



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

Processo nº 10611.002829/2008-78
Recurso nº 886.946 Voluntário
Acórdão nº **3201-00.837 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 24 de janeiro de 2012
Matéria Interposição Fraudulenta de Terceiros
Recorrente ALFA COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 02/03/2007

DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO CONVERTIDA EM MULTA.

Considera-se dano ao Erário a ocultação do real adquirente, sujeito passivo na operação de importação, infração punível com a pena de perdimento, que é convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro, caso as mercadorias não sejam localizadas ou tenham sido consumidas.

PENA DE PERDIMENTO OU MULTA QUE LHE É SUBSTITUTIVA. MULTA DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.488/2007.

Por força do artigo 33, parágrafo único, da Lei nº 11.488/2007, não se aplica a multa de 10% do valor das mercadorias em caso de presunção de interposição fraudulenta de terceiros.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 02/03/2007

LEGITIMIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA. CABIMENTO.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, respondendo pela infração quando restar comprovado que concorreram, de qualquer forma, para a prática da mesma, ou dela se beneficiaram.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO.

A ausência de impugnação por parte de um dos sujeitos passivos solidários acarreta, contra o revel, a preclusão temporal do direito de recorrer, prosseguindo, o litígio administrativo, em relação aos demais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Marcos Aurélio Pereira Valadão - Presidente.

Daniel Mariz Gudiño - Relator.

EDITADO EM: 26/01/2012

Participaram também da sessão de julgamento os conselheiros: Judith do Amaral Marcondes Armando, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Mércia Helena Trajano D'Amorim e Adriene Maria de Miranda Veras. Ausente justificadamente o conselheiro Marcelo Ribeiro Nogueira.

Relatório

Por bem descrever os fatos ocorridos até a data da prolação do acórdão recorrido, transcrevo abaixo o relatório do órgão julgador de 1ª instância, incluindo, em seguida, as razões dos recursos voluntários apresentados pelas Recorrentes:

Trata o presente processo de auto de infração para exigência de crédito, em prol da União, no valor de R\$ 7.751,66, referente a conversão da pena de perdimento em multa referente às mercadorias importadas através da declaração de importação número 07/0272928-5, em virtude de sua não localização por entrega a consumo, lavrado contra a empresa ALFA COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA, CNPJ 42.826.727/0001-72, a qual denominaremos, a partir de agora, simplesmente ALFA COMERCIAL, tendo sido apontados como responsáveis solidários no Relatório de Ação Fiscal, à fl. 16 do processo: a empresa ABREU EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ 32.020.703/0001-78, a qual denominaremos, a partir de agora, simplesmente de ABREU EMPREENDIMENTOS, e seus sócios administradores, Décio Guimarães de Abreu Filho, CPF 155.086.177-87, e Helena Carmen Falabela Daher de Abreu, CPF 403.425.146-87; a empresa TRANSAEX ASSESSORIA LTDA, CNPJ 68.506.765/0001-31, a qual denominaremos, a partir de agora, simplesmente TRANSAEX; seu sócio administrador Paulo Eduardo Pinto, CPF 533.267.686-72, bem como seu administrador Luiz Fernando Pinto, CPF 628.131.026-87, também sócio administrador da autuada, ALFA COMERCIAL.

De acordo com o Relatório de Ação Fiscal, à fl. 008 lavrado em 21/11/2008, a aplicação da pena de perdimento, e sua conversão em multa, deu-se como consequência do resultado de procedimento especial de fiscalização, regido pela IN-SRF

228/2002, a que foi submetida a autuada, no ano de 2007, no qual teria restado comprovada a ocultação dos reais adquirentes em operações de importação realizadas pela empresa, sendo que as irregularidades apontadas são aquelas detalhadas no Relatório de Ação Fiscal (As fls. 28/43), lavrado em 14/12/2007, resultado final do procedimento especial acima citado, a que foi submetida a empresa, amparado pelo Mandado de Procedimento Fiscal n.º 0615100-2007-00126-8.

Conforme o Relatório lavrado em 2007, a ação fiscal em desfavor da empresa ALFA COMERCIAL, teve início no dia 04/04/2007 (ciência do Termo de Início de Fiscalização), quando essa empresa foi intimada a prestar diversos esclarecimentos e apresentar seus livros e documentos. As situações que deveriam ser investigadas eram: a regularidade de seu funcionamento; a adequação de seu patrimônio e sua capacidade operacional em contraposição aos fluxos comerciais; e a autenticidade das transações efetuadas (fl. 28).

Ainda conforme o citado Relatório (fls. 28 a 43), a empresa apresentou a documentação solicitada no Termo de Início, em 24/04/2007, sem apresentar os documentos de sua constituição; foi intimada novamente em 31/05/2007, apresentando resposta em 08/06/2007; em 28/06/2007 foi mais uma vez intimada, tendo sido solicitada, entre outras coisas, a comprovação da integralização do capital social, no valor de R\$ 50.000,00, cuja resposta ocorreu em 04/07/2007, tendo sido comprovada apenas a parte de R\$ 37.298,11, tendo sido declarado que o restante estava ainda a integralizar;

Conforme o mesmo Relatório (fl. 29 do processo), em 09/11/2007, a empresa foi comunicada do prolongamento do período fiscalizado até 30/04/2007, sendo intimada a apresentar também a documentação relativa ao período acrescido, a qual foi apresentada em 21 e em 27/11/2007; e, em 29/11/2007, a empresa foi intimada a colocar à disposição da IRF/BHE, ou informar por escrito as razões de não fazê-lo, as mercadorias por ela importadas, uma vez que naquelas operações teria ocorrido a ocultação do real adquirente.

Em resposta, apresentada em 10/12/2007, a empresa declarou que já tinham sido vendidas.

No item 3, "**Da verificação do efetivo e regular funcionamento**", do Relatório lavrado em 2007 (fl. 29 do processo), que compreenderia aspectos relacionados à regularidade de constituição (quadro societário), efetivo funcionamento da empresa e, também, análise de documentos que comprovariam a capacidade operacional — estrutura física e serviços — compatíveis com o tipo de atividade desempenhada, teriam sido constatadas diversas irregularidades, que indicavam a falta de capacidade da ALFA COMERCIAL, e sua dependência à empresa TRANSAEX.

Quanto à constituição da empresa ALFA (subitem 3.1 — **Da constituição da empresa**), consta no Relatório lavrado em 2007,

à fl. 30 do processo, os dados desde sua constituição, que ocorreu em 26/03/1992, sendo que o senhor Paulo Eduardo Pinto ingressou na mesma em 01/12/1992, com a primeira alteração contratual.

Na sexta alteração contratual, na qual figura, por erro, como sendo a quinta, houve a retirada dos sócios fundadores, passando a figurar, com 2,72% do capital, o senhor José Sérgio Pinto, ao lado de Paulo Eduardo Pinto, que contava com 97,28% do capital.

Na oitava alteração contratual, o senhor Paulo Eduardo Pinto se retirou da sociedade, tendo nela ingressado o senhor Luiz Fernando Pinto. A participação societária também mudou, ficando José Sérgio Pinto e Luiz Fernando Pinto, ambos com 50% do capital.

De acordo com a fiscalização, na fl. 31 do processo, a saída do Sr. Paulo Eduardo Pinto, sócio da empresa Transaex, da administração e do quadro societário da empresa ALFA, ocorreu em virtude da legislação vigente vedar ao Despachante Aduaneiro operar como importador ou exportador (artigo 10 do Decreto nº 646, de 09/09/1992).

No subitem 3.2 (**Da integralização do Capital Social**), do Relatório lavrado em 2007, na fl. 31 do processo, consta que, em resposta a intimação, a empresa afirmou que a integralização teria ocorrido em partes. Em 2003, por ocasião de alteração contratual ocorrida em março, quando o capital passou de R\$ 100,00 para R\$ 10.000,00; e em agosto de 2004, quando o capital foi aumentado para R\$ 50.000,00, tendo sido integralizados R\$ 37.000,00, faltando R\$ 13.000,00 a integralizar.

Mas a fiscalização aduz que, analisando os livros contábeis, bem como os extratos bancários apresentados pela empresa, foi possível encontrar depósito bancário comprovando a integralização de R\$ 37.000,00 em 29/10/2004. Porém, não foi comprovada a integralização supostamente ocorrida em 2003. A empresa afirmou, após intimada, que R\$ 12.701,89 estavam por integralizar.

No item 4 do Relatório lavrado em 2007 (**Da condição de real adquirente da mercadoria importada — Exame da origem e disponibilidade dos recursos empregados**), à fl. 32 do processo, a fiscalização afirma, especificamente no subitem 4.1 (**Da análise das operações de comércio exterior**), ao analisar as operações de importação realizadas pela empresa, que:

"Relevante destacar que não é a Alfa a responsável pelas transações internacionais, haja vista não terem sido apresentadas correspondências entre ela e seus supostos fornecedores, partindo daí a suspeita de serem outras empresas os reais adquirentes e quem, de fato, atuam nas operações supostamente

realizadas pela Alfa. Sendo a mesma utilizada apenas como instrumentos para operacionalizar tais operações".

No Relatório (fl. 32 do processo), as operações de comércio exterior, para melhor análise, foram divididas em: operações realizadas com diversas empresas; e operações realizadas com a empresa Arcelor RPS Luxembourg.

As primeiras (subitem 4.1.1), iniciam-se em 25/05/2004, quando do fechamento de um contrato de câmbio de R\$ 60.131,00, lembrando a fiscalização que, conforme informação da própria empresa, a única integralização do capital social da empresa ALFA COMERCIAL somente ocorreria em 29/10/2004; e, na verdade, a abertura de sua conta corrente bancária já tinha ocorrido em 25/05/2004, com um depósito de R\$ 61.000,00.

A fiscalização apresenta tabela (fl. 32 do processo) que abrange o período de 25/05/2004 a 27/10/2004, contendo as colunas: data, recursos recebidos pela ALFA COMERCIAL, empresa remetente, valor referente ao fechamento de câmbio, empresas destinatárias (exportadores estrangeiros). Tal tabela deixa clara a coincidência entre depósitos efetuados pela empresa FLASAN na conta corrente da ALFA COMERCIAL e os valores para fechamentos de câmbios de importações.

A partir do ano de 2005, segundo consta no Relatório lavrado em 2007, na fl. 33, as operações da ALFA COMERCIAL são mais complexas, pelo fato de existirem outros parceiros comerciais, dentre eles a empresa Arcelor. Mas, apesar disso, a sistemática das operações, segundo os Auditores, permanece a mesma. Para comprovar isso, apresentam duas tabelas semelhantes à acima destacada, só que envolvendo as empresas TBI do Brasil Produtos Mecânicos e Ferramentas Ltda e SBF Comércios de Produtos Esportivos Ltda. Apresentam também duas tabelas comparando, em termos de valores e datas, as notas fiscais de entrada na ALFA COMERCIAL com as notas fiscais de saídas para essas empresas.

No item 5 (Da capacidade operacional, econômica e financeira) do Relatório lavrado em 2007 (fl. 37 do processo), a fiscalização analisa o fluxo financeiro da empresa ALFA COMERCIAL, a fim de verificar a possibilidade da pessoa jurídica arcar com dispêndios relativos as operações de comércio exterior, em especial a liquidação de contratos de câmbio e o pagamento dos tributos devidos. De acordo com os Auditores, nos anos de 2004, 2005 e 2006, a empresa sempre recebe adiantamentos por ocasião de algum pagamento relativo as suas atividades como importadora.

A fiscalização, dando sequência ao Relatório, item 5, afirma que a empresa ALFA COMERCIAL, embora intimada, somente apresentou os Livros Diário e Razão relativos aos anos de 2004 e 2005. Entretanto, os livros Diário apresentados somente foram autenticados pela Junta Comercial em 20/04/2007, ou seja, após iniciado o procedimento fiscal contra a empresa.

Em relação aos registros contábeis de 2006, foram apresentadas folhas avulsas, uma vez que os livros ainda não tinham sido encadernados. Em agosto de 2007 a empresa solicitou a entrega destas folhas, alegando ter perdido os arquivos magnéticos das operações e que, em virtude disso, seria obrigada a encadernar as folhas que estavam em poder da fiscalização, o que foi feito em 16/08/2007, quando foram retidas cópias rubricadas pelo administrador.

A fiscalização informa, ainda, no Relatório lavrado em 2007 (fl. 38), que a empresa informou "zero" em todas as linhas do Balanço Patrimonial nos anos-calendário de 2005 e 2006, e, no ano de 2004, existem informações somente sobre os valores do Ativo Permanente. Ou seja, as informações declaradas à RFB seriam incompatíveis com as lançadas nos registros contábeis da fiscalizada.

No item 6 do Relatório lavrado em 2007, que trata da comprovação da ocultação do sujeito passivo, fl. 38 do processo, a fiscalização cita a IN-SRF 225/2002, que disciplina a importação por conta e ordem de terceiros, e seu artigo 4º, cuja base legal é o art. 23, V, do Decreto-lei nº 1.455/1976, com redação dada pelo artigo 59 da Lei 10.637/2002, o qual preceitua a sujeição à pena de perdimento da mercadoria importada, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, do comprador ou responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.

Às fls. 38/41, no citado Relatório, a fiscalização afirma que os fatos narrados se enquadram no art. 23, V, do Decreto-lei nº 1.455/1976, e seus parágrafos 1º, 2º e 3º, com redação dada pelo artigo 59 da Lei 10.637/2002, o qual passou a incluir como dano ao Erário a ocultação do adquirente, vendedor ou sujeito passivo, punindo essa infração com a pena de perdimento (§ 1º), e prevendo a conversão da pena de perdimento em multa, no caso de a mercadoria não ser localizada, ou ter sido consumida (§ 3º). Cita, também, o Regulamento Aduaneiro de 2002 (Decreto nº 4.543/2002), que consolidou a matéria no seu art. 618, inciso XXII.

A fiscalização afirma, no mesmo Relatório, ao final da fl. 40 do processo, que cumpre observar que o recolhimento de tributos incidentes sobre as importações não descaracteriza o dano ao Erário, que se configura, no caso vertente, conforme art. 23, inciso V, do Decreto-lei nº 1.455/1976.

Conclui a fiscalização, no Relatório lavrado em 2007, à fl. 41 do processo, ter havido dano ao Erário nas operações de comércio exterior da fiscalizada, pela ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, mediante a interposição fraudulenta de terceiros.

A fiscalização iniciou o procedimento para perdimento das mercadorias importadas para as quais o real adquirente foi ocultado, intimando-se a empresa, em 29/11/2007, a disponibilizar estas mercadorias. Em sua resposta, datada de 10/12/2007, foi informado que elas foram vendidas.

Em virtude disso, no Relatório lavrado em 2007, à fl. 42 do processo, foi proposto à Inspetora da IRF/BHE a abertura de procedimento para a conversão do perdimento das mercadorias em multa equivalente ao valor aduaneiro das mesmas, conforme art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976, e seus parágrafos 1º e 3º, uma vez tendo sido configurado o Dano ao Erário. Além disso, uma vez que os fatos descritos nesse Relatório identificariam situações que, em tese, poderiam configurar crime contra a ordem tributária, ficou assentado que deveria ser proposta Representação Fiscal para Fins Penais, nos termos de Portaria do Secretário da Receita Federal.

Para cumprir as providências propostas no Relatório acima citado, o qual foi lavrado em 2007, amparado pelo MPF 0615100-2007-00126-8, foi iniciado, em 2008, novo procedimento, coberto pelo MPF 0615100-2008-00323-0, para efetuar a conversão da pena de perdimento em multa.

Esse segundo procedimento resultou, ao seu término, como já informado acima, em novo Relatório de Ação Fiscal (fls. 08/17), lavrado em 21/11/2008, que faz parte integrante dos autos de infração constantes do presente processo, e em cuja introdução (fl. 08 do processo) afirma-se que a ação fiscal teve por objeto efetuar a conversão da pena de perdimento em multa, relativamente as mercadorias importadas através da DI 07/0127928-5, tendo em vista sua não localização por terem sido entregues a consumo.

Quanto ao detalhamento das irregularidades que deram origem à proposta de aplicação da pena de perdimento, bem como de sua conversão em multa, cita-se, como base, o Relatório lavrado em 2007 (fls. 28/43), ao final do procedimento especial da IN-SRF 228/2002, amparado pelo MPF 0615100-2007-00126-8, efetuado em desfavor da ALFA COMERCIAL.

Nesse Relatório lavrado em 2008, no item 2 (Das irregularidades apuradas motivadoras do perdimento aqui aplicado), informa-se que a fiscalizada foi usada para encobrir operações da empresa ABREU EMPREENDIMENTOS, verdadeira adquirente dos produtos importados através da DI acima citada. Essa importação teria sido toda financiada pela ABREU EMPREENDIMENTOS, sendo as mercadorias a ela remetidas logo após o desembaraço, conforme análise das notas

fiscais de entrada e de saída da ALFA COMERCIAL, emitidas em número sequencial e com as mesmas quantidades (fls.75/76).

Tal operação teria se iniciado em 12/02/2007, com o adiantamento de recursos, para toda a operação, no valor de R\$ 11.261,06, efetuado pela ABREU EMPREENDIMENTOS, no valor de R\$ 21.000,00, valor este que foi utilizado para fechamento de contrato de câmbio, no valor de R\$ 7.336,00, em 15/02/2007, e para o pagamento de tributos aduaneiros, no valor de R\$ 2.157,40, no dia 02/03/2007. Também foi emitido um cheque avulso entre agências, no valor de R\$ 3.146,68, para pagamento do ICMS da operação, no dia 05/03/2007. Foram localizados, segundo a fiscalização, outros valores que aparentemente fazem parte da mesma operação: frete internacional, seguro, despesas com desova de container, despachante aduaneiro, armazenagem e a devolução do valor da ordem de R\$ 503,74 à ABREU EMPREENDIMENTOS, em virtude de adiantamento a maior. À fl. 09 do processo, consta, no Relatório lavrado em 2008, um quadro no qual estão detalhadas essas movimentação de recursos.

Segundo este Relatório, lavrado em 2008, as fls. 09, a fiscalização, com base no que já foi constatado no Relatório lavrado em 2007, afirma que as operações em relevo seriam, presumivelmente, por conta e ordem, e, conforme artigo 27 da Lei nº 10.637/2002, a operação de comércio exterior realizada mediante utilização de recursos de terceiros presume-se por conta e ordem deste. No caso, não teriam sido seguidas as instruções sobre esse tipo de operação previstas na IN-SRF 225/2002, tendo havido, portanto, ocultação do real adquirente.

Os auditores, também seguindo o que consta no Relatório lavrado em 2007, afirmam, à fl. 10, que o ganho auferido pela ABREU EMPREENDIMENTOS, real adquirente, foi efetuar operações de comércio exterior sem estar habilitada para isso, o que somente ocorreu em 27/02/2008 (fls. 77/78), burlando, com isso os controles aduaneiros previstos no art. 36 da IN SRF 455/2004, substituído pelo art. 26 da IN SRF 650/2006.

Independentemente do motivo dessa empresa, ao se utilizar da ALFA COMERCIAL para importar, visou, segundo a fiscalização, ludibriar os controles aduaneiros. Além disso, com a ocultação, houve dano ao erário, por força do inciso V do artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976, o que acarretaria a pena de perdimento das mercadorias ou, no caso de impossibilidade de apreensão por não terem sido localizadas ou destinadas a consumo, a conversão em multa (conforme § 1º e 3º do mesmo artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976).

Tendo em vista que a empresa, intimada, informou que as mercadorias importadas tinham sido comercializadas, a

fiscalização, as fls. 13, aduz que, conforme o artigo 73 e parágrafos 1º e 2º da Lei nº 10.833/2003, para a aplicação da multa prevista no § 3º do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976, deverá ser instaurado processo administrativo, sendo exigida mediante lançamento de ofício, processado e julgado nos termos da legislação que rege a determinação e exigência dos demais créditos tributários da União.

No item 4 do Relatório lavrado em 2008 (Da Solidariedade Passiva), às fls. 13/16, a fiscalização cita o art. 124, inciso I do CTN, segundo o qual são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; cita o artigo 135, inciso III do CTN, que dispõe que são pessoalmente responsáveis pelos créditos relativos a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Cita, ainda, o artigo 137, inciso I, do CTN.

Diante desses dispositivos legais, a fiscalização aduz que os atos da empresa são sempre praticados através da vontade de seus dirigentes, havendo solidariedade destes em relação as obrigações que contraem em nome daquela, já que a situação prevista no inciso I do artigo 124 do CTN é aquela em que todos ganham simultaneamente com o fato econômico.

A fiscalização cita, ainda, o artigo 603, incisos I e V, do Decreto nº 4.543/2002 (RA/2002), baseado no artigo 95 do Decreto-lei nº 37/1966, segundo o qual, na área do comércio exterior, a responsabilidade pela infração deve ser estendida a toda e qualquer pessoa que participe, pratique ou se beneficie dela. Segundo a fiscalização, às fls. 15/16, com base nos fatos apurados no Relatório, as seguintes empresas, através de seus sócios administradores, atuaram através da empresa ALFA COMERCIAL:

- a ABREU EMPREENDIMENTOS, pela análise dos extratos bancários da empresa Alfa, nos quais ficou demonstrado que os depósitos para fechamento de contratos de câmbio e para pagamento de tributos provinham daquela empresa; além disso, em análise das notas fiscais de venda da ALFA COMERCIAL, verificou-se que são repetidas as mesmas quantidades das NF de entrada, além de serem emitidas em número subsequente e com margens de lucro que pouco ultrapassam os custos. Também não foi apresentado pela ALFA COMERCIAL nenhum documento para comprovar as negociações com os supostos fornecedores;

- a Transaex, pertencente o mesmo Grupo Empresarial da Alfa e responsável por todos os despachos aduaneiros efetuados, a qual

valeu-se da Alfa para burlar a vedação prevista no art. 10 do Decreto nº 646/1992, o qual prevê que é vedado ao despachante aduaneiro e ao ajudante efetuar, em nome próprio ou de terceiro, exportação ou importação de quaisquer mercadorias ou exercer comércio interno de mercadorias estrangeiras, excetuando-se, da proibição de importação, os bens que se destinem ao uso próprio.

Assim, conforme o Relatório de Ação Fiscal lavrado em 2008, à fl. 16, informa-se que, para a implementação da sujeição passiva solidária, lavrou-se "Termo de Sujeição Passiva Solidária, através dos quais foram incluídos no pólo passivo da exigência, além da empresa ALFA COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA:

-a empresa ABREU EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ 32.020.703/0001-78 e seu sócios administradores, Décio Guimarães de Abreu Filho, CPF 155.086.177-87 e Helena Carmen Falabela Daher de Abreu, CPF 403.425.146-87;

-a empresa TRANSAEX ASSESSORIA LTDA, CNPJ 68.506.765/0001-31, e seu sócio administrador Paulo Eduardo Pinto, CPF 533.267.686-72, bem como seu administrador Luiz Fernando Pinto, CPF 628.131.026-87, também sócio administrador da autuada, ALFA COMERCIAL.

Da impugnação da responsável solidária – TRANSAEX e de PAULO EDUARDO PINTO, seu sócio administrador

Cientificados, a empresa TRANSAEX e o seu sócio administrador Paulo Eduardo Pinto, de Termos de Sujeição Passiva Solidária; ambos em 28/11/2008 (fls. 107 e 108), os dois apresentaram conjuntamente sua impugnação, em 24/12/2008 (fls. 243/274), cujos argumentos constam nos seguintes termos:

Considerações preliminares

1. *discorrem sobre a origem da legislação sobre interposição fraudulenta, afirmando que o seu objetivo fundamental é combate à lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998);*
2. *aduzem que, se o enfoque principal dessa legislação é coibir a origem ilícita de recursos e sua utilização indevida, é contra-senso incriminar alguém, se comprovado que a origem não é ilícita, que os recursos têm origem legal e estão escriturados; e também que, para que alguém seja penalizado, é imprescindível que o ato possa ser comprovadamente imputado a esse alguém, devendo, ainda, a conduta ser antijurídica e típica;*
3. *afirmam que, no presente caso, está comprovado que a origem dos recursos não é a de seqüestro, tráfico de drogas, etc, nem de nenhuma das condutas inspiradoras da legislação sobre interposição fraudulenta, em que se baseou a fiscalização: Lei nº 9.613/1998, Portaria MF no 350/2002, IN-SRF no 228/2002;*

4. *declaram que é evidente que a Administração Tributária Federal, por inspiração arrecadatória, alargou o combate à origem ilícita dos recursos para incluir outras operações de comércio exterior, não comprovadamente criminosas, por sua própria conta, criando normas legais generalizadoras para ampliar a aplicação das normas administrativas, que seriam dirigidas a criminosos, utilizando-se de presunção;*

5. *afirmam que as normas penalizadoras são necessariamente personalíssimas, pois somente se pode responsabilizar alguém pelos atos que, comprovadamente, foram por este praticados;*

Da ausência da corresponsabilidade solidária da empresa Transaex

6. *discorrem que os autuantes, equivocadamente, incluíram a empresa Transaex como responsável solidária, porque se utilizou da ALFA COMERCIAL para burlar a vedação prevista no artigo 10 do Decreto nº 646/1992; porém, a Transaex é uma empresa comissária de despacho, e a vedação da norma citada refere-se ao "despachante aduaneiro", ou seja, à pessoa física que exerce tal atividade;*

7. *argumentam que a suposta ilegalidade apontada pela fiscalização não levou em conta a distinção entre pessoa jurídica e pessoa física, já que a responsabilidade daquela não é necessariamente a mesma desta. Assim, os autuantes teriam se equivocado porque não existe, no citado Decreto, vedação alguma em relação à Transaex; a vedação é dirigida aos despachantes aduaneiros, pessoas físicas; no caso em relevo, a Transaex atuou exclusivamente como prestadora de serviço, não descumprindo nenhuma norma legal;*

8. *declaram que quando a empresa ALFA COMERCIAL protocolizou pedido de habilitação no Siscomex, anexou ao mesmo, o contrato de prestação de serviços firmado com a Transaex, o que comprova que a autoridade lançadora tinha conhecimento de que as empresas tinham sócios em comum, que atuavam em parceria, mas cada uma com sua especialidade;*

9. *aduzem que a afirmação de corresponsabilidade em relação aos impugnantes não traz nenhuma prova, nem encontra sustentação jurídica;*

10. *afirmam que a transferência de responsabilidades, que aqui é pessoal do agente, pois se trata de penalidade, deve ser bem fundamentada, não podendo tomar o todo pela*

parte, não se podendo incluir os impugnantes como corresponsáveis por um suposto ilícito praticado que, se praticado, o foi pela empresa ALFA COMERCIAL. Assim, é descabida a inclusão da Transaex e de seu sócio administrador no pólo passivo, eis que não há vedação legal em relação à empresa, nem a seu sócio, nem esta utilizou a empresa ALFA COMERCIAL para burlar a vedação do art. 10 do Decreto nº 646/1992;

Da operação de importação própria

11. tecem comentários a respeito das modalidades de importação por conta e ordem, por conta própria, e por encomenda; informam que a importação própria configura-se quando a empresa adquirente possui departamento próprio de comércio exterior para realizar as operações necessárias, podendo ser realizado tanto por trading companies e empresas comerciais importadoras, quanto pelas empresas interessadas;

12. o importador ou a trading adquirem produtos no exterior para uso próprio ou para revenda a comerciantes ou consumidores finais, tratando-se de operações comerciais amplamente realizadas e autorizadas pela legislação pátria;

13. argumentam que, quando o importador faz vir mercadorias do exterior, para seu próprio uso, ou para revenda a terceiros, visando lucro, sem que esses terceiros mantenham relação com o exportador, realizando os pedidos de compra no exterior, negociando preços, realizando o fechamento de câmbio, mantendo contato prévio de importação, trata-se da operação de importação direta; mas, se o motivo da importação foi uma encomenda de terceiro, ou seja, o importadora traz a mercadoria, mas já teve as indicações prévias de um comprador, que manteve contatos no exterior com o exportador dos produtos e celebrou contrato prévio com o importador, a operação pode ser por conta e ordem de terceiros ou não;

14. afirmam, à fl. 254, que os fatos citados nos autos:

“ (...)

onde a impugnante (Real e única importadora)- tem uma carteira de clientes para os quais importa as mercadorias. Em razão do relacionamento comercial que mantém com seus clientes, sabe o que lhes (sic) e, ciente dessas informações, importa mercadorias que acabarão sendo revendidas para esses clientes. A relação entre o importador e os clientes é duradoura e poderíamos dizer que é razoavelmente próxima. Existe, inclusive, uma previsibilidade por parte do importador de quanto tempo as mercadorias durarão nos estoques dos seus compradores. Com base nessas informações, bastante confiáveis, faz vir mais mercadorias do exterior, com tanta precisão que as revende com muita rapidez e mantém muito baixo seus próprios estoques, sem, no entanto, deixar de atender aos pedidos, dada a qualidade de suas previsões. Tais operações se tornam úteis para as empresas compradoras as mesmas se tornam fiéis compradores dos produtos importados, nacionalizados e revendidos pela trading. Essa, por sua vez, como ocorre em grande parte do mundo, tem em

tais contatos no exterior, importações, nacionalizações e revenda importante objetivo social, mantendo-se a partir de tais operações;

15. sustentam que, no caso, as importações não são feitas a partir de compromissos firmes de compra dos clientes, mas ocorrem a partir de previsões razoáveis da necessidade da carteira de clientes. Assim, as operações configuram importação direta e, ainda que houvesse compromisso de compra dos clientes, trata-se de importações promovidas integralmente pela empresa importadora, com seus recursos, com contatos diretos com os exportadores, com nacionalização e revenda, havendo margem de lucro na operação; a relação próxima entre importador e clientes visa reduzir custos e riscos;

16. argumentam que o raciocínio usado pelos autuantes, para fundamentar a lavratura do auto de infração, pressupõe ausência de contato da impugnante com fornecedores no exterior (item 4, letra "d" do Relatório de Ação Fiscal, à fl. 10 (sic)). E, em homenagem ao princípio da verdade material, tendo em vista que, em nenhum momento, nas diversas intimações recebidas pela impugnante, tais documentos teriam sido solicitados, anexam aos autos cópias dos e-mails que teriam sido trocados entre a impugnante e as empresas fornecedoras, nos quais, se poderia vislumbrar que era a mesma quem efetivamente fazia o contato no exterior.

17. aduzem que o comércio exterior tem muitas dificuldades, exigindo coragem e ousadia; importar significa assumir riscos; o simples fato de ter havido adiantamento por parte dos clientes, não tem o condão de descaracterizar a importação própria;

18. sustentam que, apesar de terem sido feitos depósitos na conta bancária da impugnante pelos seus clientes, não se pode afirmar que toda a operação realizada no comércio exterior pela impugnante foi mediante a utilização de recursos de terceiros, estando configurada a importação por conta destes; aduzem que, no caso, não se pode presumir que houve dolo nas operações realizadas pela impugnante, no intuito de fraudar e até mesmo ocultar os reais adquirentes; isso porque, pelos próprios extratos bancários, identifica-se facilmente quem são os depositantes, bem como os valores depositados; se a intenção fosse ocultar teria sido mais lógico o recebimento em espécie; não há ocultação pois as operações aparecem nos extratos, nos registros contábeis e nas notas fiscais;

19. afirmam que a lisura e a boa fé da impugnante estão plenamente evidenciadas através do processo de habitação no SISCOMEX, que foi apresentado, analisado e deferido pela Administração Fazendária, permitindo sua atuação no

comércio exterior, inclusive tendo deferido o aumento do volume das operações pertinentes às transações internacionais pretendidas; no citado processo a Receita Federal efetuou minuciosa análise fiscal, analisando a capacidade operacional e os recursos da empresa, tendo sido informado, como endereço o mesmo da empresa Transaex; assim, estranham que a empresa, após a análise a que foi submetida, tenha suas operações consideradas como fraudulentas, em virtude de suposta ausência de capacidade financeira para atuar no comércio exterior;

20. sustentam que quando do início do processo de habilitação no SISCOEX, ao mesmo foi anexado o Contrato de Prestação de Serviços firmado com a empresa TRANSAEX ASSESSORIA LTDA, já sendo, portanto, do conhecimento da Autoridade Lançadora que as duas empresas atuavam em conjunto;

21. cita Acórdãos do Conselho de Contribuintes, no sentido de que, não havendo intenção dolosa, descabem penalidades;

22. aduzem que, diante do que foi acima visto, não merece prosperar o lançamento, uma vez que restou demonstrado que os fatos referem-se A modalidade de importação própria, não havendo interposição fraudulenta;

Da ausência de identidade entre os fatos e a norma punitiva

23. informam que, a não prevalecer, por hipótese, os argumentos até agora explanados, impugna a legalidade da multa aplicada. Isso porque na estrutura da norma prevista no art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976, a hipótese (interposição fraudulenta), que gera a imposição da consequência (pena de perdimento — multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria), seria: a) ocultação do sujeito passivo, mediante fraude; b) caso de não comprovação da origem dos recursos; c) caso de não comprovação de disponibilidade dos recursos; d) caso de não comprovação de transferência dos recursos empregados. E como se vê, no caso em questão, nenhuma das hipóteses supra se concretiza;

24. aduzem que as infrações tributárias, que prescindem do elemento subjetivo, configuram-se pelo simples não recolhimento do tributo, mas nas penalidades o dolo integra o tipo. Não se pode considerar criminosa uma ação que não preenche todos os requisitos previstos abstratamente na norma; além disso, tais requisitos devem estar provados para que a imputação seja admitida;

25. transcrevem o art. 23 e parágrafos 1º a 3º do Decreto-lei nº 1.455/1976, bem como o artigo 72 da Lei nº 4.502/1964, e sustenta que são figuras típicas, de conceito rígido, que não

aditem aplicação sem a comprovação do intuito doloso, de se locupletar, de lesar o fisco, com atos e ações no intuito de ludibriar. Afirma que nenhum desses elementos foi comprovado pela fiscalização, que se baseou em presunção;

26. afirmam, novamente, que a configuração do ilícito previsto no dispositivo legal citado exige que seja evidente e exhaustivamente comprovado o intuito de fraude, que, claramente não está no caso concreto; citam doutrina e jurisprudência administrativa relacionado a isso;

27. informam que, no caso, não houve ações dolosas de fraude ou simulação, por parte da impugnante, que se enquadrem na hipótese acima, da qual decorre a aplicação da pena de perdimento; não houve declaração falsa; não houve omissão de documentos ou informações; não houve falsificação de documentos; não houve duplicação de notas fiscais; estas não foram calçadas; a origem dos recursos está bem definida, havendo clareza nessas informações, bem como na escrituração contábil das operações; todos os tributos foram recolhidos, conforme consta no Relatório de Auditoria Fiscal;

28. pedem a inadmissibilidade do lançamento porque inexistem nos autos a prova do elemento doloso, necessário para a configuração do ilícito; porque efetivamente não houve intuito doloso; e, se a intenção da impugnante fosse ocultar os reais adquirentes, não deixaria isso evidenciado em seus registros contábeis;

29. aduzem que, ainda que, por hipótese, pairasse dúvida acerca da intenção dolosa da impugnante, a dúvida deveria ser aproveitada em favor de quem é acusado (in dubio pro reo), não havendo razão para aplicar à impugnante penalidade destinada a criminosos, sonegadores e fraudadores; caso contrário, haveria iniquidade; citam doutrina sobre o tema;

30. sustentam que, em matéria de penalidade, o ordenamento pátrio não tolera analogias ou interpretações extensivas, especialmente para imputar a alguém a responsabilidade pela sua prática; na questão em relevo, está patente a diferença entre a presunção abstrata do art. 23 do DL nº 1.455/1976 e a realidade fática, sendo desarrazoada e incabível a pena de perdimento; cita doutrina sobre a legalidade e a tipicidade tributárias;

31. afirmam que a tipicidade serve à segurança jurídica, ao princípio da legalidade, presentes na Constituição Federal; aduzem que, em relação a penalidades, da mesma forma, somente as instituídas em lei são passíveis de aplicação, podendo atingir exclusivamente aqueles que realizem sua hipótese legislativa; isso, quando efetivamente for possível, sem equívocos, imputar a alguém, um ato antijurídico e típico, previsto em dispositivo legal vigente;

32. se for admitida a suposta responsabilidade imputada à impugnante, estaria legitimado o arbítrio e a insegurança e

revogado o Estado de Direito, onde os atos do Executivo são regidos pelo princípio da legalidade, da moralidade, da publicidade, da impessoalidade, no qual o agente público é servo da lei, não cabendo ao Executivo, nem ao Judiciário criar as normas ou dar-lhes um cunho pessoal. Disso decorre a total impropriedade da multa aplicada à impugnante, sob a pretensa invocação da justificativa legal prevista no art. 23 do DL nº 1.455/1976;

33. sustentam que a aplicação de penalidade deve ter em vista sempre a tipicidade cerrada, e a inexistência de norma penal em branco a ser preenchida pela vontade de seus aplicadores, sendo imprescindível a ocorrência de perfeita subsunção entre a hipótese da norma e o fato concreto para que se possa aplicar a sanção prevista; de outra forma, macula-se de ilegítima, porque ilegal e inconstitucional, além de arbitrária a imposição da penalidade, o que ocorreu no caso. Desse modo, com base nos princípios da segurança jurídica, da legalidade, da especificidade conceitual ou da tipicidade cerrada, pede o cancelamento da penalidade, haja vista a demonstração de que houve importação própria, não podendo a impugnante ser penalizada por fato que não realizou;

34. apresentam doutrina acerca da aplicação da pena de perdimento no caso de interposição de pessoas e no caso de desconsideração de uma operação por outra, em virtude da impropriedade material de sua concretização;

Da ausência de fraude em relação ao IPI

35. afirmam que também não merece prosperar a justificativa da fiscalização, ao presumir que houve interposição fraudulenta, sob a suposta alegação de ocultação do real adquirente, e via de consequência, dano ao erário, na hipótese de se estar, de fato, diante de importação por conta e ordem de terceiros, havendo, portanto, intuito fraudulento de recolhimento a menor de IPI, já que empresa ABREU EMPREENDIMENTOS não é contribuinte do IPI, tendo sido as mercadorias importadas destinadas ao seu ativo imobilizado, e não para revenda, tendo havido o pagamento dos tributos devidos na importação, não cabendo falar em sonegação de IPI na posterior revenda;

36. apresentam contrato social da ABREU EMPREENDIMENTOS, a qual seria prestadora de serviços, não contribuinte de IPI, tendo importado para seu ativo permanente, sem posterior revenda, tendo sido os tributos da importação recolhidos, e também os da venda interna, da ALFA COMERCIAL para a ABREU EMPREENDIMENTOS;

37. assim, segundo argumenta, não haveria dano ao erário, já que o IPI foi recolhido pela impugnante quando do desembaraço aduaneiro e também quando da saída do produto na venda para o mercado interno, pois a impugnante realizou importação própria. Se houvesse importação por conta e ordem de terceiros, sendo a ABREU EMPREENDIMIENTOS a verdadeira importadora, como esta é prestadora de serviços, não contribuinte do IPI, não haveria fato gerador deste imposto em posterior revenda. E, se fosse realmente importação por conta alheia, a trading teria recolhido IPI, quando da saída do seu estabelecimento indevidamente, pois, nesse caso, não seria contribuinte do IPI, e, assim, o dano não seria aos cofres públicos, e sim à própria impugnante, que teria que enfrentar processo judicial e administrativo para pedir restituição. Portanto, em virtude do exposto, pede a improcedência do lançamento.

Da aplicação do artigo 33 da Lei 11.488/2007

38. no caso de não acolhimento das razões já expostas, afirmam que não merece prosperar o lançamento porque, se por hipótese, as operações de importação forem consideradas por conta e ordem de terceiros, como concluiu a fiscalização, não haveria de se falar em aplicação de multa decorrente da conversão da pena de perdimento, pois, conforme artigo 33 da Lei nº 11.488/2007, a pessoa 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 dez por cento do valor da operação acobertada, não podendo ser inferior a R\$ 5.000,00.

39. sustentam que, desse modo, se for admitida realmente a participação da empresa, cedendo seu nome, evidencia um erro substancial na autuação, podendo-se afirmar que os atos de ceder o nome e de importar e adquirir a mercadoria, nessa hipótese registrada pelos autuantes, não podem ser considerados idênticos. Assim, em relação a empresa autuada, não há como se atribuir a responsabilidade integral punível com o valor dos bens sujeitos a perdimento, sendo sua participação restrita a cessão do nome para as operações de comércio exterior, conforme art. 33 da Lei nº 11.488/2007;

40. transcrevem o art. 100 do Decreto-lei nº 37/1966, segundo o qual se do processo se apurar responsabilidade de duas ou mais pessoas, será imposta a cada uma delas a pena relativa a infração que houver cometido, e conclui que, com base nesse dispositivo, não poderia ser aplicada a pena de perdimento, e sua conseqüente conversão em multa, a impugnante, eis que esta apenas teria cedido seu nome para as operações abrangidas pelo auto de infração. Afirmam, também, que não seria de se lhe

aplicar as duas penalidades ao mesmo tempo, conforme art. 99 do Decreto-lei nº 37/1966;

41. argumentam que, não sendo idênticas as infrações atribuídas a quem cede o nome e a quem importa ou exporta a mercadoria, não há como se manter a autuação, devendo ser declarado improcedente o auto de infração e arquivado o processo. Citam decisão da DRJ São Paulo, referente a caso semelhante, tratado no processo 10314-005.794/2008-83, cujo posicionamento estaria em sintonia com suas colocações;

42. por serem os pedidos acima consentâneos com a legalidade e com a justiça, pedem a total improcedência do lançamento e arquivamento do processo;

Da impugnação da empresa ALFA COMERCIAL e de LUIZ FERNANDO PINTO, seu sócio administrador

Cientificada do lançamento a empresa ALFA COMERCIAL, em 03/12/2008 (fl. 02), e o seu sócio administrador Luiz Fernando Pinto, de Termo de Sujeição Passiva Solidária, em 28/11/2008 (fl. 109), os dois apresentaram conjuntamente sua impugnação, em 24/12/2008 (fls. 115/143). Cabe observar que, a não ser pelo item "Da ausência da corresponsabilidade solidária da empresa Transaex", essa impugnação é idêntica à apresentada conjuntamente pela empresa TRANSAEX e seu sócio administrador Paulo Eduardo Pinto, as fls. 243/274, já discriminada acima, motivo pelo qual deixa-se de relacionar, aqui, seus argumentos de defesa, os quais, por serem totalmente iguais, serão analisados em conjunto com os da TRANSAEX e do seu sócio administrador.

Da ausência de impugnação da responsável solidária- ABREU EMPREENDIMENTOS e de DÉCIO GUIMARÃES DE ABREU FILHO e HELENA CARMEN FALABELA DAHER DE ABREU, seus sócios administradores

Cientificados, a empresa ABREU EMPREENDIMENTOS, e Décio Guimarães de Abreu Filho (CPF 155.086.177-87) e Helena Carmen Falabela Daher de Abreu, de Termos de Sujeição Passiva Solidária; a primeira, por via postal, em 28/11/2008 (fl. 104), e estes últimos por edital (fls. 113 e 114), uma vez que resultou infrutífera a ciência por via postal (fls. 105 e 106, respectivamente), nenhum do três apresentou impugnação

Na decisão de primeira instância, proferida na Sessão de Julgamento de 27/05/2010, a 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza (CE) julgou improcedente as impugnações das Recorrentes, conforme Acórdão nº 08-18.002 de fls. 379-397:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTARIA

Data do fato gerador: 02/03/2007

DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO CONVERTIDA EM MULTA.

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

Autenticado digitalmente em 26/01/2012 por DANIEL MARIZ GUDINO, Assinado digitalmente em 26/01/2012

por DANIEL MARIZ GUDINO, Assinado digitalmente em 03/02/2012 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 24/02/2012 por NALI DA COSTA RODRIGUES - VERSO EM BRANCO

Considera-se dano ao Erário a ocultação do real adquirente, sujeito passivo na operação de importação, infração punível com a pena de perdimento, que é convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro, caso as mercadorias não sejam localizadas ou tenham sido consumidas.

PENA DE PERDIMENTO OU MULTA QUE LHE É SUBSTITUTIVA. MULTA DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.488/2007. APLICAÇÃO CUMULATIVA.

A imposição da multa prevista no artigo 33 da Lei no 11.488/2007, contra a pessoa jurídica que ceder o nome para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas ao acobertamento de seus reais intervenientes, não afasta a aplicação cumulativa da pena de perdimento das mercadorias importadas irregularmente ou da multa que lhe é substitutiva.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 02/03/2007

LEGITIMIDADE PASSIVA SOLIDARIA. CABIMENTO.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, respondendo pela infração quando restar comprovado que concorreram, de qualquer forma, para a prática da mesma, ou dela se beneficiaram.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDARIA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO.

A ausência de impugnação por parte de um dos sujeitos passivos solidários acarreta, contra o revel, a preclusão temporal do direito de praticar o ato impugnatório, prosseguindo, o litígio administrativo, em relação aos demais.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 02/03/2007

SUJEIÇÃO PASSIVA. DESPACHANTE ADUANEIRO. INTERESSE COMUM NAS ATIVIDADES DA EMPRESA. SUJEIÇÃO PROCESSUAL PASSIVA SOLIDÁRIA.

O despachante aduaneiro e seu ajudante estão proibidos de efetuar, em nome próprio ou no de terceiro, importação e exportação de quaisquer produtos, ou exercer comércio interno de mercadorias estrangeiras (art. 10 do Decreto nº 646/1992). A Comissária de Despachos equipara-se ao despachante aduaneiro, pois somente essas pessoas possuem a devida autorização, perante a Receita Federal do Brasil, para procederem a atos relativos as operações de despacho de

importação/exportação. Se, tanto como pessoas físicas, quanto como pessoas jurídicas, demonstrarem interesse comum no fato gerador do imposto de importação e violarem essa proibição, respondem como responsáveis solidários, cabendo a exigência também contra eles dos tributos e multas nas operações de importação/exportação, concomitantemente com as penalidades pertinentes.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Exceto pela Sra. Helena Carmen Falabela Daher de Abreu e pelo Sr. Décio Guimarães de Abreu Filho, que foram intimados por edital no dia 20/08/2010 (fls. 419/420), as Recorrentes foram cientificadas do teor da Acórdão nº 08-18.002 por intimação postal, em 05/07/2010 (fls. 410/413), tendo protocolado seus recursos voluntários em 03/08/2010 (fls. 423/447 – Alfa Comercial Importadora e Exportadora Ltda. e Luiz Fernando Pinto; fls. 448/470 – Transaex Assessoria Ltda. e Paulo Eduardo Pinto; fls. 471/478 – Abreu Empreendimentos e Participações Ltda.), os quais, em síntese, reiteram os argumentos de suas impugnações (fls. 115/143 – Alfa Comercial Importadora e Exportadora Ltda. e Luiz Fernando Pinto; fls. 243/274 – Transaex Assessoria Ltda. e Paulo Eduardo Pinto).

No que diz respeito ao recurso voluntário da Abreu Empreendimentos e Participações Ltda., alega a Recorrente que:

- (i) não apresentou impugnação, pois o mandado de procedimento fiscal que deu ensejo à lavratura do auto de infração, e, conseqüentemente, ao processo administrativo em tela, foi lavrado apenas contra a Alfa Comercial Importadora e Exportadora Ltda., a Transaex Assessoria Ltda., o Sr. Luiz Fernando Pinto e o Sr. Paulo Eduardo Pinto. A Recorrente teria recebido apenas uma notificação eletrônica, o que não motivaria a apresentação de impugnação;
- (ii) não pode prosperar a fundamentação de que há indícios de que a Recorrente possa ter cometido uma possível infração tributária, mesmo porque, nem sequer fora intimada a prestar esclarecimentos, mas tão-somente notificada.

Diante do vício formal do lançamento do crédito tributário e do cerceamento de defesa e do contraditório, esta Recorrente apela para que: o seu recurso seja julgado tempestivo; seja declarada a nulidade do lançamento; possa apresentar demais elementos que julgar necessários à ampla demonstração da legalidade e licitude de seus atos; seja declarado extinto o crédito tributário, e, conseqüentemente, arquivado o auto de infração.

Na forma regimental, o processo digitalizado foi distribuído e, posteriormente, encaminhado a este Conselheiro Relator em 24/09/2010.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Daniel Mariz Gudiño

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

Autenticado digitalmente em 26/01/2012 por DANIEL MARIZ GUDINO, Assinado digitalmente em 26/01/2012

por DANIEL MARIZ GUDINO, Assinado digitalmente em 03/02/2012 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 24/02/2012 por NALI DA COSTA RODRIGUES - VERSO EM BRANCO

Admissibilidade

Por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235 de 1972, conheço os recursos voluntários interpostos por Alfa Comercial Importadora e Exportadora Ltda. (“Alfa”), Transaex Assessoria Ltda. (“Transaex”), Luiz Fernando Pinto e Paulo Eduardo Pinto (“sócios administradores”).

Quanto ao recurso voluntário interposto pela Abreu Empreendimentos e Participações Ltda., embora tempestivo, não atende aos referidos pressupostos, eis que houve preclusão temporal do seu direito de se insurgir contra o lançamento tributário. Ao contrário do que alegou esta Recorrente, a mesma foi regularmente intimada do Termo de Sujeição Passiva Solidária em 28/11/2008 (fl. 104), não tendo ofertado impugnação no prazo do art. 15 do Decreto nº 70.235 de 1972. Desse modo, deixo de conhecer o recurso voluntário em questão.

Síntese da controvérsia

O cerne da questão reside na confrontação das alegações das Recorrentes vis-à-vis a documentação que foi objeto de fiscalização, de modo a confirmar se (i) as operações realizadas pela Alfa, apesar de serem declaradas como importação por conta própria, não eram verdadeiramente um subterfúgio para encobrir operações de comércio exterior da Abreu; e (ii) há elementos suficientes para atribuir responsabilidade solidária à Transaex e aos sócios administradores. Pela análise da fiscalização, por óbvio, essa confrontação foi desfavorável às empresas envolvidas e seus respectivos sócios administradores. O colegiado que julgou em 1ª instância ratificou as conclusões da fiscalização. Antes de apresentar o resultado da minha análise, convém fazer algumas considerações sobre as alegações das Recorrentes.

Considerações sobre as alegações das Recorrentes

Em seus recursos voluntários, as Recorrentes alegam basicamente que a Alfa realizou operações de importação por conta própria, sendo que a interposição fraudulenta de terceiros somente poderia se configurar em casos de importação por conta e ordem. Além disso, alegaram que não há identidade entre os fatos que ensejaram a autuação e a norma punitiva aplicada, pois não houve dolo por parte importador e os recursos empregados nas operações de importação eram lícitos. Ainda que fosse configurada a interposição fraudulenta de terceiros, a penalidade não seria o perdimento das mercadorias ou a multa de valor equivalente, e sim a multa de que trata o art. 33 da Lei nº 11.488 de 2007. Por fim, no que diz respeito à responsabilidade solidária da Transaex e dos sócios administradores da Alfa e da Transaex, alegam que a regra que veda aos despachantes aduaneiros realizarem importações em nome próprio ou de terceiros se aplica apenas a pessoas físicas, assim como a regra que responsabiliza os sócios administradores demanda prova de que houve excesso de mandato ou violação à lei, ao contrato ou ao estatuto social.

(a) da operação de importação própria

Tenho como certo que a interposição fraudulenta de terceiros sempre há de ocorrer quando o importador alega que realiza a importação com recursos próprios, mas, na prática, oculta quem efetivamente demanda e financia a importação. Desse modo, essa alegação, por si só, em nada agrega ao exame do mérito, sendo necessário que o importador apresente a documentação que lhe dê suporte.

(b) da ausência de identidade entre os fatos e a norma punitiva aplicada

A norma punitiva aplicada é o art. 23, V e §§ 1º a 3º, do Decreto-Lei nº 1.455 de 1976. De acordo com esses dispositivos, considera-se dano ao Erário Público as infrações relativas às

mercadorias 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. E mais, diz que se presume interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.

Com efeito, o fato a ser verificado em contraste com a norma punitiva aplicada é a ocultação do comprador das mercadorias importadas, mediante fraude ou simulação, inclusive interposição fraudulenta de terceiros, ou a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados nessa operação, que dá ensejo à presunção de interposição fraudulenta de terceiros. Verificada a ocorrência de uma dessas alternativas, não há que se falar em ausência de identidade entre os fatos e a norma punitiva aplicada.

Pois bem, as Recorrentes alegam que configuração do ilícito tributário exige que seja evidente e exaustivamente comprovado o intuito de fraude. Ora, se o intuito de fraude deve ser comprovado, a norma não poderia jamais prever hipótese de presunção. Logo, a lógica propugnada pelas Recorrentes é contraditória e não deve prosperar.

Por outro lado, a presunção de que trata a norma legal tem caráter relativo, razão pela qual a prova assume novamente relevância para o deslinde da argumentação das Recorrentes.

(c) da aplicação do art. 33 da Lei nº 11.488 de 2007

O art. 33 da Lei nº 11.488 de 2007 estabelece que 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). Estabelece também que essa multa não se aplica aos casos em que há presunção de interposição fraudulenta de terceiros, pois faz referência ao art. 81 da Lei nº 9.430 de 1996, que, por sua vez, faz referência ao art. 23, §§ 2º e 3º, do Decreto-Lei nº 1.455 de 1976.

Em outras palavras, se o “presta nomes” não comprova a origem, a disponibilidade e a transferência efetiva dos recursos empregados nas operações de comércio exterior, não faz jus à multa de que trata o art. 33 da Lei nº 11.488 de 2007, por força do seu parágrafo único. Portanto, a análise do suporte probatório apresentado pelas Recorrentes se faz novamente indispensável.

(d) da ausência de responsabilidade solidária

A imputação de responsabilidade solidária à Transaex e aos sócios administradores Luiz Fernando Pinto e Paulo Eduardo Pinto deve-se ao fato de o último ter sido sócio administrador da Alfa, afastando-se dessa posição pela circunstância única de ser despachante aduaneiro e haver vedação legal para este tipo de profissional realizar operações de exportação ou importação em nome próprio ou de terceiros, nos termos do art. 10 do Decreto nº 646 de 1992.

Como na visão da autoridade fiscalizadora havia indícios suficientes para depreender que a Alfa e a Transaex eram geridas conjuntamente pelos sócios administradores em questão, entendeu lhes ser aplicável os arts. 124 e 135, III, do Código Tributário Nacional, o arts. 32, parágrafo único, e 95 do Decreto Lei 37 de 1966.

Tal como as outras alegações das Recorrentes, essa é uma questão que demanda o cotejo das alegações e documentos obtidos pela fiscalização, não podendo ser

afastada com a interpretação do alcance do art. 10 do Decreto nº 646 de 1992, i.e., saber se a norma restringe apenas pessoas físicas ou vai além.

Cotejo entre alegações das Recorrentes e documentos obtidos pela fiscalização

No que diz respeito à alegação de que a Alfa realizava importações por conta própria, convém transcrever trechos do Relatório de Ação Fiscal – MPF nº 06.1.51.00-2007-00126-8 que culminou na lavratura do auto de infração e dos termos de sujeição passiva solidária (fls. 36/37). Confira-se:

Em 02/10/2007, valendo-se de um MPF Extensivo, intimou-se a empresa SBF; a esclarecer o motivo de se utilizar os serviços da empresa Alfa e não fazer a importação diretamente. Também o motivo dos pagamentos antecipados (fls.554 a 556); em 11/10/2007 (fl.557), a empresa solicitou que o prazo para esclarecimento fosse aumentado de 05(cinco) para 30(trinta) dias; o que não foi possível de ser atendido. Então, em 25/10/2007, a referida empresa entregou os esclarecimentos solicitados(fl.558 a 560).

Nos termos dos esclarecimentos prestados, tais operações se devem ao expertise da empresa Alfa Comercial, que encontrando boas oportunidades de negócios no mercado externo de materiais esportivos; buscou no Brasil potenciais clientes. Sendo a SBF uma empresa de destaque nacional neste segmento, se interessou em adquirir os produtos importados pela primeira, solicitando apenas que lhe fosse conferido o direito de preferência na aquisição destas mercadorias. A importadora concordou com as condições solicitadas, desde que a outra prestasse garantia para a realização dos negócios o que também foi aceito, daí o motivo dos depósitos na conta da Alfa que não eram antecipações de pagamento, mas sim garantia da concretização do negócio.

Analisando os esclarecimentos fica uma dúvida qual a diferença entre antecipação de pagamento e a prestação de garantia para a concretização de um negócio e sendo que esta garantia é feita em dinheiro? A resposta é nenhuma quando se visualiza na contabilidade da importadora que a mesma se utiliza dos recursos, dados em garantia, para pagamento da própria mercadoria a ser vendida fica claro que isso é uma antecipação de pagamento e mais claro fica ainda quando de vê que toda a mercadoria importada é repassada ao real adquirente imediatamente com a nota fiscal de saída sendo emitida com as mesmas quantidades da nota fiscal de entrada e sendo encaminhadas ao mesmo imediatamente após o desembarço.

Não resta dúvida que nestas operações entre as duas empresas ocorreu a ocultação do real adquirente das mercadorias importadas, SBF Comércio de Produtos Esportivos Ltda, que delas se beneficiou ao deixar de ser equiparado a contribuinte do IPI, nos termos do inciso I do artigo 9º do Decreto 4.544/2002(Regulamento do IPI), além de adquirir mercadoria importada, presumidamente por conta e ordem sem estar

habilitado a operar no Siscomex o que só veio a ocorrer em 07/12/2006.

Além destas operações mostradas existem outras, com outras empresas em que se repete o mesmo modus operandi já demonstrado. Utilizaram-se dos serviços da Alfa as empresas: Domi Comercial Ltda CNPJ- 03.932.717/0001-60, Structure Presentes e Decorações Ltda CNPJ- 68.104.736/0001-77, Hommage Comércio de Presentes Ltda CNPJ- 07.467.942/0001-23, Image Presentes Ltda CNPJ- 40.212.961/0001-84, Lopes Damázio Comércio de Presentes Ltda CNPJ- 06.982.014/0001-, Companhia Siderúrgica Nacional CNPJ- 33.042.730/0017-71, Valbrasil Comércio e Indústria Ltda CNPJ- 00.277.740/0001-70, Megafobia Com. Exp. e Imp. Ltda CNPJ- 07.669.342/0001-48, Abreu Empreendimentos e Participações Ltda CNPJ- 32.020.703/0001-78, dentre outras.

.....
Tendo como enfoque o fluxo financeiro da empresa, a fim de verificar a possibilidade da pessoa jurídica arcar com os dispêndios relativos às operações no comércio exterior, em especial a liquidação de contratos de câmbio e o pagamento dos tributos devidos.

Ano 2004

Foram realizadas 08 operações de importação, totalizando R\$ 223.205,00 (demonstrativo — fl.603)

Dessas operações, destacam-se as dos dias: 25/05/2004(fl.190), 06/08/2004 e 10/08/2004(fl.194) nos quais empresa recebe um "Adiantamento" e, na mesma data, há um fechamento de câmbio.

Ano 2005

Foram realizadas 52 operações de importação, totalizando R\$ 2.078.745,00 (demonstrativo — fls.604 e 605)

Nessas operações, a sistemática constatada em 2004, continua ocorrendo. Ou seja, a empresa sempre recebe "adiantamentos" por ocasião de algum pagamento relativo As suas atividades como importadora.

Ano 2006

Foram realizadas 40 operações de importação, totalizando R\$ 1.560.348,00 (demonstrativo — fls.606 e 607)

A empresa atua da mesma forma que nos anos anteriores.

.....
A contabilidade da empresa não deixa dúvidas: quem, de fato, atua são as empresas Reais Adquirentes e a TRANSAEX, observa-se que apesar dos vultosos volumes de transações aqui mencionados; a empresa apresenta margens de lucro pífiás, quase igualando seus custos (fls.608 a 615), ocorrendo

inclusive prejuízo operacional no ano de 2005, no valor de R\$ 15.327,51(cópia da página 74 do livro diário/2005 fl.614).

Portanto, fica demonstrado que a empresa não comprovou possuir capacidade financeira para realizar operações de importação, sendo a mesma utilizada para que a Transaex ofereça um serviço a mais aos seus clientes; que quando por limitações de habilitação ao Siscomex ou por qualquer outro motivo pelo qual fosse vantajoso, ao importador, se omitir frente ao fisco. Em qualquer destas situações as operações de importação eram realizadas em nome da Alfa.

A partir da transcrição acima mencionada, percebe-se claramente que as provas analisadas pela fiscalização revelam que a Alfa não dispunha de recursos próprios para realizar as importações, autorizando, assim, a aplicação da presunção de interposição fraudulenta de terceiros.

Ora, se isso é verdade, não merece acolhida a alegação de que houve importação por conta própria e tampouco de que não há identidade entre os fatos e a norma punitiva aplicada. Quanto à aplicação da multa de que trata o art. 33 da Lei nº 11.488 de 2007, reitero que a mesma não se aplica em casos de presunção fraudulenta de terceiros por força do parágrafo único desse mesmo dispositivo, não podendo ser suscitada a retroatividade benigna de que trata o art. 106, II, c, do Código Tributário Nacional.

Com relação à Transaex, convém ressaltar que trechos da citação anterior deixam consignado que essa empresa envolvia a Alfa nos despachos aduaneiros realizados para empresas impossibilitadas de realizar operações de comércio exterior ou interessadas em obter vantagens fiscais relativas a IPI. Mas essa conexão entre a Alfa e a Transaex fica também evidente no trecho do Relatório de Ação Fiscal – MPF nº 0615100 2008 00323-0 (fls. 15/16) abaixo transcrito:

A empresa abaixo, através de seus sócios-administradores (também relacionados) atuou, através da empresa ALFA COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA, fato que ficou evidenciado, em síntese:

a) pela análise aos extratos bancários da Alfa onde ficou demonstrado que o depósito para fechamento de Contrato de Câmbio e também para o pagamento dos tributos de importação foi efetuado pela empresa Abreu Empreendimentos e Participações Ltda CNPJ: 32.020.703/0001-78;

b) Também a empresa Transaex Assessoria Ltda, CNPJ: 68.506.765/0001-31, pertencente ao mesmo Grupo Empresarial da Alfa e responsável por todos os despachos aduaneiros efetuados valeu-se da fiscalização para burlar a vedação prevista no art. 10 do Decreto 646 de 09/09/1992.

(...)

c) Outro fato a ser destacado para a caracterização atuação da outra empresa foi verificado na análise das Notas Fiscais de entrada e saída, emitidas logo após o desembaraço das importações, em números sequenciais sendo as quantidades de

mercadorias entradas e saídas idênticas, comprovando o repasse das mesmas da importadora(Alfa) para o real adquirente(Abreu Empreendimentos e Participações Ltda), com margens de lucro que pouco ultrapassam os custos.

d) Na análise relativa à negociação com o Fornecedor estrangeiro, não foi apresentada uma única correspondência trocada entre as partes, tais como: e-mails, faxes, para comprovar as negociações realizadas pela Alfa com seu suposto fornecedor.

A partir de todos esses relatos, não é possível descartar a participação da Transaex no processo de ocultação dos reais adquirentes das mercadorias importadas pela Alfa, sendo, pois, correta e oportuna a imputação de responsabilidade solidária. Incabível a alegação de que tal imputação foi deliberada e sem calço em provas. Como se verifica da transcrição supra, as provas são notas fiscais, documentos contábeis, respostas a intimações, etc.

Quanto aos demais responsáveis, entendo que a regra do nosso ordenamento jurídico é preservar a autonomia patrimonial dos sócios em relação à sociedade. Entretanto, o próprio ordenamento jurídico estabelece hipóteses em que essa regra é flexibilizada. Assim, por exemplo, o sócio responde ilimitadamente pelas obrigações contraídas pelas sociedades não personificadas (Código Civil, art. 990), pelas sociedades em nome coletivo (Código Civil, art. 1.039), bem como solidariamente pela integralização do capital das sociedades limitadas (Código Civil, art. 1.052).

É importante distinguir, pois, a flexibilização legal da desconsideração da personalidade jurídica de que trata o art. 50 do Código Civil. No primeiro caso, o juiz não precisa se manifestar para que o patrimônio do sócio seja atingido, ao passo que no segundo isso é necessário e somente pode ocorrer quando houver desvio de finalidade da sociedade ou confusão patrimonial dos sócios.

No caso concreto, a imputação da responsabilidade aos sócios administradores não advém de qualquer provimento jurisdicional senão da própria lei. Nesse sentido, a autoridade fiscalizadora enumerou uma série de dispositivos legais para justificar essa imputação, dentre os quais reputo como mais importante o art. 95, I, do Decreto-Lei nº 37 de 1966, que dispõe sobre o imposto de importação, reorganiza os serviços aduaneiros e dá outras providências. Confira-se:

Art.95 - Respondem pela infração:

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

(...)

Ora, tendo a Alfa e a Transaex concorrido para gerar vantagens ilícitas a terceiros que não poderiam realizar operações de comércio exterior, não é crível que os seus sócios administradores tenham ignorado esse fato; ao contrário, o natural é que os sócios administradores decidam todas as estratégias comerciais de suas empresas e supervisionem a sua execução.

Com isso, pretendo ressaltar que não se está diante de uma presunção de solidariedade, mesmo porque solidariedade não se presume conforme assegura o art. 265 do Código Civil. Trata-se de uma imputação de responsabilidade solidária *ex lege*. Os sócios administradores concorreram, ainda que indiretamente, para a prática de infrações à legislação

aduaneira, razão pela qual não é possível deixar de lhes imputar tal responsabilidade por força do dispositivo acima transcrito.

Conclusão

Tendo em vista a farta documentação contrária à defesa das Recorrentes, **NEGO PROVIMENTO** aos recursos voluntários, mantendo a decisão recorrida, e, por conseguinte, a multa equivalente ao valor das mercadorias submetidas à pena de perdimento e a solidariedade das empresas e sócios administradores originalmente responsabilizados pela autoridade fiscalizadora.

É como voto.

Daniel Mariz Gudiño - Relator