim como não enseja nulidade de auto de infração quando lavrado por agente capaz, contendo os requisitos exigidos pelo art. 10, do mesmo decreto.

SOLIDARIEDADE PASSIVA E RESPONSABILIDADE PESSOAL

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

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. Recurso a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado

(assinado digitalmente)

MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Mércia Helena Trajano D'Amorim, Francisco José Barroso Rios, Solon Sehn, Waldir Navarro Bezerra, Bruno Maurício Macedo Curi e Cláudio Augusto Gonçalves Pereira.

Relatório

O interessado acima identificado recorre a este Conselho, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Fortaleza/CE.

Por bem descrever os fatos ocorridos, até então, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir:

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 22/05/2013 por meio do qual se exige crédito tributário no valor total de R\$ 73.282,44 (setenta e três mil, duzentos e oitenta e dois reais e quarenta e quatro centavos) correspondente à multa equivalente a 100% do valor aduaneiro da mercadoria, conforme §3o do art. 23 do Decreto-lei no 1.455/76, aplicada em virtude da infração prevista no inc. V do mesmo artigo (ocultação do real adquirente da mercadoria).

*Do Termo de Verificação Fiscal integrante do Auto de Infração **colho os seguintes trechos** mais relevantes para esclarecimento da lide:*

1 – INTRODUÇÃO

No desempenho das funções de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, lavra-se o presente Auto de Infração, a ser aplicado em desfavor da(s) autuada(s) qualificada(s) no tópico Sujeição Passiva deste Termo, pela subsunção ao que dispõe o Artigo 23, Inciso V c/c §§ 1º, 2º e 3º do Decreto-lei nº 1.455/76 e Artigo 11, Inciso I da Instrução Normativa SRF nº 228/2002.

A presente fiscalização foi determinada pelo Mandado de Procedimento Fiscal –MPF nº 0117600-2013-00004-5 a fim de verificar a ocorrência de ocultação do verdadeiro responsável pelas operações e/ou interposição fraudulenta de terceiros em operações de comércio exterior realizadas pela empresa PROTECH IMPLANTES ESPECIALIZADOS LTDA (CNPJ nº 04.691.013/0001-05) (doravante denominada PROTECH) e para as quais a empresa fiscalizada figura como real adquirente oculta das mercadorias importadas.

2 – CONTEXTUALIZAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO

Apesar de não estar habilitada para operar no comércio exterior, será demonstrado neste Termo de Verificação Fiscal que a OBJETIVA operava de forma oculta em operações de importação de produtos por ela comercializados, utilizando para tal feito a cessão do nome e da estrutura

documental da empresa PROTECH e financiamento da empresa MEDICAL SHOP PRODUTOS HOSPITALARES LTDA (CNPJ nº 38.056.131/0001-63), doravante chamada MEDICAL SHOP, todas com sócios em comum, através de meios fraudulentos que resultam em grandes danos à administração aduaneira.

Tanto a OBJETIVA, como a PROTECH e a MEDICAL SHOP tinham como sócios, em dezembro de 2010 (dois mil e dez), o Sr. LUIZ FERNANDO MENDONÇA LEAL (CPF nº 279.751.851-91) e o Sr. ANDRÉ LUIZ DE ARAÚJO ESPÍNDOLA (CPF nº 270.778.451-68). Este último foi substituído em todas as sociedades pela Sra. PATRÍCIA RAUPP MACHADO LEAL (CPF nº 410.928.721-91) em outubro de 2012 (dois mil e doze).

Temos assim a existência de três empresas, pertencentes aos mesmos sócios, as quais formam um grupo econômico no qual uma atua como importadora de produtos médico-hospitalares (no caso a PROTECH), a outra atua como revendedora e distribuidora dos mesmos produtos no mercado interno (no caso a OBJETIVA) e a outra também como distribuidora dos produtos no mercado interno bem como sendo o braço financiador das operações (no caso a MEDICAL SHOP). Assim, conforme ficará demonstrado neste Termo de Verificação Fiscal, era a MEDICAL SHOP a real financiadora das importações realizadas pela PROTECH como sendo por sua própria conta e posteriormente remetidas ao real adquirente oculto, a OBJETIVA.

Tal modalidade de negócio seria legítima, se estivessem a MEDICAL SHOP e a OBJETIVA habilitadas para operar no comércio exterior e as importações fossem registradas pela PROTECH como sendo por conta e ordem da real adquirente das importações.

*Conforme ficou demonstrado no Auto de Infração constante do PAF nº 10111.721.291/2012-11, lavrado em desfavor da empresa PROTECH, esta não dispunha de capacidade financeira para proceder com as importações por ela efetuadas e ditas como se por conta própria fossem. Tais importações eram suportadas financeiramente pela MEDICAL SHOP, a qual financiava as mercadorias importadas pela PROTECH que por sua vez as repassava à OBJETIVA para posterior revenda no mercado interno, **permanecendo a última oculta aos controles aduaneiros e desobediente às demais disposições legais que regulam uma operação de importação na modalidade “por conta e ordem de terceiros”.***

3 – EXPOSITIVO DA FISCALIZAÇÃO

[...] no dia 21 (vinte e um) de fevereiro de 2013 (dois mil e treze), com intuito de cientificar a empresa OBJETIVA do início de fiscalização e solicitar documentação para início de auditoria fiscal, foi lavrado Termo de Início de Fiscalização nº 014/2013 (documento nos autos) do qual a sócia da empresa, Sra. PATRÍCIA LEAL, tomou ciência pessoal no dia 27 (vinte e sete) de fevereiro de 2013 (dois mil e treze) e ficou, através do mesmo documento, intimada a apresentar no prazo de 10 (dez) dias a contar do recebimento daquele, o que segue:

a) Apresentar cópia autenticada do Contrato Social da empresa, além de todas as alterações contratuais subsequentes;

b) Apresentar Livros Diário e Razão dos anos de 2010, 2011 e 2012, com todas as formalidades legais previstas em lei, inclusive assinados pelo(s) sócio(s) e contador responsável(is). Adicionalmente, de modo a otimizar a análise das informações contábeis, apresentar também os arquivos digitais dos respectivos livros, no formato estabelecido pelo ADE 15/2001, e gerado pelo programa SINCO – Arquivos contábeis fornecidos pela RFB no seguinte endereço eletrônico:

<http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/SINCO/ArquivosContabeis/Default.htm>;

c) Apresentar o Plano de Contas para os anos de 2010, 2011 e 2012, em arquivo eletrônico, de acordo com o formato estabelecido pelo ADE 15/2001, e gerado pelo programa SINCO – Arquivos contábeis fornecidos pela RFB no seguinte endereço eletrônico:

<http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/SINCO/ArquivosContabeis/Default.htm>;

d) Apresentar livro de Registro de Entrada e Saída de Mercadorias, Registro de Inventário, e Livro de Apuração do ICMS, dos anos de 2010, 2011 e 2012. Adicionalmente, de modo a otimizar a análise das informações contábeis, apresentar também os arquivos digitais do Registro de Entrada e Saída de Mercadorias, no formato estabelecido pelo ADE 15/2001, e gerado pelo programa SINCO – Arquivos contábeis fornecidos pela RFB no seguinte endereço eletrônico:

<http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/SINCO/ArquivosContabeis/Default.htm>;

e) Apresentar os extratos bancários originais de todas as contas-correntes de propriedade da empresa, contendo toda a movimentação das contas, no período de dezembro de 2010 a abril de 2012, em ordem cronológica, inclusive em meio

magnético;

f) Apresentar declaração, assinada pelo(s) sócio(s) responsável(is), indicando o nome, CPF, cargo na empresa e telefone da pessoa encarregada a receber documentação e tratar com os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, referente à presente fiscalização. Adicionalmente, apresentar documento comprobatório de seu vínculo com a empresa;

Frisa-se aqui que a empresa não apresentou a totalidade dos livros contábeis(faltaram os livros contábeis referentes ao ano de 2010, justamente o período da importação analisada) e os extratos bancários solicitados, inviabilizando uma análise detalhada de suas operações junto à PROTECH.

4 – DA ANÁLISE DOS FATOS E DA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA

Passamos a analisar os documentos apresentados pela OBJETIVA no curso da presente fiscalização, assim como aqueles recebidos e analisados no curso do procedimento especial de fiscalização regido pela IN SRF nº 228/2002 instaurada em desfavor da PROTECH e detalhados no Auto de Infração constante do PAF nº 10111.721.291/2012-11.

Primeiramente, ressaltamos que a presente fiscalização tem como escopo a análise da Declaração de Importação – DI constantes da tabela abaixo.

<i>Número DI</i>	<i>Data Registro</i>	<i>Valor da Operação (CIF R\$)</i>
10/2141323-4	01dez 2010	73.282,44

A DI acima foi registrada pela empresa PROTECH e foi objeto de autuação pela ocultação do real adquirente e beneficiário das importações, nos termos do Artigo 33 da Lei nº 11.488/2007.

[...] As seguintes observações são excertos do Auto de Infração constante do PAF nº 10111.721.291/2012-11, lavrado em desfavor da PROTECH, e referem-se aos documentos apresentados pela mesma no curso do Procedimento Especial de Fiscalização a que esta foi submetida, tais como Livros Contábeis, extratos bancários, contratos de financiamento, contratos de câmbio, etc.

*Reiteramos que a OBJETIVA não apresentou os Livros Contábeis e os extratos bancários solicitados pela presente fiscalização e referentes ao período de efetivação da importação em análise **SOLIDARIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENALIDADE:** (ano de 2010), inviabilizando uma análise detalhada de suas operações junto à MEDICAL SHOP e PROTECH. Não obstante, a análise realizada no curso do Procedimento Especial de Fiscalização instaurado em desfavor da última já se mostrou suficiente para demonstrar a ocultação do real adquirente das mercadorias e financiador das operações, tal como descrito a seguir.*

4.1 – IMPORTAÇÃO REGISTRADA NA DI N° 10/2141323-4

A análise da declaração e de seus documentos demonstrou que o importador declarou, no campo “Dados Complementares”, o seguinte: “Informamos o e-mail do importador (responsável): Cristina@medicalshopdf.com.Br”. Ou seja, foi indicada como responsável do importador pela operação uma suposta funcionária com endereço eletrônico pertencente a outra empresa dos mesmos sócios, a MEDICAL SHOP. Não há nos registros de empregados da PROTECH uma funcionária de nome Cristina, conforme documentação entregue a esta fiscalização e conforme as declarações prestadas à Previdência Social – GFIP.

A DI foi desembaraçada no mesmo dia 1º de dezembro de 2010, pelo canal verde de conferência, sem o pagamento de tributos na importação, dado que a classificação fiscal adotada determinava alíquota 0% para os impostos e redução a zero das contribuições sociais incidentes.

Com relação ao pagamento ao fornecedor estrangeiro das mercadorias, o importador apresentou à fiscalização o contrato de câmbio firmado em 31 de março de 2011 com o Banco do Brasil, de nº 11/008504, com o valor total em dólares registrado na fatura nº 12383220, correspondente ao total de R\$ 68.892,44 (sessenta e oito mil, oitocentos e noventa e dois reais e quarenta e quatro centavos) em moeda nacional.

Ao buscar o registro da quitação desse contrato, o que representa o efetivo pagamento pelas mercadorias importadas, constatou-se que este foi feito no mesmo dia 31 de março, tendo o recurso sido debitado da conta corrente no Banco do Brasil nº 13252-7 da agência nº 3382-0, de propriedade do importador, conforme

importador, conforme registrado no extrato bancário da respectiva conta corrente e também na contabilidade da empresa.

Passou-se então a buscar a origem do recurso utilizado para quitação daquele contrato. No dia 30 de março de 2011, um dia antes do pagamento em questão, o saldo dessa conta era de R\$ 3.018,46 (três mil e dezoito reais e quarenta e seis centavos). Portanto, era insuficiente para a quitação do contrato. Entretanto, observou-se no extrato bancário que, no dia 31 de março de 2011, foi feita uma transferência bancária em favor da conta corrente da PROTECH, no valor de R\$ 95.000,00 (noventa e cinco mil reais), para a qual o histórico do extrato apresenta a seguinte descrição:

“transferência on line 31/03 3382 Medical S”.

Contabilmente, tal transferência foi registrada a débito da conta de banco que demonstra a movimentação da conta corrente no Banco do Brasil (código 915 - PROT/BB 13252-7, AG 3382-0), e a crédito da conta de passivo código 947 - MUTUO - MEDICAL SHOP, que registra supostos empréstimos financeiros a título de mútuo da MEDICAL SHOP em favor da PROTECH. Logo, tal entrada financeira teve como origem uma transferência bancária da empresa MEDICAL SHOP. Como não houve nenhuma outra entrada financeira nessa conta corrente antes da quitação do contrato, podemos afirmar que tal pagamento somente foi possível graças a essa transferência da MEDICAL SHOP, e com recursos desta. Mais adiante trataremos, em tópico específico, dos contratos de mútuo entre a PROTECH e as empresas vinculadas, de posse dessa fiscalização.

Depois de desembaraçadas e entregues, as mercadorias nacionalizadas por meio desta declaração tiveram sua suposta entrada no estabelecimento da empresa registrada integralmente através da Nota Fiscal de Entrada nº 144, de 1º de dezembro de 2010, com valor total de R\$ 73.322,41 (setenta e três mil, trezentos e vinte e dois reais e quarenta e um centavos).

Logo em seguida, no dia 2 de dezembro de 2010, as mercadorias em questão foram integralmente repassadas à empresa OBJETIVA, outra empresa vinculada, operação registrada na Nota Fiscal de Venda nº 151, com valor total de R\$ 84.320,78 (oitenta e quatro mil, trezentos e vinte reais e setenta e oito centavos). A venda para a empresa OBJETIVA foi registrada na contabilidade no mesmo dia de emissão da Nota Fiscal nº 151, a débito da conta de ativo código nº 027 - CLIENTES A RECEBER, e a crédito da conta de resultado código nº 396 - VENDA DE MERCADORIAS À VISTA. Entretanto, ao longo de todo o período de contabilidade analisada, não foi encontrado nenhum lançamento que registrasse o efetivo recebimento financeiro do valor da suposta venda, ou seja, não há lançamento a crédito da conta CLIENTES A RECEBER com histórico que remeta à Nota Fiscal de Venda nº 151, nem a débito das contas de bancos ou caixa com o mesmo histórico, o que faz supor que a venda na verdade tratou-se de uma simples transferência das mercadorias importadas ao verdadeiro interessado nos produtos.

Esse conjunto de fatos demonstra que estão presentes nesta operação elementos que permitem concluir que a PROTECH atuou no comércio exterior ocultando o real comprador e/ou real responsável pela importação, a saber: pagamento do contrato decâmbio com recurso proveniente de mútuo com empresa vinculada; suposta venda das

mercadorias importadas integralmente para uma única empresa, também vinculada,

após somente um dia do desembaraço, e com baixa agregação de valor em

com empresa vinculada; suposta venda das mercadorias importadas integralmente para uma única empresa, também vinculada, após somente um dia do desembarço, e com baixa agregação de valor em relação ao registro da entrada (15%); ausência do recebimento financeiro pela suposta venda feita à empresa vinculada.

Tais fatos também permitem supor o principal modus operandi da PROTECH em suas operações de importação: uso de recursos de empresa vinculada – MEDICAL SHOP, para custeio das operações, e transferência integral das mercadorias para outra empresa do grupo, no caso, a OBJETIVA, real interessada na operação.

4.2 – OS CONTRATOS DE MÚTUO COM EMPRESAS VINCULADAS

A fim de justificar as entradas financeiras oriundas das empresas vinculadas, conforme já descrito neste termo, a PROTECH apresentou doze instrumentos particulares de mútuo feneratício feitos com a empresa MEDICAL SHOP, [...]

Após análise dos documentos, constatou-se que todos os contratos de mútuo tinham as mesmas características: (1) foram celebrados com empresas vinculadas, pertencentes aos mesmos sócios da PROTECH, no caso da MEDICAL SHOP e da OBJETIVA, ou pertencentes às suas respectivas esposas, no caso do HOSPITAL SÃO LUCAS; (2) quanto aos contratos com a MEDICAL SHOP e a OBJETIVA, foram assinados pelos senhores LUIZ FERNANDO MENDONÇA LEAL e ANDRÉ LUIZ DE ARAÚJO ESPÍNDOLA, tanto como representantes da PROTECH – mutuária, quanto como representantes das empresas mutuantes, sem a assinatura de testemunhas; nos contratos com o HOSPITAL SÃO LUCAS, foram assinados pelo sócios da PROTECH e pelas Sras. VALÉRIA HORTA GENEROSO (CPF 689.616.851-04) e PATRÍCIA RAUPP MACHADO LEAL; (3) foram celebrados sem o oferecimento de quaisquer garantias pela mutuária, com prazo de pagamento de cinco anos; (4) pelos contratos, as mutuantes (MEDICAL SHOP, OBJETIVA e HOSPITAL SÃO LUCAS) se obrigavam a disponibilizar os valores contratados mediante depósitos bancários em conta corrente da mutuária (PROTECH), ou mesmo pagar diretamente compromissos financeiros desta.

A soma dos valores mensais depositados nas contas bancárias da PROTECH e registrados na contabilidade tendo como contrapartidas as contas de passivo de mútuo (nº 00947 – MÚTUO MEDICAL SHOP, nº 00976 – MÚTUO OBJETIVA e nº 01000 – MÚTUO-HOSPITAL SÃO LUCAS) confere com os totais mensais celebrados nos contratos (com uma única exceção no mês de outubro de 2011, onde há uma transferência registrada na conta nº 00947 – MÚTUO MEDICAL SHOP, nº 00976, de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinqüenta mil reais), que carece de cobertura contratual).

Todavia, as datas das transferências dos valores para as contas bancárias da PROTECH, também registradas na contabilidade, são anteriores às datas de celebração dos contratos, conforme demonstram as tabelas a seguir:

Contratos	Data de celebração	Valor dos contratos (R\$)	Datas das transferências bancárias	Valor total das transferências (R\$)
Contrato de Mútuo com a Medical - 1	31/01/2011	2.072.000,00	11, 20 e 24/01/2011	2.072.000,00
Contrato de Mútuo com a Medical - 2	28/02/2011	599.450,00	01, 02, 04, 08, 09, 11 e 15/02/2011	599.450,00
Contrato de Mútuo com a Medical - 3	31/03/2011	817.000,00	03, 10, 11, 16 e 31/03/2011	817.000,00
Contrato de Mútuo com a Medical - 4	30/04/2011	220.000,00	01, 05, 06, 11, 12, 13, 15, 19, 20 e 28/04/2011	220.000,00
Contrato de Mútuo com a Medical - 5	31/05/2011	442.500,00	02, 06, 12, 13, 16, 25 e 27/05/2011	442.500,00
Contrato de Mútuo com a Medical - 6	30/06/2011	609.000,00	06, 07, 10, 14, 20, 21 e 29/06/2011	609.000,00
Contrato de Mútuo com a Medical - 7	31/07/2011	248.000,00	05, 07, 15, 18, 20, 25 e 20/07/2011	248.000,00
Contrato de Mútuo com a Medical - 8	31/08/2011	142.000,00	04, 05, 10, 12 e 16/08/2011	142.000,00
Contrato de Mútuo com a Medical - 9	30/09/2011	423.275,09	02, 15, 19, 20, 23, 29 e 30/09/2011	423.275,09
Contrato de Mútuo com a Medical - 10	31/10/2011	1.068.000,00	03, 04, 07, 11, 13, 20, 24, 25 e 28/10/2011	1.318.000,00*
Contrato de Mútuo com a Medical - 11	30/11/2011	390.000,00	04, 10, 11 e 16/11/2011	390.000,00
Contrato de Mútuo com a Medical - 12	31/12/2011	1.535.275,15	07 e 12/12/2011	1.535.275,15

* Há uma transferência de 250 mil no dia 28/10 que não tem cobertura de contrato.

Contratos	Data de celebração	Valor dos contratos (R\$)	Datas das transferências bancárias	Valor total das transferências (R\$)
Contrato de Mútuo com a Objetiva - 1	28/02/2011	4.000,00	10/02/2011	4.000,00

Contratos	Data de celebração	Valor dos contratos (R\$)	Datas das transferências bancárias	Valor total das transferências (R\$)
Contrato de Mútuo com o Hosp. S Lucas - 1	30/06/2011	6.670,00	27/06/2011	6.670,00
Contrato de Mútuo com o Hosp. S Lucas - 2	30/11/2011	64.000,00	07/11/2011	64.000,00

Esse conjunto de fatos nos permite concluir que tais contratos de mútuo com as empresas vinculadas, por terem sido feitos após o início das efetivas transferências dos recursos, tenham sido celebrados com o intuito de justificar as transferências financeiras feitas com habitualidade entre as empresas vinculadas e a PROTECH, as quais, por representarem a principal origem dos recursos disponíveis da empresa, serviram para custear o funcionamento desta, incluindo-se as operações de comércio exterior, conforme demonstrado anteriormente. Essa relação é observável principalmente com a MEDICAL SHOP, com a qual a PROTECH celebrou contratos de mútuo em todos os meses de 2011, sendo claramente essa a principal fonte de receita da empresa. Ou seja, a empresa agiu com

simulação ao fazer os contratos com o intuito de formalizar as transferências financeiras já anteriormente realizadas.

Resta amplamente demonstrado, portanto, que a importação da PROTECH acima analisadas foram financiadas com recursos das empresas vinculadas pertencentes ao mesmo grupo econômico, em especial a empresa MEDICAL SHOP. Em resumo, o “modus operandi” das empresas pode ser resumido como:

- *Ocultação do real adquirente e/ou real responsável pela operação de importação, a saber a empresa OBJETIVA;*
- *Pagamento dos tributos e demais despesas de importação, inclusive as despesas de aquisição junto ao fornecedor internacional com recurso proveniente de mútuo com empresa vinculada (em especial a MEDICAL SHOP) e/ou de contratos de financiamento bancários com garantias dadas pelas mesmas empresas vinculadas;*
- *Simulação de contratos de Mútuo, celebrados com o intuito de justificar as transferências financeiras feitas com habitualidade entre as empresas vinculadas e a PROTECH, as quais, por representarem a principal origem dos recursos disponíveis da última, serviram para custear seu funcionamento, incluindo-se as operações de comércio exterior. Essa relação é observável principalmente com a MEDICAL SHOP, com a qual a PROTECH celebrou contratos de mútuo em todos os meses de 2011, sendo claramente essa a principal fonte de receita da importadora;*
- *Suposta venda das mercadorias importadas integralmente para a mesma empresa vinculada, nos dias seguintes ao desembarço, e com baixa ou nenhuma agregação de valor em relação ao registro da entrada;*
- *Ausência do recebimento financeiro pela importadora relativo à suposta venda feita à empresa vinculada.*

[...] quando instada a entregar ao Fisco as mercadorias importadas pela DI objeto da presente fiscalização e que foram repassadas a ela pela PROTECH através da Nota Fiscal de venda acima relacionada, a OBJETIVA apresentou, em resposta à intimação constante no item ‘g)’ do Termo de Início de Fiscalização nº 014/2013, uma declaração firmada por representante da empresa afirmando que a totalidade das mercadorias objeto da intimação foram revendidas ou consumidas. Foi apresentado também uma relação contendo as Notas Fiscais de saída que comprovam a revenda das mercadorias em questão

5 – DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA DOS FATOS E DO CONCEITO DE INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA

A nova redação do §2º do art. 23 cria a presunção legal de ocorrência de interposição fraudulenta quando não comprovada a origem, a disponibilidade ou a transferência dos recursos empregados na operação de comércio exterior. São estas duas normas legais (mas não somente elas) – IN 228/2002 e DL 1.455/76 – os principais dispositivos ensejadores da presente fiscalização.

Aurélio Buarque de Holanda conceitua “interposição de pessoa” como “simulação que consiste em ocultar o verdadeiro interessado num ato jurídico, fazendo aparecer um terceiro em seu lugar”. No Vocabulário Jurídico, De Plácido e Silva, define-se interposição como meter-se de permeio, colocar-se entre. É a intervenção de uma pessoa em negócio alheio, por ordem de seu dono ou a mandado dele. A pessoa interposta, com o fito de cumprir ou realizar aquilo que o ordenante ou mandante não pode fazer, é colocada ou posta entre este e um terceiro. A interposta pessoa nada mais é que aquela que executa um ato ou uma série de atos, a mando ou ordem de alguém. Seja por impossibilidade do mandante, seja por conveniência daquele. Em linguagem jurídica, a interposta pessoa, também denominada prestanome, é aquela que, embora execute um ato ou pratique um negócio em proveito e por ordem de outro, o faz em seu próprio nome. Equipara-se ao mandatário.

Em suma, pode-se definir interposição fraudulenta como todo ato em que uma pessoa, física ou jurídica, aparenta ser o responsável por uma operação que não realizou, interpondo-se entre uma parte (neste caso, o fisco) e outra (o real beneficiário – responsável pela operação de comércio exterior), para ocultar o sujeito passivo.

Em outras palavras, o que o Estado busca combater, aqui, é a aplicação da simulação ou da fraude nas atividades de comércio exterior, por meio da falsidade documental, com a intenção de omitir dos controles aduaneiros os verdadeiros intervenientes das operações de comércio exterior. Isso significa que é fácil burlar o controle aduaneiro por meio da simulação: basta inserir, no campo “real adquirente” da DI, nome diverso daquele que ali deveria aparecer. Conseqüentemente, quando uma empresa cede seu nome para constar na DI no lugar de outra, ela traz para a sociedade, automaticamente, uma série de riscos.

Retomando-se o estudo da presunção de interposição fraudulenta a que se refere o § 2º, do art. 23, do DL nº 1.455/76, o jurista Alfredo Augusto Becker define a presunção como o resultado do processo lógico mediante o qual, do fato conhecido cuja existência é certa, infere-se o fato desconhecido cuja existência é provável.

Ou seja, na presunção, que é uma prova indireta, há um fato indiciário (conhecido), um fato indiciado (inferido) e uma relação implicacional entre os fatos.

No que tange à presunção legal do 2º, do art. 23, do DL nº 1.455/76, há três elementos:

- a) um fato indiciário, que é a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados em operação de comércio exterior;*
- b) um fato indiciado, que é a interposição fraudulenta de terceiros e;*
- c) a implicação entre os fatos, que já está dada e construída pela disposição legal contida no próprio §2º, do art. 23, do DL nº 1.455/76.*

É dizer, uma vez não comprovada a origem, a disponibilidade ou a efetiva transferência dos recursos financeiros empregados na operação de comércio exterior (fato indiciário), fica a fiscalização dispensada de provar quem disponibilizou os recursos, incidindo, por expressa disposição legal, o fato indiciado (a interposição fraudulenta de terceiros).

6 – DAS PENALIDADES

6.1– MULTA PROPORCIONAL AO VALOR ADUANEIRO DAS MERCADORIAS

No caso da não localização, consumo ou revenda das mercadorias em questão será aplicada a multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, conforme dita o §3º do mesmo artigo, transcrito a seguir:

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.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)(grifo nosso)

§ 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 3º As infrações previstas no caput serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 .

(Redação dada pela Lei nº 12.350, de 20 de dezembro de 2010)

6.2 – MULTA POR CESSÃO DO NOME

*Por tudo que foi descrito durante este texto resta comprovado que a empresa PROTECH ocultou dolosamente o real adquirente das mercadorias por ela importadas. Essa prática de cessão de nome a terceiros tem penalidade pecuniária prevista por Lei incidente diretamente sobre aquele que agiu como instrumento da irregularidade, ou seja, o importador ostensivo, tal como versa o Artigo 33 da Lei nº 11.488/07. **Tal penalidade foi aplicada no Auto de Infração constante do Processo Administrativo Fiscal – PAF nº 10111.721.291/2012-11.***

6.3 – SOLIDARIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENALIDADE:

A empresa importadora, a empresa financiadora, bem como os sócios das empresas PROTECH, MEDICAL SHOP e OBJETIVA devem aparecer como figura solidária e responsável no pólo passivo para as penalidades aplicadas, nos termos do Artigo 124, 134 e 135 do Código Tributário Nacional (CTN), Lei nº 5.172/66, além do Artigo 95 do Decreto-Lei nº 37/66, de 18/11/1966.

7 – APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO

Por todo o descrito neste termo, a empresa OBJETIVA será penalizada naquela importação registrada na Declaração de Importação como por conta própria da empresa PROTECH, por se tratar de ocultação do real adquirente já bastante comprovada.

De acordo com as penalidades descritas no item anterior, a importação objeto da presente fiscalização será autuada com a penalidade de multa substitutiva do perdimento (Artigo 23, inciso V e §§ 1º e 3º do Decreto-Lei nº 1.455/76), gerando os respectivos créditos tributários.

Total dos Créditos Tributários Apurados neste Auto de Infração:

<i>PENA APLICÁVEL</i>	<i>CT APURADO (R\$)</i>
<i>Conversão do Perdimento em multa</i>	<i>73.282,44</i>
<i>TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO</i>	<i>73.282,44</i>

8 – REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS

Todos estes fatos são, em tese, crimes cometidos pelas empresas OBJETIVA, MEDICAL SHOP e PROTECH, através de seus sócios, e serão objeto de uma REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS a ser registrado em processo próprio a ser encaminhado ao Ministério Público.

9 – CONCLUSÃO DA FISCALIZAÇÃO

Ficou demonstrado que a empresa fiscalizada, OBJETIVA, é a real adquirente da importação analisada. Tal importação foi efetuada com o único intuito de repassar as mercadorias para seu real adquirente, simulando operações que de fato não ocorreram.

Ficou demonstrado que a PROTECH não dispunha de estrutura econômico-financeira para fazer jus aos dispêndios inerentes às importações próprias por ela efetuadas, os quais eram suportados, prioritariamente, pela MEDICAL SHOP.

10 – SUJEIÇÃO PASSIVA

10.1 A empresa denominada OBJETIVA PRODUTOS PROFISSIONAIS LTDA, inscrita no cadastro nacional de pessoa jurídica (CNPJ) sob o nº 03.609.953/0001- 40, endereço registrado na base de dados da RFB a ST SHS QUADRA 06 CONJUNTO A BLOCO E SN SALA 1026 PARTE A – ASA SUL – BRASÍLIA/DF – CEP: 70322-915.

Respondem conjuntamente pelas infrações cometidas os sócios da empresa autuada, além da empresa importadora, em conformidade com inciso I do Art. 95 do Decreto-Lei nº 37/66, combinado com os Art. 124, 134 e 135 do Código Tributário Nacional (Lei Complementar nº 5.172/66):

10.2 A empresa denominada PROTECH IMPLANTES ESPECIALIZADOS LTDA, inscrita no cadastro nacional de pessoa jurídica (CNPJ) sob o nº 04.691.013/0001- 05, endereço registrado na base de dados da RFB a ST SHS QUADRA 06 CONJUNTO A BLOCO E SN SALA 1026 PARTE B, ASA SUL, BRASÍLIA/DF - CEP: 70322-915.

10.3 A empresa denominada MEDICAL SHOP PRODUTOS HOSPITALARES LTDA, inscrita no cadastro nacional de pessoa jurídica (CNPJ) sob o nº 38.056.131/0001-63, endereço registrado na base de dados da RFB a ST SHI/SUL AE QI 03 CONJUNTO A BLOCO G S/N – LAGO SUL – BRASÍLIA/DF – CEP 71.605-200.

10.4 LUIZ FERNANDO MENDONÇA LEAL, sócio-administrador, inscrito no cadastro de pessoa física (CPF) sob o nº 279.751.851-91, endereço registrado na base de dados da RFB a SHIS QI 15, CONJUNTO 16, CASA 18, LAGO SUL, BRASÍLIA/DF - CEP: 71635-360.

10.5 ANDRÉ LUIZ DE ARAÚJO ESPÍNDOLA, sócio-administrador à época dos fatos, inscrito no cadastro de pessoa física (CPF) sob o nº 270.778.451-68, endereço registrado na base de dados da RFB a SHIN QI 03, CONJUNTO 07, CASA 12, LAGO NORTE, BRASÍLIA/DF - CEP: 71535-070.

Impugnação da OBJETIVA

Cientificada por via eletrônica em 11/06/2013 (documentos disponibilizados desde 27/06/2013 na Caixa Postal, Módulo e-CAC no site da Receita Federal, conforme termo de fl. 2599) a empresa apresentou impugnação em 03/07/2013 (fls. 2619- 2629), de onde colho as alegações mais relevantes para o esclarecimento da lide:

I – DOS FATOS

Ressalte-se, de plano, que as mencionadas importações foram realizadas pela empresa PROTECH IMPLANTES ESPECIALIZADOS LTDA, CNPJ 04.691.013/0001-05, pela modalidade direta, que posteriormente à nacionalização, viabilizada pelo desembaraço aduaneiro, revendeu as mercadorias importadas para diversas empresas, dentre as quais a Impugnante;

- Consta nos autos que a empresa PROTECH foi autuada por supostas práticas de irregularidades em comércio exterior, Processo Administrativo Fiscal – PAF 10111.721291/2012-11, todavia, não se juntou cópia do mencionado processo para que fosse pleno o exercício de defesa da Impugnante.

II – DO DIREITO

a) Da tempestividade

[...]

b) Da ausência de interposição fraudulenta

[...] a empresa Protech importou bens de forma direta e APENAS UMA PARCELA DESSES BENS foi vendida à Impugnante, terceiro alheio à importação, que adquiriu as mercadorias devidamente nacionalizadas.

[...]

O fato é que a Impugnante não importa mercadorias, adquire apenas produtos nacionais ou nacionalizados, já que não possui porte que justifique a manutenção de uma estrutura de importação. Assim, não há que se falar em ocultação. A empresa optou por adquirir de empresa legalmente constituída, mediante a emissão de nota fiscal e comprovação do recolhimento dos tributos de importação (quando mercadorias importadas). Os fornecedores, como a empresa Protech, não são empresas longe do alcance do fisco, elas estão devidamente constituídas e abertas ao público, sendo plenamente possível fiscalizá-las a qualquer momento.

A interposição fraudulenta é presumida no caso da “não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados” (§ 2º). As demais formas de ocultação, praticadas mediante fraude, embora apenadas

com o perdimento das mercadorias, não são consideradas, para os efeitos da norma, interposição fraudulenta.

[...]

No tocante aos fatos apontados no processo, cumpre salientar que a PROTECH NUNCA PRATICOU ATOS DE SIMULAÇÃO OU FRAUDE. Ao contrário, vem atuando, ao longo de sua existência, como unidade importadora integrante de um conjunto de empresas, de mesmos sócios, os quais atuam primordialmente no ramo comercial de fornecimento de próteses e outros artigos médico-cirúrgicos, há mais de quinze anos. Em verdade, os empresários adotaram um modelo de negócio caracterizado por genuína desverticalização de atividades, ou seja, ao invés de concentrarem suas atuações em uma única pessoa jurídica descentralizaram essas atividades da seguinte forma: uma das empresas realiza as importações de produtos etambém faz algumas vendas no mercado interno; outra distribui e vende bens importados, adquiridos de sua parceira, a hospitais e clínicas em geral; uma terceira se especializou em fornecimento de produtos médicos da rede pública de saúde (participando de licitações) e mais uma se dedica a atividades hospitalares. Enfim, complementam-se em termos de um esforço coletivo numa gama de segmentos correlatos, todos voltados para a área de saúde.

Que provas podem ser alegadas a favor da Impugnante?

Estas provas, Srs. Membros da Turma Julgadora da DRJ/BSB, estão todas no processo administrativo constituído contra a Impugnante. Basta enxergar além das alegativas e da visão distorcida dos auditores-fiscais que, tanto o comportamento da empresa no trato com a fiscalização, como os documentos e informações prestadas ao longo do trabalho de auditoria atestam a BOA-FÉ, a TRANSPARÊNCIA e a COLABORAÇÃO da empresa no intuito de atender a todos os pedidos e intimações da fiscalização.

Outrossim, não se pode presumir prática de interposição fraudulenta, consubstanciado no argumento de ocultação de real adquirente de mercadorias, em face da ora Impugnante, pois, conforme dito, a Objetiva é apenas uma das empresas clientes da PROTECH, que adquire por recursos próprios e de forma direta, mercadorias importadas que revende ao mercado. Ou seja, não há transferência de recurso entre a Impugnante e a empresa Protech, ambas as empresas operam de formas distintas e com objetivos distintos.

[...]

A PROTECH não só revende para empresas co-irmãs, mas também efetua vendas a outras empresas, a exemplo da UNIMED, da AMIL e da LAF;

Cabe mencionar, ainda, que a fiscalização NÃO CONSEGUE DESCREVER QUAL DANO CAUSADO AO ERÁRIO PELA PROTECH OU PELA IMPUGNANTE, para daí sofrer tão grave penalidade.

As mercadorias objeto dos dois primeiros procedimentos especiais já haviam passado pelo desembaraço aduaneiro. TODOS OS TRIBUTOS FORAM PAGOS.

Onde está a fraude? Onde está a ocultação? Onde está a pura "cessão de nome", como se a empresa fosse um "laranja" de outrem?

[...] não há que se falar em falta de recolhimento de tributos, negligência, omissão ou qualquer conduta da Impugnante no sentido de se ocultar do fisco. As notas fiscais emitidas pelo importador permitem saber para quem os bens foram vendidos, sendo, portanto, impossível manter-se oculto;

[...]

II.2 – DO MÉRITO

- As instâncias administrativas de julgamento das lides tributárias. Delegacias de Julgamento e o antigo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, hoje CARF, são exigentes na caracterização do ilícito aduaneiro.

- Cabe à autoridade aduaneira o ônus da prova e, por mais que se pesquise neste processo, não há provas cabais, mas meras alegações e uma retórica vazia que não se sustenta diante da verdade material.

Falta de impugnação dos demais sujeitos passivos

Cientificada por Aviso de Recebimento (AR) em 15/07/2013 (fls. 2604-2606) a PROTECH não apresentou impugnação.

Cientificada por Aviso de Recebimento (AR) em 15/07/2013 (fls. 2607- 2609) a MEDICAL SHOP não apresentou impugnação.

Cientificado por Aviso de Recebimento (AR) em 15/07/2013 (fls. 2610- 2612) o Sócio Luiz Fernando Mendonça Leal não apresentou impugnação.

Cientificado por Aviso de Recebimento (AR) em 16/07/2013 (fls. 2613- 2615) o sócio André Luiz de Araújo Espíndola não apresentou impugnação.

Voto Vencido

PRELIMINARES

1. Da falta de impugnação por quatro sujeitos passivos solidários - efeitos.

As empresas PROTECH e MEDICAL SHOP, bem como seus sócios e administradores Luiz Fernando Mendonça Leal e André Luiz de Araújo Espíndola, apesar de regularmente intimados do lançamento, deixaram de ofertar impugnação no prazo legal e não recolheram o crédito tributário exigido.

Conforme instruções contidas na Portaria RFB nº 2.284, de 2010, tratandose de responsabilidade solidária não cabe a declaração de revelia nem reconhecer contra eles a definitividade do crédito tributário, uma vez que outro responsável solidário, a empresa OBJETIVA apresentou impugnação tempestiva.

Neste caso a suspensão da exigibilidade do crédito tributário aproveitará também aos demais sujeitos passivos, mantida, todavia, a preclusão do direito destes intervirem litigiosamente em qualquer fase do processo administrativo, devendo entretanto serem todos cientificados das decisões que guardem relação com a cobrança do crédito.

2. Do reexame de admissibilidade – impugnação da OBJETIVA

Tempestiva e apresentada por pessoa legitimada, a impugnação da OBJETIVA se amolda aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972-PAF e nos artigos 58 e 63 da Lei nº 9.784 de 19991.

3- da análise da descrição dos fatos – motivação deficiente

Na análise da matéria resta claro que a empresa PROTECH (importadora) está sendo acusada de ser pessoa interposta fraudulentamente por custear suas importações com recursos financeiros provenientes de empresas vinculadas que seriam as reais adquirentes das mercadorias e ocultas por não terem se apresentado à Aduana como tal.

No caso em análise, segundo a fiscalização, a empresa OBJETIVA seria a real adquirente da mercadoria registrada na DI 10/2141323-4 (fls. 846-863) e a empresa MEDICAL SHOP fornecedora dos recursos, transferindo-os para a PROTECH mediante simulação de empréstimo.

A impugnação alega que os empresários adotaram um modelo de negócio caracterizado por genuína desverticalização de atividades, ou seja, ao invés de concentrarem suas atuações em uma única pessoa jurídica descentralizaram essas atividades da seguinte forma: uma das empresas realiza as importações de produtos e também faz algumas vendas no mercado interno; outra distribui e vende bens importados, adquiridos de sua parceira, a hospitais e clínicas em geral, uma terceira se especializou em fornecimento de produtos médicos da rede pública de saúde (participando de licitações) e mais uma se dedica a atividades hospitalares.

Ora, esse argumento não é convincente, pois se sabe que a desverticalização de atividades (várias empresas vinculadas entre si formando um grupo de fato) se prolifera também por motivo de planejamento tributário que às vezes deriva para o campo da ilicitude devido a facilidade de transferência de custos, preços e patrimônio entre elas, inclusive por simulações, de forma que ao final o grupo empresarial como um todo apresentará maiores lucros a serem distribuídos aos mesmos sócios. Daí a grande dificuldade com que se depara a fiscalização.

*A impugnante defende que inexistente interposição fraudulenta na importação, pois a OBJETIVA é apenas uma das empresas clientes da PROTECH, esta adquirente de mercadorias importadas com recursos próprios e de forma direta para revenda no mercado; **sem transferência de recursos entre ambas as empresas que operam de formas e objetivos distintos** (negritei).*

*Em verdade os **autos demonstram** que a fiscalização não mais seguiu esse caminho de tentar provar a transferência de recursos entre ambas empresas (PROTECH e OBJETIVA), uma vez que a OBJETIVA se furtou a lhe fornecer a documentação necessária a essa comprovação, conforme se observa na resposta à fiscalização, datada de 08/04/2013 (fl. 160), onde a OBJETIVA informa que não entregará seus extratos bancários reservando-se “o direito de preservar o sigilo fiscal que é assegurado na CF, art. 5º, inc. 12” (sic) e que não conseguiu refazer a escrituração contábil do ano calendário de 2010 dentro do prazo dado pela fiscalização.*

Tampouco a OBJETIVA apresenta agora na impugnação os citados documentos, levando este julgador a acreditar que o efetivo direito exercido

pela impugnante é o de não apresentar provas contra si, esperando que este colegiado não acate como prova o quadro indiciatório apresentado ela fiscalização.

Na impossibilidade de colher prova direta da transferência de recurso da OBJETIVA para a PROTEC, a fiscalização buscou os indícios abaixo e com base neles afastou, por simulação, o contrato de mútuo fenerático entre a PROTECH e a MEDICAL SHOP, seguindo assim caminho legal prevista no DL 1.455/76, art. 23, § 2º que presume “interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados”.

Do quadro de indícios apontados pela fiscalização que possibilitariam a desconsideração do contrato de mútuo fenerático:

1. Através da NF nº 151 a totalidade da mercadoria registrada na DI 10/2141323-4 foi “vendida” para a OBJETIVA (fl. 1605) ao preço de R\$ 84.320,78, mas esta não realizou o pagamento nem há notícia de que a PROTECH tenha adotado qualquer providência para cobrar o débito, apontando assim para uma simples transferência de mercadoria conforme descrição dos fatos (negritei):

“A venda para a empresa OBJETIVA foi registrada na contabilidade [da PROTECH] no mesmo dia de emissão da Nota Fiscal nº 151, a débito da conta de ativo código nº 027 - CLIENTES A RECEBER, e a crédito da conta de resultado código nº 396 - VENDA DE MERCADORIAS À VISTA. Entretanto, ao longo de todo o período de contabilidade analisada, não foi encontrado nenhum lançamento que registrasse o efetivo recebimento financeiro do valor da suposta venda, ou seja, não há lançamento a crédito da conta CLIENTES A RECEBER com histórico que remeta à Nota Fiscal de Venda nº 151, nem a débito das contas de bancos ou caixa com o mesmo histórico, o que faz supor que a venda na verdade tratou-se de uma simples transferência das mercadorias importadas ao verdadeiro interessado nos produtos”.

2. Venda realizada pela PROTECH após somente um dia do desembaraço e com baixa agregação em relação ao registro de entrada (15%).

3. A PROTECH não teria recursos para liquidação do contrato de câmbio relativo à mercadoria destinada a OBJETIVA, caso inexistisse a transferência de recursos pela MEDICAL SHOP (fls. 785), relatada nos seguintes termos:

“Passou-se então a buscar a origem do recurso utilizado para quitação daquele contrato. No dia 30 de março de 2011, um dia antes do pagamento em questão, o saldo dessa conta era de R\$ 3.018,46 (três mil e dezoito reais e quarenta e seis centavos). Portanto, era insuficiente para a quitação do contrato. Entretanto, observou-se no extrato bancário [da PROTECH] que, no dia 31 de março de 2011, foi feita uma transferência bancária em favor da conta corrente da PROTECH, no valor de R\$95.000,00 (noventa e cinco mil reais), para a qual o histórico do extrato apresenta a seguinte descrição: “transferência on line 31/03 3382 Medical S”.

4. Existência de contratos de mútuo habituais (todos os meses) entre a MEDICAL SHOP e a PROTECH e outras empresas vinculadas, celebrados com características especiais e em datas posteriores as realizações das efetivas transferência de recursos; situação relatada pela fiscalização nos seguintes termos, com a finalidade de demonstrar o modus operandi do grupo (negritei):

Após análise dos documentos, constatou-se que todos os contratos de mútuo tinham as mesmas características: **(1)** foram celebrados com empresas vinculadas, pertencentes aos mesmos sócios da PROTECH, no caso da MEDICAL SHOP e da OBJETIVA, ou pertencentes às suas respectivas esposas, no caso do HOSPITAL SÃO LUCAS; **(2)** quanto aos contratos com a MEDICAL SHOP e a OBJETIVA, foram assinados pelos senhores LUIZ FERNANDO MENDONÇA LEAL e ANDRÉ LUIZ DE ARAÚJO ESPÍNDOLA, tanto como representantes da PROTECH – mutuária, quanto como representantes das empresas mutuantes, sem a assinatura de testemunhas; nos contratos com o HOSPITAL SÃO LUCAS, foram assinados pelo sócios da PROTECH e pelas Sras. VALÉRIA HORTA GENEROSO (CPF 689.616.851-04) e PATRÍCIA RAUPP MACHADO LEAL; **(3)** foram celebrados sem o oferecimento de quaisquer garantias pela mutuária, com prazo de pagamento de cinco anos; **(4)** pelos contratos, as mutuantes (MEDICAL SHOP, OBJETIVA e HOSPITAL SÃO LUCAS) se obrigavam a disponibilizar os valores contratados mediante depósitos bancários em conta corrente da mutuária (PROTECH), ou mesmo pagar diretamente compromissos financeiros desta.

[...] “Esse conjunto de fatos nos permite concluir que tais contratos de mútuo com as empresas vinculadas, **por terem sido feitos após o início das efetivas transferências dos recursos**, tenham sido celebrados com o intuito de justificar as transferências financeiras feitas com habitualidade entre as empresas vinculadas e a PROTECH, as quais, por representarem a principal origem dos recursos disponíveis da empresa, serviram para custear o funcionamento desta, incluindo-se as operações de comércio exterior, conforme demonstrado anteriormente. Essa relação é observável principalmente com a MEDICAL SHOP, com a qual a PROTECH celebrou contratos de mútuo em todos os meses de 2011, sendo claramente essa a principal fonte de receita da empresa. Ou seja, a empresa agiu com simulação ao fazer os contratos com o intuito de formalizar as transferências financeiras já anteriormente realizadas”.

5. Nos dados complementares da DI nº 10/2141323-4 objeto autuação da presente autuação consta o e-mail do importador (responsável) como sendo de uma funcionária Medical Shop, conforme seguinte relato da fiscalização:

“A análise da declaração e de seus documentos demonstrou que o importador declarou, no campo “Dados Complementares”, o seguinte: “Informamos o e-mail do importador (responsável): *cristina@medicalshopdf.com.br*”. Ou seja, foi indicada como responsável do importador pela operação uma suposta funcionária com endereço eletrônico pertencente a outra empresa dos mesmos sócios, a MEDICAL SHOP. Não há nos registros de empregados da PROTECH uma funcionária de nome Cristina, conforme documentação entregue a esta fiscalização e conforme as declarações prestadas à Previdência Social – GFIP”.

Em que pese o esforço fiscal no sentido de desconsiderar o contrato de mútuo feneratício por simulação, visando afastar a única prova que a PROTECH apresentou para justificar a disponibilidade de recursos próprios para a importação registrada neta DI, verifica-se que os cinco indícios acima não se mostraram convergentes mas sim inconsistentes e até conflitante com a tese fiscal de que a OBJETIVA seria a real adquirente. Senão vejamos:

Como se sabe havendo identificação da origem dos recursos aplicados na importação, o seu fornecedor deve ser considerado, por presunção legal, o real adquirente, conforme dispositivo abaixo:

Lei nº 10.637/02

*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.*

Ora, esta condição legal apontaria para a MEDICAL SHOP como real adquirente em virtude da desconsideração do Contrato de Mútuo pela fiscalização (indícios 3 e 4), sendo reforçada pela mensagem constante no campo complementar da DI indicando o email do responsável pela importação (indício 5).

Nessa hipótese a OBJETIVA seria uma outra interposta pessoa que também cederia seu nome à MEDICAL SHOP para realizar as operações no mercado nacional, simulando uma operação de compra e venda, para fechar toda cadeia logística onde apenas o exportador e o adquirente final ostensivos representam terceiros de boa fé, pois os dois outros atores ostensivos, PROTECH e OBJETIVA estariam apenas simulando operações para ocultar a MEDICAL SHOP, real adquirente e possuidor dos recursos financeiros.

Isso fortaleceria o indício 1 (falta de pagamento da OBJETIVA para a PROTECH) bem como o indício 2 (baixa agregação de valor, em função do interesse momentâneo do grupo em agregar mais ou menos receitas/custos numa ou noutra empresa).

A formação deste quadro de indícios convergentes para definir a MEDICAL SHOP como real adquirente me parece forte mas não o suficiente para transformá-lo em prova porque o modus operandi em relação ao contrato de mútuo (indício 4) não se aplica ao caso presente, uma vez que a transferência dos recursos (indício 3) foi feita no mesmo dia do contrato, enfraquecendo, assim, a tese de simulação do contrato (vide art. 167, inc. III do Código Civil) que possibilitaria aplicar a interposição fraudulenta presuntiva (§ 2º), e dispensaria a identificação da pessoa oculta.

Ao identificar a OBJETIVA como real adquirente a fiscalização o fez de forma contrária à lei por não ter indícios suficientes (prova) contra ela. Para se sustentar a tese fiscal de que a OBJETIVA é a real adquirente seria necessária a demonstração de que ela realizou o pedido da mercadoria antes

da importação ou de que os recursos foram repassados por ela para a PROTECH de forma indireta através da MEDICAL SHOP, pois, repetindo, por presunção legal o real adquirente é quem fornece os recursos para a importação e este comando só pode ser afastado mediante prova contrária.

É certo que esta demonstração fiscal restou prejudicada também em função da recusa da OBJETIVA em cooperar com a fiscalização, mas isso não justifica a falta de aprofundamento das investigações, inclusive com ordem judicial, se sua pretensão era mesmo caracterizar a OBJETIVA como real adquirente e colocar a MEDICAL SHOP como mero repassador dos recursos.

Ao final, resta a este julgador a convicção de que faltam documentos (indícios) para identificar a participação de cada empresa na infração. Esta carência documental de certa forma já fora apontada pela impugnante ao alegar cerceamento do direito de defesa quando reclamou que a fiscalização não teria trazido para este processo todos os documentos do PAF nº 10111.721.291/2012-11. Mediante tais documentos talvez se esclarecesse os fatos verdadeiros, afastando ou não a hipótese de simulação no contrato de mútuo apresentado. Efetivamente a impugnante defendeu-se da acusação de transferência de recursos feita pela OBJETIVA, através do braço financiador da MEDICAL SHOP, porque essa foi acusação fiscal.

CONCLUSÃO

Ante o exposto e tudo mais que consta nos autos, voto pela DECLARAÇÃO DE NULIDADE do lançamento por deficiência na sua motivação a ponto de cercear o direito de defesa e deixar dúvida razoável quanto a existência da infração (verdade material).

O pleito foi indeferido, no julgamento de primeira instância, nos termos do acórdão DRJ/FOR nº 08-30.344, de 30/06/2014, proferida pelos membros da 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Fortaleza/CE, cuja ementa dispõe, *verbis*:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 01/12/2010

ARGUIÇÃO DE OFENSA À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. DESCABIMENTO.

Estando o crédito tributário constituído no estrito rigor da lei, devidamente fundamentado, lastreado nos princípios que movem a Administração Pública (artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988 e artigo 2º, caput, e parágrafo único, da Lei 9.784/1999), e regularmente notificado ao sujeito passivo, não há falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO E/OU IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA. REVELIA. EFEITOS.

A ausência de impugnação e/ou sua apresentação intempestiva por parte de sujeito passivo solidário acarreta, contra os revéis, a preclusão temporal do direito de praticar os atos impugnatórios, prosseguindo, o litígio administrativo, em relação aos demais. Todavia, havendo pluralidade de

sujeitos passivos, a impugnação tempestiva apresentada por um dos autuados suspende a exigibilidade do crédito tributário em relação aos demais.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 01/12/2010

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTE DE TERCEIROS. DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. CONVERSÃO EM MULTA.

A pena de perdimento, na hipótese de ocultação de sujeito passivo, inclusive, por meio da interposição fraudulenta de terceiros, deve ser substituída pela multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria quando esta houver sido consumida, revendida, ou não localizada.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 01/12/2010

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA POR INFRAÇÕES. DA SUJEIÇÃO PASSIVA.

Respondem de forma conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática ou dela se beneficie, não cabendo benefício de ordem.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O julgamento foi no sentido de julgar improcedente o lançamento.

As empresas PROTECH e MEDICAL SHOP, bem como seus sócios e administradores Luiz Fernando Mendonça Leal e André Luiz de Araújo Espíndola, apesar de regularmente intimados do lançamento, deixaram de ofertar impugnação no prazo legal e não recolheram o crédito tributário exigido. Da mesma forma, também não apresentaram recurso voluntário.

A empresa OBJETIVA apresentou Peça Impugnativa de forma tempestiva, bem como o recurso voluntário.

A citada empresa reproduz os mesmos argumentos da impugnação. Argumenta que a recorrente estaria sendo ocultada pela empresa Protech Implantes Esp. LTDA, que teria omitido a condição de adquirente. E acrescenta que não há prova cabal da interposição fraudulenta.

Ressalto que todos os solidários, foram intimados do acórdão da impugnação, atendendo, inclusive o que dispõe a Súmula Carf de nº 71 (*Todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade*).

Registre-se que a multa por cessão de nome, nos termos do art. 33 da Lei de nº 11.488/07, foi aplicada no processo administrativo de nº 10111.721.291/2012-11.

Ressalte-se que um julgador suscitou alegação de nulidade, por vício material, por cerceamento de defesa (preliminar). Bem como dois julgadores, suscitaram nulidade, por vício material, no tocante à deficiência de motivação (preliminar).

Observe-se, ainda, que consta voto vencido, onde o julgador votou, no âmbito do mérito, pela procedência em parte, no sentido de afastar do pólo passivo a empresa Objetiva, por faltar provas suficientes para afiançar sua condição de real adquirente/ou de que tenha a mesma concorrido com o ilícito.

O processo digitalizado foi distribuído e encaminhado a esta Conselheira.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM

O presente recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, razão por que dele tomo conhecimento.

Preliminar

Os pressupostos legais para a validade do auto de infração são determinados pelo Decreto nº 70.235/1972, que trata do Processo Administrativo Fiscal, o qual afirma, *in verbis* :

“Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

O mesmo Decreto nº 70.235/1972, em seu art. 59, dispõe sobre a nulidade no processo administrativo, nos seguintes termos:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”

O art. 142 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) fornece a definição legal de lançamento, estabelecendo como requisitos indispensáveis à sua constituição a verificação da ocorrência do fato gerador, a identificação do sujeito passivo, a determinação da matéria tributável e o cálculo do montante do crédito a favor da Fazenda Pública, nos seguintes termos:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

O *caput* do citado artigo trata da observância dos ditames legais quando da efetivação do lançamento, já o reproduzido parágrafo único dispõe sobre a vinculação e a obrigatoriedade do lançamento, impedindo que o agente que constatar a ocorrência de infração à legislação fiscal, para não faltar com o dever de ofício, que lhe foi atribuído por lei, deixe de lavrar o competente auto de infração para a formalização e cobrança do crédito tributário devido pelo sujeito passivo.

Assim, da combinação dos dispositivos transcritos depreende-se como causa suficiente para invalidar o auto de infração e, por via de consequência, o lançamento nele consignado, a inobservância dos pressupostos legais para a sua lavratura. Quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões cometidas no auto de infração não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio (art. 60 do Decreto nº 70.235/1972).

A competência para o lançamento tributário que detém o Auditor Fiscal da Receita Federal tem origem, como não poderia deixar de ser, na lei. Vejamos o que estabelece o art. 6º da Lei nº 10.593, de 06/12/2002, *verbis*:

“Art 6º. São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, relativamente aos tributos e às contribuições por ela administrados:

I - em caráter privativo:

- a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário;*
- b) (...)” (destaquei)*

O texto legal acima define a competência do servidor ocupante do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal para o lançamento tributário, sendo a competência para o ato administrativo a condição necessária para a sua validade.

Na espécie, observa-se que o auto de infração foi lavrado por AFRF no pleno exercício de suas funções (art. 142, parágrafo único, do CTN), além de conter todos os requisitos indispensáveis à sua validade, não havendo, assim, que se cogitar a sua nulidade.

Assim sendo, percebe-se que o Auto de Infração contém vasta investigação, bem como provas colhidas junto às empresas. O mesmo foi devidamente lavrado por autoridade competente, sendo assegurado a todos os autuados o prazo legal para defesa, tendo a OBJETIVA apresentado em tempo hábil sua impugnação, bem como o recurso voluntário; instaurando-se a partir daí a fase litigiosa do procedimento.

Os documentos que compõem o lançamento contêm uma descrição pormenorizada dos fatos que ensejaram a instauração do procedimento, assim como a indicação do direito em que se baseiam, de modo a permitir a plenitude da defesa.

Destarte, observa-se que o recorrente tem plena compreensão de tudo aquilo do que está sendo acusado, não maculando à ampla defesa e contraditório.

Portanto, rejeito a preliminar de falta motivação do lançamento e cerceamento de defesa.

Mérito

Trata-se de Auto de Infração lavrado por meio do qual se exige crédito tributário no valor total de R\$ 73.282,44 correspondente à multa equivalente a 100% do valor aduaneiro da mercadoria, conforme § 3º do art. 23 do Decreto-lei no 1.455/76, aplicada em virtude da infração prevista no inc. V do mesmo artigo (ocultação do real adquirente da mercadoria).

O presente processo tem como base para autuação, conforme Termo de Verificação Fiscal:

(...)

6.1– MULTA PROPORCIONAL AO VALOR ADUANEIRO DAS MERCADORIAS

No caso da não localização, consumo ou revenda das mercadorias em questão será aplicada a multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, conforme dita o §3º do mesmo artigo, transcrito a seguir:

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.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)(grifo nosso)

§ 1o O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 3º As infrações previstas no caput serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida,

observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 .

(Redação dada pela Lei nº 12.350, de 20 de dezembro de 2010)

De pronto, transcreve-se trecho da decisão de primeira instância:

*Nesse desiderato, como se depreende do caso em questão, a fiscalização apontou diversos ilícitos havidos nas operações de importação de mercadorias estrangeiras (inclusive, o seu modus operandi), na qual, a empresa importadora PROTECH, com o fito de ocultação da real adquirente (no caso, a empresa OBJETIVA), interpôs-se ostensivamente perante o Fisco, **figurando-se indevidamente como empresa importadora e adquirente nessa operação (DI nº 10/2141323-4, às fls. 847-851).***

A fiscalização utilizou-se dos procedimentos especiais de controle aduaneiro previstos pela IN SRF nº 228/2002, a qual dispõe sobre procedimento especial de verificação da origem dos recursos aplicados em operações de comércio exterior e combate à interposição fraudulenta de pessoas

Pois bem, a exigência promovida por meio do auto de infração do presente processo decorre de infração considerada como dano ao Erário, capitulada no artigo 23, inciso V, do Decreto-lei nº 1.455/1976, com a redação dada pela Lei nº 10.637/2002.

A pena prevista para a infração antes descrita é o perdimento das mercadorias importadas, conforme parágrafo 1º do mesmo artigo.

Em razão de as mercadorias importadas não terem sido localizadas, por terem sido consumidas ou revendidas, a fiscalização lavrou auto de infração para exigência de multa equivalente ao valor aduaneiro das mesmas, conforme determinado no parágrafo 3º do mesmo artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976.

No caso, restou caracterizado o dano ao Erário causado pela comprovada ocultação do real adquirente, OBJETIVA, através da interposição perante o Fisco da empresa PROTECH, figurando-se esta de forma indevida e ostensiva como empresa importadora e adquirente.

A empresa OBJETIVA limitou-se a apresentar meras argumentações, tais como: de não ter causado prejuízo ao Fisco, nem ter a fiscalização demonstrado a existência de dolo, nem ter provas do ilícito, de que os tributos foram pagos, de sua boa fé, de sua colaboração, da transparência dos atos, que a fiscalização se baseou em simples conjecturas, e, demais outras já relatadas. Sequer, ao menos, cuidou de comprovar a suposta aquisição das mercadorias no mercado interno (não logrou comprovar o suposto pagamento das mesmas à PROTECH).

No âmbito do Código do Processo Civil – CPC, precisamente o artigo 333, que trata do ônus da prova:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [...]”

Tal dispositivo é a tradução do princípio de que o ônus da prova cabe a quem dela se aproveita. E esta formulação também foi, com as devidas adaptações, trazida para o processo administrativo fiscal, posto que a obrigação de provar está expressamente atribuída tanto ao autor do procedimento, a autoridade fiscal (artigo 9.º do Decreto n.º 70.235/72), quanto ao contribuinte que contesta o lançamento (art.16, III do Decreto n.º 70.235/72).

Conclui-se, pois, que cabe a empresa trazer aos autos todos os dados que entende comprovadores dos fatos que alega e que entende como suficientes para reformar o lançamento. De forma contrária, o mesmo alega, mas não prova.

Há diversos relatos e provas, como informações na DI, do litígio, no sentido de que a PROTECH estaria importando mercadorias estrangeiras por sua própria conta, figurando-se respectivamente como importadora e adquirente das mercadorias, dando a entender que só então, e a partir daí, é que a OBJETIVA agiria no mercado interno em uma aparente operação comercial de venda e compra, sendo que, em verdade, a OBJETIVA, atuava como parte integrante de um grupo de fato (formado pelas empresas: PROTECH, OBJETIVA, MEDICAL SHOP e até mesmo o HOSPITAL S. LUCAS), capitaneadas pelos sócios LUIZ FERNANDO MENDONÇA LEAL e ANDRÉ LUIZ DE ARAÚJO ESPÍNDOLA, que na prática era esse grupo de fato quem financiava as importações da PROTECH, sempre alternando esse papel entre suas integrantes, muito embora, o braço financiador utilizado para esta operação em apreço haja sido a MEDICAL SHOP.

Registre-se que a fiscalização tenha apenas apontado o HOSPITAL S. LUCAS como um outro possível integrante desse grupo de fato, relatando ser o mesmo pertencente às respectivas esposas dos sócios LUIZ FERNANDO MENDONÇA LEAL e ANDRÉ LUIZ DE ARAÚJO ESPÍNDOLA, entendeu por bem em não arrolá-lo no presente polo passivo.

A decisão DRJ bem menciona:

Segundo admite a própria defesa, o modelo de negócio chamado de “desverticalização de atividades” foi adotado para descentralizar suas atividades da seguinte maneira: uma das empresas realiza as importações de produtos e também faz algumas vendas no mercado interno; outra distribui e vende bens importados adquiridos de sua parceira a hospitais e clínicas em geral; uma terceira se especializou em fornecimento de produtos médicos da rede pública de saúde (participando de licitações) e mais uma se dedica a atividades hospitalares. Enfim, complementam-se em termos de esforço coletivo numa gama de segmentos correlatos, todos voltados para a área de saúde.

Como visto, apesar de essas empresas possuírem CNPJs distintos (personalidade jurídica própria), agem na prática de maneira planejada e coordenada, como se fosse uma só empresa, nas quais 03 (três) possuem os mesmos sócios administradores e 01 (uma) as suas respectivas esposas, o que configura suas atuações como a de um verdadeiro grupo de fato.

Assim, as importações realizadas pela PROTECH são impulsionadas em sua grande maioria pelas demais outras integrantes desse grupo de fato. Tanto isso é verdade que na DI nº 10/2141323-4 (ver folha 848 dos autos) relativa à operação em apreço consta no campo: Dados Complementares o e-mail de funcionária da MEDICAL SHOP (cristina@medicalshopdf.com.br) como sendo o contato do importador (responsável), o que revela de forma hialina que a MEDICAL SHOP participou de forma ativa dessa operação de importação cuja destinação era a OBJETIVA, conforme nota fiscal (NF).

Ainda segundo se extrai, a MEDICAL SHOP tinha como função primordial o repasse de recursos financeiros à PROTECH, o que daria uma suposta aparência de legalidade à operação, uma vez que a importadora declarada passaria a ter recursos suficientes para suprir suas operações internacionais, utilizando-se, no entanto, de empréstimos considerados simulados.

Para desconsiderar tais contratos de empréstimos, a fiscalização se valeu primeiramente do modus operandi da PROTECH, que, segundo bem demonstrou (ver item 4.2 do Termo de Verificação Fiscal, às fls. 21-26), em regra, importava exclusivamente com recursos de terceiros, ou seja, provenientes das demais empresas integrantes desse grupo de fato, formalizados através de aparentes contratos de mútuo (ver fls. 2.535-2.538), pasmem, na maioria das vezes com data de assinatura a posteriori, sem testemunhas, com longo prazo de devolução (cinco anos), e por fim desprovidos de garantias, o que refoge totalmente à prática usual de empréstimos entre empresas comerciais (às fls. 2.527-2.578).

As mercadorias importadas em questão foram destinadas à OBJETIVA, e em nenhum momento buscou comprovar (seja pela escrituração contábil, seja por extratos bancários etc) o suposto pagamento feito pelas ditas mercadorias, o que afasta por completo a tão alegada operação de compra no mercado interno, e, só indica que, em verdade, o pagamento de tais mercadorias adquiridas pela OBJETIVA junto à PROTECH se deu por meio da MEDICAL SHOP, pois, só assim se explicaria, por exemplo, a inexistência de garantias nos contratos de empréstimos mantidos com a importadora PROTECH.

Então, empresa OBJETIVA é o real adquirente, já que age como parte integrante do referido grupo de fato, mesmo sem cumprir os requisitos necessários da importação por conta e ordem, e, enfim, desviando-se do controle aduaneiro, pois era a ela a quem se destinavam as mercadorias importadas pela PROTECH, mediante fornecimento de recursos por meio da MEDICAL SHOP, que também integrava o referido grupo de fato, servindo como um braço financeiro nessa operação.

Como afirmado pela fiscalização, o modelo adotado, na prática, utiliza-se de uma importadora (PROTECH), que mesmo não possuindo respaldo econômico-financeiro para suportar suas importações por conta própria, assim as declara, e, portanto, oculta o real adquirente (no caso, a OBJETIVA), à qual ainda utiliza-se de uma terceira empresa (no caso, a MEDICAL SHOP), também integrante do referido grupo de fato, que se presta como braço financeiro da operação.

Por todo o exposto, a empresa Objetiva é real adquirente.

Nada justifica alterar o decidido na decisão DRJ no voto vencedor.

Da sujeição passiva solidária

Por fim, é preciso fazer considerações acerca da sujeição passiva solidária. . A fiscalização incluiu no pólo passivo, além da Objetiva; como relatado, foram arrolados no polo passivo como solidários (arts. 124, 134, e, 135 do CTN; art. 95, I, do Decreto-lei nº 37/1966) as pessoas jurídicas PROTECH, MEDICAL SHOP, e, as pessoas físicas (sócios administradores) LUIZ FERNANDO MENDONÇA LEAL e ANDRÉ LUIZ DE ARAÚJO ESPÍNDOLA.

Segundo o artigo 124 do CTN, são responsáveis solidários todas as pessoas que tenham interesse comum

O interesse comum no fato gerador de obrigação tributária consubstanciada em tributo, gera por consequência a solidariedade.

Então, existindo os co-autores da infração sujeita a pena pecuniária, estes são todos responsáveis solidários por possuírem interesse comum no ilícito que motivou à aplicação da penalidade pecuniária (obrigação principal), nos termos do artigo 124, inciso I, do CTN.

O art. 124 é aplicado em sentido lato, tendo em vista lastro com o art. 113 do CTN (a obrigação principal envolve tanto o tributo quanto a penalidade pecuniária).

Verifica-se, trecho, no Termo de Verificação Fiscal:

(.....)

Apesar de não estar habilitada para operar no comércio exterior, será demonstrado neste Termo de Verificação Fiscal que a OBJETIVA operava de forma oculta em operações de importação de produtos por ela comercializados, utilizando para tal feito a cessão do nome e da estrutura documental da empresa PROTECH e financiamento da empresa MEDICAL SHOP PRODUTOS HOSPITALARES LTDA (CNPJ nº 38.056.131/0001-63), doravante chamada MEDICAL SHOP, todas com sócios em comum, através de meios fraudulentos que resultam em grandes danos à administração aduaneira.

Tanto a OBJETIVA, como a PROTECH e a MEDICAL SHOP tinham como sócios, em dezembro de 2010 (dois mil e dez), o Sr. LUIZ FERNANDO MENDONÇA LEAL (CPF nº 279.751.851-91) e o Sr. ANDRÉ LUIZ DE ARAÚJO ESPÍNDOLA (CPF nº 270.778.451-68). Este último foi substituído em todas as sociedades pela Sra. PATRÍCIA RAUPP MACHADO LEAL (CPF nº 410.928.721-91) em outubro de 2012 (dois mil e doze).

Temos assim a existência de três empresas, pertencentes aos mesmos sócios, as quais formam um grupo econômico no qual uma atua como importadora de produtos médico-hospitalares (no caso a PROTECH), a outra atua como revendedora e distribuidora dos mesmos produtos no mercado interno (no caso a OBJETIVA) e a outra também como distribuidora dos produtos no mercado interno bem como sendo o braço financiador das operações (no caso a MEDICAL SHOP). Assim, conforme ficará demonstrado neste Termo

de Verificação Fiscal, era a MEDICAL SHOP a real financiadora das importações realizadas pela PROTECH como sendo por sua própria conta e posteriormente remetidas ao real adquirente oculto, a OBJETIVA.

Além do mais, a fiscalização apontou a OBJETIVA como real adquirente em vez da MEDICAL SHOP e de o modelo de importação utilizado pelos autuados haver optado em compartilhar o seu proceder (da OBJETIVA) com o de outra empresa (da MEDICAL SHOP), frise-se, também pertencente aos mesmos sócios, que, por sua vez, também são sócios administradores da importadora ostensiva PROTECH, cabendo a uma a aquisição das mercadorias, à outra o papel de figurar como financiadora da operação de importação, ou seja, o seu braço financeiro, a meu sentir, em nada macula o presente crédito constituído, até porque todas elas (juntamente com os sócios) são solidárias pelo crédito.

Desse modo, restou bem configurada a solidariedade dos sujeitos passivos PROTECH e MEDICAL SHOP, bem como dos sócios LUIZ FERNANDO MENDONÇA LEAL e ANDRÉ LUIZ DE ARAÚJO ESPÍNDOLA.

Diante do exposto, voto por afastar a preliminar e negar provimento ao recurso voluntário, prejudicados os demais argumentos. Bem como, manter no pólo passivo os devedores solidários.

(assinado digitalmente)

MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Relator