



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

Processo nº 10611.721697/2011-82
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3102-002.295 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de outubro de 2014
Matéria II
Recorrente MCM COMÉRCIO LTDA. - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 05/11/2009 a 26/01/2011

IMPORTAÇÃO. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA PRESUMIDA. DANO AO ERÁRIO. CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO EM MULTA. NÃO COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS APLICADOS NA IMPORTAÇÃO. CABIMENTO.

A falta da comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados na operação, configura interposição fraudulenta presumida na importação. Nos termos do art. 23, inciso V e § 2º, do Decreto-lei n. 1455/76, a conduta constitui-se em dano ao erário, sancionada com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, se impossibilitada a aplicação da pena de perdimento.

DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO GERENTE. ART. 135, III, DO CTN.

A responsabilização do art. 135, III, do CTN é de natureza pessoal e não pode ser utilizada como fundamento para incluir o sócio administrador solidariamente à empresa autuada.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para afastar a responsabilidade da pessoa física pelo crédito tributário lançado. Os Conselheiros José Paulo Puiatti e Ricardo Paulo Rosa votaram pelas conclusões em relação à decisão que afastou a responsabilidade.

Ricardo Paulo Rosa - Presidente

Mirian de Fátima Lavocat de Queiroz - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Fernandes do Nascimento, Andréa Medrado Darzé, José Paulo Puiatti, Mirian de Fátima Lavocat de Queiroz, Nanci Gama, e Ricardo Paulo Rosa.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado por MCM COMÉRCIO LTDA. – EPP, CNPJ 09.501.737/0001-62 e RUDAH BOAVENTURA MARCÍLIO, CPF 060.646.786-66, na qualidade de sócio-gerente da empresa responsável, em face de auto de infração por dano ao erário na importação, nos termos do art. 23, V, do DL 1455/76, em face de interposição fraudulenta de terceiros.

Reproduz-se, por economia processual o relatório apresentado no julgamento de primeiro grau (Acórdão 08-23.117 – 7ª Turma da DRJ/FOR):

“Relatório

DO LANÇAMENTO

Trata-se de lançamento de aplicação de multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria pela impossibilidade de sua apreensão, nos termos do inciso V e §§1º, 2º e 3º do artigo 23 do Decreto-Lei 1.455/1976, com redação dada pelas Leis 10.637/2002, de 30/12/2002 e Lei 12.350/2010, de 20 de dezembro de 2010, relativamente às Declarações de Importação cujos extratos estão às fls. 239/253, face à presunção de interposição fraudulenta, perfazendo, na data da autuação, crédito tributário no valor total de R\$ 264.722,08, conforme auto de infração às fls. 03/07 e relatório de ação fiscal de fls. 10/23.

A fiscalização justifica a conversão do perdimento em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria em face da impossibilidade de apreensão das mercadorias importadas.

DOS PROCEDIMENTOS DA FISCALIZAÇÃO

A fiscalização relata que foi expedido Mandado de Procedimento Fiscal em face da empresa fiscalizada por existirem fundados indícios de interposição fraudulenta nas importações efetuadas no período de 05/11/2009 a 26/01/2011 e que o procedimento atendeu ao disposto no inciso II do artigo 80 da Medida Provisória nº 2.158-35/01, disciplinado pela Instrução Normativa SRF 228/2002.

Consta do relatório fiscal que, em 15/04/2011, o Auditor Fiscal MARCELO PEREIRA CARNEIRO DA MOTA compareceu na sede da empresa MCM COMÉRCIO LTDA com o objetivo de dar ciência do termo de início de ação fiscal de fls.258/262. Entretanto, o fiscal constatou que a empresa não funcionava no endereço informado, constante dos dados cadastrais da RFB – CNPJ, assim, lavrou o Termo de Diligência Fiscal (fls. 263/265).

Neste termo de diligência, a autoridade fiscal faz as seguintes afirmações: que no endereço indicado não existe qualquer atividade empresarial; que no local existia uma loja vazia e fechada; que nenhuma pessoa respondeu aos chamados feitos quando da diligência. Informa, ainda, que se dirigiu ao estabelecimento vizinho a fim de obter informações sobre as atividades exercidas no endereço da empresa autuada. O funcionário da loja vizinha que lhe atendeu, que não quis se identificar, disse que desconhecia a empresa MCM COMÉRCIO LTDA.

No Anexo do termo de diligência fiscal (fls. 264/265), a fiscalização junta duas fotos da fachada frontal do local indicado pela autuada como endereço da empresa.

Em 19/04/2011, a fiscalização expediu edital com a finalidade de intimar o contribuinte a cumprir as exigências contidas no termo de início de fiscalização. Em 04/05/2011, a fiscalização considerou a empresa autuada cientificadado início do procedimento especial de fiscalização previsto na Instrução Normativa SRF228/2002, ficando intimada a apresentar, no prazo de 20 dias, a documentação especificada e aprestar maiores esclarecimentos a respeito das operações de importação.

A autoridade lançadora acrescenta dizendo que não houve nenhuma resposta do contribuinte, uma vez que o mesmo não foi encontrado nem atendeu às intimações lavradas pela fiscalização.

DA DOCUMENTAÇÃO EXAMINADA

Aduz a fiscalização que a análise das operações de importação empreendidas pela contribuinte limitou-se aos sistemas de informação da RFB, haja vista o não atendimento ao termo de intimação.

DA EMPRESA FISCALIZADA

Segundo a fiscalização, a empresa MCM Comércio Ltda. foi constituída em 25/03/2008, no município de Belo Horizonte/MG, apresentando um quadro social composto pelos sócios-administradores, Rudah Boaventura Marcílio, CPF 060.646.786-66(99%) e Amaranta Boaventura Marcílio, CPF 105.060.006-13(1%).

Às fls. 16/17, a fiscalização elabora duas tabelas, uma com o quadro societário no período de 27/03/2008 a 22/07/2009 e outra com o quadro social a partir de 22/07/2000.

Nas referidas tabelas é feita uma comparação, nos anos de 2008 a 2010, dos rendimentos declarados, movimentação financeira dos sócios da empresa.

Mais adiante, fls. 16/17, há outra tabela onde estão discriminadas as DIs, com data de registro, data de desembaraço, canal de conferência, valores CIF dólar e CIF real.

DAS IRREGULARIDADES APONTADAS PELA FISCALIZAÇÃO

Segundo a fiscalização constatou-se a inexistência de quaisquer atividades comerciais sendo exercidas no endereço informado à Secretaria da Receita Federal do Brasil e constante do CNPJ, além disso, a empresa está omissa em relação à entrega das seguintes declarações obrigatórias:

- Guia de Recolhimentos do FGTS e Declaração à Previdência Social – GFIP: Competências 03/2008 a 08/2011;
- Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica, anos calendários 2009 e 2010;
- DACON 2008 – outubro/novembro/dezembro, 2009, 2010 e 2011;
- DCTF 2009, 2010 e 1º semestre 2011

Com base nas constatações, a fiscalização entendeu ser aplicável a pena de perdimento nas mercadorias importadas pela empresa no período compreendido entre 05/11/2009 e 26/01/2011 por presunção legal de interposição fraudulenta de terceiro, em decorrência de não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados nas operações de importação. Considerando que as mercadorias já haviam sido consumidas, converteu o perdimento em multa equivalente ao valor aduaneiro, fundamentando a autuação com base no inciso V, §§ 1º, 2º e 3º do artigo 23 do Decreto-Lei 1.455/1976, com redação dada pelas Leis 10.637/2002, de 30/12/2002 e Lei 12.350/2010, de 20 de dezembro de 2010.

DA REPRESENTAÇÃO PARA FINS DE INAPTIDÃO

A fiscalização lavrou, ainda, representação administrativa para instauração de processo de inaptidão do CNPJ da empresa autuada com fundamento no § 1º, inciso I do artigo 80 combinado com o artigo 81, caput e §§ 1º e 5º, da Lei 9.430/1996, de 27/12/1996, com redação dada pela Lei 11.941/2009, de 27/05/2009, disciplinada pelos artigos 27, inciso II combinado com o artigo 37, incisos I, II e III, e artigo 39, inciso II, da IN RFB nº 1.183/2001, de 19/08/2011.

DA SUJEIÇÃO PASSIVA

A fiscalização incluiu na condição de devedor solidário o sócio-gerente RUDAH BOAVENTURA MARCÍLIO (Termo de Sujeição Passiva Solidária fl.35), com fulcro no artigo 135, III, do CTN, por entender que houve dissolução irregular da sociedade haja vista que ficou constatada a não localização da empresa no endereço constante dos registros comercial e fiscal.

Trecho relatado pela fiscalização:

“Esta fiscalização apurou indícios concretos de que a empresa foi dissolvida irregularmente, pois foi constatada a não localização da empresa nos endereços constantes dos registros comercial e fiscal. Desta maneira, entende ser cabível a imputação da responsabilidade pessoal contra os sócios gerentes, nos termos do artigo 135, Inciso III do CTN – Código Tributário Nacional”.

“A dissolução irregular da empresa se dá exatamente nas hipóteses em que o gerente deixa de cumprir as formalidades legais exigidas para o caso de extinção do empreendimento, em especial aquelas relativas ao registro empresarial”.

O argumento da fiscalização para a solidariedade passiva teve como fundamento também a Súmula 435 do STJ – Superior Tribunal de Justiça.

A empresa autuada tomou ciência do auto de infração no dia 04/10/2011, conforme “AR” de fl. 268; o responsável solidário, RUDAH BOAVENTURA MARCÍLIO tomou ciência da infração no dia 05/10/2011, conforme “AR” de fls. 270. Em 01/11/2011, os autuados, em uma única petição, apresentaram impugnação (fls. 273/294), assinada pelo responsável solidário. Alegaram, em síntese, o seguinte:

I PRELIMINARES

ILEGITIMIDADE PASSIVA

Os impugnantes arguem a ilegitimidade passiva do responsável solidário RUDAH BOA VENTURA MARCÍLIO, com a argumentação de que a infração imposta não tem natureza jurídica de crédito tributário, portanto não se poderia aplicar ao caso os artigos 124, I, e 135, III, do CTN. Argumenta, ainda, subsidiariamente, mesmo que se pudesse aplicar ao caso o CTN, não se pode verificar a ocorrência da responsabilidade da pessoa física, como corresponsável com base no artigo 124, I, do Codex tributário, porque não ficou configurado o interesse comum. Da mesma forma, entende, que não restou comprovada a solidariedade com base no artigo 135, III, do CTN. Ainda nesta linha de argumentação, atesta que não há como juridicamente se configurar a dissolução irregular da impugnante que continua funcionando no mesmo endereço do cadastro na RFB, inclusive sendo este o endereço em que recebeu o próprio auto de infração ora questionado;

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO FACE À AUSÊNCIA DE REQUISITO OBRIGATÓRIO

Argumenta a impugnante que o auto de infração deve ser anulado em razão da ausência de requisito obrigatório previsto no artigo 10, inciso IV, do Decreto 70.235/1972, ou seja, é exigência obrigatória que o auto de infração conste expressamente a disposição legal infringida e a penalidade aplicável.

VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Arguem os impugnantes que houve violação ao princípio da ampla defesa no que pertine a forma adotada pela fiscalização para a intimação da empresa, que se deu através de edital, ferindo o disposto no § 1º e alínea “b” do inciso III do artigo 23 do Decreto 70.235/1972 (PAF). Sustentam que no caso em comento não foram observadas as condições da legislação para a intimação da impugnante por edital, tendo em vista que não se tentou a intimação postal antes de utilizar essa via excepcional, apenas tendo ocorrido uma diligência ao endereço da autuada.

2 MÉRITO

Em sede de mérito, arguem os impugnantes que não há elementos suficientes para comprovar que a empresa autuada não possuía recursos suficientes para operar no comércio exterior; arguem também que para a imputação de ocultação do real importador, através de interposição fraudulenta, é indispensável que haja demonstração dos indícios dos reais responsáveis pelas operações.

No que tange à existência de recursos financeiros para suportar as operações de comércio exterior, os impugnantes argumentam que o procedimento utilizado pelo fisco não tem o condão de justificar juridicamente a presunção de que trata o artigo 23, §2º, do Decreto-Lei 1.455/76. Neste aspecto, alegam que o procedimento adotado foi de apurar as condições financeiras para a realização das operações de importação focando as pessoas físicas, sem realizar qualquer procedimento específico na própria empresa autuada.

Sustentam, também, que a pena de perdimento somente pode ser aplicada quando há dano ao Erário, o que não se verifica no caso em comento, haja vista que todos os tributos incidentes nas operações de importação foram recolhidos.”

Julgada improcedente a impugnação lançada, insurgem-se os recorrentes repisando, basicamente, as teses já ventiladas na peça impugnatória. Em preliminares, acusam a ilegitimidade passiva do sócio-gerente e a nulidade do auto de infração por ausência de requisito obrigatório relativo à descrição expressa da disposição legal infringida e da penalidade aplicável. No mérito, insurgem-se quanto à alegação de interposição fraudulenta e falta de comprovação da origem dos recursos para a operação de importação, bem como

apontam inoccorrência da dissolução irregular, com nulidade da intimação, além de inexistência de dano ao erário.

Voto

Conselheira Mirian de Fátima Lavocat de Queiroz, Relatora

I – PRELIMINARES

I.1. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SÓCIO ADMINISTRADOR

Quanto à ilegitimidade passiva do sócio administrador, RUDAH BOAVENTURA MARCÍLIO, a fundamentação utilizada pelo Fisco para sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária, o art. 135, III, do CTN, é equivocada.

Luciano Amaro, ao dispor sobre o referido dispositivo em sua celebrada doutrina, assim se pronuncia:

“No art. 135, o Código Tributário Nacional volta a falar de personalidade da responsabilidade de terceiros (a exemplo do que dissera no art. 131):

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 estatuto: 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.”

Em confronto com o artigo anterior, verifica-se que esse dispositivo exclui do polo passivo da obrigação a figura do contribuinte (que, em princípio, seria a pessoa em cujo nome e por cuja conta agiria o terceiro), ao mandar que o executor do ato responda pessoalmente. A responsabilidade pessoal deve ter aí o sentido (que já se adivinhava no art. 131) de que ela não é compartilhada com o devedor “original” ou “natural”.

Não se trata, portanto, de responsabilidade subsidiária do terceiro, nem de responsabilidade solidária. Somente o terceiro responde, “pessoalmente”.

(AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro – 15ª ed. São Paulo: Saraiva. P. 327).

Verifica-se, com o excerto acima, ser incompatível dirigir-se, ao mesmo tempo, o auto de infração contra a empresa e contra o sócio administrador, visto que, com fundamento no art. 135, III, do CTN, somente a este caberia responder pelo ato cometido com infração à lei ou ao estatuto. A empresa, na hipótese de aplicação da responsabilidade tributária do citado dispositivo é vítima, assim como o Fisco, da ilicitude praticada pelo administrador.

Além disso, o fato de terem sido recebidas no endereço cadastrado junto ao Fisco (e respondidas) as intimações relativas ao auto de infração, com a apresentação de documentação que atesta a sua existência sob o ponto de vista formal (como reconhece o julgamento de 1º grau às fls. 478), lança dúvidas sobre a aplicação da hipótese da Súmula 435, do STJ, no caso em tela.

Isto posto, deve ser acolhida esta preliminar para retirar do pólo passivo do auto de infração o sócio RUDAH BOAVENTURA MARCÍLIO.

I.2. AUSÊNCIA DE REQUISITO OBRIGATÓRIO NO AUTO DE INFRAÇÃO – NULIDADE

Não há qualquer outro vício que macule a fundamentação legal do auto de infração, visto estar escudado por Relatório Fiscal, que expressamente o integra, e que de forma clara e objetiva expõe a penalidade aplicável, bem como a disposição legal infringida.

O inciso IV do Decreto 70.235/1972 assim dispõe:

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

...

IV – a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;"

Neste aspecto, a fiscalização, no Relatório de Ação Fiscal, se pronunciou nos seguintes termos:

(...)

"O Artigo 23, parágrafo 2º, da Lei 1.455/76, incluído pela Lei nº 10.637, de 30/12/2002, define: § 2º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002) (grifamos e negritamos).

Dos dispositivos legais citados, conclui-se que é prevista a aplicação da pena de perdimento, por presunção legal de interposição fraudulenta de terceiros pessoas, em decorrência da não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados, em virtude do não atendimento das intimações pela empresa, decorrido o prazo de 60 dias.

(...)

Os valores lançados no presente AI decorrem da Multa Equivalente ao Valor Aduaneiro da Mercadoria prevista no artigo 23, Inciso V, §§ 1º, 2º e 3º do Decreto-lei nº 1.455/1976, com redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637, de 30/12/2002."

12. Nesse sentido, rejeita-se a preliminar suscitada.

II – MÉRITO

Quanto ao mérito, visto ser a peça de recurso voluntário idêntica à impugnação apresentada, adota-se, como razões de decidir, os seguintes excertos da decisão de 1ª instância:

“Não procede o pleito dos impugnantes de que houve violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Consta dos autos que a fiscalização expediu edital para ciência do termo de início de ação fiscal somente após a tentativa infrutífera de intimação na forma pessoal, conforme se depreende do termo de diligência fiscal (fls. 236/265). O procedimento adotado pela fiscalização está em consonância com o disposto no artigo 23 do Decreto 70.235/1972 (PAF), com redação dada pelas Leis nº 9.532/1997, 11.196/2005 e 11.941/2009, in verbis:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;

II – por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo;

III por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo

§ 1º Quando resultar improfícuo **um dos meios previstos no caput deste artigo** ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por **edital** publicado:

I – no endereço da administração tributária na internet;

II – em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou

III uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (destaquei)

Conforme se extrai da norma acima, para a intimação por edital basta apenas que tenha sido infrutífera uma das formas de intimação (pessoal, postal, por meio eletrônico). No caso, a fiscalização tentou a via pessoal, entretanto, não logrou êxito na ciência por encontrar a empresa fechada.

Some-se a isso o fato de que os argumentos trazidos pelos impugnantes em peça defensiva demonstram total conhecimento acerca da matéria que está sendo tratada no auto de infração, o que leva à conclusão, portanto, de que houve a oportunidade de defesa e do contraditório por ocasião da impugnação.

(...)

MÉRITO

Depreende-se dos autos que o cerne posto em litígio diz respeito ao tema interposição fraudulenta, com suas consequências legais.

A fiscalização aduaneira, após adotado o procedimento previsto na IN SRF228/2002, ao presumir que houve interposição fraudulenta, ante a falta de comprovação da regular origem de recursos aplicados em operação de comércio exterior, relativamente às operações de importação realizadas pela autuada durante o período de 05/11/2009 e 26/01/2011, entendeu ser aplicável a pena de perdimento das mercadorias importadas, e, por não dispor de tais mercadorias, efetuou a conversão do perdimento em multa equivalente a 100% do valor aduaneiro, com base no inciso V e §§ 1º, 2º e 3º do artigo 23 do Decreto-Lei 1.455/1976, com redação dada pelas Leis 10.637/2002, de 30/12/2002 e Lei 12.350/2010, de 20 de dezembro de 2010.

A autuada, por ocasião da impugnação, em sede de mérito, defende a tese de que não há nos autos elementos que possam levar à conclusão da autoridade lançadora.

Para o deslinde do caso será necessária a análise do conjunto probatório juntado nos autos pela fiscalização, que deve ser interpretado à luz das normas que regem a matéria, bem como dos argumentos dos atuados.

DA INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA

A legislação que trata da matéria foi introduzida pelo artigo 59 da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002, alterou o texto do artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 07/04/1976, passando a constar o seguinte:

Decreto-Lei 1.455/1976, com redação dada pela Lei 10.637/2002:

(...)

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

(...)

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

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

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

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

Na seara infralegal, a então Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 228/2002 para disciplinar o procedimento a ser adotado em caso de investigação de interposição fraudulenta.

A inclusão de tais dispositivos no corpo do artigo 23 do Decreto-lei nº 1455/76, conforme acima transcrito, tipifica como dano ao erário 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, punível, da mesma forma, com a pena de perdimento das mercadorias importadas, sendo que, caso já tenham sido consumidas ou não forem localizadas, o perdimento se converterá em multa equivalente ao seu valor aduaneiro.

A inserção desta norma do ordenamento jurídico teve como objetivo evitar práticas reiteradas de fraudes, onde empresas, com o fito principalmente de sonegação e de blindagem contra eventual ação do fisco, operavam no comércio exterior através de empresas denominadas “laranjas”.

As empresas “laranjas”, normalmente constituídas com o objetivo único de se travestir na condição de real importadoras, não possuíam bens capazes de suportar uma eventual execução fiscal e o patrimônio da real operadora no comércio exterior ficava totalmente protegido, fatos que, sem dúvida, causavam grandes prejuízos ao erário.

A norma legal em comento que trata desta matéria traz duas possibilidades de caracterização do dano ao erário, que leva à aplicação da pena de perdimento. A primeira se for constatado que a empresa não possui recursos financeiros para operar no comércio exterior; a segunda traz uma presunção legal, na modalidade juris tantum, de que, caso a empresa seja intimada e não apresente documentos que comprovem a capacidade financeira, presume-se a interposição fraudulenta. Do ponto de vista processual, na segunda hipótese, com base § 2º, V do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/76, há a inversão do ônus da prova, cabendo à autuada o dever de comprovar a origem lícita dos recursos empregados nas operações de importação.

No caso sub examine, não tendo sido apresentados, por parte da empresa autuada, elementos que comprovem a disponibilidade e a origem dos recursos empregados na importação de bens estrangeiros, a presunção de interposição fraudulenta de

terceiros é legalmente prevista, conforme o disposto no § 2º, V, do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/76.

Frise-se, ainda, ao contrário do que argumentam os impugnantes, o dano ao erário, como requisito para a infração, está previsto na própria norma, não tendo nenhuma relação com o pagamento dos tributos que incidem nas operações de importação. Ademais, o bem jurídico tutelado, além do regular pagamento dos tributos internos que incidem em operações mercantis após a importação, é o controle sobre as atividades de comércio exterior.

Aliado a tais fatos, destaque-se, também que, nem por ocasião da impugnação, a empresa apresentou elementos que comprovassem a capacidade financeira para atuar no comércio exterior, quedando-se inerte neste aspecto, fato que ratifica a presunção prevista na norma legal, embora tenham, os impugnantes, ventilado a hipótese de que a origem dos recursos poderia advir de empréstimos. Os documentos apresentados por ocasião da impugnação (fls. 304/322) em nada contribuem para demonstrar a capacidade financeira da empresa.

É irrelevante também o argumento de que não se pode presumir a interposição fraudulenta caso não seja indicado o real importador, por falta de embasamento legal.

Portanto, ante a falta de comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados na importação de mercadorias, é plenamente cabível a presunção legal de interposição fraudulenta de terceiros.”

Sem dúvida, a aplicação da presunção de interposição fraudulenta neste processo advém fortemente da inexistência de comprovação de capacidade financeira da importadora, mesmo após a documentação acostada aos autos com a sua impugnação.

É certo que não se fez prova da existência de um real e oculto adquirente das mercadorias. Porém, como se retira do Acórdão 3403-002.746 (Rel. Cons. Rosaldo Trevisan, sessão de 30/01/2014): “A interposição, em uma operação de comércio exterior, pode ser comprovada ou presumida. A interposição presumida é aquela na qual se identifica que a empresa que está importando não o faz para ela própria, pois não consegue comprovar a origem, a disponibilidade e a transferência dos recursos empregados na operação. Assim, com base em presunção legalmente estabelecida (art. 23, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.455/1976), configura-se a interposição e aplica-se o perdimento.”

São insuficientes os documentos colacionados aos autos para demonstrar a capacidade financeira da importadora e elidir a presunção legal. A situação demonstrada nos autos pela recorrente, por sua debilidade probatória, deu azo, inclusive, à presunção do FISCO de sua inexistência e dissolução irregular.

Com base nos fundamentos acima expostos, **VOTO** no sentido de dar parcial provimento ao Recurso Voluntário para:

I – em preliminar, excluir do polo passivo do auto de infração o sócio **RUDAH BOAVENTURA MARCÍLIO**; e

Processo nº 10611.721697/2011-82
Acórdão n.º **3102-002.295**

S3-C1T2
Fl. 548

II – no mérito, manter o crédito tributário lançado contra a MCM
COMÉRCIO LTDA - EPP.

Mirian de Fátima Lavocat de Queiroz