



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10314.010132/2007-44
ACÓRDÃO	3401-013.691 – 3ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	16 de dezembro de 2024
RECURSO	DE OFÍCIO
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	GENESIS IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA

Assunto: Regimes Aduaneiros

Exercício: 2003, 2004, 2005

INFRAÇÃO. SUBSUNÇÃO DOS FATOS À NORMA. PENALIDADE. SUBSUNÇÃO DOS FATOS À NORMA. PENA DE PERDIMENTO.

A subsunção dos fatos à norma legal que prevê a infração determina sua caracterização com consequente aplicação da penalidade prevista.

PENA DE PERDIMENTO. INFRAÇÃO. PROVAS. PENALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO PELA FISCALIZAÇÃO.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso de ofício para no mérito negar-lhe provimento. Ausente a Conselheira Ana Paula Pedrosa Giglio.

Assinado Digitalmente

Laércio Cruz Uliana Junior – Relator e Vice-presidente

Assinado Digitalmente

Leonardo Correria Lima Macedo – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Laercio Cruz Uliana Junior, Bernardo Costa Prates Santos (substituto [a] integral), Mateus Soares de Oliveira, George da Silva Santos, Leonardo Correia Lima Macedo (Presidente), a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausentes os conselheiros Ana Paula Paula Pedroa Giglio e Celso Jose Ferreira de Oliveira, substituído(a) pelo(a) conselheiro(a) Bernardo Costa Prates Santos.

RELATÓRIO

Por retratar os fatos transcrevo a decisão da DRJ:

Trata-se de processo administrativo fiscal no qual restou constituído, pela Autoridade Aduaneira, nos termos do art. 142 do CTN (Código Tributário Nacional), crédito tributário, pelo lançamento (Auto de Infração), no valor total de R\$42.743.487,29, conforme Demonstrativo do Crédito Tributário do Processo, à fl.6.

Referido crédito tributário é relativo, na dicção da Fiscalização, à multa por “001 - MERCADORIA ESTRANGEIRA POSSUÍDA A QUALQUER TÍTULO COM FALSIFICAÇÃO OU ADULTERAÇÃO DE DOCUMENTOS E 002 - INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA NA IMPORTAÇÃO, MEDIANTE OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE”.

O contribuinte teve ciência da autuação de forma pessoal em 04-10-2007, conforme fl. 134. A Impugnação foi apresentada em 05-11-2007, às fls. 139 e ss.

O Auto de Infração Nos termos da autuação fiscal e dos documentos que instruem o processo, asseveram as Autoridades Aduaneiras que a subscreveram haverem apurado e constatado, em apertada síntese (conf. auto de infração – fls. 10 e ss.), que:

a- Trata-se de empresa importadora e comercial de combustíveis e afins, constituída em 16/01/2002; b- Nos registros da empresa, quase a totalidade dos débitos em conta-corrente referente ao pagamento dos tributos e contribuições incidentes sobre a importação, particularmente ICMS e CIDE, antecedem-se depósitos, a título de adiantamento, em valores equivalentes e na mesma data ou no dia anterior, oriundos dos adquirentes das mercadorias amparadas pelas declarações de importação, objeto deste processo. Tais ocorrências são verificadas mormente quanto aos clientes Federal Distribuidora de Petróleo Ltda, CNPJ 02.909.530/0001-82 (doravante designada 2 apenas como FEDERAL), e Coper Químicos e Solventes Ltda, CNPJ 65.827.826/0001-74 (doravante designada apenas como COPER), ao longo de todo o período fiscalizado. c- O mesmo foi

verificado em relação aos contratos de câmbio, onde quase a totalidade dos débitos em conta-corrente para fins de fechamento de câmbio, antecedem-se depósitos, em valores equivalentes e na mesma data ou dia anterior, oriundos dos adquirentes das mercadorias amparadas pelas mesmas declarações de importação.

d-No que tange à integralização do capital social da empresa, contatou-se:

1-A planilha de "valores recebidos de sócios para o aporte de capital" apresentada pelo contribuinte indica um total de recursos destinados pelos sócios com a finalidade de aumento de capital social, no exercício de 2004, entre os meses de março e junho, no montante de R\$ 2.408.500,86. Analisados os livros fiscais e a alteração de contrato social do contribuinte datada de 28/09/2004, registrada sob o no 409.055/04-9 na JUCESP, verificou-se que no início do exercício de 2004 o capital social subscrito e integralizado da empresa era R\$ 1.000.000,00, contra R\$ 3.100.000,00 verificados no mês de outubro de 2004. Se somarmos o valor de R\$ 1.000.000,00 aos suportes de capital dos sócios segundo a planilha fornecida pelo contribuinte, chegaríamos ao montante de R\$ 3.408.500,86. Ainda que subtraíssemos desse valor o acréscimo no saldo das contas de empréstimos dos sócios, referentes ao período da planilha, não teríamos valores coincidentes.

2-Parte dos ingressos de recursos tidos como dos sócios, deu-se diretamente na conta contábil caixa-geral, impossibilitando a precisa verificação de sua ocorrência, bem como, eventualmente, a efetiva transferência dos respectivos valores .

3-A maioria das integralizações de capital social é feita pelos sócios pessoas físicas e-Quanto a relação entre a empresa fiscalizada e a empresa FEDERAL, constatou-se que esta também figura como interveniente garantidora em contrato de concessão de garantia bancária em moeda estrangeira (As fls 75/80 do Anexo II), do tipo Stand By Letter of Credit (Carta de Crédito Stand-By), firmado junto ao BIC Banco, a fim de efetivar o contrato de aquisição de mercadorias com o exportador Tramp Oil & Marine Ltd, com a garantia de quitação financeira da operação junto a este último, revelando uma vez mais dependência econômica e financeira da GÊNESIS em face da FEDERAL. Isto é corroborado pela análise dos livros fiscais da GENESIS, onde fica caracterizado o financiamento desta pela FEDERAL (saldo permanentemente credor da conta de passivo "Federal Distribuidora" no livro Razão, com cópias anexas As fls 82/84 do Anexo II). Tal situação de dependência também fica caracterizada em relação à empresa COPER (vide cópias do livro Razão As fls 85/87 do Anexo II).

f-Da análise dos Licenciamentos de Importação da GÊNESIS, fica caracterizada, a condição de adquirentes da FEDERAL e da COPER com relação aos produtos. Indagado a este respeito, o representante legal da empresa alegou que tal ocorrência se deve a uma exigência da ANP - Agência Nacional do Petróleo, no sentido de que o importador não seja também distribuidor dos produtos importados. g- A Instrução Normativa SRF 225/2002 estabelece em seu art 5º in

verbis: "A operação de comércio exterior realizada mediante utilização de recursos de terceiros presume-se por conta e ordem deste, para fins de aplicação do disposto nos arts. 77 a 81 da Medida Provisória n 0 2.158-35, de 24 de agosto de 2001." Assim sendo, pode-se inferir que os adiantamentos promovidos 3 pelas empresas COPER e FEDERAL nas operações de comércio exterior da GENESIS, visando a efetivação das mesmas operações, revestem-nas na condição de reais adquirentes da mercadorias importadas, sujeitando tais operações aos controles estabelecidos na IN SRF 225/2002. De ver-se, porém, que nenhuma das obrigações referentes as operações realizadas por conta e ordem de terceiros foi observada pelo contribuinte ora fiscalizado, tal como a disposta no art 3º, da IN SRF 225/2002, que determina a indicação, pelo importador, do número de inscrição do adquirente no CNPJ, o que veio a tipificar a utilização da empresa GÊNESIS para acobertar as operações de importação de terceiros. Em virtude da presunção legal acima citada e da não observância do disposto na IN SRF 225/2002, nos termos do inciso I, art 11, da IN SRF 228/2002, houve a ocultação do sujeito passivo, real adquirente das mercadorias importadas. Foi formulada uma representação fiscal com proposta de que a inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica da empresa GENESIS IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA, CNPJ 04.863.970/0001-71, seja declarada inapta desde 10/09/2003 (data da primeira importação dentro do período fiscalizado); processo no 10314.005203/2005-25.

A Impugnação Consoante referenciado, a atuada apresentou impugnação de fls. fls. 139 e ss (do e-processo), na qual alega, em apertado resumo:

- Improcedência do auto - matéria fática: é falsa a imputação de que a impugnante não teria capacidade econômico-financeira para a consecução do seu objeto social e estaria agindo, de forma fraudulenta, como interposta pessoa na intermediação de importações realizadas por terceiros ocultos, ou seja, como uma empresa de "fachada";
- Afirma que tem autorização expressa da Agência Nacional do Petróleo, para o exercício da atividade de comércio exterior de derivados do petróleo; entretanto isso não significa que a importação seja por conta e ordem desse terceiro adquirente. Na medida em que a Impugnante obteve autorizações prévias da AMP para importar solventes e informou nas respectivas Licenças de Importação o nome dos destinatários, não poderia, uma vez nacionalizados os produtos, comercializá-los no mercado interno com uma outra empresa;
- Em face desse modelo de operações adotado pela ANP, sem qualquer flexibilidade, as importações realizadas pela Impugnante foram autorizadas para que a mercadoria fosse vendida no mercado interno aquelas empresas constantes das Licenças de Importação homologadas;
- Para garantir o negócio e reduzir seus riscos e os encargos financeiros que pode vir a suportar, exigiu, em alguns casos, da empresa compradora no mercado interno, a antecipação de parte do preço do produto, como arras, em consonância ao que lhe autoriza o disposto no artigo 417 do Código Civil Brasileiro. Este fato não significa que a empresa foi "financiada" por terceiros e que, por essa razão, seria

uma empresa inexistente de fato •Entende que a análise da movimentação bancária induziu a erro a fiscalização.

•Aborda pontualmente todos os argumentos da autuação, que serão explicitados no voto; 4 •Cita Parecer do Dr. Heleno Taveira Torres, justificando a atuação do contribuinte de acordo com a regras admitidas pela ANP –Papel da ANP na gestão do monopólio do setor de petróleo e as autorizações concedidas.

•Ressalta que em todas as operações de importação os encomendantes pré-determinados foram indicados nas declarações de importação, razão pela qual não houve ocultação dos adquirentes das mercadorias no mercado interno. Igualmente, a Impugnante tinha capacidade econômica suficiente para realizar as operações de importação, conforme exaustivamente comprovado nas documentações que estão em anexo a esta impugnação e detalhadamente explanadas no tópico II desta Impugnação •Declara que efetuava as suas importações, sob a forma de importação por encomenda, tipo devidamente regulado e aceito pelo direito vigente e não, sob a forma de importação por conta e ordem de terceiro.

•Não há ocultação do verdadeiro responsável pelas operações – entre legítima economia e elisão tributária nas operações de importação – a capacidade econômica da entidade para suportar as operações – a regularidade dos contratos de mútuo realizados entre as partes •Esclarece também que a antecipação de parte dos recursos, a título de arras, não desconfigurava a importação por encomenda, eis que as disposições da IN SRF nº 247 de 21 de novembro de 2002, que veiculava regra segundo a qual a antecipação de recursos feita ao importador, configuraria importação por conta e ordem, não tinha fundamento legal de validade, na medida em que apenas em 2006, entrou em vigor a Lei nº 11.281/2006 que no inciso I, do parágrafo 1º, do art. 11, prevê a possibilidade da Secretaria da Receita Federal estabelecer os requisitos e condições para a atuação da pessoa jurídica importadora na forma do caput do referido artigo.

•A lavratura do Auto de Infração tem como precedente lógico existência de ato administrativo anterior que decretou a inaptidão do CNPJ da Impugnante. Em função disso, entenderam que as operações de importação realizadas anteriormente à referida inaptidão deveriam por ela serem atingidas, aplicando-se a multa substitutiva a pena de perdimento das mercadorias, haja vista a destinação das mercadorias para o consumo ou venda. Não poderiam ter agido desta forma, uma vez que tal prática se trata de procedimento arbitrário, ensejando a retroatividade do não benigno, quando tal procedimento é definitivamente proibido pela legislação pátria, in casu, art. 5º, XXXVI e art. 150, III, "a", da Constituição Federal, bem como o art. 106 do Código Tributário Nacional •Conclui-se, assim, ser plenamente inconstitucional atingir operações com mercadorias já desembaraçadas, inclusive com tributos pagos, para os fins de emprego dos efeitos pertinentes à suspensão do registro no CNPJ, a determinar, com base nesse motivo, o respectivo perdimento, por ferir de morte o princípio

de irretroatividade do não benigno e, por conseguinte, os princípios de segurança jurídica, legalidade, preservação da confiança e proteção ao direito adquirido.

5 Em 13/08/2008 a 2ª Turma da antiga DRJ/SPOII prolatou o Acórdão 17-26.798 (fls. 1860 e ss), com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO-II Período de apuração: 10/09/2003 a 08/06/2005 INTERPOSIÇÃO DE PESSOA. CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO EM MULTA. O que diferencia as infrações tipificadas no artigo 23, V, do DL 1.455/1976 e no artigo 33 da Lei 11.488/2007 é o fato de que a prevista na lei 11.488 tem como agente apenas o importador ou exportador ostensivo, ao passo que a do DL 1.455 destina-se a punir o sujeito oculto, o verdadeiro responsável pela operação.

Com o advento do artigo 33 da Lei 11.488/2007 deixou de ser imputável ao importador ou exportador ostensivo, em co-autoria, a infração do artigo 23, V, do DL 1.455/1976.

Pelo mesmo motivo, no se admite que o adquirente seja punido, solidariamente ao importador, com a multa do artigo 33 da lei 11.488. Tal consequência é fruto do princípio do "non bis in idem" o qual, no direito aduaneiro, está albergado nos artigos 99 e 100 do DL 37/1966. A importação de mercadorias destinadas a terceiro oculto, o real responsável pela operação, dá ensejo pena de perdimento, ou sua conversão em multa, aplicável a esse terceiro (DL 1.455/1976, artigo 23, V) e, ao interveniente ostensivo, aquele em cujo nome é realizada a operação (aquele que "cede o nome"), é aplicável a multa de 10% do valor da operação (lei 11.488/2007, artigo 33, caput).

O parágrafo único do artigo 33 constitui norma explicativa destinada a afastar a imputação de inidoneidade da empresa que meramente "cede o nome". Por outro lado, se além de "ceder o nome", a empresa não comprovar a origem do capital empregado no comércio exterior, resta presumida sua inidoneidade, a ensejar a inaptidão de sua inscrição no CNPJ, por força da presunção estampada no artigo 81, § 1º 2, da Lei 9.430/1996. Embora as infrações imputadas sejam anteriores edição da Lei 11.488/2007, aplica-se o artigo 33 retroativamente, em face do disposto no artigo 106, II, "c", do Código Tributário Nacional Como o auto de infração foi lavrado posteriormente entrada em vigor da lei 11.488, impondose a conversão da pena de perdimento ao importador, é manifesta sua improcedência.

Lançamento Improcedente Em 25/05/2010 a 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária do CARF prolatou o Acórdão 310100.431 (fls. 1892 e ss.), onde deu provimento ao recurso de ofício, como segue:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO –II Período de apuração: 10/09/2003 a 08/06/2005 6 INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIROS. DANO AO ERÁRIO. CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO EM MULTA.

O dano ao erário nas infrações enumeradas no capuz' do artigo 23 do Decreto-lei .455, de 1976, com as modificações introduzidas pela Lei 10.637, de 2002, no é fato típico para a exigência da multa cominada no artigo 33 da Lei 11.488, de 2007, substitutiva da inaptidão do CNPJ de sociedades empresárias inidôneas.

Recurso de Ofício Provido.

Cientificada da decisão em 27/10/2010 (fls. 1892), a interessada apresentou embargos de declaração (fls. 1916 e ss), onde requer, em síntese, o julgamento de mérito da lide.

Em 23/08/2016, a 3ª Câmara/2ª Turma Ordinária do CARF, decidiu pelo retorno dos autos à DRJ, nos termos do Acórdão 3302-003.319 (fls. 1953 e ss), como segue:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO II Período de apuração: 10/09/2003 a 08/06/2005 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO. Devem ser acolhidos os embargos de declaração quando se constata a existência de omissão no acórdão de ponto sobre o qual devia pronunciarse a turma.

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RETORNO DOS AUTOS PARA ANÁLISE DAS DEMAIS RAZÕES DE MÉRITO.

Afastada a decisão quanto à matéria que prejudicava a análise das demais razões recursais, devem os autos retornar à instância de competência originária de julgamento. Embargos acolhidos.

Aguardando Nova Decisão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos de declaração, nos termos do voto do relator. (assinado digitalmente) Determinando:

Assim, afastada a prejudicial de mérito decidida pela instância de piso, voto para que o processo retorne à DRJ para elaboração de novo acórdão, de forma a exaurir sua competência originária prevista no artigo 25, inciso I do Decreto nº 70.235/19721 e ao disposto no artigo 312 do referido decreto, quanto às demais matérias de mérito Em 23/03/2017 a 20ª Turma da DRJ/SPO Prolatou o Acórdão 16-76.768 (fls. 2055), com a seguinte ementa:

7 ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Período de apuração: 10/09/2003 a 08/06/2005 Acolhimento parcial de embargos de declaração contra o Acórdão CARF nº 3101-00.4. Determinação de NOVA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA para análise do mérito.

CONCOMITÂNCIA COM AÇÃO JUDICIAL.O recurso ao Poder Judiciário para discussão de matéria coincidente com aquela objeto do lançamento de ofício, antes ou após a lavratura do Auto de Infração, importa na renúncia de discutir a matéria objeto da ação judicial na esfera administrativa, uma vez que as decisões

judiciais se sobrepõem às administrativas Neste Acórdão a DRJ/SPO entendeu que o processo judicial processo judicial nº 2006.61.00.000308-9 e este processo guardavam identidade de objeto.

Irresignada a interessada apresentou, em 09/05/2017, Recurso Voluntário contra a Decisão da DRJ/SPO (fls. 2070 e ss), alegando :

A AMPLITUDE DO OBJETO DA DISCUSSÃO TRAVADA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 10314.010132/2007-44. LAVRATURA DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO EM MOMENTO POSTERIOR AO AJUIZAMENTO DA ANULATÓRIA N. 2006.61.00.000308-9. QUESTÕES JURÍDICAS NÃO ABORDADAS NA AÇÃO JUDICIAL.

Como se verá adiante, dentre os argumentos não colacionados na aludida ação anulatória, é possível mencionar: 1) a retroatividade benigna do art. 11 da Lei n. 11.281/2006 2) a errônea penalidade a que se pretende ver submetida a GÊNESIS, ante a vedação da retroatividade in pejus de lei tributária; 3) o princípio o non bis in idem cuja observância é albergada pelo Direito Aduaneiro; 4) o princípio do nemo potest venire contra factum proprium oponível a uma Administração proba Em 27/11/2018, a 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária do CARF, decidiu pelo retorno dos autos à DRJ, nos termos do Acórdão 3402-005.852 (fls. 2194 e ss), nos seguintes termos:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. APLICAÇÃO DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO.. CONCOMITÂNCIA. INEXISTÊNCIA. EXAME ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE.

Não caracterizada a identidade de objetos discutidos nos processos judicial e administrativo, afastase a ocorrência de concomitância, ensejando a necessidade de análise do mérito pela instância a quo.

Recurso Voluntário Provido 8 Em 15/02/2019 a interessada apresentou embargos de declaração contra a decisão do CARF (fls. 2223 e ss), alegando que “ a Gênesis reconheceu a identidade parcial de objeto, eis que além do mérito propriamente dito, referente à inexistência de fraude ou ocultação do real adquirente das mercadorias, discutia-se, também, uma série de questões referentes à legalidade/aplicabilidade da penalidade imposta.” Em 16/04/2019, a 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária do CARF, rejeitou os embargos de declaração apresentados pela contribuinte e ratificou os termos do Acórdão 3402-005.852, decidindo pelo retorno dos autos À DRJQSP008 para novo julgamento.

Em 17/10/2019 a 12ª Turma da DRJ/SPO requereu informações complementares à Unidade de Origem, consubstanciadas na RESOLUÇÃO nº 16.001.029 (fls. 2281 e ss).

Em resposta a Unidade de Origem apresentou informação fiscal (fls. 2291 e ss) que será melhor explicitada no voto.

Instada a manifestar-se a respeito do resultado da diligência a contribuinte não se manifestou (fls. 2299).

Seguindo a marcha processual, o feito foi julgado conforme ementa da DRJ:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II Exercício: 2003, 2004, 2005
INFRAÇÃO. SUBSUNÇÃO DOS FATOS À NORMA. PENALIDADE.

A subsunção dos fatos à norma legal que prevê a infração determina sua caracterização com consequente aplicação da penalidade prevista.

INFRAÇÃO. PROVAS. PENALIDADE.

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

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado

Diante da procedência do pleito da contribuinte, foi interposto recurso de ofício.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Laércio Cruz Uliana Junior**, Relator

Conheço do recurso de ofício, eis, que atende os requisitos formais.

A lide é travada nas alegações da contribuinte, que sustenta a "regularidade das operações", a "inexistência de importação por conta e ordem de terceiros" e que a autuação teria sido lavrada com base em "supostas irregularidades nas operações de importação", bem como outras argumentações de natureza semelhante, faz-se necessário abordar os conceitos e as definições legais relativos à infração conhecida como Interposição Fraudulenta. Ainda que tais aspectos já tenham sido amplamente detalhados no Relatório Fiscal, a contextualização é imprescindível para reforçar a base jurídica da presente decisão.

Pois bem! A DRJ assim enfrentou o presente processo:

Das provas da interposição fraudulenta: as provas materiais e a presunção legal (art. 23, § 2º, DL 1.455/76).

Antes ainda da iniciação da análise do mérito da presente lide fiscal, é imperioso esclarecer-se que subsistem duas formas de se provar a ocorrência de interposição fraudulenta em operações de importação, quais sejam: a) por meio

de provas materiais e concretas, tais como e-mails e outras correspondências entre o real importador (oculto) e o ficto importador (ostensivo), ou com a prova do adiantamento de recursos do primeiro para o segundo; ou b) por meio da aplicação do § 2º do art. 23 do Decreto-lei n.º 1.455, de 1976, que consiste na presunção legal nos casos em que o importador (que figurou como tal na DI), intimado, não comprova a origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados nas operações – sendo do importador o ônus da prova, por expressa disposição legal.

Da análise de mérito do caso concreto.

Em que pese ter sido afastada a caracterização da concomitância, impende trazer aos autos questões que foram debatidas na ação judicial e que guardam estrita relação com o objeto deste processo:3401

A sentença na ação ordinária nos autos nº 2006.61.00.000308-9 (atual 000030840.2006.4.03.6100), de 02/12/2008 que transitou em julgado em 16/11/2017, estabeleceu :

Desta forma, o primeiro ponto, objeto do vasto conjunto probatório dos autos consiste em verificar se a Autora possui capacidade econômica hábil a realizar sua atividade mercantil.

Nesse sentido foi necessária a realização da prova pericial onde o perito indicou que a origem dos recursos destinados à liquidação das operações de câmbio praticados pela GENESIS provinha de antecipações de pagamentos de negócios mercantis, recursos oriundos de contratos de mútuo com a empresa Federal Distribuidora de Petróleo Ltda, e recursos dos sócios em aporte de capital. Logo, a origem dos recursos foi plenamente comprovada, afastando a alegação de inexistência de recursos próprios.

A conclusão do laudo pericial (fls 3048/3049) é clara no sentido de que a Autora possuía recursos próprios para quitar os contratos de câmbio. O perito analisou inclusive os contratos de mútuo destacando o ingresso de capital na GENESIS, efetivo pagamento, acrescido de taxa de juros contratuais. O expert também afasta a afirmação da Ré com relação a antecipação de recursos pela COPER para liberação da mercadoria objeto da DI 04.1062704-0 e DI 04.1777021-1, demonstrando a existência de recursos próprios para fechamento do câmbio. (fls 2995)

Desta forma, os sucessivos equívocos do assistente técnico demonstram a insubsistência da alegação de não comprovação de recursos próprios.

Passo a análise do segundo ponto, qual seja ocultação do real beneficiário das importações.

A Lei 10.637, em seu artigo 59 alterou a redação do artigo 23 do Decreto-Lei n° 1.455 de 07 de Abril de 1976, que define infrações que causam dano ao Erário, acrescentando um novo inciso além de três novos parágrafos, in verbis:

Art. 59. O art. 23 do Decreto-Lei no 1.455, de 7 de abril de 1976, passa a vigorar com as seguintes alterações:

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: §30 A pena prevista no §1º converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida." Tal matéria foi regulamentada pela IN 225/2002. Foi objetivo precípua do legislador acabar com as empresas de fachada, que operavam por conta de terceiros. No caso dos autos a ré entendeu que a Autora desatendeu os dispositivos da_IN 2.25/2002, tendo deixado de indicar que as importações eram feitas por conta de terceiro e não em nome próprio como declarou perante a autoridade aduaneira Segundo, a Instrução Normativa entende-se por importador por conta e ordem de terceiro a pessoa jurídica que promover, em seu nome, o despacho aduaneiro de importação de mercadoria adquirida por outra, em razão de contrato previamente firmado, que poderá compreender, ainda, a prestação de outros serviços relacionados com a transação comercial, como a realização de cotação de preços e a intermediação comercial No entanto, há de se reconhecer que na área de atividade econômica exercida pela Autora a exigência da IN 225/2002 revela-se descabida. A autora atua na área de importação de óleo diesel, solvente e gasolina, atividades reguladas pela Agência Nacional de Petróleo – ANP. É vedado às importadoras de gasolina e óleo diesel a distribuição do produto, logo as importações são sempre para terceiros, o que não transmuda a operação em "por córita de terceiro". Da mesma forma é vedado às empresas distribuidoras à importação direta do produto. Somente com relação aos solventes pode a empresa importadora, mediante autorização específica, ser a distribuidora. Assim, saliente-se que nas importações de gasolina e óleo diesel o produto será destinado à empresa distribuidora, sem que com isso se caracterize importação por conta e ordem de terceiros, afinal todas as importações destes produtos serão repassadas às distribuidoras interessadas, de modo a -atender à regulamentação setorial.

Ademais, por determinação da ANP há expressa previsão de indicação previa do destinatário da mercadoria nas licenças de importação. Assim como admitir a ocultação do destinatário das mercadorias se este foi expressamente indicado na licença de importação nos termos da Portaria ANP 314/2001. - - Observe-se, por fim, que por força desta regulamentação, o Importador deverá enviar à ANP, até o, dia 15 de cada mês, um demonstrativo de suas vendas de gasolina e de

correntes de hidrocarbonetos para formulação de gasolinas, realizadas no mês imediatamente anterior, contendo, obrigatoriamente, informações sobre os adquirentes, volumes em m³ e número, série e data das respectivas notas fiscais. Tanto é assim, que na própria contestação a União admite que nas licenças de importação constava a clara indicação do destinatário da mercadoria (fis. 1950). Veja-se o documento colacionado a fis 227 onde a Importadora Gênese expressamente indica que a mercadoria destina-se a Coper Químicos e Solventes Ltda. Ocorrendo indicação do destinatário da mercadoria, afasta por completo a prática de "ocultação". Desta forma, pela exegese dos fatos aqui mencionados, vê-se que a pena de inaptidão está estritamente relacionada com a não comprovação de origem, disponibilidade e efetiva transferência dos recursos empregados em operações de comércio exterior, o que restou afastado.

Já a ocultação do sujeito passivo, tratada no artigo 23 do Decreto 1455/76 também não é cabível, em especial diante do ramo de atividade exercida pela Autora. Tais constatações demonstram a clara insubsistência da representação sofrida e autuações impostas. Isto posto, pelas razões expostas, acolho o pedido da Autora e julgo procedente a ação para cancelar a pena de inaptidão objeto da Representação 10314.005203/2005-25 e as penas de perdimento impostas nas representações 0817800/19656/05 e 0817800/13297/05.

Resumidamente, tem-se que a suspensão no CNPJ decorreu da conclusão do procedimento especial de fiscalização 10314.005203/2005-25, referente a suposta incapacidade econômico-financeira da Autora, enquanto a pena de perdimento deu-se em decorrência de conjecturada ocultação do verdadeiro responsável pelas operações de importação. Pois bem. A Lei 9.430 dispõe, entre o mais, sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social e o processo administrativo de consulta, regulando, no respectivo Capítulo "VI", o conceito e os efeitos jurídicos do reconhecimento da inidoneidade de uma empresa. Desde a época dos fatos até o presente julgamento, o referido Capítulo sofreu modificações na sua redação que, entretanto, não alteraram a essência da normatização ora aplicável.

Com efeito, nos termos do art. 80, § 1º, I, da Lei 9.430/96, inserido no Capítulo supramencionado, a inaptidão da pessoa jurídica decorre de sua inexistência de 12 fatos; ou de forma presumida, quando não demonstra a origem, a disponibilidade e a efetiva transferência dos recursos empregados em operações de comércio exterior (§ 1º, do art. 81).

Por sinal, admite-se a comprovação da origem dos recursos mediante prova do regular fechamento da operação de câmbio, inclusive com a identificação da instituição financeira no exterior encarregada da remessa dos recursos para o País, bem como identificação do remetente dos recursos, assim entendido como a pessoa física ou jurídica titular dos recursos remetidos, de acordo como os incisos I e II, do § 2º, do art. 81, do dispositivo legal apontado. In casu, observa-se da perícia contábil realizada na fase instrutória, que empreendeu aprofundadas

considerações sobre a causa, a efetiva origem dos recursos destinados à liquidação das operações de câmbio praticados pela Autora, proveniente de antecipações de pagamentos de negócios mercantis, recursos oriundos de contratos de mútuo com a empresa Federal Distribuidora de Petróleo Ltda., devidamente registrados no livro Razão, obrigatório para pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, assim como de recursos dos sócios em aporte de capital.

Destarte, ficou demonstrado que a parte Autora possuía recursos próprios para quitar os contratos de câmbio impugnados pela Receita Federal.

No tocante à questão da suposta ocultação do responsável pelas operações de importação, o art. 23, do Decreto-Lei 1.455/76, com a redação da época dos fatos (que não sofreu substancial transformação até aqui), dispunha o seguinte (verbis):

"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 consumida.

13 § 4º O disposto no § 3º não impede a apreensão da mercadoria nos casos previstos no inciso I ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território nacional.

Salienta-se que a matéria foi regulamentada pela Instrução Normativa n. 225, de 18 de outubro de 2002, da Secretaria da Receita Federal, que define como importador por conta e ordem de terceiro a pessoa jurídica que promover, em seu nome, o despacho aduaneiro de importação de mercadoria adquirida por outra, em razão de contrato previamente firmado, que poderá compreender, ainda, a prestação de outros serviços relacionados com a transação comercial, como a realização de cotação de preços e a intermediação comercial. Isso não obstante, é certo que a aludida Instrução Normativa não se aplica ao caso em comento, porquanto, atuando a Autora na área de importação de óleo diesel, solvente e gasolina, lhe é defesa a distribuição desses produtos. Destarte, a operação de importação deverá ser feita, como regra, em prol de terceiro, assim entendido como a empresa distribuidora da mercadoria, situação inapta a transmudar tal operação como se feita a "conta e ordem de terceiro". Por outro lado, não se

admite que as empresas distribuidoras procedam com a importação direta dos produtos que pretendem mercializar; excepcionalmente, no que tange aos solventes, poderá a empresa importadora, mediante autorização específica, distribuí-los.

Portanto, nas importações de gasolina e óleo diesel, as mercadorias serão destinadas à empresa distribuidora, sem que isso configure, repita-se, importação por conta e ordem de terceiros, dado que esses produtos serão encaminhados às distribuidoras, em cumprimento à regulamentação setorial incidente. Outrossim, descabe falar-se em ocultação do real destinatário da mercadoria, tendo em vista a indicação expressa da distribuidora Coper Químicos e Solventes Ltda., na licença de importação, em cumprimento à Portaria n. 314/2001, da Agência Nacional de Petróleo - ANP. À vista desse cenário, patente a insubsistência da Representação n. 10314.005203/2005-25, que decretou a inaptidão da Autora no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, bem como dos referidos autos de infração autuados sob números 0817800/13297/05 e 0817800/19656/05, os quais resultaram na cominação da pena de perdimento da mercadoria por ela importada. Nesse ínterim, observo que a Nafta e o Hexano comercial foram arrematados em 20.09.06 e, em cumprimento à decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento n. 2006.03.00.015873-2, os valores arrecadados com a respectiva alienação foram depositados em Juízo, conforme se depreende das informações prestadas pela Secretaria da Receita Federal (fls. 2.7762.778), além dos documentos apresentados pela Caixa Econômica Federal - PAB, Justiça Federal de Santos-SP (fls. 2.781/2.785). Sendo assim, o destino dos depósitos judiciais (fls. 2.781/2.785) será decidido após o trânsito em julgado, em primeiro grau de jurisdição.

São dois pontos a serem enfrentados neste processo: a) a verificação da capacidade econômica da empresa, para afastar a presunção de interposição fraudulenta; e (b) vedação da retroatividade in pejus dos efeitos da inaptidão do CNPJ.

Observa-se que a no processo judicial nº 2006.61.00.000308-9 (atual 000030840.2006.4.03.6100), restou comprovada, mediante pericial contábil a capacidade econômico-financeira da Autora. Em conclusão, afastou-se a inaptidão da empresa. Assim restou prejudicada a análise do efeito retroativo da inaptidão.

Também a decisão judicial concluiu que nas operações de “importações de gasolina e óleo diesel, as mercadorias serão destinadas à empresa distribuidora, sem que isso configure, repitase, importação por conta e ordem de terceiros, dado que esses produtos serão encaminhados às distribuidoras, em cumprimento à regulamentação setorial incidente.” Assim, não há que se falar em interposição fraudulenta pela ausência da indicação do nome da empresa distribuidora na operação de importação de gasolina e diesel, que é o caso. Não há que se falar em importação por encomenda.

Assim ,restou a análise das operações apontadas pela fiscalização no período de 2003 a 2005.

Em sua impugnação a interessada trouxe (fls. 144 e ss), análise da cada uma das operações apontadas no auto de infração, como se vê:

0.2.1.1. FLS 1/15 DO ANEXO II DO AUTO DE INFRAÇÃO:

Trata-se de cópia de um extrato da conta-corrente de nº 71398 mantida no Banco Bradesco espelhando o movimento do dia (ou parte desse) 31/08. Nele se identificam os seguintes lançamentos que induziram os AFRF's a erro:

DATA	HISTÓRICO	DÉBITO	CRÉDITO
31/08/04	Ted- Rem.: FEDERAL PETRÓLEO		310.000,00+
31/08/04	PAGTº TRIBUTOSISCOMEX	50-260,39-	
31/08/04	PAGTº TRIBUTOSISCOMEX	231.502,41-	

0.2.1.1.1. Ocorre que se verificarmos com acuidade a totalidade da documentação e ainda a planilha do **Anexo 1**, juntado a esta impugnação, ver-se-á com clareza a "confusão" formada.

0.2.1.1.2. O valor de R\$ 310.000,00 é parte de um CONTRATO DE MÚTUO-CMP012 no valor total de R\$ 563.059,31 assinado entre a FEDERAL-Mutuária e a IMPUGNANTE-Mutuante (cópia anexa).

Já os impostos pagos dizem respeito à importação de produto através da DI 04/0870070-4, cuja mercadoria foi vendida a Coper.

Dessa forma, confirma-se a total desconexão entre os recursos contratados entre a Impugnante e a Federal, com a empresa que, de fato, adquiriu a mercadoria (Coper).

0.2.1.2. FLS. 2/15 DO ANEXO II DO AUTO DE INFRAÇÃO:

Trata-se de nova cópia do extrato da conta-corrente de nº 71398, do Banco Bradesco, espelhando o movimento do dia (ou parte dele) 19/11/04. Nele se identificam os seguintes lançamentos que, mais uma vez, induziram os ilustres AFRF's a erro:

DATA	HISTÓRICO	DÉBITO	CRÉDITO
18/11/04	SALDO ANTERIOR		997.401,68+
19/11/04	TRASNF. DINH. COPER QUÍMICOS		568.800,00+
19/11/04	TED – Rem.: FEDERAL PETRÓLEO	188.951,89-	
19/11/04	PAGTº TRIBUTOS SISCOMEX	79.577,13-	
19/11/04	PAGTº TRIBUTOS SISCOMEX	366.537,07-	
19/11/04	PAGTº TRIBUTOS SISCOMEX	6.198,99-	

0.2.1.2.1. A documentação do Anexo 2, juntado a esta impugnação, demonstra que a IMPUGNANTE já possuía saldo credor

suficiente para o pagamento de tais impostos acima listados; o saldo remanescente da data anterior (18/11/94) era de R\$ 997.401,68.

0.2.1.2.2. Conforme consta da DI 04/1177021-1 a mercadoria foi importada com destinação de venda a Coper, o que de fato ocorreu e se comprova com a(s) Nota(s) Fiscal(is) de Venda, também anexas.

0.2.1.2.3. O saldo era tão suficiente que a Impugnante resolveu emprestar à Federal recursos de R\$ 188.951,89 e, mesmo assim, o saldo anterior (do dia 18/11) ainda era mais que suficiente para pagar os impostos acima citados.

0.2.1.2.4. O depósito da Coper, portanto, não passou de mero sinal da operação de compra, conforme nos dá conta a(s) Nota(s) Fiscal(is) de Venda então emitida.

0.2.1.2.5. Na análise do relatório que ora também anexamos e que reproduz com fidelidade a verba do Razão Analítico 2.1.6.02.00001 – Adiantamento de Clientes, relativa ao período de 01/01/2004 a 20/06/2005, veremos perfeitamente demonstrado o valor a crédito de R\$ 568.800,00 e, a seguir, as baixas de diversos Avisos de ressarcimentos de despesas, antes incorridas (antecipadas) pela Impugnante e agora ressarcidas pela Coper, relativas a diferenças de alíquota de ICMS e Armazenamentos.

E assim sucessivamente, até as fls. 152, demonstrando ponto a ponto a regularidade das operações que, ao ver da fiscalização demonstram a utilização de recurso de terceiros nas operações de importação.

Também a impugnante esclarece que:

DAS EXPLICAÇÕES PARA CADA UMA DAS OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO REALIZADAS PELA IMPUGNANTE, NO SENTIDO DE DEMONSTRAR A IMPROPRIEDADE DO "Item h" DAS CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES (2) DO AUTO

DE INFRAÇÃO: exceção dos valores de SINAL E PRINCIPIO DE PAGAMENTO, ocorridos nas (2) duas primeiras operações de importação no ano de 2003, os valores depositados por terceiros na(s) conta(s) corrente(s) da Impugnante sempre estiveram lastreadas, ora por aportes de capital dos sócios, ora por empréstimos realizados por empresa terceira, com assinatura de Contrato de Mútuo, regularmente registrado em sua contabilidade e firmemente liquidados, contratos esses que encontram previsão na I.N. SRF nº 228/02 e que, mesmo que num primeiro momento (nas duas primeiras importações) se pudesse confundir com a pessoa jurídica do interessado na importação (nunca o importador de fato!), ao mesmo tempo trata-se de empresa cuja titularidade pertence as mesmas pessoas físicas sócias da Impugnante.

17 É interessante notar que a empresa Federal, citada Delos AFRF's como "financiadora" da Impugnante, em diversas ocasiões do mesmo período fiscalizado passou a tomar empréstimos da Impugnante, ou seja, diferente e inversamente ao que se assegura no Auto de Infração a Impugnante é que passa a emprestar recursos (também via Contratos de Mútuo) àquela (vide planilha descritiva e cópia dos Contratos no A nexa 9, juntado a esta impugnação). Demonstrando ainda a total isenção da IMPUGNANTE quanto ao perfeito atendimento às regras emanadas da Instrução Normativa SRF nº 228/02, apresentamos agora uma análise descritiva e documental de cada uma das operações de importação e de venda desse produto então realizadas, pela Impugnante, no período de 2003 a 2005, a saber: (...) e relaciona cada uma das operações (fls. 153 a 160)

Para esclarecer os pagamentos referentes aos contratos de câmbio que foram efetuados na conta corrente da empresa, apresentou extratos e demonstrativos, anexos 10 a 23 onde, em em cada um, elaboro extratos de conta e descreveu separadamente de cada uma delas suas datas de realização e a ordem cronológica de pagamento dos impostos, obrigações assim como das operações de Câmbio.

Destaca :

- Os valores lançados a crédito nas operações em datas antecedentes aos fechamentos de Câmbio ocorreram em razão da benesse do prazo, conseguida pela importadora Impugnante junto aos seus fornecedores (exportadores) no exterior. Contudo, vale lembrar, que nessas situações tais pagamentos estão perfeitamente lastreados pelas respectivas Notas Fiscais de venda mercantil.
- As ocorrências de entradas de recursos com a emissão de Contratos de Mútuo, além de não ocorrerem entre vendedor e comprador dos produtos mercantis importados, sempre se deram com lastro em efetivos contratos (cópias anexas) e em perfeita sintonia com as instruções emanadas da Instrução Normativa SRF nº 228/02. Nesse sentido, a Impugnante fez questão de elaborar anexo próprio, in casu, A nexa 26, juntado a esta impugnação, onde se identifica cada um dos Contratos de Mútuo formalizados entre a Impugnante e a Federal (seja a Impugnante emprestando a Federal, seja a Impugnante tomando empréstimo da

Federal) e, capeando cada conjunto de operações, uma planilha descritiva das mesmas com os movimentos de pagamentos e recebimentos ocorridos.

Assim, pontuou cada um dos anexos de fls. 16 a 25 mais a folha 29 do Anexo II, como se vê às fls. 162 a 165).

Justifica, às fls. 165/168 esclarece toda movimentação que justifica o parte do capital sócia.

Explica toda a movimentação contábil e fiscal ente a interessada e a empresa FEDERAL (Fls. 168/171)

Ea informação fiscal (fls. 2291 e ss) trouxe os seguintes esclarecimentos:

- Afirma que os fatos aqui discutidos ocorreram entre setembro/2003 a junho/2005, não sendo possível a reconstituição perfeita das provas produzidas durante a ação fiscal; • Analisando o teor da sentença de fls. 2162-2175 e confirmado no acórdão de fls. 2176-2184, verifica-se que a Justiça atestou que a GENESIS possuía capacidade operacional suficiente para realizar as importações. Com o referido laudo como principal fundamento, o Poder Judiciário (TRF- 3ª Região) afastou as alegações de ocultação do real adquirente nas importações, bem como cancelou a inaptidão por inexistência de fato aplicada na Representação nº 10314.005203/2005-25.

- Relevante destacar que, malgrado o processo judicial trate do perdimento referente apenas aos AI 0817800/13297/05 e 0817800/19656/05, o mesmo foi ajuizado sob o fundamento de que a inaptidão foi aplicada indevidamente devido à GENESIS possuir capacidade financeira. Portanto, apesar do processo judicial não ter analisado todos os perdimentos referentes às importações efetuadas entre 2003 e 2005, o fundamento destes e da inaptidão cancelada judicialmente é o mesmo. Desta forma, a análise efetuada mediante perícia contábil no processo n. 2006.61.00.000308-9, referente à capacidade financeira da GENESIS, se refere aos mesmos fatos discutidos neste processo n. 10314.010132/2007-44.

- Observa que é fato que a GENESIS, em sua impugnação, não se furtou a abordar e justificar detalhadamente todas as operações autuadas, justificando lançamento por lançamento e justificando, em apertada síntese das alegações, que em todas as situações dispunha de recursos na conta para pagar os tributos e fechar o câmbio e que as transferências para suas contas da parte da FEDERAL e da COOPER eram apenas adiantamentos das compras ou pagamentos referentes a contratos de mútuo celebrados (sendo todos os referidos contratos juntados pela GENESIS na impugnação). celebrados com a COOPER e a FEDERAL.

- Ressalta também que há fragilidades, nas alegações da contribuinte, a começar pelo fato da GENESIS não ter respondido intimações da fiscalização (por exemplo, apresentar as notas fiscais de saída para os supostos reais adquirentes COOPER e FEDERAL, conforme página 19 do processo), ou a fiscalização ter constatado que a empresa não possuía existência física (também conforme página 19 do Auto de Infração e Termo de Constatação de fl. 28)

• Sobre os contratos de mútuo supostamente celebrados entre a GENESIS e os alegados reais adquirentes, e que a empresa alega não terem relação com os fechamentos de câmbio, os pagamentos dos mesmos também ocorriam sempre nas semanas, por vezes na mesma data, dos pagamentos das importações realizadas (ou dos tributos referentes às mesmas), sendo justificados como sinais, adiantamentos ou mesmo “mera liberalidade entre as partes” (fl. 152 do processo, fl. 14 da impugnação)

• Por fim, observar que a comprovação da existência de capacidade econômica suficiente para realizar as importações, conforme atestado na referida perícia não implica necessariamente que a empresa afastou a autuação. Efetuar as importações com a utilização de recursos de terceiros, praticando ocultação do real adquirente das mercadorias, é plenamente possível mesmo que o importador tenha capacidade econômica para tanto. Em outras palavras, são questões distintas, e não se pode tomar a análise efetuada em sede judicial como encerramento da questão. Em uma análise global, malgrado as justificativas apresentadas pela empresa, em praticamente todas as importações autuadas, ocorreram depósitos na conta da empresa da parte de um dos dois reais adquirentes apontados em datas próximas àquelas em que foram pagos os tributos referentes às importações, depósitos estes sempre em valores extremamente próximos ao montante dos tributos.

• Desta forma, conclui-se que há indícios, mas não é possível afirmar conclusivamente que a empresa GENESIS IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA., CNPJ n. 04.863.970/0001-71, fez prova da origem dos recursos utilizados nas compras de mercadorias constantes das Declarações de Importação registradas entre 09/2003 e 06/2005, de sorte que somente a análise e o julgamento da impugnação podem definir se restou afastada, com base nas indagações aqui respondidas, a ocultação do real adquirente apontada.

Feitas estas considerações, e analisando toda documentação juntada ao autos, verifica-se que as operações que respaldaram a presunção de interposição fraudulenta apontadas no auto infração, guardam estreita semelhança com as operações analisadas nos autos do processo judicial nº 2006.61.00.000308-9 (atual 0000308-40.2006.4.03.6100), de 02/12/2008 que transitou em julgado em 16/11/2017 e concluiu pela CAPACIDADE ECONÔMICA DA GÊNESIS EM ATUAR NAS OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO.

Em sua defesa, assim como no processo judicial, a GÊNESIS trouxe explicações para cada uma das operações, justificando a movimentação financeira entendida pela fiscalização como suspeita, exatamente como na ação judicial.

Em seu processo judicial foi categórico ao afirmar que “A minuciosa perícia contábil realizada na fase de instrução, acolhida pela sentença, concluiu pela não caracterização de incapacidade econômico-financeira da Autora, bem como pela não configuração de prática de ocultação do verdadeiro responsável em operações de comércio exterior.” Analisando as operações apontada pela

fiscalização no auto de infração, é de se aceitar as justificativas apresentadas e, assim como na ação judicial, admitir que a GENESIS fez prova da sua capacidade financeira, afastando a presunção de interposição fraudulenta.

Corroborando esse entendimento trago excerto do voto da Conselheira Relatora Maysa de Sá Pittondo Deligne., no Acórdão 3402-005.852, deste processo que assim se manifestou “Desta forma, uma vez que os mesmos fatos que ensejaram a presunção da interposição fraudulenta foram aqueles descritos no processo n.º 10314.005203/2005-25, cujo descabimento foi confirmada pelo poder judiciário em decisão final, deve ser afastada a pena de perdimento aplicada no presente caso. Com efeito, a principal premissa na qual se respaldou a presente autuação para fundamentar a interposição fraudulenta presumida, no sentido de que a empresa importadora não possuiria capacidade econômica e financeira para realizar suas operações, foi afastada pelo Poder Judiciário, em decisão final que deve ser aqui aplicada. “ Por fim, as demais alegações arguidas pela impugnante não serão aqui apreciadas, nos termos do §3º do artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972 (parágrafo acrescido pelo artigo 1º da Lei nº 8.748/1993), segundo o qual, quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

CONCLUSÃO

Assim sendo, em face de tudo o quanto foi exposto, VOTO no sentido de julgar PROCEDENTE a impugnação, para EXONERAR o crédito tributário exigido no presente processo administrativo.

Cecília Miyuki Ishida –relatora.

Assim, considerando que os mesmos elementos fáticos que fundamentaram a presunção de interposição fraudulenta neste feito são idênticos aos descritos no processo n.º 10314.005203/2005-25, cujo descabimento foi definitivamente reconhecido pelo Poder Judiciário em decisão transitada em julgado, impõe-se o afastamento da pena de perdimento aplicada no presente caso. Nesse contexto, a premissa essencial que embasou a autuação ora analisada — qual seja, a alegação de que a empresa importadora não deteria capacidade econômica e financeira para conduzir suas operações — foi rejeitada pela decisão judicial final, a qual deve ser devidamente observada e aplicada à presente controvérsia.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço do recurso de ofício, no mérito, nego provimento.

Assinado Digitalmente

Laércio Cruz Uliana Junior

DOCUMENTO VALIDADO