



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

Processo n° 10314.724116/2012-08
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3102-002.406 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de março de 2015
Matéria Auto de Infração - Aduana
Recorrente LONG JUMP REPRESENTAÇÃO DE BRINQUEDOS E SERVICOS LTDA.
E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 18/01/2007 a 14/12/2010

DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. CONVERSÃO EM MULTA. RESPONSABILIDADE. INFRAÇÃO DE CONDUTA.

Constitui infração por dano ao Erário a ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, conduta que, praticada, sujeita as mercadorias à pena de perdimento, convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro caso as mercadorias não sejam localizadas ou tenham sido consumidas.

A penalidade decorrente da infração por interposição fraudulenta coibi a conduta do administrado; não depende da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. MERCADORIA NÃO LOCALIZADA. CONVERSÃO EM MULTA EQUIVALENTE AO VALOR ADUANEIRO. CESSÃO DO NOME. MULTA DE DEZ POR CENTO DO VALOR DA OPERAÇÃO. PENALIDADES DE NATUREZA DISTINTAS.

Na aplicação da multa de dez por cento do valor da operação, pela cessão do nome (artigo 33 da Lei nº 11.488/07), não será proposta a inaptidão da pessoa jurídica, sem prejuízo da aplicação da multa equivalente ao valor aduaneiro, pela conversão da pena de perdimento das mercadorias não localizadas (§ 3º do artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455/76, com a redação introduzida pelo artigo 59 da Lei 10.637/02).

Não se cogita da hipótese de aplicação do instituto da retroação benigna para penalidades de natureza distinta, como é o caso das penas previstas no artigo 33 da Lei nº 11.488/07 e no § 3º do artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455/76, com a redação introduzida pelo artigo 59 da Lei 10.637/02.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 18/01/2007 a 14/12/2010

AUSÊNCIA DE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL OU ERROS NA SUA EMISSÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O Mandado de Procedimento Fiscal é instrumento administrativo de planejamento e controle das atividades de fiscalização da Secretaria da Receita Federal do Brasil. O fato de não ter sido regularmente emitido ou de haver irregularidades na sua emissão não acarreta nulidade do auto de infração lavrado por autoridade que, nos termos da Lei, possui competência para tanto.

INFRAÇÕES ADUANEIRAS. PENALIDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Respondem pela infração aduaneira, conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática ou dela se beneficie. O importador e o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, assim como o encomendante predeterminado.

São pessoalmente responsáveis pelo crédito tributário os que praticam atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

INFRAÇÕES ADUANEIRAS. PENALIDADE. DECADÊNCIA

Decai em cinco anos contados da data de ocorrência da infração aduaneira o direito de impor penalidade.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares arguídas, indeferir o pedido de produção de novas provas e, no mérito, em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para reconhecer a decadência do direito de imposição da pena em relação às importações processadas em data anterior ao dia 20 de junho de 2007. As Conselheiras Mirian de Fátima Lavocat de Queiroz e Nanci Gama votaram pelas conclusões.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa – Presidente e Relator

EDITADO EM: 22/05/2015

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Ricardo Paulo Rosa, Nanci Gama, José Luiz Feistauer de Oliveira, Andréa Medrado Darzé, Maria do Socorro Ferreira Aguiar e Miriam de Fátima Lavocat de Queiroz.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o Relatório que embasou a decisão de primeira instância, que passo a transcrever.

Trata o presente processo de auto de infração, lavrado em 20/06/2012, em face do contribuinte em epígrafe, formalizando a exigência de multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, no valor de R\$ 33.473.252,75 em virtude dos fatos a seguir descritos.

Em resumo, a fiscalização através de procedimento administrativo pautado nas Instrução Normativa RFB nº 228/02 apurou que:

• A empresa LONG JUMP é a detentora da marca que leva o mesmo nome, cujos produtos são importados pela empresa ALPHA;

• A ALPHA importa exclusivamente produtos (brinquedos) da marca LONG JUMP ou voltados ao público infantil;

• A ALPHA possuiria saúde financeira bastante debilitada para suportar os custos relativos às importações, não fossem os aportes de recursos a ela remetidos a título de contratos de mútuos;

• Tais recursos geralmente são remetidos em datas muito próximas àquelas em que incorrem gastos aduaneiros;

• Os remetentes dos recursos (mutuantes) desses contratos são justamente empresas relacionadas com a ALPHA/LONG JUMP;

• Muitos dos mútuos nem sequer foram pagos, tendo sido “perdoados” pelos credores, caracterizando um verdadeiro repasse a título definitivo;

• O pagamento de mútuos, por outro lado, se deu, em alguns casos, mediante mercadorias, evidenciando um verdadeiro adiantamento dos recursos necessários às importações;

• Há indícios de ingerência administrativa praticada pela LONG JUMP nas práticas da ALPHA

• Evidencia-se uma verdadeira confusão patrimonial, decorrente de um fluxo incomum de dinheiro entre as empresas citadas;

• Evidencia-se uma verdadeira confusão societária, em que os quadros de Sócios alteram-se com frequência, culminando na aquisição, pelos mesmos sócios da LONG JUMP, de todas as empresas citadas;

• Dentre as empresa adquiridas pelos sócios da LONG JUMP, destaque para a própria ALPHA, adquirida justamente quando já possuía estrutura e movimentação significativas;

• Em que pese ser uma empresa de representação comercial, todos os fatos apurados apontam para a LONG JUMP como o centro neural da “rede” que comercializa os produtos importados, bem como a real interessada nessas importações.

Por fim, o presente relatório deixa claro que, sem a participação de todas as empresas (**ALPHA, LONG JUMP, JL, PROSERVICE e VFR**), a infração não teria ocorrido.

Uma vez configurada a hipótese prevista no inciso V do artigo 23 do Lei nº 1.4551/976 supracitado, aplica-se a multa disposta no §3º do artigo 23 do Lei nº 1.455 de 07 de abril de 1976, uma vez que, as mercadorias já foram revendidas ou consumidas.

Foram considerados sujeitos passivos solidários à autuação:

- Alpha Comércio de Artigos Eletrônicos Ltda CNPJ 07.459.885/0001-30;
- JL – Comercial e Importadora Ltda CNPJ 07.352.680/0001-51;
- Pro-Service Ind. e Com. de Brinq. e Aparelhos Eletrônicos Ltda CNPJ 53.990.909/0001-09; • Luiz Geraldo Fiorini CPF 084.317.538-97;
- Vagner Lefort CPF 034.470.60875; A empresa Long Jump – Representação de Brinquedos e Serviços Ltda foi cientificada do auto de infração, via digital, em 21/06/2012 (fls. 2221).

A empresa Alpha Comércio de Artigos Eletrônicos Ltda foi cientificada do auto de infração, via digital, em 21/06/2012 (fls. 2242).

A empresa JL – Comercial e Importadora Ltda foi cientificada do auto de infração, via digital, em 21/06/2012 (fls. 2243).

A empresa Pro-Service Ind. e Com. de Brinq. e Aparelhos Eletrônicos Ltda foi cientificada do auto de infração, via digital, em 21/06/2012 (fls. 2245).

O Sr. Luiz Geraldo Fiorini foi cientificado do Auto de Infração, via Aviso de Recebimento – AR, em 25/06/2012 (fls. 3835).

O Sr. Vagner Lefort foi cientificado do Auto de Infração, via Aviso de Recebimento – AR, em 25/06/2012 (fls. 3836).

A empresa Long Jump – Representação de Brinquedos e Serviços protocolizou impugnação, tempestivamente em 23/07/2012, na forma do artigo 56 do Decreto nº 7.574, de 29/09/2011, de fls. 3956 a 4006, instaurando assim a fase litigiosa do procedimento.

As empresas Alpha Comércio de Artigos Eletrônicos Ltda, JL – Comercial e Importadora Ltda e Pro-Service Ind. e Com. de Brinq. e Aparelhos Eletrônicos Ltda adotam como suas RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO, a impugnação apresentada pela empresa Long Jump – Representação de Brinquedos e Serviços.

A empresa Long Jump – Representação de Brinquedos e Serviços apresentou impugnação de folhas 3956 à 4006.

O Sr. Luiz Geraldo Fiorini apresentou impugnação de folhas 4018 à 4067.

O Sr. Vagner Lefort apresentou impugnação de folhas 4079 à 4138.

Na forma do artigo 57 Decreto nº 7.574, de 29/09/2011, os impugnantes alegaram que:

DAS PRELIMINARES.

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA.

Ao contrário do entendimento firmado pelos Ilustres Agentes Fazendários quando da fundamentação legal do Auto de Infração ora impugnado, que a mesma é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da autuação, devendo, assim, ser determinada sua exclusão da lide, vez que não configurada sua responsabilidade pelo pagamento da penalidade de multa exigida no referido Auto, conforme expressa previsão legal contida em nosso ordenamento jurídico vigente, como a seguir ficará demonstrado. Na questão ventilada nos autos, todos os documentos pertinentes às referidas importações, foram emitidos em nome da empresa "ALPHA COMÉRCIO DE ARTIGOS ELETRÔNICOS LTDA." que teve poder de mando nas operações de importação de mercadorias do exterior a que alude as declarações de importação citadas no Auto de Infração.

Nos termos da legislação vigente, a figura do Importador, no caso em tela, recai, unicamente, na pessoa da empresa "ALPHA COMÉRCIO DE ARTIGOS ELETRÔNICOS LTDA.

O USO DE PREVENÇÕES. (sic)

Não pode a fiscalização baseada, em meras presunções, alegar que a Requerente detinha o poder administrar as operações de importação da referida empresa, o que comprovadamente não é o caso, carecendo, pois, de respaldo legal, a penalidade de multa exigida.

O despacho aduaneiro de importação deve ser sempre feito em nome do IMPORTADOR, assim considerada aquela em nome de qual é feito O CONTRATO DE CÂMBIO, se operação cambial houver, vale dizer, AQUELA EM NOME DA QUAL É EMITIDA A FATURA COMERCIAL (MESMO QUE IMPLICAÇÃO CAMBIAL NÃO HAJA)

A Requerente é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da autuação, na medida em que a mesma, comprovadamente, não está investida na figura do Importador, não podendo, assim, ser responsabilizada pelo recolhimento da penalidade de multa formalizada no referido Auto (conversão da Pena de Perdimento em multa correspondente ao valor aduaneiro das mercadorias importadas), a pretexto da a Requerente ser a real interessada nas importações realizadas pela empresa "ALPHA COMÉRCIO DE ARTIGOS ELETRONICOS LTDA.", no período de 19.01.2.007 a 22.12.2.010.

Em sede de Preliminar, deve ser declarada a NULIDADE do Auto de Infração ora impugnado, vez que, encontra-se o mesmo maculado por vícios formais insanáveis.

A NÃO ANEXAÇÃO DE CÓPIAS DAS DECLARAÇÕES DE IMPORTAÇÃO

Sustenta a ora Requerente, que o Auto de Infração ora Impugnado, encontra-se maculado, também, de vício formal insanável, na medida em que os Ilustres Agentes Fazendários vinculados a IRF/SP., deixaram de anexar aos autos, cópias das Declarações de Importação processadas no período assinalado, que ensejaram na proposta da aplicação da penalidade de multa prevista no artigo 33, da Lei nº 11.033/2.007, restando violado o artigo 9º, do Decreto nº 70.235/72, com as posteriores alterações das Leis nºs. 8.748/93 e 9.532/97.

Na questão posta nos autos, a penalidade de multa exigida pelos ilustres Agentes Fazendários, corresponde ao percentual de 100% (cem por cento) sobre o valor aduaneiro dos bens importados, declarado nas respectivas Declarações de Importação processadas no período de 18/01/2007 a 22/12/2010, razão pela qual, tornava-se medida de imperiosa necessidade a juntada das referidas D.I.'s aos autos, o que não ocorreu, maculando, assim, o procedimento fiscal de vício formal insanável, na medida em que cerceado, comprovadamente o direito de defesa da ora Requerente, que lhe é assegurado nos termos do “Devido Processo Legal”.

O VÍCIO INSANÁVEL DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL E A ORIENTAÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 14, DA PORTARIA Nº 3014/2011.

O Auto de Infração ora impugnado, está embasado no Mandado de Procedimento Fiscal – fiscalização anexado aos autos, deveria ser concluído até o dia 04/05/2012, o que não ocorreu, sendo que sua prorrogação ocorreu somente com a ciência do Contribuinte em 05.06.2012 (fls. 2187/2190 dos autos A.I. lavrado contra a ALPHA), ou seja, quando já decorrido o prazo de 120 (cento e vinte) dias para conclusão do referido MPF.

Portanto, é de se aplicar ao caso em tela, a orientação contida no artigo 14, da Portaria nº 3014/2011. Requer a decretação da NULIDADE do Auto de Infração ora impugnado, conforme previsão legal contida no artigo 59, do Decreto nº 70235/72, com as posteriores alterações das Leis nºs. 8748/93 e 9532/97.

Após transcorridos aproximadamente 150 (cento e cinquenta) dias do início do Procedimento Especial de Fiscalização instaurado com fundamento na IN/SRF. nº 228/2.012, os limos. Agentes Fiscais vinculados a IRF/SP.. fazendo ao mesmo tempo, as vezes de “JUIZ E PARTE”, concluíram que a Requerente seria a real adquirente das mercadorias importadas e despachadas pelas Declarações de Importação processadas pela empresa “ALPHA”, razão pela qual, referidas importações seriam objeto da aplicação da DE PERDIMENTO” das mercadorias importadas.

Entende-se que esse Procedimento Especial de Fiscalização instaurado pela IRF/SP com fundamento na IN/SRF. nº 228/02, que resultou na posterior lavratura do Auto de Infração ora Impugnado, onde se exige o recolhimento da penalidade de multa correspondente ao percentual de 100% (cem por cento) do valor aduaneiro das mercadorias importadas do exterior pela empresa “ALPHA” CARECE DE TOTAL RESPALDO LEGAL.

NA MEDIDA EM QUE EFETUADO AO TOTAL ARREPIO DA LEI, ALÉM DE CONTRARIAR O “DEVIDO PROCESSO LEGAL”.

No curso do Procedimento Especial de Fiscalização de que trata a IN/SRF. nº 228/2.002, instaurado pela IRF/SP., além de violado, comprovadamente, “o Devido Processo Legal, deixaram de ser observadas pela Inspeção da Receita Federal em São Paulo, os artigos 47 a 50 dos previstos na Lei nº 9784/99.

A IRRETROATIVIDADE DOS EFEITOS DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

As conclusões do Procedimento Especial de Fiscalização instaurado pela IRF/SP. com base na IN/SRF nº 228/2.002, não podem retroagir para atingir fatos geradores ocorridos anteriormente, no caso, as Declarações de Importação citadas no Auto de Infração ora impugnado, processadas pela empresa “ALPHA” no período de 22.12.2010. vez que, tais importações foram efetuadas regularmente, com fiel atendimento às normas legais previstas na legislação vigente. Junta textos da Jurisprudência a respeito do assunto.

DA REVISÃO ADUANEIRA

Feita a declaração de importação, está consumada a operação, e o portador tem o direito adquirido de ver concluído o procedimento destinado ao desembaraço das mercadorias importadas, desde que, no momento da declaração, estivesse em situação regular perante a Fazenda Pública.

As Declarações de Importação processadas pela empresa "ALPHA" do exterior no período de foram realizadas com fiel observância às normas legais previstas na legislação vigente (recolhimento integral de tributos, correta classificação tarifária, valor aduaneiro, etc.), sendo importante destacar, por oportuno, que APÓS FORMALIZADOS OS DESEMBARAÇOS ADUANEIROS.

Quaisquer questionamentos relacionados com tais D.I.s, somente poderiam ser questionados pelo FISCO em ato de revisão aduaneira, nos termos das disposições contidas no artigo 638 do atual Regulamento Aduaneiro aprovado pelo Decreto nº 6.759/2.009.

O RITO DA APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO.

Em face dos dispositivos legais citados, o "Procedimento Especial de Fiscalização" instaurado com fundamento nas disposições contidas na IN/SRF. nº 228/2012, jamais poderia seguir o rito sumário imposto pela IRF/SP que resultou na aplicação de "APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE MULTA PREVISTA NO ARTIGO 23. INCISO V. DO DECRETO-LEI Nº 1.455/76. a pretexto de que seria a real interessada (ocultação do real comprador) nas operações de importação realizadas pela empresa "ALPHA".

Não se tem notícias nos autos, do Relatório de conclusão do Procedimento Especial de Fiscalização instaurado com base na IN/SRF. nº 228/2.002, e tampouco da instauração de Procedimento Fiscal onde deveria ser proferida Decisão administrativa aplicando a Pena de Perdimento das mercadorias importadas pela empresa "ALPHA".

Restou plenamente caracterizado o flagrante cerceamento ao "Direito de Defesa" da Requerente, em face da não observância do "Devido Processo Legal" (ampla defesa, julgamento em primeira instância por autoridade competente, duplo grau de jurisdição, produção de provas, etc.), no curso do "Procedimento Especial de Fiscalização" instaurado pela Inspeção da Receita Federal em São Paulo, com base na IN/SRF. nº 228/2.002. razão pela qual é de se declarar a nulidade do Auto de Infração ora impugnado, conforme expressa previsão legal contida no artigo 59. do Decreto nº 70.235/72. com as posteriores alterações das Leis n.ºs. 8.748/93 e 9.532/97.

Junta textos da Jurisprudência a respeito do assunto.

A AUSÊNCIA DE CIÊNCIA PARA A DEVOUÇÃO DAS MERCADORIAS.

Não há notícias nos autos, de que o importador (ALPHA), bem como, a ora Requerente tenham sido intimadas pela Fiscalização Fazendária para promover a restituição/devolução das mercadorias importadas, até porque tratam-se de bens fungíveis.

DA DECADÊNCIA

Também em sede de Preliminares, entende a ora Requerente, que na questão posta nos autos, com relação as Declarações de Importação registradas no SISCOMEX no período de 18.01.2.007 a 12.06.2.010, operou-se a Decadência.

É evidente que a Fazenda poderá refazer o lançamento, mas se já tiver passado o prazo de cinco anos da decadência do direito de lançar, não poderá mais fazê-lo porque este direito já se extinguiu.

A questão posta nos autos, relativamente as Declarações de Importação relacionadas no Auto de Infração ora impugnado, envolvendo fatos geradores ocorridos no período de 18.01.2007 a 22.12.2010, operou-se a "DECADÊNCIA", nos termos da orientação contida no artigo 173 do Código Tributário Nacional, tendo em vista que a Requerente somente foi cientificada sobre respectivo lançamento de que trata o Auto de Infração ora impugnado em 21.06.12, ou seja, após o decurso do prazo decadencial.

Junta textos da Jurisprudência a respeito do assunto.

AUSÊNCIA DE BASE LEGAL PARA A LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Também como questão preliminar, destaca a Requerente, que o Auto de infração ora impugnado contraria expressa orientação contida no artigo 149, inciso IX, combinado com o parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

A Instrução Normativas/SRF n° 228/2.002 e o embasamento utilizado pela Fiscalização Fazendária para lavratura do Auto de Infração extrapolaram, flagrantemente, os limites da lei a que deveriam estar atrelados no caso o Decreto Lei n° 37/66, artigo 105, incisos I a XXII, combinado com o Decreto Lei n° 1.455/76, artigo 23, incisos I a V, e artigo 27, da Lei n° 10.637/2.002, diplomas legais de hierarquia superior, que tratam especificamente das infrações passíveis da aplicação da "Pena de Perdimento" de mercadorias importadas do exterior. com clara violação ao princípio da legalidade que deve nortear os atos administrativos, na medida em que invadida a esfera de competência do legislador ordinário.

Com efeito, em face do princípio da hierarquia das normas, tratando-se a Instrução Normativa n° 228/2.002, de ato inferior e a Lei, (Decreto Lei n° 37/66, artigo 105, incisos I a XXII, combinado com o Decreto Lei n° 1.455/76, artigo 23, incisos I a V, bem como, com o artigo 27, da Lei n° 10.637/2.002, diplomas legais que tratam especificamente das infrações que ensejam a aplicação da "Pena de Perdimento de mercadorias importadas do exterior), lhe é defeso contrariar, restringir ou ampliar suas disposições, em face do seu nítido caráter acessório.

Junta textos da Jurisprudência a respeito do assunto.

DESRESPEITO AO DIREITO DE DEFESA.

A Instrução Normativa (como o Regulamento), em nosso sistema jurídico, deve estar sempre subordinada à lei tributária à qual se refere, em face da proeminência desta sobre aquela, devendo existir, entre ambas, absoluta compatibilidade.

O Procedimento Especial de Fiscalização instaurado pela IRF/SP., que resultou na indevida e arbitrária lavratura do AUTO DE INFRAÇÃO ora Impugnado, na medida em que embasado na I.N./S.R.F. n° 228/02 carece de total respaldo legal, em face do princípio da hierarquia das normas.

Na forma como é hoje realizado o Procedimento Especial de Fiscalização com base na IN/SRF. n° 228/2.002, o que ocorre, na verdade, é um pré-julgamento do Contribuinte, sem que lhe seja assegurado qualquer direito de defesa, o que

convenhamos, é manifestamente ilegal/inconstitucional, face da flagrante ofensa ao "DEVIDO PROCESSO LEGAL", fazendo-os Agentes Fazendários as vezes de Juiz e Parte, o que convenhamos, é inadmissível.

Junta textos da Jurisprudência a respeito do assunto.

Requer o acolhimento das Preliminares acima argüidas, decretando-se a nulidade do Auto de Infração ora impugnado, vez que, como restou demonstrado a exaustão, o Procedimento Especial de Fiscalização instaurado com base na IN/SRF. n.º 228/2.012, onde foi embasada a lavratura do referido Auto, encontra-se eivado de vícios formais insanáveis.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE PERDIMENTO.

A forma como se processou a aplicação da "PENA DE PERDIMENTO DAS MERCADORIAS IMPORTADAS PELA EMPRESA "ALPHA", é manifestamente ilegal/inconstitucional.

A Autoridade que promove a apreensão dos bens é a mesma que julga o feito, ou seja faz vezes de Juiz e Parte, o que convenhamos, é inadmissível, ainda mais. em se tratando de tão grave sanção contra o "PERDIMENTO". que envolve a perda da propriedade.

Prática que afronta o artigo 5º, do inciso LIII, da Constituição vigente. Junta textos da Jurisprudência a respeito do assunto.

A MUDANÇA DE CRITÉRIOS JURÍDICOS PELA RFB.

Ressalta o Requerente, que de acordo com o pacífico entendimento, há muito firmado pelos Tribunais Superiores, a mudança de critérios jurídicos pelo fisco, quando da revisão do lançamento, é inconstitucional/ilegal.

DO MÉRITO.

O NÃO COMETIMENTO DA INFRAÇÃO TIPIFICADA NO INCISO V, DO ARTIGO 23, DO DECRETO-LEI Nº 1.455/76

Requerente jamais praticou a infração tipificada no inciso V, do artigo 23, do Decreto-lei nº 1.455/76, com a atual redação do artigo 59, da Lei nº 10.637/2.002, pelos motivos seguintes:

- A Requerente (LONG JUMP) jamais promoveu a importação de quaisquer bens do exterior, vez que, nunca foi habilitada junto ao RADAR/SISCOMEX, e tampouco disponibilizou recursos financeiros para arcar com os custos das importações realizadas pela empresa "ALPHA" no período de 18.01.2007 a 22.12.2010;*

- Nas importações realizadas pela empresa "ALPHA" do exterior em 2.007/2010, objeto das Declarações de Importação relacionadas no Auto de Infração, não houve a ocultação do sujeito passivo, do real vendedor ou comprador, ou responsável pela operação mediante fraude ou simulação, o que é inclusive, corroborado no Relatório elaborado pelo AFRF/IRFSP quando da realização dos procedimentos especiais de fiscalização com base na IN/SRF. n.º 228/2002;*

- Os documentos anexados aos autos comprovam, de forma inquestionável, que o importador (ALPHA) jamais omitiu ou ocultou o fato de que parte dos*

Recursos Financeiros utilizados nas operações de importação de que tratam as Declarações de importação processadas no período de 18.01.2.007 a 22.12.2.010, foram antecipados pelas empresas "V.F.R." e "PROSERVICE" e "JL", bem como, pelos "Contratos de Mútuo", tanto que tais antecipações financeiras foram regularmente contabilizadas e objeto de declaração específica, conforme afirmado pelos Ilustres Agentes Fazendários;

• Quanto à importação de mercadorias do exterior, objeto das Declarações de Importação discriminadas no Auto de Infração, não houve ocultação das pessoas jurídicas que forneceram os recursos financeiros para arcar com os custos das importações efetuadas pela Requerente, vez que tais antecipações financeiras foram regularmente registradas em sua escrita fiscal, conforme documentos anexados ao Processo Administrativo em tela, fato esse, corroborado pelos próprios agentes fiscais vinculados à IRF/SP., que realizaram os procedimentos especiais de fiscalização com base na IN/SRF nº 228/2002;

• A posterior comercialização/revenda no mercado interno, das mercadorias regularmente importadas pela Requerente do exterior, para as empresas 'VFR' e "PROSERVICE", etc.", foi efetuada com fiel observância a legislação vigente, inexistindo quaisquer irregularidades que pudessem ser apontadas pelos Agentes do Fisco. A sanção deve obedecer aos princípios da estrita legalidade, da tipicidade fechada e com reserva absoluta da lei formal. Por conseguinte, somente aqueles fatos explicitamente previstos na lei pode ensejar a aplicação da penalidade, sendo inadmissíveis eventuais interpretações maleáveis em prejuízo do contribuinte ou responsável. Na questão posta nos autos, não foram observados pelos agentes fazendários, os princípios da legalidade e da tipicidade fechada e com reserva absoluta da lei formal, razão pela qual, tal dispositivo legal jamais poderia ter sido utilizado pelos agentes do fisco para exigência da penalidade de multa de que trata o auto de infração ora impugnado. Junta textos da Jurisprudência a respeito do assunto. Os Agentes Fazendários laboraram em grave e manifesto equívoco quanto à correta interpretação da legislação vigente, vez que todas as importações promovidas pela empresa importadora (ALPHA) do exterior são regulares, e atenderam fielmente a legislação vigente.

Os documentos anexados aos autos, demonstram, de forma inquestionável, que a empresa "ALPHA", bem como, a ora requerente, jamais praticaram as infrações previstas no artigo 23. Inciso V, do Decreto Lei nº 1.455/76, sendo manifestamente equivocadas as conclusões dos Agentes Fiscais vinculados à IRF/SP.. quando do encerramento do Procedimento Especial de Fiscalização realizado com base na IN/SRF. nº 228/2.002. pelos motivos seguintes:

• Nas importações de mercadorias realizadas pela empresa "ALPHA" do exterior, não houve a ocultação do sujeito passivo, do real vendedor,, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros; conforme restou comprovado pelos documentos anexados aos autos;

• Nas importações realizadas pela "ALPHA" do exterior, houve a estiva comprovação, da origem, disponibilidade e transferência dos recursos utilizados nas importações de mercadorias do exterior;

• Todos os documentos necessários para instruir os respectivos despachos aduaneiros, foram emitidos em nome da empresa "ALPHA" (IMPORTADOR), em nome de quem foram efetuados os respectivos Contratos de Câmbio para pagamento ao fornecedor estrangeiro;

• A empresa “LONG JUMP” jamais importou quaisquer mercadorias do exterior, sequer possuindo seu cadastro de importador junto ao RADAR/SISCOMEX/SRF.

A VIOLAÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO ARTIGO 81, DA LEI Nº 9.430/96.

No PROCEDIMENTO ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO COM BASE na IN SRF. Nº 228/2.002 o que deve ser observado pelos Agentes Fazendários, é se restou comprovada a violação às disposições contidas no artigo 81, da Lei nº 9.430/96, com a nova redação que lhe foi conferida pelo artigo 60, da Lei nº 10.637/2.002.

Na questão posta nos autos, nem o importador (ALPHA) e tampouco a Requerente, comprovadamente, não se acham inseridas em nenhuma das hipóteses acima descritas.

ANTECIPAÇÕES DE RECURSOS FINANCEIROS.

Ainda que de recursos financeiros tenham sido antecipados pelas empresas VRF e QGD é lícita, estaria o importador (ALPHA), quando muito, sujeita à aplicação de penalidades de multas acessórias. A REGULARIDADE DOS “CONTRATOS DE MÚTUO”.

Quanto a alegada irregularidade dos “Contratos de Mútuo”, o entendimento dos Agentes Fazendários quando da fundamentação legal do Auto de Infração ora Impugnado, é manifestamente equivocado.

De acordo com a melhor Doutrina, o contrato de mútuo é o contrato de empréstimo, em que o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade ou quantidade, podendo ser constituído por prazo livremente determinado entre as partes.

Ressalta a Requerente que no Contrato de Mútuo questionado pela Fiscalização Fazendária, a estabeleceu-se um limite de valor de saldo máximo na ordem de 5.600.000,00 (cinco milhões e seiscentos mil reais), e para isso foram realizados pagamentos e remessas de mercadorias e portanto ainda que escriturados e realizadas transações que ultrapassaram esse valor no decorrer do período, o limite do contrato serviu como limitação ao passivo no encerramento do exercício.

DA “CONFUSÃO ADMINISTRATIVA”, “SOCIETÁRIA” E PATRIMONIAL”

Também não subsiste a uma melhor análise a alegação de que por ocasião da realização do Procedimento Especial de Fiscalização instaurado com base na IN/SRF. nº 228/2.002, teria sido constatada “confusão administrativa”, “societária” e patrimonial”.

Tanto o importador (ALPHA), bem como a ora Requerente são empresas regularmente constituídas e registradas perante todos os órgãos públicos para exercer regularmente suas atividades empresariais, direito que lhes é assegurado pelo artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal vigente.

Ambas as empresas (ALPHA e LONG JUMP), sempre foram administradas regularmente por seus sócios, nos exatos termos dos respectivos Contratos Sociais, devendo ser ressaltado, ainda, que não há qualquer impedimento legal para que os mesmos integrem os quadros sociais de outras empresas.

Também não prospera a alegação da suposta “confusão patrimonial”, na medida em que não restou comprovada, ainda que por prova indiciária, que tivesse havido fraude ou abuso de direito por parte dos sócios administradores de ambas as empresas “ALPHA” e “LONG JUMP”, bem como, das demais empresas citadas no Procedimento Especial de Fiscalização instaurado pela IRF/SP. com base na IN/SRF. nº 228/2.002.

Também frágil e inconsistente a alegação dos Agentes Fazendários vinculados a IRF/SP., de que teria sido constatado no depósito do importador (ALPHA), diversas caixas de mercadorias com as iniciais “L J”, daí a presunção de que a empresa “Long Jump” seria a real interessada em tais importações.

De fato, ao fazer tal afirmação os Agentes Fazendários limitaram-se a verificar parte do estoque de mercadorias importadas armazenadas nos Depósitos Do importador (ALPHA). No entanto, no período de 18.01.2007 a 22.12.2010, apenas cerca de 30% (trinta por cento) das mercadorias importadas do exterior continham nas respectivas embalagens a sigla “L J”, não podendo, assim, ser utilizada como parâmetro para afirmar-se que todas as mercadorias importadas no período citado continham tal sigla.

Eventuais incorreções/inexatidões nas embalagens de mercadorias importadas do exterior, quando muito, estariam sujeitas a penalidades de multas acessórias, mas nunca em tão grave sanção como o Perdimento dos bens.

A APLICAO DO ARTIGO 33. DA LEI Nº 11.488/2.007.

Caso prevalecessem as alegações dos ilustres Agentes Fazendários quando da lavratura do Auto de Infração de que trata o Processo Administrativo em tela (O IMPORTADOR TERIA CEDIDO SEU NOME PARA ACOBERTAR OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO DE TERCEIROS), o que comprovadamente não é o caso, quanto muito, seria aplicada penalidades de multas acessórias, MAS NUNCA TÃO GRAVE SANÇÃO COMO O PERDIMENTO DOS BENS. CONFORME EXPRESSA PREVISÃO LEGAL CONTIDA NO ARTIGO 33. DA LEI Nº 11.488/2.007.

DA AUSÊNCIA DO DANO AO ERÁRIO. PRESSUPOSTO BÁSICO PARA APLICAÇÃO DA “PENA DE PERDIMENTO” DE MERCADORIAS IMPORTADAS DO EXTERIOR.

Sustenta a Fiscalização Fazendária que a Requerente teria incorrido na prática da infração tipificada no artigo 23, inciso V, do Decreto-lei nº 1.455/76, bem como, no artigo 689 do atual Regulamento Aduaneiro aprovado pelo Decreto nº 6.759/2.009. O legislador tomou o cuidado de delimitar o campo de atuação do agente administrativo (entenda-se este como lato sensu) sob as normas e previsões legais, ou seja, a Administração grande parte das vezes atuará adstrita, vinculada à legalidade. Portanto, interpretações extensivas, diversas ou prejudiciais da norma serão vedadas ao administrador que deverá guiar seus atos pelas normas preexistentes.

*Ao longo da fundamentação do Auto de Infração ora Impugnado, é com frequência que se utilizam expressões como presunção, presume-se, ficou evidente, etc. Estas muitas vezes servem de fundamento para conclusões tiradas para conseqüentes infrações e penalidades. O agente administrativo, quando atuar revestido dos interesses estatais deve sempre se valer de meios legais e indiferentes aos seus conceitos íntimos. Os atos praticados devem procurar com eficácia afastar presunções, indícios e noções pessoais para fundamentação, buscando sempre atender o desejo precípua do legislador sem qualquer “adaptação” para seus entendimentos. Criar-se-ia uma insegurança jurídica imensurável, se cada agente administrativo interpretasse, “moldasse” a norma ao modo que melhor entende, **furtando-se dos reais motivos.***

Assimilado o entendimento da vinculação dos atos administrativos, pode-se então compreender o motivo pelo qual seria inimaginável que as hipóteses nas quais se aplicam pena de perdimento (lembre-se da gravidade dessa Sanção, que afronta o direito de propriedade assegurado pela Constituição Federal vigente) pudessem ficar exclusivamente ao critério e à discricionariedade do agente administrativo, sem qualquer amparo legal, sob o simples argumento de dificuldade de listá-las. Em análise ao Princípio da Vinculação do atos administrativos, pode-se extrair também o da Legalidade, no qual se traduz que o agente administrativo somente poderá agir ou atuar quando a lei permitir tal conduta.

A pena de perdimento, por sua natureza de sanção, deverá respeitar o Princípio da Tipicidade, ou seja, a norma legal deve recair perfeitamente sob o caso em concreto que se analisa, não se admitindo analogias.

Ressalta-se que os tributos relativos as operações de importação realizadas pela empresa "ALPHA COMÉRCIO DE ARTIGOS ELETRÔNICOS LTDA". ao amparo das Declarações de Importação processadas no período de 18.01.2007 a 22.12.2010, foram efetuadas com fiel observância as disposições prevista na legislação vigente, com o integral recolhimento todos os tributos devidos por meio de débito eletrônico no SISCOMEX, descaracterizando, assim qualquer indício de dano ao Erário. Conclui-se que relativamente às importações realizadas pela empresa "ALPHA COMÉRCIO DE ARTIGOS ELETRÔNICOS LTDA.". não houve qualquer Dano ao Erário.

Junta textos da Jurisprudência a respeito do assunto. Verifica-se, assim, como restou demonstrado, que sob qualquer ângulo que se analise a questão posta nos autos, que não há como prosperar a aplicação da PENA DE PERDIMENTO" das mercadorias importadas do exterior pela empresa "ALPHA", E despachadas pelas Declarações de importação discriminadas no Auto de infração de que se cuida, tendo em vista a comprovada inexistência de "DANO AO ERÁRIO", pressuposto básico para aplicação de tão grave sanção.

A PENA DE PERDIMENTO CUMULADA COM MULTA Não havendo, portanto, dano ao Erário como restou demonstrado, incabível a pena prevista no § 1º do art. 689 do Regulamento Aduaneiro equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias, aplicável então, ainda que, com fundadas reservas, a exigência junto ao importador (ALPHA), da penalidade de multa de que trata o artigo 33 da Lei nº. 11.488 de Junho de 2007.

Há que se falar ainda dos valores exigidos à título de multa, indenização ao Erário. O Auto de Infração traz o chamado Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo. Deve-se atentar para a equivocada caracterização do valor exigido a título de crédito tributário, quando o que se verifica é uma multa, ou seja verdadeira sanção pecuniária que jamais deve ser confundida com tributo. A prevalecer a exigência da penalidade de multa formalizada no Auto de Infração ora impugnado, restarão violados, também, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Junta textos da Jurisprudência a respeito do assunto.

Sob qualquer ângulo que se analise a questão posta nos autos, não há como prosperar a exigência do recolhimento da penalidade de multa formalizada pela IRF/SP no Auto de Infração ora impugnado, razão pela qual, a decretação da IMPROCEDÊNCIA/INSUBSISTÊNCIA do referido Auto, é medida que se impõe.

DA AUSÊNCIA DE RESPALDO LEGAL PARA IMPUTAR AO REQUERENTE. A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELO PAGAMENTO DA PENALIDADE

Em face do Sr. Luiz Geraldo Fiorini e do Sr. Vagner Lefort (sócios da empresa LONG JUMP, contra quem foi lavrado o Auto de Infração de que se trata), foi imputada a responsabilidade solidária pelo recolhimento da penalidade de multa lançada no referido Auto, conforme dá conta o Termo de Sujeição Passiva Solidária e Intimação SEFIA.

Urge a necessidade de se ressaltar, a absoluta ilegitimidade quanto a responsabilização solidária feita pelo Ilustre AFRFB, ao qualificar o ora impugnante no pólo passivo da sanção pecuniária exigida. Em resumo, o que pretendeu e fez aqui o mencionado Auditor-Fiscal, foi transpor-se ao que exige e requisita o ordenamento jurídico pátrio e inclusive Princípio Constitucional.

Intimar os sócios, equivale dizer, pessoa física, quanto a valores levantados e exigidos em sede de processo administrativo fiscal, trata-se de grave ofensa às normas legais, princípios, além de, data máxima vênia, atuação fora das atribuições e competências destinadas ao cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal.

O Termo lavrado encontra-se puramente contaminado seja por qualquer dos ângulos que o observe, senão vejamos:

Em primeiro lugar, deve-se atentar para a incompetência, da Administração Pública, no caso o processo administrativo fiscal, em relação ao poder de extensão do alcance da exigibilidade dos créditos ao patrimônio dos sócios, pessoa física; Outro ponto importante, trata-se da evidente e completa falta de atribuição e capacidade jurisdicional do Ilustre Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil para a determinação da desconsideração da personalidade jurídica da empresa autuada e conseqüente quebra de sua autonomia, independência e inconfundibilidade de patrimônio em relação aos de seus sócios, pessoas físicas; A determinação claramente discricionária, em se estender a exigibilidade dos créditos às pessoas físicas dos sócios, em razão da IRREGULAR desconsideração da personalidade jurídica, se deu sem que fosse prestigiado o intangível Princípio Constitucional do Devido Processo Legal e suas vertentes, sejam elas o Contraditório e a Ampla Defesa; Ainda que fosse este agente administrativo competente e atribuído para tal ato, s.m.j. próprio do Poder Judiciário, este deveria além de respeitar as normas e requisitos legais existentes e o Princípio do Devido Processo Legal, fazê-lo de modo extremamente cauteloso e sendo a ultima ratio a fim de não invadir o patrimônio pessoal dos sócios desnecessariamente ou erroneamente.

A penalidade de multa exigida no Auto de Infração de que se cuida, trata-se de SANÇÃO ADMINISTRATIVA (PERDIMENTO DE BENS CONVERTIDO EM MULTA), não havendo assim que se falar em crédito tributário, razão pela qual não incide o disposto no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional; Tributo ou crédito tributário, é toda prestação pecuniária compulsória, instituída por lei, cobrada mediante atividade administrativa QUE NÃO CONSTITUA SANÇÃO A ATO ILÍCITO. Este é o conceito adotado por boa parte da doutrina para definir o que vem a ser um tributo. Observe que a definição é clara em desvincular o tributo de sanção por ato ilícito, vez que ao contrário, o fato gerador do tributo é sempre lícito.

A sanção administrativa possui natureza jurídica completamente diversa, apesar de ser exigida e até mesmo algumas vezes oriunda de relações juridico-tributárias, esta decorre de conduta ou ato ilícito. Portanto, s.m.j., a caracterização dos valores descritos como sendo de natureza crédito tributário está completamente equivocada; Tanto o art. 1.024 do Código Civil, quanto o art. 596 do Código de

Processo Civil vedam, num primeiro momento, a possibilidade do patrimônio particular dos sócios responderem por dívidas e obrigações referentes à sociedade que pertencem. A única hipótese que o texto legal dá para que tal fato ocorra é quando já tenham sido executados os bens da sociedade empresária. A regra portanto, será a autonomia patrimonial da sociedade, tendo como exceção previsões legais expressas.

Assim, a responsabilidade dos sócios em relação às dívidas da sociedade será sempre secundária, se darão num segundo momento, por isso é chamada de "Responsabilidade Subsidiária". Isto nada mais é que uma seqüência executiva a ser respeitada pelo credor da sociedade, antes que se alcance o patrimônio de seus sócios, este deverá exaurir todo o patrimônio social para somente então, quando estes não forem suficientes, poder pleitear a garantia de seu crédito junto ao patrimônio particular dos demais responsáveis.

Em resumo, como a sociedade é dotada de personalidade jurídica própria, o Princípio da Autonomia Patrimonial fará com que esta seja capaz de adquirir direito e assumir obrigações exclusivamente em seu nome. Com isto, se conclui que seu patrimônio também deverá ser distinto e inconfundível.

Quando o Ilustre Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil lavra Termo de Sujeição Passiva Solidária e Intimação SEFIA III, intimando cada um dos sócios, que efetuassem no prazo de trinta dias o pagamento ou a impugnação afastou a autonomia patrimonial e a personalidade jurídica da sociedade.

Com as leituras do artigo 50 do Código Civil, podem-se extrair elementos de grande valia para o caso em concreto:

Para que se desconsidere a personalidade jurídica e autonomia patrimonial da sociedade devem estar presentes um das duas causas citadas no artigo 50 do Código Civil, ou seja, o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial; Deverá ser percorrido todo o patrimônio social até que este seja saturado, para que então se abra a possibilidade de atingir o patrimônio particular dos sócios, lembrando que estes devem ter caracterizado abuso de poder em seus atos; A desconsideração da personalidade jurídica deverá ser decretada, além de quando forem verificadas as causas autorizativas, quando houver requerimento da parte ou do Ministério Público; Este talvez seja o mais importante elemento extraído do texto legal art. 50 Código Civil, a decisão sobre a desconsideração ou não da personalidade jurídica CABERÁ AO JUIZ. Portanto, trata-se de poder jurisdicional de competência exclusiva do Poder Judiciário, o legislador foi claro: "pode o juiz decidir".

A fiscalização incorreu em inúmeras irregularidades ao intimar os sócios da sociedade ao pagamento ou impugnação atribuindo-lhes responsabilidade solidária aos créditos exigidos, seja por: não verificar os elementos subjetivos que darão ensejo ou não à desconsideração; por não executar primeiro o patrimônio social para somente subsidiariamente alcançar os particulares; proceder em sede de processo administrativo, ato pertinente a processo judicial; ofender o direito ao Devido Processo Legal, cerceando o Contraditório e a Ampla Defesa.

Junta textos da Jurisprudência a respeito do assunto.

PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS/DILIGÊNCIAS.

Caso persista, ainda, qualquer dúvida por parte dessa Delegacia de Julgamentos, a respeito da questão ventilada nos autos, requer a produção oportuna de todos os meios de prova destinados a comprovação dos fatos

questionados no presente Recurso, especialmente a juntada de novos documentos, perícia técnica contábil, e em especial, a conversão do julgamento em diligência a IRF/SP.. que instaurou o Procedimento Especial de Fiscalização com base na IN/SRF. nº 228/2.002. e que deu margem a lavratura do Auto de Infração de que trata o Processo Administrativo em tela.

Formula, desde já, os seguintes quesitos a serem respondido pelos ilustres Agentes Fazendários vinculados a Inspetoria da Receita Federal Paulo-SP:

A) Quando da realização do Procedimento Especial de Fiscalização realizado pela IRF/SP. com base na IN/SRF. nº 228/2.002, a Requerente atendeu tempestivamente às exigências formalizadas?

B) Pelos documentos anexados aos autos do Processo Administrativo restou comprovada a origem dos recursos empregados nas operações de Importação de que tratam as Declarações de Importação processadas no período de 21.07.2007 a 22.12.2010? Há registros contábeis/fiscais, comprovando a origem de tais recursos ? Enfim, pelos documentos apresentados, tomou-se possível identificar a origem lícita dos recursos financeiros utilizados em tais operações de importação?

C) As importações de que tratam as Declarações de Importação relacionadas no Auto de Infração ora Impugnado, cujos fatos geradores ocorreram no período de 21.01.2007 a 22.12.2010, foram instruídas por documentação fiscal idônea (L.I./BL/FATURA COMERCIAL, CONTRATO DE FECHAMENTO DE CÂMBIO,ETC) ?

D) Esse procedimento especial de fiscalização instaurado pela IRF/SP. contra a Requerente ao amparo dos Mandados de Procedimento Fiscal anexados aos autos (anexo I), foi concluído dentro do prazo legal de 90 (noventa) dias previsto na IN/SRF. nº 228/2.002 ? Quantos dias demandou E) o referido Procedimento Especial de Fiscalização ? Caso superado o prazo legal de 90 (noventa) dias, houve solicitação de prorrogação do aludido prazo, devidamente justificada ? Em que data o Representante Legal da Requerente foi cientificada de eventual prorrogação ?

F) No curso do Procedimento Especial de Fiscalização instaurado pela IRF/SP. nos autos do Processo administrativo em tela, foi observado o “Devido Processo Legal”, assegurando-se à Requerente o “Direito ao Contraditório e a Ampla Defesa” ? Após encerrado tal Procedimento, a Requerente foi Intimada para manifestar-se a respeito das Diligências/Conclusões dos Agentes Fazendários, conforme determina o artigo 44 da Lei nº 9.784/99?

G) Por qual razão os Agentes Fazendários não efetuaram à época das importações relacionadas no Auto de Infração (de 18.01.2007 a 22.12.2010), Procedimentos Especiais de Fiscalização com base nas disposições contidas nos artigos 65 e 66, da IN/SRF. 206/2002 (hoje revogada pela IN/SRF. nº 680/2.006) ?

H) A empresa “LONG JUMP” está devidamente habilitada junto ao SISCOMEX/RADAR para promover a importação de mercadorias do exterior ? Há registro de importações realizadas pela empresa “LONG JUMP” nos últimos 10 (dez) anos?

I) O registro das entradas e saídas bancárias através do caixa flutuante infringe algum dispositivo legal?

J) O registro dos pagamentos e recebimentos da empresa através da conta caixa, também conhecido como caixa flutuante, de alguma forma provocou distorções no patrimônio da sociedade?

K) Durante o ano calendário de 2009, todas as contrapartidas de operações bancárias eram registradas através da conta caixa ou se tratava de técnica utilizada de forma esporádica?

L) Qual ou qual motivo levou o contador à prática desta técnica?

M) Esta técnica é recomendada pelos órgãos técnicos de contabilidade?

Protesta pela elaboração de quesitos suplementares. Indica como seu Assistente Técnico, o profissional abaixo qualificado.

RESPONSÁVEL TÉCNICO:

DILSON SERVIDONE CRC: 1 SP127800/00 Rua Vergueiro, 3153 Conjunto 93/94 Vila Mariana - São Paulo SP CEP:04101300 Na hipótese do não acolhimento do Pedido de produção de provas/diligências ora requeridas, restará caracterizado o cerceamento ao seu direito de defesa, nos termos do "Devido Processo Legal", ensejando, assim, via de consequência, na decretação da nulidade processual, nos termos das disposições contidas no artigo 59, do Decreto nº 70.235/72.

DO PEDIDO.

Diante de todo o exposto, requer-se:

- Sejam acolhidas as preliminares suscitadas, declarando-se, via de consequência, a nulidade do Auto de Infração ora impugnado, tendo em vista que o referido processo encontra-se eivado de vícios formais insanáveis, inclusive com o cerceamento ao direito de defesa da Requerente, ensejando, assim, a aplicação da orientação contida no artigo 59, do Decreto nº 70.235/72, com as posteriores alterações das Leis nºs. 8.748/93 e 9.532/97.

- Caso superadas as preliminares, por força da orientação contida no parágrafo 3o do artigo 59, do Decreto nº 70.235/72, com as posteriores alterações das Leis nºs. 8.748/93 e 9.532/97, requer QUE SEJA A AÇÃO FISCAL JULGADA IMPROCEDENTE.

Assim a Delegacia da Receita Federal de Julgamento sintetizou, na ementa correspondente, a decisão proferida.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO II

Data do fato gerador: 18/01/2007

Prática de interposição fraudulenta de terceiros. Existência de uma "rede" de empresas envolvidas no negócio (comercialização de brinquedos) formatadas sob uma verdadeira confusão patrimonial e societária com empresas fornecedoras de recursos via contratos de mútuo Ocultação do verdadeiro interessado nas importações dos produtos infantis, detentora da marca.

Habitualidade migração dos recursos para a empresa interposta em épocas próximas aos dispêndios aduaneiros.

Pena de perdimento das mercadorias, comutada pela multa equivalente ao alor aduaneiro da mercadoria.

Não é o tempo da permanência de mercadoria estrangeira em território nacional introduzida irregularmente no território nacional que regularizará sua situação, mas a aplicação da multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria.

Pode a autoridade fiscal, responsável pela lavratura do Auto de Infração, antecipar-se a consumação da fraude e exigir o crédito tributário do real detentor dos recursos se identificado pela ação fiscal Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido Insatisfeitas com a decisão de primeira instância, as autuadas apresentam Recurso Voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Insatisfeitas com a decisão de primeira instância administrativa, apresentaram Recurso Voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais as empresas Long Jump - Representações de Brinquedos e Serviços Ltda, Alpha Comércio de Artigos Eletrônicos Ltda, JL - Comercial e Importadora Ltda, Pro-Service Indústria e Comércio de Brinquedos Aparelhos Eletrônicos Ltda e as pessoas físicas Luiz Geraldo Fiorini e Vagner Lefort.

Long Jump - Representações de Brinquedos e Serviços Ltda

Em sede de preliminar, requer a decretação da nulidade do Auto de Infração e do Acórdão recorrido, uma vez que o primeiro tenha-se baseado em Mandado de Procedimento Fiscal extinto antes da conclusão do procedimento de fiscalização e pelo fato de a Fiscalização Federal não ter instruído o Processo com as Declarações de Importação objeto da autuação.

E, também, que houve flagrante cerceamento do direito de defesa, por não ter sido observado o "*Devido Processo Legal*" (*ampla defesa, julgamento em primeira instância por autoridade competente, duplo grau de jurisdição, produção de provas, etc*), no curso do '*Procedimento Especial de Fiscalização*' instaurado pela *Inspetoria da Receita Federal em São Paulo, com base na IN/SRF nº 288/2.002 (...)*". Que não houve relatório de conclusão do procedimento e nem intimação para apresentação das mercadorias importadas. Que o processo é julgado por quem aplica a penalidade.

Ainda em sede de preliminar, que o lançamento não poderia retroagir para atingir fatos geradores anteriores, "*no caso, as Declarações de Importação citadas no Auto de Infração ora impugnado, processadas no período de 18.01.2007 a 22.12.2010 (...)*".

E que em relação às Declarações de Importação registradas no período acima operou-se a decadência.

Ainda em sede de preliminar, requer a nulidade do Auto de Infração pela inobservância do disposto no artigo 149, inciso IX e parágrafo único, do Código Tributário Nacional, e por existir, para casos como o de que aqui se trata, apenas previsão para aplicação da pena de dez por cento do valor das mercadorias e não pena de perdimento.

Também que a IN 228/02 extrapola flagrantemente os limites impostos pela Lei.

Nulidade da decisão recorrida em face da negativa sumária à produção de provas.

No mérito, argumenta que a Fiscalização Federal não observou os princípios da legalidade, da tipicidade fechada e da reserva legal, pois não houve, sempre segundo afirma, ocultação do sujeito passivo, do real vendedor ou comprador, ou responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, pois os documentos carreados aos autos comprovam que não

houve omissão do fato de que parte dos recursos financeiros foram antecipados pelas empresas VFR, Pro-Service e JL, assim como por contratos de mútuo, tudo regularmente contabilizado.

Que estaria, no máximo, sujeita a alguma penalidade por descumprimento de obrigação acessória.

Contesta as afirmações da Fiscalização Federal a respeito da confusão administrativa e patrimonial, assim como as conclusões baseadas nos indícios observados na identificação da inscrição "L J" nas caixas encontradas no estoque.

A seguir defende que não houve qualquer tipo de dano efetivo ao Erário.

Reitera pedido de produção de provas, em especial juntada de novos documentos, perícia técnica contábil e conversão do julgamento em diligência à IRF/SP. Formula quesitos.

Alpha Comércio de Artigos Eletrônicos Ltda

Em face do princípio da economia processual, adota as razões de recurso da Long Jump.

JL - Comercial e Importadora Ltda

Em face do princípio da economia processual, adota as razões de recurso da Long Jump.

Pro-Service Indústria e Comércio de Brinquedos e Aparelhos Eletrônicos Ltda

Em face do princípio da economia processual, adota as razões de recurso da Long Jump.

Luiz Geraldo Fiorini e Vagner Lefort

Em linhas gerais, reproduzem as razões de recurso apresentadas pela empresa Long Jump e acrescenta contestação acerca de sua inclusão nos autos na qualidade de responsável solidário.

A esse respeito, argumenta a exigência destinada ao sócio, pessoa física, trata-se de grave ofensa às normas legais e princípios.

Considera que o Termo de Sujeição Passiva encontra-se contaminado por diversas razões. Porque a Administração Pública não tem competência para estender o alcance da exigência do crédito tributário aos sócios, porque o Auditor-Fiscal da Receita Federal não tem competência para desconstituir a personalidade jurídica da empresa autuada e por não ter lhe sido garantido o direito à ampla defesa.

Que a responsabilidade dos sócios será sempre subsidiária, executada somente depois de esgotados os bens da sociedade.

O processo foi inicialmente convertido em diligência, para complementação da instrução processual.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Paulo Rosa

Uma vez que os Recursos Voluntários apresentados pelas partes envolvidas contenham argumentos de defesa que se repetem, serão analisadas em conjunto todas as questões suscitadas nos autos.

Preliminares

Nulidade por preterição do direito de defesa

Mandado de Procedimento Fiscal e falta de observação do devido processo legal

As Recorrentes requerem que seja declarada a nulidade do Auto de Infração e da decisão de primeira instância porque o procedimento fiscal baseou-se em Mandado de Procedimento Fiscal extinto antes de sua conclusão

No que diz respeito a esse assunto, parece-me que a decisão a respeito deva ser tomada à luz do que preceitua o Decreto 70.235/72 e alterações posteriores.

Tal como dispõe o artigo 59 do Decreto, são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou praticados com preterição do direito de defesa.

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.

(...)

Há incontestável contensão normativa em relação ao universo dos acontecimentos atingidos pela nulidade. De fato, logo a seguir essa restrição é confirmada pela recomendação de que as demais irregularidades, incorreções e omissões sejam sanadas.

Decreto 70.235/72

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior 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.

Importante destacar, também, que o litígio, como ninguém desconhece, inicia-se com a impugnação ao auto de infração, conforme dispõe o Decreto 70.235/72.

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Haverão de ser menos prováveis as falhas acontecidas ainda no curso da formalização da exigência que tragam prejuízo ao direito de defesa do contribuinte. Uma vez que o auto de infração seja impugnado, tem início a fase litigiosa, quando serão contestadas e

debatidas as acusações contidas no processo, evento que é, justamente, o elemento garantidor do direito que a parte tem de defender-se das acusações que lhe são dirigidas.

Feita essa necessária ressalva quanto a possível impertinência da discussão em sentido mais amplo, o que afasta desde logo a arguição de cerceamento do direito de defesa praticado ainda durante a execução do procedimento fiscal, passo ao exame focado especificamente nos problemas relacionados ao Mandado de Procedimento Fiscal em si.

A origem do Mandado remonta à Portaria 1.265, de 22 de novembro de 1999. Como se depreende do texto normativo, o Mandado estava inserido em um conjunto de regras que tinham o propósito de consolidar critérios de planejamento e normas para execução do procedimento fiscal no âmbito da Secretaria da Receita Federal. A portaria tinha o seguinte enunciado.

Dispõe sobre o planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Neste desiderato, a Norma estabeleceu, em seu artigo segundo, que os procedimentos fiscais seriam instaurados mediante ordem específica.

Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela SRF serão executados, em nome desta, pelos Auditores Fiscais da Receita Federal – AFRF e instaurados mediante ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal – MPF. (grifei)

(...)

Como me parece ficar evidente, tratou-se de uma medida inserida dentro de programa de implementação de uma nova metodologia para o planejamento e controle da atividade fiscal, jamais pensado como instrumento de garantia ao direito de ampla defesa do administrado. Haverá de se reconhecer que o MPF atribuiu moralidade ao exercício da atividade fiscal e maior segurança nas relações fisco-contribuinte, mas daí a afirmar-se que aspectos relacionados aos poderes nele outorgados, prazos de execução ou mesmo sua regular emissão possam acarretar preterição do direito de defesa do contribuinte há uma distância abissal.

De fato, tenha ele sido ou não emitido, existam ou não incorreções em seus termos, o que garante ao administrado a possibilidade verificar se aquela operação foi autorizada pela Secretaria da Receita Federal é o fato de haver previsão legal determinando a emissão do Mandado de Procedimento Fiscal para instauração do procedimento.

Noutro giro, como também é de amplo conhecimento, tem-se que a competência para constituir o crédito tributário decorre de determinação expressa na Lei 5.172/66, o Código Tributário Nacional, que, como se sabe, tem status de Lei Complementar.

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.

A Lei nº. 10.593/2002, com alterações posteriores, disciplina atualmente a investidura no cargo e especifica as competências dentro da Carreira¹.

A inevitável conclusão a que chego é a de que não há no Mandado de Procedimento Fiscal nada que lhe atribua a consequência pretendida, nem por preterição ao direito de defesa, nem por falta de competência do agente responsável pelo procedimento.

Instrução processual. Declarações de Importação não foram carreadas aos autos.

Tal foi a veemência com que a defesa contestou a alegada decisão da Fiscalização Federal de não carrear aos autos as declarações de importação por meio das quais foram importadas as mercadorias consideradas em situação irregular, que, considerando também os apontamentos presentes na decisão recorrida², propus a conversão do primeiro julgamento em diligência para que esses documentos fossem incluídos no Processo.

Contudo, o fato é que as Declarações de Importação sempre estiveram no Processo, como pode facilmente ser observado às folhas 2249 (e-Proc) e seguintes.

Retroação do lançamento

Também em sede de preliminar, as Recorrentes alegam que o lançamento não poderia retroagir para atingir fatos geradores anteriores, "*no caso, as Declarações de*

¹ "Art." 3o O ingresso nos cargos das Carreiras disciplinadas nesta Lei far-se-á no primeiro padrão da classe inicial da respectiva tabela de vencimentos, mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, exigindo-se curso superior em nível de graduação concluído ou habilitação legal equivalente.

"Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil".

Art. 5o Fica criada a Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil, composta pelos cargos de nível superior de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil.

"Art. 6o São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil":

I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo:

- a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições; (grifos meus).
- b) elaborar e proferir decisões ou delas participar em processo administrativo-fiscal, bem como em processos de consulta, restituição ou compensação de tributos e contribuições e de reconhecimento de benefícios fiscais;
- c) executar procedimentos de fiscalização, praticando os atos definidos na legislação específica, inclusive os relacionados com o controle aduaneiro, apreensão de mercadorias, livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados;
- d) examinar a contabilidade de sociedades empresariais, empresários, órgãos, entidades, fundos e demais contribuintes, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 a 1.192 do Código Civil e observado o disposto no art. 1.193 do mesmo diploma legal;
- e) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à interpretação da legislação tributária;
- f) supervisionar as demais atividades de orientação ao contribuinte;

² A manifestação do i. Julgador de piso a respeito do assunto, abaixo transcrita, levou-me ao entendimento de que as Declarações de Importação de fato não haviam sido carreadas aos autos.

"O impugnante protesta pela juntada das referidas D.I.'s aos autos, mas não apresenta qual seria o dano para o seu exercício da ampla defesa. Apenas faz referência ao percentual de 100% (cem por cento) sobre o valor aduaneiro dos bens importados, declarado nas respectivas Declarações de Importação processadas no período de 18/01/2007 a 22/12/2010.

De fato, a única informação relevante para a autuação, constante nas Declarações de Importação, o valor aduaneiro, consta da relação de folhas 90 à 98.

Importação citadas no Auto de Infração ora impugnado, processadas no período de 18.01.2007 a 22.12.2010 (...)".

Ora, trata-se de um procedimento de Revisão Aduaneira. Uma vez que a legislação aplicável estivesse em vigor na data de ocorrência dos fatos e o direito de revisar as declarações de importação e de constituir o crédito tributário não tenha decaído, nada há de errado com esse procedimento.

Inobservância do Código Tributário Nacional

Pretende-se ver declarada a nulidade do Auto de Infração também pela inobservância do disposto no artigo 149, inciso IX e parágrafo único, do Código Tributário Nacional, e por existir, para casos como o de que aqui se trata, apenas previsão para aplicação da pena de dez por cento do valor das mercadorias e não pena de perdimento.

O artigo 149³ do Código refere-se às situações nas quais o lançamento é efetuado e revisto de ofício, matéria estranha aos autos. Não se está, aqui, revendo lançamento, mas aplicando uma penalidade por dano ao Erário.

Já no que se refere à penalidade específica prevista na Lei 11.488/07 para tais casos, fato é que, a toda evidência, a multa instituída pela Lei nº 11.488/07, de dez por cento do valor da operação, aplicável à pessoa jurídica que cede o nome, não revogou, não trouxe qualquer repercussão e não se confunde com a multa de conversão da pena de perdimento, prevista no artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76, com a redação introduzida pela Lei 10.637/02⁴.

Com efeito, a respeito desse assunto, creio que seja seguro afirmar, com toda a convicção, que a intenção do legislador jamais foi a de cominar penalidade mais branda a qualquer das partes que se associam na prática de operação de importação ou exportação com ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável.

³ Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:
(...)

⁴ **Lei 10.833/03**

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.

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.

§ 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."(NR)

Decreto-Lei 1.455/76

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

(...)

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

Assim entendo, por diversas razões, como passo a explicar.

Em um primeiro momento, vê-se, desde logo, que os bens jurídicos tutelados por uma e por outra medida coercitiva não guardam nenhuma identidade entre si. Embora as infrações possam estar vinculadas a um mesmo evento, a multa pela cessão do nome, de dez por cento do valor da operação, destina-se a coibir o uso abusivo da pessoa jurídica, apenando conduta à qual era antes imposta a “pena” de inaptidão do CNPJ, medida que violentava os mais elementares pressupostos da ação estatal de controle da atividade privada, numa ação de força desproporcional, ao impedir o particular de seguir no livre exercício de suas atividades profissionais. Por seu turno, a multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria importada destina-se a coibir o ingresso no território nacional de mercadoria estrangeira em situação irregular, que, sujeita à pena de perdimento, por razões quaisquer, escapa ao controle aduaneiro.

Mas para muito além disso, o fato é que não se vislumbra nenhuma razão plausível para que se prestigie a inusitada interpretação de que o legislador, ao instituir a nova penalidade, tivesse a intenção de minorar a sanção ou redefinir os limites de sua sujeição passiva ou da responsabilidade das partes por uma das infrações tipificadas como dano ao Erário. Como se sabe, as infrações assim qualificadas são punidas com a pena de perdimento das mercadorias (artigo 23, § 1º, do Decreto-Lei 1.455/76). É completamente desarrazoado entender que, específica e exclusivamente nos casos em que o dano ao Erário esteja associado à interposição fraudulenta de terceiros, a multa aplicável pela conversão da pena de perdimento deixe de ser equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias para ser de inexpressivos dez por cento do valor da operação.

Ora, fosse essa a intenção e a primeira e obrigatória medida haveria de ser a exclusão da infração por interposição fraudulenta do rol de situações compreendidas no conceito de dano ao Erário, já que a este deve ser necessariamente associado penalidade gravíssima de perdimento das mercadorias ou, quando isso não for possível, de multa no valor correspondente a tais mercadorias.

Noutro vértice, se o objetivo da legislação novel fosse, de fato, como alguns pretendem, excluir a responsabilidade do importador, que é quem, *a priori*, pratica a cessão do nome, suficiente que isso fosse expressamente consignado em lei. Inadmissível que essa providência fosse conduzida pela imposição de uma nova pena, sem nenhuma ressalva às responsabilidades decorrentes da outra.

Quanto a isso, imperioso destacar que as disposições legais são de clareza solar ao indicar, como consequência da aplicação da multa de dez por cento, apenas a exclusão da hipótese de declaração de inaptidão da pessoa jurídica, se não vejamos⁵.

⁵ A Orientação Coana/Cofia/Difia s/n, de 11 de julho de 2007, também não destoa desse entendimento. Orienta pela aplicação cumulativa das duas penas nos casos em que constatada o que denomina *interposição fraudulenta comprovada*.

Em resumo, conclui-se que se aplicam as seguintes disposições legais, às hipóteses abaixo enumeradas:

Interposição fraudulenta presumida pela não comprovação da origem dos recursos:

Pena de perdimento da mercadoria, com base no art. 23, inciso V do Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, com redação dada pela Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002;

Proposição de inaptidão da inscrição do CNPJ da pessoa jurídica (art. 81, § 1º, da Lei nº 9.430/96, e art. 41, caput e parágrafo único, da IN RFB nº 748/2007);

Interposição fraudulenta comprovada, seja pela identificação da origem do recurso de terceiro, seja pela constatação da ocultação por outros meios de prova:

Pena de perdimento da mercadoria, com base no art. 23, inciso V do Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, com redação dada pela Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002;

Art. 33. A pessoa jurídica que ceder seu nome, inclusive mediante a disponibilização de documentos próprios, para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas no acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários fica sujeita a multa de 10% (dez por cento) do valor da operação acobertada, não podendo ser inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Parágrafo único. À hipótese prevista no caput deste artigo não se aplica o disposto no art. 81 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

E, também, não há que se falar na ocorrência do *bis-in-idem*.

É preciso ter a clareza de que, desde o começo, todas as disposições legais foram sendo concebidas à luz da interpretação jurídica dada às ocorrências identificadas no mundo real, a partir do que forjaram-se instrumentos capazes de alcançar todas as pessoas envolvidas nas atividades irregulares; principalmente, o proprietário das mercadorias importadas de forma irregular.

Como se sabe, de acordo com o artigo 31 do Decreto-Lei nº 37/66, o contribuinte do Imposto de Importação é quem promove a entrada mercadoria estrangeira no território nacional⁶.

Um dos pontos de partida de todo empreendimento que deu origem às modificações legislativas iniciadas no ano de 2001 foi a interpretação de lavra da Procuradoria da Fazenda Nacional veiculada no Parecer PGFN CAT 1.316/01. Segundo consta, o contribuinte do Imposto de Importação é sempre a pessoa cujo nome aparece no conhecimento de carga, independentemente de quem esteja efetivamente interessado na aquisição das mercadorias ou fizer as negociações prévias. Como consequência da manifestação do Órgão responsável pela interpretação da legislação tributária federal, as autuações passaram, obrigatoriamente, a indicar a pessoa informada como importador nas declarações de importação como sendo o contribuinte do Imposto, mesmo que um terceiro pudesse ser reconhecido como o verdadeiro promotor do ingresso das mercadorias em território nacional.

Por conta disso, ao aplicar a multa de conversão da pena de perdimento nos casos de interposição fraudulenta, forçosamente identifica-se no auto de infração, como contribuinte, a pessoa que registrou a declaração de importação, embora, o mais das vezes, pretenda-se apenas o verdadeiro proprietário daquelas mercadorias, que, graças à legislação superveniente ao Parecer supra citado, figura como solidário pelo imposto e pelas infrações cometidas.

De resto, ainda que todas os apontamentos acima já não fossem suficientes para determinar a correta interpretação das disposições normativas *sub examine*, cumpre destacar que o assunto está hoje claramente regulamentado no Regulamento Aduaneiro vigente – Decreto 6.759/09, nos seguintes termos.

Multa de 10% do valor da operação acobertada, aplicada sobre o importador, conforme dispõe o art. 33 da Lei nº 11.488/2007.

⁶ **Decreto 6.759/09**

104. É contribuinte do imposto (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 31, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 1988, art. 1^ª):

I - o importador, assim considerada qualquer pessoa que promova a entrada de mercadoria estrangeira no território aduaneiro;

Art. 727. Aplica-se a multa de dez por cento do valor da operação à pessoa jurídica que ceder seu nome, inclusive mediante a disponibilização de documentos próprios, para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas ao acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários (Lei nº 11.488, de 2007, art. 33, caput).

(...)

§ 3º A multa de que trata este artigo não prejudica a aplicação da pena de perdimento às mercadorias importadas ou exportadas.

Ilegalidade da IN 228/02

A alegação de que a Instrução Normativa 228/02 extrapolou flagrantemente os limites impostos pela Lei não merece ser sequer respondida, pois as Recorrente não esclareceram de que forma isso aconteceu. Independentemente disso, a autuação em si não está baseada nessa, mas em disposições legais, como a seguir se verá.

Nulidade da decisão recorrida. Negativa sumária à produção de provas

Uma vez que o julgador fundamente sua decisão de indeferir o pedido de produção de novas provas, não há que se falar em preterição ao direito de defesa, pois trata-se de uma escolha de caráter discricionário. Ademais, fato é que, em regra, conforme dispõe o Decreto 70.235/72, o processo deve ser instruído até a impugnação ao lançamento.

No caso concreto, partilho da opinião do Julgador de primeiro grau, pois não vejo nenhuma necessidade de complementação da instrução processual, ainda mais se leva-se em consideração que as perguntas propostas pela defesa são, a meu ver, completamente impertinentes.

Decadência

Assiste parcial razão às Recorrentes nesta questão.

Conforme determina o Decreto 37/66, o direito de impor penalidade extingue-se em cinco anos contados da infração.

Uma vez que do Auto de Infração tenha sido dado ciência em 20 de junho de 2012, as importações realizadas em data anterior ao dia 20 de junho de 2007 foram alcançadas pela decadência.

Mérito

Interposição Fraudulenta

Para melhor clareza dos preceitos que conduzirão à decisão que será tomada no presente voto, creio que seja de grande interesse que se faça uma breve digressão em torno dos fatos que deram origem à presunção legal que fundamenta exigência fiscal ora combatida.

Ainda que a não comprovação da origem dos recursos empregados em atividade de comércio exterior presuma a ocorrência da interposição fraudulenta, a infração especificada hoje no artigo 689, inciso XXII, combinado com o parágrafo primeiro, do atual Regulamento Aduaneiro – Decreto 6.759/09, matriz legal Lei nº. 10.637/02, é assim identificada.

Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, caput e § 1º, este com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59):

(...)

XXII - estrangeira ou nacional, 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 A pena de que trata este artigo converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59).

Trata-se, portanto, de infração por ocultação (i) do sujeito passivo, (ii) do real vendedor, (iii) comprador ou (iv) de responsável pela operação. No final do texto normativo, fica esclarecido que a interposição fraudulenta de terceiros está inserida dentre as hipóteses de ocultação dolosa das pessoas acima relacionadas (inclusive a interposição fraudulenta de terceiros); conduta que dá ensejo à aplicação da pena de perdimento das mercadorias, por dano ao Erário, convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro dessas, nos casos em que elas não sejam localizadas ou tenham sido consumidas.

Necessário sublinhar que a tipificação da infração por dano ao Erário não se vincula aos efeitos do ato ou à sua extensão. Se extrai do texto legal que a ocultação intencional do sujeito passivo, do vendedor, do comprador ou do responsável, caracteriza, por si só, a conduta sancionada. Desnecessário que a fiscalização se esforce em provar a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos.

Com efeito, o que a norma legal intenta coibir é forma de agir do administrado, potencialmente lesiva ao interesse coletivo.

É grande importância que se tenha a noção de que a positividade normativa das regras de coação deste tipo de conduta tem origem em um histórico de operações praticadas mediante simulação, que afetavam decisivamente a condição da Fiscalização Tributária na identificação da pessoa com capacidade contributiva para responder pelos tributos devidos, na indicação com segurança do enquadramento da operação nas regras de incidência não-cumulativa de Impostos e Contribuições, na definição da base de cálculo desses gravames, na avaliação da pertinência da aplicação de preço de transferência, determinação do valor aduaneiro das transações etc. De fato, fundamental sublinhar que ainda que a relação de causa e efeito entre a ação do administrado e a pena aplicável possa parecer desigual (de um lado apenas a aparente falta de informação de que a operação é por conta e ordem ou por encomenda e, de outro, a pena de perdimento das mercadorias), a história por detrás desse instrumento de coação revela razões imperceptíveis à primeira vista.

E nem me parece correto o entendimento de que a legislação tributária esteja, nesses casos, interferindo na liberdade de escolha do particular, na opção pela forma que melhor atende suas necessidades ou que tenha hostilizado indiscriminadamente o negócio jurídico indireto. O que buscou, na verdade, foi prevenir o abuso de forma, o negócio atípico e sem motivação prática aparente e de conformação reconhecidamente lesiva ao interesse

público. Seja por razões econômicas, financeiras, operacionais ou de qualquer outra natureza, o que se espera é que seja perceptível alguma vantagem lícita a justificar a opção pelo caminho menos provável na obtenção de fins equivalentes.

Ainda mais, há que se destacar que, ao assim definir, a Lei 10.637/02 não inova em relação aos Decretos-lei nº 37/66 e nº 1.455/76. Lá, assim como aqui, considerou-se configurado o dano ao Erário independentemente da comprovação do efeito lesivo dos atos praticados. Para comprovar tal assertiva, basta a leitura das demais hipóteses elencadas no artigo 689 do Regulamento Aduaneiro.

Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, caput e § 1º, este com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59):

I - em operação de carga ou já carregada em qualquer veículo, ou dele descarregada ou em descarga, sem ordem, despacho ou licença, por escrito, da autoridade aduaneira, ou sem o cumprimento de outra formalidade essencial estabelecida em texto normativo;

II - incluída em listas de sobressalentes e de provisões de bordo quando em desacordo, quantitativo ou qualitativo, com as necessidades do serviço, do custeio do veículo e da manutenção de sua tripulação e de seus passageiros;

(...)

IV - existente a bordo do veículo, sem registro em manifesto, em documento de efeito equivalente ou em outras declarações;

(...)

XVII - estrangeira, em trânsito no território aduaneiro, quando o veículo terrestre que a conduzir for desviado de sua rota legal, sem motivo justificado;

(...)

De fato, sequer me parece que presunções legais dessa ordem devam causar surpresa. Mais do que um expediente aceitável, trata-se de medida indispensável à obtenção dos resultados visados pela Administração Tributária. É um pressuposto que decorre do teor normativo do próprio Código Tributário Nacional, matriz das regras de formação do Sistema Tributário Nacional. A fiscalização e a arrecadação de tributos é amplamente alicerçada na colaboração forçada do sujeito passivo, como bem exemplificam a obrigação de prestar informações e de antecipar o pagamento do tributo. Por seu turno, a legislação ordinária toma emprestado e reproduz esse modelo e não somente quando obriga a fazer, mas, também, quando limita a iniciativa empreendedora do administrado, como, no caso, pela presunção da ocorrência de infração na conduta que deseja reprimir.

Noutro vértice, faz-se a devida ressalva à possibilidade de desconstituição da presunção legal pela comprovação, segundo as peculiaridades próprias de cada caso e mediante elementos de prova igualmente particulares, que tratou-se de mero erro formal escusável. Desta forma, vê-se também preservada a busca da verdade material, outro dos pilares que sustentam as relações do particular com o Estado.

Introduzido o assunto em linhas gerais, importante que seja revista sua fundamentação legal.

Antes mesmo da previsão normativa de pena específica para os casos de interposição fraudulenta de terceiros, a legislação novel tratou de disciplinar os efeitos tributários das operações empreendidas nessa modalidade negocial. O adquirente da mercadoria importada por sua conta e ordem passou a ser responsável solidário pelo Imposto, assim como pela infração – matriz legal Decreto-lei 37/66, com alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 2.158-35/01.

Art. 32 - É responsável pelo imposto:

(...)

Parágrafo único. É responsável solidário:

(...)

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

Art. 95 - Respondem pela infração:

(...)

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

Foi equiparado a estabelecimento industrial, tornando-se contribuinte de direito do Imposto sobre Produtos Industrializados. A ele passaram a ser aplicadas as normas de incidência das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS próprias do importador.

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

Art. 81. Aplicam-se à pessoa jurídica adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora, as normas de incidência das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS sobre a receita bruta do importador.

Certos requisitos e condições foram estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal para a atuação de pessoa jurídica importadora por conta e ordem de terceiro, direito de regulamentação outorgado pelo artigo 80 da Medida Provisória nº 2.158-35/01.

Art. 80. A Secretaria da Receita Federal poderá:

I - estabelecer requisitos e condições para a atuação de pessoa jurídica importadora por conta e ordem de terceiro; e

II - exigir prestação de garantia como condição para a entrega de mercadorias, quando o valor das importações for incompatível com o capital social ou o patrimônio líquido do importador ou do adquirente.

Isso foi determinado pela Instrução Normativa 225/02, que estabeleceu as regras para consecução do negócio. Esclareceu que a operação por conta e ordem de terceiro era aquela promovida no nome da pessoa jurídica para mercadoria adquirida por outra,

mediante contrato previamente firmado (parágrafo único do artigo 1º). As informações a respeito da operação deveriam, obrigatoriamente, retratar a realidade, sob pena de perdimento das mercadorias (inciso I do artigo 4º).

Art. 1º O controle aduaneiro relativo à atuação de pessoa jurídica importadora que opere por conta e ordem de terceiros será exercido conforme o estabelecido nesta Instrução Normativa.

Parágrafo único. 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.

(...)

Art. 4º Sujeitar-se-á à aplicação de pena de perdimento a mercadoria importada na hipótese de:

I - inserção de informação que não traduza a realidade da operação, seja no contrato de prestação de serviços apresentado para efeito de habilitação, seja nos documentos de instrução da DI de que trata o art. 3º (art. 105, inciso VI, do Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966);

(...)

Dois meses após a edição da IN 225 de 2002, a Lei 10.637/02 alterou o artigo 23 do Decreto-lei 1.455/76, criando previsão específica de infração punível com a perda dos bens no caso de inobservância dos critérios definidos pela Secretaria da Receita Federal para importação por conta e ordem. Até então, a infração vinha sendo enquadrada dentro da hipótese de mercadoria estrangeira, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarque tiver sido falsificado ou adulterado.

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.

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.

§ 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."(NR)

No ano seguinte, 2003, a Lei excepcionou as mercadorias cuja pena de perdimento tivesse sido convertida em multa das hipóteses de não incidência do Imposto.

Art. 77. Os arts. 1º, 17, 36, 37, 50, 104, 107 e 169 do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º

§ 4º O imposto não incide sobre mercadoria estrangeira:

(...)

III - que tenha sido objeto de pena de perdimento, exceto na hipótese em que não seja localizada, tenha sido consumida ou revendida." (NR)

Mais tarde, a Lei 11.281/06 veio disciplinar nova modalidade de importação, denominada importação por encomenda.

Art. 11. A importação promovida por pessoa jurídica importadora que adquire mercadorias no exterior para revenda a encomendante predeterminado não configura importação por conta e ordem de terceiros.

§ 1o A Secretaria da Receita Federal:

I - estabelecerá os requisitos e condições para a atuação de pessoa jurídica importadora na forma do caput deste artigo; e

II - poderá exigir prestação de garantia como condição para a entrega de mercadorias quando o valor das importações for incompatível com o capital social ou o patrimônio líquido do importador ou do encomendante.

§ 2o A operação de comércio exterior realizada em desacordo com os requisitos e condições estabelecidos na forma do § 1º deste artigo presume-se por conta e ordem de terceiros, para fins de aplicação do disposto nos arts. 77 a 81 da Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

§ 3o Considera-se promovida na forma do caput deste artigo a importação realizada com recursos próprios da pessoa jurídica importadora, participando ou não o encomendante das operações comerciais relativas à aquisição dos produtos no exterior. (Incluído pela Lei nº 11.452, de 2007)

Destaque para a manutenção de um dos pilares do controle sobre operação com essas características, qual seja, a necessidade de observação dos critérios e exigências definidos pela Secretaria da Receita Federal, conforme parágrafo 2º acima.

A Instrução Normativa 634/06, a seguir parcialmente transcrita, definiu as regras a serem observadas nas importações realizadas por encomenda.

Art. 2º O registro da Declaração de Importação (DI) fica condicionado à prévia vinculação do importador por encomenda ao encomendante, no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex).

§ 1º Para fins da vinculação a que se refere o caput, o encomendante deverá apresentar à unidade da Secretaria da Receita Federal (SRF) de fiscalização

aduaneira com jurisdição sobre o seu estabelecimento matriz, requerimento indicando:

I - nome empresarial e número de inscrição do importador no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ); e

II - prazo ou operações para os quais o importador foi contratado.

§ 2º As modificações das informações referidas no § 1º deverão ser comunicadas pela mesma forma nele prevista.

§ 3º Para fins do disposto no caput, o encomendante deverá estar habilitado nos termos da IN SRF nº 455, de 5 de outubro de 2004 .

Vê-se que, no intento de coibir práticas negociais danosas, o legislador definiu regras inflexíveis para atuação das ditas empresas prestadoras de serviço de importação, com as quais pretendeu não só alcançar o adquirente ou encomendante da mercadoria importada por sua conta e ordem, sujeitando-o às mesmas regras e condições próprias do importador, como também evitar que a negociação fosse dissimulada, definindo-a, se assim ocorresse, como hipótese de ocultação e/ou interposição fraudulenta de terceiros.

No caso concreto, depreende-se da Descrição dos Fatos do Auto de Infração, um conjunto indiciário robusto a demonstrar a ocorrência da infração neste controvertida.

A Fiscalização começa relatando os fatos ocorridos durante diligência à empresa Alpha.

*Saltou aos olhos a presença massiva do referido logotipo [referindo-se à Marca Long Jump aposta às caixas das mercadorias encontradas no estoque da empresa Alpha] nas mercadorias estocadas. No mesmo momento, o gerente Reinaldo, ao ser questionado sobre os documentos contábeis e sobre a **localização da administração** da empresa, informou que ambos se encontravam em outro endereço, qual seja, à rua Gomes Freire, nº 434, na LAPA, São Paulo, SP, local onde, segundo ele, está situada a empresa **LONG JUMP**, CNPJ, 08.788.740/0001-46, detentora da marca (vide anexo 11). Como se os sócios estivessem neste endereço, nos encaminhamos ao local e lá estavam presentes o atual sócio da ALPHA, o Sr. Vagner Lefort, bem como o procurador da empresa o Sr. Luis Francisco, os quais nos receberam e tomaram ciência do termo de intimação fiscal.*

A seguir, refere-se à condição (saúde) financeira da importadora Alpha e a certas características incomuns no ingresso dos recursos em seu caixa.

*Em um primeiro momento, chamou a atenção o fato de que, de forma habitual, na contabilidade da empresa, eram registradas **entradas de recursos** em valores significantes justamente em **datas próximas** àquelas onde se verificam os **dispêndios aduaneiros** (pagamentos de contratos de câmbio, de tributos do comércio exterior, e de outros gastos aduaneiros).*

Relata imprecisões sérias nos assentamentos contábeis da Fiscalizada, para então adentrar ao *modus operandi* da empresa, trazendo uma peculiaridade de grande importância no caso concreto.

*Por exemplo, em 02/04/2008, a **ALPHA** emitiu uma TED bancária por meio de sua conta no banco ITAÚ no valor de R\$ 34.078,00 mais R\$ 7.082,89 (total de R\$ 41.160,89), valores destinados, segundo histórico dos lançamentos, à empresa FCS Aduaneiras, comissária de despacho aduaneiro. Ocorre que, **no mesmo dia**, é*

feito um depósito no valor de R\$ 55 mil reais indicado na contabilidade como “AVISO CREDITO REF. MUTUO VFR”. (vide anexo 15 – folha 06 do livro Diário).

Já no dia 03/04/2008 constam mais R\$ 176.253,76 (R\$ 130.653,44 + 45.496,72 + 51,80+ 51,80) destinados à quitação de contrato de câmbio, pagos por meio da conta corrente da empresa no banco Sofisa. Na mesma data é depositado o valor de R\$ 177.000,00 (90.000,00 + 87.000,00) com histórico “AVISO CREDITO REF. TRANSF.SOFISA VFR”. (vide anexo 15 – folha 06 do livro Diário)

Além da proximidade das datas de pagamentos e recebimentos, chamou a atenção o fato de que, sem os referidos depósitos, ambas as contas não teriam saldo corrente suficiente para honrar os pagamentos. Há situações, inclusive, em que o somatório de todas as contas correntes bancárias da empresa revela saldo negativo, mesmo após os recebimentos semelhantes aos supracitados.

Sobre a dita confusão societária.

Em entrevista com o sócio da empresa **ALPHA** (vide anexo 19) de início ficou claro que a criação da empresa **ALPHA** se deu, se não totalmente, pelo menos parcialmente motivada pela necessidade de se importarem os produtos da marca **LONG JUMP**. É o que denunciam as palavras do sócio:

“13. Perguntado sobre a relação entre a ALPHA e a empresa LONG JUMP, respondeu que a ALPHA importa produtos LONG JUMP desde que foi criada e que importou um volume não muito expressivo de produtos para papelaria”. (grifo nosso)

(...)

Contudo, uma vez que a **LONG JUMP**, detentora da marca que leva seu nome, **nunca possuiu habilitação no Siscomex para operar no comércio exterior, só pôde fazê-lo por meio da ALPHA**. Embora a **LONG JUMP** não tenha adquirido e revendido essas mercadorias, conforme demonstra sua contabilidade, é patente que **a volição inicial, ou seja, a intenção de que mercadorias com a Marca LONG JUMP fossem importadas, repousa sobre a LONG JUMP e não sobre a ALPHA**.

(...)

As intimações emanadas por esta fiscalização foram claras quanto à necessidade de apresentação, por exemplo, de e-mails, comunicações e demais documentos comprobatórios. Apenas foram apresentados exemplos de e-mails do ano de 2009 e de 2011 que **não comprovam** estar a **ALPHA** definitivamente negociando com o fornecedor estrangeiro, uma vez que tratam-se de e-mails que têm como domínio o “@longjump” (vide anexo 38), ou seja, trata-se uma negociação feita via meios de comunicação supostamente da **LONG JUMP** e não da **ALPHA**.

A relação entre ambas as empresas se demonstrou muito mais estreita do que se pode imaginar, abrangendo, inclusive, outras empresas, cujos quadros societários se confundem ou se relacionam, empresas estas que são justamente aquelas que constam como fornecedoras de recursos via contratos de mútuo para a **ALPHA**, tais como **VFR, PRO-SERVICE** e **JL**. Vejamos, a partir dos dados dispostos nos Cadastros do CNPJ da RFB:

A antiga empresa **LONG JUMP**, baixada, tinha como sócios os Srs. **Sérgio Epstein** e **Luiz Geraldo Fiorini**, bem como a esposa de **Vagner LeFort**: a Sra. **Elizabeth LeFort**. Imediatamente após a baixa desta empresa, em 16/05/2005, foi

criada, em 13/06/2005 a empresa **ALPHA** tendo o Sr. **Evilásio Feitosa** e a Sra. **Priscila Vilas Boas** como sócios. O Sr. **Sérgio Epstein**, ex sócio da extinta **LONG JUMP** veio, posteriormente, em 2009, a integrar os quadros da **ALPHA**.

Pouco tempo após a abertura da **ALPHA** foi criada a nova empresa **LONG JUMP**, em 22/03/2007, cujo **QSA** (quadro de sócios e administradores) era formado e assim permanece, pelos sócios **Luiz Fiorini** e, posteriormente, **Vagner Lefort**. Esses eram também os sócios da extinta **VFR**, uma das principais empresas supridoras de recursos via contratos de mútuo destinados à **ALPHA** no início do período fiscalizado.

Outra empresa supridora dos recursos à **ALPHA** é a empresa **JL** cujos sócios são **Sérgio Epstein** (ex sócio da extinta **LONG JUMP**) e **Ana Maria Forte**.

Neste mesmo sentido vale menção à empresa **Pro-Service** dos senhores **Nelson de Angelo**, e **Elizabeth LeFort**, cônjuge, à época, do dono da **LONG JUMP**, os quais deixaram de ser sócios da mesma em favor de **Edson Gimenez** e **Sebastião Filho**.

(...)

A partir de 2011 todas as empresas aqui citadas (**Pro-Service**, **JL** e, principalmente, **ALPHA**) passaram a ser propriedade dos dois sócios da **LONG JUMP**, o **Vagner LeFort** e o **Luiz Fiorini**. Cita o primeiro, em entrevista (vide anexo 19), que “no caso da **PROSERVICE** e da **JL**, havia o interesse de se fazer uma fusão entre essas empresas, permanecendo somente a **ALPHA** como uma empresa só. Fusão que está sendo feita em etapas, como se verifica por meio do quadro societário que vêm se modificando nos últimos meses”.

Das folhas 72 a 85 (e-Proc) os Auditores-Fiscais autuantes apresentam uma extensa tabela com o fluxo financeiro da empresa Alpha, demonstrando incrível coincidência entre os valores despendidos pela importadora nas operações de importação e as transferências feitas por outras empresas, em especial a **VFR**, de propriedade dos mesmos sócios da Long JuMp, frequentemente a título de mútuo.

Concluem,

Fica evidente a **vinculação** entre as remessas de recursos e os dispêndios da **ALPHA**, servindo como um claro **reforço de caixa**, e apontando, mais uma vez à **LONG JUMP**, por meio da atuação de uma das empresas dos mesmos sócios, como a **real interessada** nas importações. Cabe, neste caso, inclusive, lembrar que nem, ao menos, foi entregue a esta fiscalização nenhum contrato de mútuo estabelecido entre as empresas **ALPHA** e **VFR**.

Há, ainda, que se lembrar que tais mútuos supra elencados, não foram pagos nos anos em análise. Pelo contrário, após a baixa da **VFR** nos cadastros da RFB, essas dívidas foram repassadas ao sócios da **VFR** (**Vagner** e **Luiz**) e assim permaneceram registradas até o momento em que foram, em parte, “perdoadas” conforme demonstra lançamento contábil 11739 de 31/12/2009 (vide anexo 16), no qual 700 mil reais foram abatidos da conta que registrava tal dívida (conta mútuos com coligadas, subconta: “Cessão de crédito c/ Luiz Fiorini”) e creditados (contrapartida) na conta “Caixa”, que por sua vez, conforme já foi dito neste relatório, **não reflete movimentação efetiva de recursos físicos**

Solidariedade

Melhor sorte não assiste às Recorrentes no que concerne à solidariedade atribuída pelo Fisco às pessoas físicas e jurídicas envolvidas na operação.

Conforme preceitua o Decreto-Lei 37/66, respondem pela infração conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática ou dela se beneficie, assim como todos os envolvidos na operação por conta e ordem ou por encomenda.

Art. 674. Respondem pela infração (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 95):

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

(...)

V - conjunta ou isoladamente, o importador e o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por conta e ordem deste, por intermédio de pessoa jurídica importadora (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 95, inciso V, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 78); e

VI - conjunta ou isoladamente, o importador e o encomendante predeterminado que adquire mercadoria de procedência estrangeira de pessoa jurídica importadora (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 95, inciso VI, com a redação dada pela Lei nº 11.281, de 2006, art. 12).

Parágrafo único. Para fins de aplicação do disposto no inciso V, presume-se por conta e ordem de terceiro a operação de comércio exterior realizada mediante utilização de recursos deste, ou em desacordo com os requisitos e condições estabelecidos na forma da alínea “b” do inciso I do § 1º do art. 106 (Lei nº 10.637, de 2002, art. 27; e Lei nº 11.281, de 2006, art. 11, § 2º).

Outrossim, o artigo 135 do Código Tributário Nacional veicula previsão expressa de responsabilidade pessoal daqueles que, como no caso concreto, agirem com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Por todas as razões acima, VOTO pela rejeição das preliminares arguidas, por indeferir o pedido de produção de novas provas e, no mérito, por dar parcial provimento ao Recurso Voluntário para reconhecer a decadência do direito à imposição da pena em relação às importações processadas em data anterior ao dia 20 de junho de 2007.

Sala de Sessões, 19 de março de 2015.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa - Relator

CÓPIA