



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

Processo n° 10907.721957/2016-17
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 3402-005.851 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de novembro de 2018
Matéria MULTA ADUANEIRA-INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA
Recorrentes BARLEY MALTING IMPORTADORA LTDA, CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A.(CNPJ 73.410.326/0001-60) e F'NA É-OURO GESTÃO DE FRANCHISING E NEGÓCIOS LTDA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 09/08/2012 a 28/12/2012

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. MULTA EQUIVALENTE AO VALOR ADUANEIRO.

Considera-se fraudulenta a ocultação intencional do real adquirente nas operações presumidas por conta e ordem, consistindo em dano ao Erário, de acordo com o art. 23 do Decreto- lei nº1.455/76. A pena de perdimento será convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. PESSOA QUE CONCORRA OU SE BENEFICIE DA PRÁTICA DA INFRAÇÃO. INCLUSÃO NO POLO PASSIVO. POSSIBILIDADE.

A pessoa, física ou jurídica, que concorra, de alguma forma, para a prática de atos fraudulentos ou deles se beneficie responde solidariamente pelo crédito tributário decorrente, inclusive no que se refere a infrações.

RO Negado e RV Negado

Crédito Tributário Mantido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso de Ofício e negar provimento aos Recursos Voluntários. Julgamento iniciado na sessão de 10/2018.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Navarro Bezerra (presidente da turma), Maria Aparecida Martins de Paula, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Diego Diniz Ribeiro, Cynthia Elena de Campos, Renato Vieira de Ávila (suplente convocado), Pedro Sousa Bispo e Rodrigo Mineiro Fernandes. Ausente, justificadamente, a Conselheira Thais de Laurentiis Galkowicz.

Relatório

Por bem relatar os fatos, adoto o relatório do acórdão recorrido com os devidos acréscimos:

Trata o presente processo de auto de infração lavrado para exigência de crédito tributário no valor de R\$ 51.681.648,66 referente a multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias importadas sujeitas à pena de perdimento por não terem sido localizadas, consumidas ou revendidas, nos termos da previsão contida no Art. 23, V, § 1º e 3º, do Decreto- Lei nº 1.455/76, de 07/04/1976, e regulamentada atualmente pelo Art. 689, XXII, do Decreto nº 6.759/09, de 05/02/2009.

Do Relatório Fiscal (fls. 14.282-14.523), depreende-se, resumidamente, que:

-A pessoa jurídica BARLEY MALTING IMPORTADORA LTDA., formalmente constituída em 28/09/2007, apresenta dois estabelecimentos atuantes no comércio exterior como importadores, sendo um deles o matriz, localizado cadastralmente na cidade de Arraial do Cabo, Estado do Rio de Janeiro, e o outro constando estar localizado na cidade de Paranaguá, Paraná. Além desses, o cadastro aponta ainda a existência de outro estabelecimento, na cidade de Sorocaba, São Paulo, que não realizou nenhuma operação de comércio exterior.

-A BARLEY, por meio de sua unidade localizada em Paranaguá, registrou as Declarações de Importação nºs 12/1460397-3 (09/08/2012), 12/1573246-7 (26/08/2012), 12/2426187-0 (28/12/2012), para amparar a importação de “malte de cevada, não torrado, inteiro e com grãos partidos”, transportado a granel. O exportador e o fabricante declarado em todas as DI(s) são, respectivamente, GRENNTAG INVESTMENT LLP (Reino Unido) e CARGILL S.A.C.I. (Argentina).

-Além da análise dos elementos objetivos contidos nas Declarações de Importação, a seleção das operações teve como fundamento pesquisas e coletas de informações, fundamentos de fato e de direito que, conforme a fiscalização, configuraram suspeita de irregularidade punível com a pena de perdimento.

-Havia, segundo os autuantes, suspeita quanto a autenticidade da documentação que amparou a importação, inclusive quanto ao preço pago ou a pagar, uma vez que pesquisas internas nos sistemas disponíveis na Receita Federal do Brasil apontaram suspeita sobre os documentos apresentados nas importações em análise, em especial no ponto relativo aos valores das operações contidos nas faturas comerciais que embasam as informações das respectivas Declarações de Importação.

-A suspeita, conforme os autuantes, foi motivada por elemento objetivo, consulta comparativa entre os valores declarados pelo produtor estrangeiro e o importador brasileiro e representou justo motivo para instauração de procedimento especial de controle aduaneiro.

- De acordo com a fiscalização, também havia suspeita quanto a ocultação do sujeito passivo e do real vendedor e da própria existência de fato do estabelecimento do exportador estrangeiro (GRENNTAG), situado no Reino Unido.

-Segundo a fiscalização, a análise das operações da GRENNTAG INVESTMENT LLP levantou suspeita de irregularidade quanto à sua própria existência de fato, quando levado em consideração o contexto das operações e distorções observadas entre os valores declarados pelo produtor argentino (CARGILL) e o importador brasileiro.

-A suspeita ficou, segundo os autuantes, ainda mais robusta na análise do quadro societário da importadora BARLEY MALTING, no qual constam um sócio e uma pessoa jurídica que possuem histórico de vinculação com a GRENNTAG INVESTMENT LLP.

-Para a caracterização das infrações, a fiscalização Procedeu à análise da estrutura empresarial da matriz da empresa, localizada em Arraial do Cabo, com base nas informações constantes do processo administrativo nº 10730.011994/2007-83, que se refere ao pedido de habilitação da empresa para operar no comércio exterior, e que foi anexado ao processo em debate.

-A fiscalização constatou que havia vinculações entre a BARLEY, a CERVEJARIA PETRÓPOLIS e a PRAIAMAR INDÚSTRIA, COMÉRCIO & DISTRIBUIÇÃO LTDA., (atualmente denominada F'NA É-OURO GESTÃO DE FRANCHISING E NEGÓCIOS LTDA). Além disso, segundo os autuantes, ainda que tenha sido deferido o pedido de habilitação, havia irregularidades passíveis de serem reanalisadas à luz das operações efetivas que se realizariam posteriormente.

-Foi realizada análise da origem dos recursos empregados na integralização do capital social da BARLEY (fls. 14.341-14.355).

-Como as filiais não existiam na época do pedido de habilitação, a fiscalização se utilizou de informações e documentos constantes dos processos 10730.003034/2011-26 e 10907.720350/2012-88, anexados ao processo em litígio.

-Em relação à filial de Paranaguá, verificou-se que foram registradas, entre 07/2008 e 07/2016 67 declarações de importação que correspondem ao expressivo volume de 450.035 toneladas de malte de cevada, maior do que o importado pela matriz – 243.325 toneladas. Apesar do grande volume, de maneira similar à matriz, a estrutura física da empresa é bastante singela.

-Os documentos relacionados aos prestadores de serviços no terminal portuário (AGTL Armazéns Gerais Terminal Ltda e Centro Sul Serviços Marítimos Ltda) fazem concluir que a empresa Barley Malting apenas sucedeu a empresa PRAIAMAR nas importações de malte.

-Também foi verificado pela fiscalização que as empresas “Zuchetti International LLP”, sediada nas Ilhas Virgens Britânicas, e sua sucessora “Grenntag Investment LLP” nunca exportaram mercadorias para outras empresas nacionais que não a Praiamar e a Barley Malting.

-Os serviços prestados pela operadora portuária não podem, segundo os autuantes, ser considerados como de beneficiamento ou processo industrial, pois tratam de procedimentos como a simples movimentação e conservação sob determinadas condições, eventualmente envolvendo simples mistura, aeração, limpeza, controle de temperatura e umidade, ações que não caracterizam a industrialização e que não demandam o uso de mão-de-obra e equipamentos extremamente específicos para sua realização.

-A alegação de que havia industrialização do malte através do processo de transilagem e beneficiamento foi, segundo os autuantes, considerado pelo julgador quando do julgamento do processo nº 10730.003034/2011-26.

-Documentos relativos à sede da BARLEY em Sorocaba demonstram, segundo a fiscalização, vínculos com pessoas ligadas à Praiamar Indústria, Comércio e Distribuição Ltda e com a Cervejaria Petrópolis S/A.

-Conclui a fiscalização que, já na fase de habilitação da empresa Barley Malting Importadora Ltda, sabia-se que esta empresa, recém criada, estava visceralmente, ainda que de forma não declarada, ligada à Cervejaria Petrópolis S.A. e à Praiamar Indústria, Comércio e Distribuição Ltda.

-A não inclusão de aviso no sistema interno próprio sobre as ligações entre as empresas acabou, segundo os autuantes, por permitir a operação normal da interessada, cujo estabelecimento filial ora é objeto de autuação.

-A análise dos documentos e da situação fática da empresa permitiam concluir, segundo os autuantes, já na sua habilitação, que a empresa Barley Malting atuaria por conta e ordem da Cervejaria Petrópolis S.A., assim como certo também estava que a única razão de existir da Barley Malting era a importação de malte de cevada no interesse da própria Cervejaria Petrópolis S.A. Todavia a Barley Malting jamais se apresentou como importadora por conta e ordem de outrem nas declarações de importação que registrou, ao contrário, sempre defendeu que atuava independente e desvinculada de qualquer outra entidade.

-Caracterizou-se assim, segundo os Auditores, uma conduta danosa ao erário de ocultação dos responsáveis pela operação, mediante simulações em diversos níveis. Há ainda, em tese, vários elementos da prática de crimes de falsidade ideológica, tanto para a obtenção da habilitação quanto na própria constituição da empresa.

-Análise do histórico de importações realizadas pela Barley Malting demonstra que quase a totalidade das importações por ela realizada teve como exportadora a empresa Zuchetti International LLP e sua sucessora Grenntag Investment LLP, sediadas na Inglaterra.

Apesar dessa situação, a interessada informou que não dispunha de maiores informações sobre os fornecedores e sequer foi capaz de dizer o nome completo e designação das pessoas que conduziram as negociações.

-A fatura comercial que instruiu a DI nº 08/1469378-9, primeira DI registrada pela Barley Malting no Porto de Paranaguá, ao indicar Luiz Carlos Faccin, administrador e responsável legal formal da Barley Malting como responsável também de Zuchetti International LLP, sendo ele próprio o signatário dessa fatura comercial é prova, segundo os autuantes, da conduta de falsidade de informação perante a fiscalização aduaneira, fato que levanta ainda dúvidas sobre o valor aduaneiro declarado.

-Segundo a fiscalização, a dúvida sobre o valor aduaneiro não se baseou apenas nos elementos constantes das faturas comerciais e na falsidade das

informações a respeito das negociações com o exportador Zuchetti/Grenntag, fatos que indicavam a inexistência de uma venda e/ou que existia uma vinculação entre o comprador e vendedor, o que afastaria a aplicação do 1º método de valoração aduaneira. Ela também se baseou no fato de que os preços declarados por outros importadores para o mesmo produto, originário do mesmo país, pelo mesmo meio de transporte e embalagem e do mesmo produtor, apresentaram-se muito mais baixos que aqueles declarados quando Zuchetti/Grenntag eram os exportadores.

-O "Gráfico D.1" à folha 14.398 demonstra, segundo os fiscais, a flagrante e improvável discrepância, ao longo dos anos, entre os níveis de preços praticados pelos exportadores Zuchetti/Grenntag e pela própria Cargill: as diferenças de preços (FOB/Tonleada) desta variaram de US\$ 317,95 a US\$ 534,09, enquanto de Zuchetti/Grenntag variaram de US\$ 687,34 a US\$ 839,78, sempre com preços praticados pela Zuchetti/Grenntag maiores que aqueles praticados pela Cargill.

-Esses fatos demonstram, segundo a fiscalização, a inveracidade das informações prestadas pela Barley Malting quando afirma que há tomada de preços e que a compra ocorre conforme melhor oferta.

-Houve casos em que operações de importação da Barley Malting foram realizadas com o registro de mais de uma DI para um mesmo navio, tratando-se, portanto, de mercadorias iguais em tudo, carregadas inclusive nos mesmos porões, diferenciando-se apenas pelo exportador declarado, nas quais se observa a mesma discrepância absurda de preços declarados.

-Confrontada com as informações sobre as discrepâncias de valores em relação aos diferentes exportadores a BARLEY nada esclareceu.

-A análise das empresas declaradas como exportadoras leva à constatação, segundo os autuantes, que se tratam de empresas sediadas em escritório virtual em Londres, considerado como domicílio fiscal de aluguel. A constituição da empresa Zuchetti International LLP foi realizada apenas para fins formais, com ligação direta com a Zuchetti International LTD, sediada nas Ilhas Virgens Britânicas, que, por sua vez, foi constituída com recursos originários da empresa nacional Zuquete Empreendimentos e Participações Ltda e por Luiz Carlos Faccin. Essa era uma réplica de constituição da própria Barley Malting. Posteriormente a Zuchetti International LLP passou a ser denominada Grenntag Investment LLP.

-Conclui a fiscalização que os impressos apresentados como faturas comerciais emitidas pela Zuchetti/Grenntag não podem ser tomados como prova da ocorrência efetiva de uma venda entre os ali indicados como comprador e vendedor, sendo que o preço deles constante não representa o acerto livre de vontades entre partes independentes. Desse fato decorre a conclusão de que o valor aduaneiro correto das mercadorias declaradas nas operações de importação sob análise é outro, sendo necessário determiná-lo.

-Levantamento dos dados constantes do Sistema de Intercâmbio de Informações dos Registros Aduaneiros no Mercosul (INDIRA) relativos às exportações argentinas correspondentes às importações realizadas pela Barley Malting demonstram que o valor das mercadorias eram majoradas, sem nenhuma razão lícita, em percentuais que chegaram a ultrapassar 58%, ou seja, os valores declarados pela Barley Malting nas importações chegaram a ser maiores em mais de 58% em relação aos valores declarados nas exportações argentinas correspondentes (Tabela D.8 – fl. 14.435).

-Com base nos valores efetivamente praticados na venda das mercadorias sob análise declaradas no país de origem, e ainda levando-se em conta os acréscimos ao valor aduaneiro (frete, seguro e acréscimos), conforme os documentos apresentados, bem como as quantidades efetivamente desembarcadas no Porto de Paranaguá, por sua vez apuradas mediante Laudo Técnico quantitativo nos termos da legislação específica, a fiscalização chega ao valor aduaneiro considerado, conforme Tabela D.9 (fl. 14.435).

-Conforme se apurou, mais de um terço (34,44%) do valor enviado pelas vias oficiais de câmbio a título de pagamento das importações, em um total que ultrapassou os R\$ 50.000.000,00, não encontra correspondência com os valores que foram, também formal e legalmente pagos aos produtor argentino (Cargill). Tal diferença não encontra, segundo os autuantes, amparo e justificativa nos fatos e documentos apresentados e apurados, reputando-se como remessa irregular, tendo sido efetivada mediante o uso, também irregular, de operações para as quais se quis dar a aparência contrária.

-De acordo com a fiscalização, apesar de o valor declarado a maior ter causado, por consequência, um recolhimento também a maior em tributos federais, esse fato não descaracteriza ou legitima a conduta irregular verificada, considerando-se todo o aparato legal anteriormente mencionado no relatório (tópico C.1) e que, dentre outros de igual importância para os mais variados objetivos, ao fim motivam as ações de fiscalização e controle aduaneiro em sentido amplo, essenciais aos interesses fazendários nacionais, nos termos da Constituição Federal.

-A análise das notas fiscais de entrada emitidas pela Barley Malting revelam que houve, segundo os autuantes, falsidade de informações a respeito ao prazo de pagamento de todas as importações realizadas do exportador Grenntag, ao não informarem que se realizavam mediante financiamento.

-As notas fiscais de entrada informam ainda que se tratavam de “compras para comercialização” situação que, segundo a fiscalização, não se amolda à alegação feita pela própria empresa (e acatada pelo julgador) em sua defesa administrativa ao Auto de Infração nº 10730.003034/2011-26, de que a mercadoria não seria vendida da mesma maneira que recebida.

-As notas fiscais de saída, segundo os Auditores, evidenciam que a mercadoria, desde sempre, tinha como destino final abastecer de matéria-prima a estrutura produtiva do Grupo Petrópolis, pois as vendas a algumas outras empresas é ínfima em termos relativos.

-O nível de preços de venda médios praticados para empresas do Grupo Petrópolis demonstram, de acordo com a fiscalização, que houve a prática de transferências de recursos dessas empresas para a Barley Malting, simulada em operações de compra e venda de mercadorias, pois não há lógica comercial na situação em que os maiores e mais frequentes compradores paguem preços substancialmente maiores, de forma contínua, que aqueles praticados para compradores eventuais e de pequena representatividade. A própria interessada utiliza como exemplo na impugnação apresentada ao outro auto de infração (processo 10730.003034/2011-26) valor muito mais próximo aos níveis praticados nas poucas operações com terceiros do que daqueles verificados para as empresas totalmente ligadas ao dito vendedor.

-Conforme os autuantes, as operações da Barley Malting apresentam na sua quase totalidade a pessoa jurídica Faccin Logística Ltda como transportador. Referida empresa foi constituída por Luiz Carlos Faccin que foi sucedido por seus filhos. Luis Carlos Faccin apresentou trajetória profissional como empreendedor de forma que, em período de dois anos, passou de empresário da área de logística de cidade do interior do Paraná ao posto de um dos principais importadores de matéria-

prima para a indústria nacional. Segundo os autuantes, é difícil crer que se trata apenas de espírito empreendedor individual, desvinculado e independente de interesses não declarados, ainda que evidentes, de outras pessoas físicas e jurídicas que formalmente não foram apresentados da devida maneira.

-Os contratos da BARLEY com a Faccin Logística Ltda, de acordo com a fiscalização, somente foram apresentados quando de sua impugnação ao auto de infração referente ao processo nº 10730.003034/2011-26. Estranhamente, esse contrato foi assinado, em nome da BARLEY MALTING, por pessoa cuja identificação não é possível, todavia seguramente não tendo sido pelo seu administrador LUIZ CARLOS FACCIN; além disso, não apresenta reconhecimento de firma de tal pessoa, tampouco presença de duas testemunhas, que revestiriam seu cumprimento e execução de maiores garantias; finalmente, verifica-se lapso de tempo incomum entre a data em que teria sido assinado (01/06/2010) e o reconhecimento de firma (20/10/2010), único registro cronológico público da efetiva existência de tal instrumento particular.

-De acordo com os autuantes, conforme o dito contrato, a BARLEY MALTING, denominada contratante, enviaria semanalmente, via correio eletrônico, programação contendo a quantidade e os destinos das cargas a serem transportadas (destaque na tela D.144). Conforme a fiscalização “TAL INFORMAÇÃO FOI EXPRESSA E FORMALMENTE REQUERIDA NO CURSO DA PRESENTE AÇÃO FISCAL, através do TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO(...)”. Verifica-se, segundo os fiscais, que a empresa informa ter apresentado os documentos em Ação Fiscal anterior. Em consulta aos documentos apresentados, constatou-se que a mesma limitou-se a discorrer de forma genérica sobre detalhes específicos de sua operação, evitando com isso a visualização dos reais participantes dos acertos logísticos.

-Além disso, segundo os autuantes, o período em que ocorreram as operações sob análise (2012) não corresponde ao da Ação Fiscal anterior (2008 a 2011). Sendo assim, especificamente em relação a tais documentos, verifica-se que não guardam relação com a presente Ação Fiscal.

-Em relação ao quadro de pessoal, a fiscalização informa que a própria constituição da BARLEY MALTING teve participação ativa de pessoal vinculado tanto ao grupo CERVEJARIA PETRÓPOLIS quanto a PRAIAMAR INDÚSTRIA, COMÉRCIO & DISTRIBUIÇÃO LTDA (atualmente denominada F'NA É-OURO GESTÃO DE FRANCHISING E NEGÓCIOS). Tal fato, por si só, constitui-se em elemento irrefutável de interesse comum nos negócios entre as referidas empresas. Em seguida é apresentado pelos autuantes um breve resumo do que foi apurado pela Fiscalização Aduaneira em relação ao quadro de pessoal que esteve/está diretamente relacionado as suas atividades.

-Nesse resumo a fiscalização descreve os vínculos de DIRCEU BISPO, PERPÉTUA APARECIDA ALVES BONFIN, PAULO AUGUSTO STENGHEL (que foi empregado da BARLEY e da CERVEJARIA PETRÓPOLIS), tendo substituído, em 2009, LUIZ CARLOS FACCIN como diretor da GRENNTAG (exportadora localizada no Reino Unido), assinando as faturas das DI's objetos de autuação (fls. 14.473-14.475). Descreve ainda, a fiscalização, os vínculos de RICHER ALBERTO e de ALTAIR ROBERTO DE SOUZA TOLEDO.

-Este último, profissional responsável pelos registros contábeis da Barley Malting passou a também ocupar cargo de direção na Cervejaria Petrópolis S/A, fato, segundo a fiscalização, que se reveste de mais um elemento comprobatório da

efetiva existência e atuação, desde o princípio da Barley Malting, de uma estrutura no controle e condução nos negócios declarados como seus.

-No que se refere ao financiamento de suas operações, de acordo com os autuantes, as respostas da interessada à fiscalização informam que somente operaria com recursos próprios, não obstante o levantamento baseado nas informações contábeis da própria empresa prove o contrário. A falsidade de informações à fiscalização fica evidente quando se constata que as faturas comerciais e fichas de câmbio quando o exportador foi a Zuchetti/Grenntag informavam a existência de financiamento do fornecedor com prazo mínimo de 180 dias, inclusive com carta de crédito. Esse procedimento demonstra mais um elemento dentro do complexo e elaborado esquema de ocultação verificado.

-A fiscalização afirma, à fl. 14.495:

“Não se deve, ainda, esquecer a constituição do dito fornecedor ZUCHETTI/GRENNTAG, objeto de detalhamento no tópico anterior do presente relatório, que foi formalizado em 21/11/2007 (vide tela D.91), apenas dois meses após a constituição da própria BARLEY MALTING, e apresentando **OS MESMOS INTEGRANTES FORMAIS** que esta empresa nacional, não sendo aceitável qualquer eventual alegação de desconhecimento da relação entre ambas. Também não se deve esquecer que a fonte primária dos recursos, tanto para capitalização da própria BARLEY MALTING quanto da ZUCHETTI INTERNACIONAL LLP. (inglesa, que passou a ser credora e financiadora formal da BARLEY MALTING) foi a ZUCHETTI INTERNATIONAL LTD. (sediada nas Ilhas Virgens Britânicas), que por sua vez é fruto declarado e ostensivo do investimento da Zuquete Empreendimentos e Participações Ltda., CNPJ 04.935.323/0001-28 (empresa nacional), controlada pelo controlador da CERVEJARIA PETRÓPOLIS. Tal cadeia empresarial formal, constituída de diferentes, em tese, empresas situadas em diferentes países, utilizada no caso sob análise com o fim último de afastar e dificultar a identificação da fonte originária de grande quantidade de recursos, obviamente não foi constituída por mero acaso. Dadas as características e as quantidades do produto importado, que por si só afastam as pueris alegações da inexistência de destinação certa anterior à sua chegada ao país, e das ligações, ainda que informais, entre os envolvidos citados ao longo do presente relato, é inevitável a conclusão de que se está diante de grandioso esquema arquitetado e operacionalizado para permitir, ao fim, o alcance dos seguintes objetivos, principais e mais aparentes:

1. Fornecer matéria-prima importada essencial, de forma regular e em grande quantidade, para a produção da CERVEJARIA PETRÓPOLIS, mantendo-a completamente oculta no processo de importação; e

2. Com o uso da mesma sistemática, permitir o envio ao exterior de grande quantidade de recursos, cuja origem e licitude deverão ser apuradas posteriormente por Autoridades diversas, que não encontram amparo e correspondência nas operações comerciais de fato verificadas, conforme já detalhado em tópico anterior.”

-Em relação à escrituração contábil, a Barley Malting se utiliza, segundo a fiscalização, de sistemática totalmente irregular para registrar boa parte de sua movimentação financeira, à luz das normas contábeis. Essa empresa, segundo os autuantes, se utilizava de uma conta contábil transitória anômala e irregular, identificada como “transferência de numerários”, classificada como conta de Ativo e que recebia lançamentos diários a débito e a crédito que, em sua maioria, compensavam-se dentro do mesmo dia. No ano de 2012, circulou por essa conta a cifra de R\$ 752.044.556,85.

-De acordo com os autuantes, o procedimento contábil adotado impedia a correlação unívoca dos lançamentos e seus respectivos registros, ou seja, não é

possível se identificar, de imediato, o fornecedor ou beneficiário do recebimento, ou a qual nota fiscal se refere.

-Segundo a fiscalização, em tal conta, não por acaso, passaram os ingressos de recursos nas contas-correntes bancárias que teriam sido efetivados a título de pagamentos de vendas para as empresas do GRUPO PETRÓPOLIS. Todavia, a teor dos históricos dos lançamentos contábeis respectivos, “NÃO HÁ A MÍNIMA POSSIBILIDADE, SEJA POR LEITURA DIRETA, SEJA POR REFERÊNCIA A ALGUM CONTROLE AUXILIAR (CASO TIVESSE SIDO INDICADO), DE SE IDENTIFICAR A QUAL(IS) NOTA(S) FISCAL(IS) TAIS *RECEBIMENTOS* SE REFEREM”, sendo os registros totalmente imprestáveis para o fim básico ao qual a contabilidade se destina, que é o de informar os interessados no patrimônio da entidade, dentre eles, no caso, a Fiscalização Aduaneira.

-Agindo de tal forma, a empresa fica, segundo a fiscalização, de forma obviamente indevida, totalmente livre para identificar tais recursos da melhor maneira que lhe aprouver e de acordo com a conveniência de momento, como efetivamente fez em sua peça de defesa Auto de Infração (processo 10730.003034/2011-26), na qual, inclusive, afirmou de maneira totalmente infundada que não ela, mas a Fiscalização Aduaneira então autuante, teria elaborado uma "continha de chegada".

-Segundo os autuantes, é de se ressaltar que no TERMO DE CONSTATAÇÃO / TERMO DE INTIMAÇÃO SAFIA N° 214/2011 (folhas 2179 a 2186 do processo nº 10907.720350/2012-88), a Fiscalização Aduaneira havia requerido detalhamento que permitisse verificar a correspondência entre o que foi denominado como vendas e os seus respectivos recebimentos. Em resposta, a empresa nada disse, utilizando-se do subterfúgio de alegar ausência de norma legal que a obrigasse a fazê-lo.

-Na Ação Fiscal que originou o processo em debate, de acordo com os Auditores, requereu-se novamente a mesma informação em relação às notas fiscais de venda relacionadas as operações sob análise, exigência que a empresa negou-se a cumprir utilizando-se do mesmo expediente.

-Conforme os autuantes, com tal argumento, a empresa objetivamente deixou a cargo da Fiscalização, com base apenas nas parciais informações disponíveis na documentação também parcialmente encaminhada, descobrir/desvendar/adivinhar as relações específicas do seu negócio que sua contabilidade, aí sim contra a legislação pertinente, não foi capaz de aclarar.

-Visando a dar nova oportunidade para que BARLEY MALTING pudesse esclarecer a situação acima posta, a fiscalização, através de TERMO DE CONSTATAÇÃO / TERMO DE INTIMAÇÃO / TERMO DE INFORMAÇÃO SAFIA, efetuou a seguinte exigência:

“b. Tendo em vista que em análise a escrituração contábil verificou-se que NÃO HÁ DETALHAMENTO das operações relacionadas ao recebimento de clientes, CONFORME DETERMINA A LEGISLAÇÃO COMERCIAL (art. 1.184 da Lei nº 10.406/2002), apresentar documentação HÁBIL e IDÔNEA que contenha a DISCRIMINAÇÃO das operações comerciais (notas fiscais de venda) que deram origem aos registros contábeis contidos na tabela a seguir: (...)

A documentação deverá discriminar em relação a cada operação comercial (nota fiscal de venda), de maneira INEQUÍVOCA:

- a) data de emissão, número e valor;
- b) desconto ou juros aplicados.
- c) valor líquido recebido.

c. Ainda em relação aos registros contábeis contidos na tabela anterior, deverá ser informada, a exceção daqueles que já identificam, a operação financeira bancária correspondente a cada um dos valores recebidos de clientes, discriminando, de maneira INEQUÍVOCA:

- a) data;
- b) valor;
- c) conta-corrente bancária em que ocorreu o respectivo crédito.”

-A BARLEY apresentou manifestação e planilha anexa, limitando-se a reproduzir “AS MESMAS INFORMAÇÕES” que constavam no TERMO DE CONSTATAÇÃO / TERMO DE INTIMAÇÃO / TERMO DE INFORMAÇÃO SAFIA Nº 083/2016, de 19/08/2016, sem fazer qualquer esclarecimento em relação as exigências formuladas; segundo a fiscalização, em mais uma clara demonstração da falta de interesse da BARLEY MALTING em colaborar como a Fiscalização Aduaneira.

-Houve, segundo os autuantes, nova tentativa de esclarecer os fatos verificados, efetuada através de outro TERMO DE CONSTATAÇÃO / TERMO DE INTIMAÇÃO / TERMO DE INFORMAÇÃO. Porém, esgotado o prazo concedido para o atendimento as exigências, “NENHUM DOCUMENTO OU ESCLARECIMENTO” foi apresentado. De acordo com os autuantes, tal conduta, além de caracterizar mais um ato de flagrante ausência de interesse na elucidação dos fatos, significou a perda da preciosa oportunidade que teria para esclarecer as irregularidades verificadas pela Fiscalização Aduaneira.

-De acordo com a fiscalização, conforme apontado, tratam-se de divergências importantes e relacionadas a elementos essenciais das notas fiscais de venda das mercadorias. Tal atitude não tem outro propósito senão o de ocultar as reais condições em que deram as operações. Referido expediente já foi utilizado em autuações anteriores e levam a crer que quem de fato elaborou uma "conta de chegada", de modo a aparentar que os recebimentos seriam provenientes de vendas, foi a própria empresa, que inegavelmente o fez de modo intencional com finalidade que efetivamente foi alcançada àquele momento (julgamento favorável na primeira instância administrativa no processo nº 10730.003034/2011-26).

-Às fls. 14.521-14.522, aduz a fiscalização:

“Por todo o exposto no presente Relatório, conclui-se que a atuação da empresa BARLEY MALTING IMPORTADORA LTDA., elaborando e apresentando declarações, documentos contábeis e comerciais, bem como registrando-os junto aos diversos Órgãos envolvidos, foi toda ela direcionada para o fim único de simular existência de negócios que não existiram de fato, apenas no campo das aparências, em total incompatibilidade com seu fim declarado.

Assim agindo, e no âmbito da presente autuação, buscou, e efetivamente conseguiu, como já discorrido anteriormente, alcançar, entre outros, o objetivo de fornecer matéria-prima importada essencial, de forma constante e em grande

quantidade, para a produção da CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A, mantendo-a completa e indevidamente oculta no processo de importação, ação danosa ao controle das operações de comércio exterior em sentido amplo.

Tal conduta é definida e tipificada como dano ao Erário e punida com a pena de perdimento, nos termos da previsão contida no Art. 23, V, do Decreto-Lei nº 1.455/76, de 07/04/1976, e regulamentada atualmente pelo Art. 689, XXII, do Decreto nº 6.759/09, de 05/02/2009.

(...)

Para a presente situação, em que a mercadoria não é mais passível de apreensão, tendo em vista sua não localização pela entrega antecipada, apresenta-se cabível a figura da conversão da referida penalidade em multa, nos termos previstos pela mesma norma legal acima citada. Acerca da possibilidade de tal conversão, administrativamente há diversas Decisões confirmando-a, inclusive para casos envolvendo operações de exportação.”

-Foram autuadas conjuntamente com a interessada “Barley Malting Importadora Ltda”, na condição de responsáveis solidárias, as empresas “Cervejaria Petrópolis S.A.” e “Praiamar Indústria, Comércio & Distribuição Ltda” (atualmente F’na É-Ouro Gestão de Franchising e Negócios Ltda.)

- Consta dos Termos de Ciência de Responsabilização Solidária por Infração (fls. 14.278-14.279 e 14.280-14.281) que:

“ (...) constatou-se a utilização da empresa BARLEY MALTING IMPORTADORA LTDA., CNPJ 09.193.169/0003-41, apresentada formal e documentalmente na figura de importadora e adquirente, como anteparo de modo a ocultar o real interessado nas operações, a empresa CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A, CNPJ 73.410.326/0001-60. Além disso, constatou-se ainda a ocorrência de irregularidade na declaração do valor aduaneiro de grande parte das operações analisadas, conduta também sancionável nos termos da lei. Em ambas as situações também caracterizou-se a participação ativa e intencional, tanto da CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A, já mencionada, quanto da empresa F’NA É’OURO GESTÃO DE FRANCHISING E NEGÓCIOS LTDA., CNPJ 00.851.567/0001-71, que ao fim conduziu e motivou a responsabilização solidária de ambas nos fatos apontados.

O exposto ensejou o lançamento tributário consubstanciado no referido Auto, o qual se refere à multa correspondente ao valor aduaneiro efetivamente praticado nas operações, além da multa relativa à diferença entre o valor aduaneiro declarado e o efetivamente praticado (...)

(...) ficou caracterizada a Responsabilidade de que trata o Art. 95 do Decreto-lei nº 37/66, de 18/11/1966(...)”

Cientificada das exigências fiscais, por abertura de mensagem, em 28/12/2016 (fl. 14.580) A Cervejaria Petrópolis SA, apresentou, em 26/12/2016 (fl. 14.674), impugnação na qual alega, em síntese, que:

PRELIMINARES

-O auto de infração é nulo por ausência da ordem escrita referente ao segundo exame no mesmo exercício de 2012, uma vez que, no processo nº 10074.721487/2012-08, o período de apuração foi de 01/07/2008 a 01/06/2012. No presente processo a mesma situação que ensejou a nulidade do Processo Administrativo nº10074.721487/2012-08, pela DRJFlorianópolis, ocorreu, ou seja, reexaminou-se o mesmo exercício (2012) sem qualquer autorização expressa da autoridade competente, como determina o art. 42, do Decreto nº 7.574/2011;

-O auto de infração padece de erro material, sendo de rigor sua declaração de nulidade. Há erro na base de cálculo da multa;

-Às fls. 14.382 e seguintes, no item denominado "D.3. Do fornecedor estrangeiro localizado no Reino Unido - Do Valor Aduaneiro declarado", o agente fiscal faz extensa análise sobre o valor aduaneiro declarado nas importações, chegando à conclusão de que haveria superfaturamento dos valores declarações nas DI's;

-O suposto superfaturamento nas DI's foi até mesmo objeto de autuação fiscal, no Processo Administrativo nº 10907.721958/2016-53;

-Entretanto, curiosamente, ao lavrar o auto de infração, o agente fiscal, ao arrepio da lei e em completa falta de coerência, considerou como valor aduaneiro o valor supostamente superfaturado, e não o "real" valor aduaneiro, menor, citado por ele, atuando a impugnante em R\$ 51.681.648,66;

-Há nulidade do auto de infração pela inclusão na base de cálculo da multa equivalente de malte vendido para terceiros;

-Tendo o agente fiscal conseguido individualizar as notas fiscais de venda do malte importado em cada DI, por óbvio que deveria excluir da base de cálculo o malte vendido para terceiros;

-A análise pelo CARF, em outros processos administrativos, dos fatos apontados na autuação fiscal, reconhecendo a validade das importações, vincula a Administração Pública, em virtude da soberania jurisdicional e decisional dos tribunais administrativos e do princípio da hierarquia na administração pública;

-As questões versadas pelo agente fiscal em seu relatório, especialmente com referência à interposição fraudulenta, já foram analisadas pelo CARF em 3 oportunidades, sempre com decisão reconhecendo a validade das importações e a não ocorrência de interposição fraudulenta;

-Com efeito, em outras decisões do CARF houve a análise detalhada das operações de importações realizadas pela empresa Barley e posteriores vendas à empresa Cervejaria Petrópolis, sempre se verificando a LEGALIDADE das operações;

-Observe-se que nos Autos de Infrações sempre foi analisado o *modus operandi* das operações, e não especificamente em relação a determinadas Declarações;

-Vale esclarecer que o agente fiscal utiliza como fundamento para sua autuação fiscal os fatos e documentos apurados no PAF nº 10730.003034/2011-26. Ocorre que o referido processo (PAF nº 10730.003034/2011-26) já foi objeto de

decisão definitiva por parte do CARF, com o reconhecimento de inexistência de interposição fraudulenta e combate às alegações apontadas acima;

-O que se observa é que o agente fiscal, mais uma vez, quer a reapreciação de documentos e fatos já analisados e julgados favoravelmente ao contribuinte, violando assim a coisa julgada administrativa, devendo ser anulado o auto de infração;

-Não é possível a utilização das provas emprestadas dos processos administrativos nºs 10730.011994/2007-83 e 10730.003034/2011-26;

-Como se sabe, para ser válida, a prova emprestada, quando produzida entre as mesmas partes, deve preencher três requisitos: a) ter sido colhida em outro processo entre as mesmas partes; b) que na sua produção tenham sido observadas as formalidades estabelecidas em lei; c) e que o fato probando seja idêntico. Porém, a impugnante não participou dos PAFs nºs 10730.011994/2007-83, 10730.003034/2011-26 e 10730.722104/2012-20, já que em tais procedimentos apenas constou como parte a empresa Barley;

-Houve cerceamento de defesa e desrespeito ao devido processo legal, em virtude da falta de clareza e objetividade do auto de infração, existindo malícia no lançamento;

-Nos autos constam documentos de transações realizadas pela empresa Barley de todas as fiscalizações anteriores desde 2008, ou seja, 4 anos anteriores aos fatos objetos do presente lançamento. Este excesso de informações prejudica a compreensão de toda extensão dos fatos que se pretendeu demonstrar, além de ser evidente o intuito de tumultuar o processo;

-Não basta afirmar que foi concedido o contraditório à impugnante, para que, em 30 dias, pudesse se defender e analisar mais de 14 mil páginas de documentos de outra empresa em relatório extenso e confuso, pois, todos os outros princípios contidos no art. 2º da Lei nº 9.784/1999, que deveriam ser obedecidos, não o foram;

-Houve cerceamento do direito de defesa por utilização de documentação incompleta relacionada a terceiros sem disponibilização de documentos essenciais à impugnante. Nesse sentido foram transcritos no relatório fiscal apenas partes de documentos, sem que esses tenham sido disponibilizados na íntegra;

-O auto de infração traz em seu corpo informações documentais parcialmente reproduzidas que, depois, não são anexadas aos autos, o que impede a impugnante de conhecer todo o conteúdo entregue à fiscalização, prejudicando e cerceando o seu direito ao contraditório e à ampla defesa;

-A fiscalização produziu provas mediante utilização de trechos extraídos de *site* da *internet* em idioma estrangeiro, sendo que não se pode admitir provas em idioma estrangeiro sem tradução juramentada, conforme legislação em vigor;

-Não tendo sido observadas a forma e os requisitos legais para tornarem os documentos válidos no Brasil, e não se tendo demonstrado sequer o meio de obtenção destes, deverão tais documentos ser desentranhados dos autos, por serem imprestáveis ao processo e para que não exerçam qualquer influência sobre o órgão julgador;

MÉRITO

-A importações da empresa BARLEY foram feitas de forma regular;

-O malte de cevada é utilizado, no Brasil, principalmente para a fabricação de cervejas. Sendo um mercado restrito é comum a rotatividade de funcionários entre as poucas empresas do setor. Da mesma forma, como são poucas as possibilidades de fornecimento de matéria-prima é comum a instrumentalização de um contrato para o fornecimento de malte, para se resguardar as partes envolvidas. Todavia, em nada se assemelha com uma encomenda, muito menos uma importação por conta e ordem. O pagamento das mercadorias sempre ocorreu depois do recebimento;

-Nada se contratou em relação às eventuais importações que a Barley efetuou, pouco importando para a impugnante se o malte é importado ou nacional. Muito menos com recursos da impugnante, o que, em tese, configuraria uma importação por conta e ordem;

-Mas, como se verifica nos documentos dos autos a impugnante efetuou os pagamentos somente após receber os produtos e nos prazos que o mercado normalmente utiliza, em típica operação de compra e venda;

-Vale esclarecer que a tese do Fisco de que houve pagamento do malte, por parte da impugnante, anteriormente à importação, o que desconfiguraria a importação por conta própria, já foi enfrentada e analisada pela DRJ e pelo CARF em diversas oportunidades, decidindo-se, SEMPRE, pela validade do procedimento adotado;

-Embora tenha se esforçado tanto no afã de demonstrar uma suposta irregularidade nas operações de importação, o que justificaria a aplicação das penas previstas, o autuante concentrou-se em tentar comprovar, sem sucesso, que a empresa Barley serviria exclusivamente para realizar importações para atender a determinadas empresas mencionadas no processo, dentre elas a impugnante;

-Afirmou que através de empresa Zuchetti Internacional, que realizou integralização de capital na empresa Barley, estaria justificada a finalidade de intermediar importações em favor da impugnante, pois, segundo aponta o AGENTE FISCAL, tratar-se-ia de financiamento das importações, através de terceiras empresas;

-Ocorre que em momento algum a AGENTE FISCAL apontou que a origem de todas as importações que julgou serem por conta e ordem de terceiros foram realizadas com recursos de terceiros, embora tivesse acesso integral a todos os extratos bancários da empresa Barley, conforme se verifica na cópia do auto de infração lavrado, processo nº 10730.003034/2011-26;

-Visando demonstrar a "suposta" utilização de recursos de terceiros nas operações de importação, o agente fiscal faz afirmação de que o fato de a importadora adquirir o malte com prazo de pagamento de 180 dias e o vendê-lo no mercado interno com pagamento à vista ou para 30 dias implicaria em financiamento da operação;

-Ocorre que é prática comercial reiterada pela maioria das empresas ter prazos diferentes entre pagamento a fornecedores e vendas, assim, não há nenhuma relação entre obter prazos distintos entre o faturamento do fornecedor e a venda no mercado interno, pois tal fato tem mais a ver com o fluxo de caixa do que com financiamento;

-Outro ponto essencial a ser esclarecido é o fato de que, ao efetuar a venda dos produtos que importa, a fornecedora de malte passa a ter recursos próprios decorrentes de sua receita operacional, não se podendo falar em recursos de terceiros, haja vista que, se tem receita própria e estes são suficientes para arcar com os riscos, custos, despesas e encargos da sua atividade, demonstrada está sua capacidade para operar no comércio exterior;

-Importante destacar que a impugnante desconhece as informações eventualmente utilizadas pela empresa Barley para fins de obtenção de autorização junto ao sistema Radar (processo nº 10730.011994/2007-83), onde afirma que receberia adiantamentos pela compra do malte, de acordo com as fls. 14.328 do processo. Se isso ocorreu, não foi com a Impugnante;

-Para poder afirmar que houve financiamento por parte da Impugnante imprescindível seria a verificação de sua contabilidade para constatar lançamento contábil com essa finalidade. Se o agente fiscal não adotou esta providência, não pode afirmar por mera presunção subjetiva que a impugnante financiou operações da empresa Barley;

-Desta forma, desde já se impugna tal informação e se afasta a sua utilização para qualquer fim, pois, destituída de qualquer comprovação nos autos;

-Tal conduta reforça ainda mais a afirmação de que o AGENTE FISCAL pretendeu desconsiderar as operações de importação direta por mera presunção, sem qualquer comprovação fática e ou técnica que amparasse a lavratura do auto de infração, o que torna injurídica a sua manutenção;

-Vale ressaltar que a impugnante possui autorização para operar no comércio exterior, ao contrário do que afirma o agente fiscal no relatório fiscal, conforme demonstra com a juntada de diversas DI's de operações próprias e, sendo assim, não deve prosperar a afirmação de que a falta de autorização no Radar/Siscomex era a justificativa para a impugnante "supostamente" utilizar o nome da Praiamar ou Barley para realizar importações, o que já se demonstrou não ser verossímil;

-Desta forma, verifica-se não haver a suposta irregularidade trazida no relatório fiscal que acompanha a autuação;

-O agente fiscal não soube identificar qual das modalidades de importação ocorreu nas importações de malte pela empresa Barley;

-À fl. 14.449, o agente fiscal elabora quadro onde vincula as DI's do presente auto de infração (e outras) com os destinatários das mercadorias;

-Tomando-se, por exemplo, a DI nº 12/1573246-7, pode-se ver que o agente fiscal, através da análise das notas fiscais de venda da empresa Barley, verificou que o malte importado através dessa DI foi vendido para três empresas distintas: a impugnante Cervejaria Petrópolis, Union Distillery e MCA Comercial;

-Ora, o simples fato do malte importado ter sido vendido a mais de uma empresa já desmonta toda a tese do Fisco, já que o ponto central das alegações é de que toda a importação de malte era realizada com recursos da impugnante e destinados a ela;

-Aliás, esse aspecto já foi abordado pelo CARF, quando dos julgamentos dos PAFs nºs 10730.722104/2012-20 e 10730.003034/2011-26;

-Destarte, sem adequada fundamentação legal para tanto, torna-se insubsistente a presente autuação, pois, na forma em que lavrada se encontra em inadmissível afronta aos princípios do *due process of Law* (artigo 5º., LV, CF), da legalidade e da tipicidade tributária (artigo 97, V, CTN);

-Há impossibilidade de aplicação da pena de perdimento ante à falta de demonstração da inexistência dos bens importados;

-Não restou apontado em momento algum nos autos que a impugnante "ocultou" tais sujeitos das operações com comércio exterior, haja vista que esta sequer realizou estes atos de comércio exterior, não lhe podendo ser imputada tal penalidade, por completa impossibilidade do objeto;

-De outro ponto, não se demonstrou no auto de infração a ocorrência de fraude, simulação ou interposição fraudulenta de terceiros, haja vista que tais acusações devem ser provadas, e não apenas objeto de presunção pessoal da agente fiscal, como se verifica no presente caso;

-Em relação à fraude ou simulação, também nada se mencionou, de forma que não restou tipificada qualquer uma das penalidades previstas na norma, razão pela qual deve ser afastada a pena de perdimento convertida em multa da responsabilidade da impugnante;

-Por outro lado, não há no referido dispositivo legal qualquer menção expressa de que a infração relativa à pena de perdimento deva recair sobre a adquirente das mercadorias importadas;

-Desta forma, deve ser afastada a multa referente à conversão da pena de perdimento da responsabilidade da impugnante, pois não praticou qualquer dos atos previstos no artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976, havendo, assim, falta de tipicidade na conduta da impugnante;

-Não há previsão legal para a responsabilização por solidariedade da pena prevista no Decreto-lei nº 1.455/1976. Portanto à impugnante não se pode estender a pena prevista no art. 23 do Decreto-lei nº 1455/1976 por completa falta de previsão legal.

-A impropriedade da responsabilização por solidariedade no presente caso, se dá por duas razões: a) Pela generalização das condutas das empresas autuadas; b) Pela falta de previsão legal específica para a atribuição de responsabilidade à impugnante pelas mercadorias importadas por terceiros;

-A autuação elenca diversos fatos e negócios entre inúmeras pessoas jurídicas e físicas e, mesmo não tendo qualquer relação específica entre todos os negócios realizados entre uma e outra empresa, já que estas importações culminaram na venda dos produtos para outros clientes, como comprovadamente demonstrou o agente fiscal às fls. 14.449, atribui-se 100% de responsabilidade à impugnante, sem qualquer individualização das condutas e referidas infrações e o que é pior, atribuindo multa à impugnante, que sequer sabia destas importações, quando deveria, se encontrasse irregularidade, aplicar à destinatária;

-Analisando-se a autuação, verifica-se que a autoridade administrativa elenca como fundamento legal para responsabilização da impugnante por solidariedade o disposto no artigo 95 do Decreto-Lei nº 37/1966;

-Ocorre que a responsabilidade solidária decorrente do artigo 95 do Decreto-Lei nº 37/1966 aplica-se apenas às infrações decorrentes de ação ou omissão de norma estabelecida no próprio Decreto-Lei, em seu regulamento ou em ato administrativo de caráter normativo destinado a completá-los;

-Entretanto, o Decreto-Lei nº 1.455/1976 não pode ser considerado como regulamento do Decreto-Lei nº 37/1966 ou ato administrativo de caráter normativo destinado a completá-lo;

-Além disso, o artigo 108, §1º do CTN dispõe que "O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei". Tal dispositivo coaduna-se perfeitamente com aquele do artigo 112 do mesmo estatuto, que

estabelece que "A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: (...) IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação";

-Ainda que houvesse a hipótese de solidariedade em lei, o que se demonstrou não existir, não se apontou nestes autos qual seria a suposta vantagem e/ou benefício obtido pela impugnante com a alegada interposição fraudulenta, motivo que, por si só, também afastaria a responsabilidade desta;

Desta forma, deverá ser afastada a responsabilidade solidária atribuída à impugnante, por completa falta de previsão legal aplicável ao caso, devendo a mesma ser excluída do processo;

-Conforme Constituição Federal, Art 5º, inciso XLV, a pena não pode passar para a impugnante;

-Como se verifica no texto constitucional supra, a pena não passará da pessoa do condenado, no caso, a empresa autuada (a empresa Barley), sendo que determina, ainda, que pode o perdimento de bens ser estendido aos "SUCESSORES", e contra eles executado, "ATÉ O LIMITE DO VALOR TRANSFERIDO";

-Desta forma, pela lógica, se até mesmo em relação aos sucessores, únicos que podem ser responsabilizados por pena de perdimento, nos termos do artigo 5º, XLV, da CF, existe limitação ao valor a estes transferidos, como pode a impugnante ser responsabilizada pela totalidade das importações da empresa Barley, inclusive com mercadorias que foram vendidas a terceiros?

-Inexistiu simulação, tendo sido utilizados fatos e fundamentos considerados como legais pela própria Administração Pública;

-A simulação, como apontado acima, estaria no superfaturamento do preço do malte, visando a lavagem de dinheiro, e o financiamento das operações de importação pela impugnante, figurando a empresa Barley unicamente como prestanome;

-Inicia-se a análise da incongruência das argumentações do agente fiscal pelo suposto financiamento das operações de importação;

-O agente fiscal alega, mas não prova, que as operações de importação teriam sido financiadas pela impugnante, não apresentando qualquer demonstração contábil ou documental de que a impugnante tenha transferido numerário para a conta da empresa Barley para financiar a importação do malte das DI's objetos do presente auto de infração;

-Nunca é demais repisar, as importações de 2007 a junho/2012 já foram analisadas pela DRJ e pelo CARF e consideradas válidas, nos julgamentos dos PAFs nºs 10074.001034/2010-91, 10907.720350/2012-88, 10074.001695/2010-17, 10730.003034/2011-26, 10730.722104/2012-20, e 10074.721487/2012-08;

-Aliás, na decisão do CARF do PAF nº 10730.003034/2011 -26 (inclusive utilizado para fundamentar a presente autuação), expressamente se consignou que as importações não foram realizadas com recursos da impugnante, mas com recursos próprios da empresa Barley;

-Ora, se de 2007 a junho de 2012 a DRJ e o CARF já decidiram que não houve financiamento das importações por parte da impugnante e que elas ocorreram com recursos próprios da empresa Barley, não pode agora o agente fiscal querer

fundamentar esse "financiamento" em virtude de supostos adiantamentos no momento de habilitação da empresa Barley (aliás, adiantamentos que não ocorreram, como se demonstrará mais adiante);

-Mais do que isso, é de se observar que no processo administrativo de habilitação da empresa Barley a Administração Pública foi informada desse suposto adiantamento (que não ocorreu) e, mesmo assim, deferiu a habilitação da empresa Barley para atuação no comércio exterior, estando essa habilitada até o presente momento;

-Assim, não resta dúvida que a afirmação de financiamento das operações por parte da impugnante são inverídicas, não tendo sido provadas pelo agente fiscal. Pior, já tendo suas alegações sido objeto de análise e decisão pela DRJ e pelo CARF, que julgaram como lícitas as operações de importação, confirmando que estas ocorreram com numerário próprio da empresa Barley;

-Com relação à alegação de que houve superfaturamento com o objetivo de lavagem de dinheiro, a falta de lógica do agente fiscal beira o absurdo;

-Com efeito, ao que se supõe, de acordo com a lógica do agente fiscal, a impugnante, através de um intrincado esquema fraudulento, resolveu "lavar" dinheiro lícito, superfaturando importações e conseqüentemente pagando a mais imposto de importação, IPI, ICMS, PIS e COFINS, etc, além de manter um custo operacional de outra empresa;

-No presente caso, pelo raciocínio desenvolvido pelo agente fiscal, os valores supostamente remetidos para o exterior através do superfaturamento do malte possuíam origem lícita, qual seja, a venda de bebidas; portanto, não há como se sustentar que o fundamento para o intrincado esquema fraudulento criado pelo agente fiscal seria a lavagem de dinheiro;

-Com efeito, diante das ilegais autuações fiscais anteriores, a impugnante decidiu, a partir de 2012, realizar ela própria a importação de malte, deixando de adquiri-lo da empresa Barley;

-Entretanto, ao que parece, a referida empresa continua ativa e promovendo importações de malte e venda no mercado interno para outros clientes, como se observa da relação de notas fiscais citadas pelo agente fiscal às fls. 14.357/14.358 entre outras;

-Ora se continuou ativa, importando e vendendo malte no mercado interno, impossível se sustentar que sua criação decorreu unicamente da intenção da impugnante de remeter dinheiro lícito para o exterior ou de se ocultar;

-Assim, resta demonstrado que os fundamentos apresentados pelo agente fiscal para a suposta interposição fraudulenta não se sustentam, não tendo ocorrido a simulação apontada;

-Sustenta o agente fiscal no relatório a existência de grupo econômico entre todas as empresas citadas no processo, onde o objetivo final é o de fazer uma operação de lavagem de dinheiro, pois, segundo sua tese, nos negócios entre estas empresas existe sempre a presença de pessoas físicas coincidentes no controle destas empresas;

-Ocorre que os fatos e as pretensas provas utilizadas para sustentar a existência de um suposto grupo de empresas não demonstram esta condição de agrupamento societário;

-Outrossim, confunde o agente fiscal a pessoa física com pessoa jurídica, esquecendo-se que estas possuem autonomia, personalidade jurídica distintas e

independentes, não podendo ser desconsideradas, haja vista que, somente por decisão judicial a personalidade jurídica poderia ser desconsiderada, nos termos do art. 50 do Código Civil;

-Para a caracterização de grupo econômico de fato, haveria o auto de infração demonstrar que, os caracteres fixados na lei estariam de fato, presentes nas relações das empresas tidas como integrantes de grupo econômico, isto é, estariam integradas por objetivos e atividades comuns, com uma coordenação e houvesse um mínimo de controle de uma sobre as outras;

-De acordo com textos legais, julgados, bem ainda dos conceitos emitidos pelos doutos, a caracterização de grupo econômico de fato não passa pela ilação aventada no auto de infração: eventual incapacidade econômica dos sócios, o que poderia caracterizar outra figura jurídica, nunca grupo econômico;

-Se nessas empresas os sócios realmente não ostentam essa capacidade, caracterizando uma fraude (não grupo econômico), deverá então, investigar e aplicar a lei cabível e não aventar figura jurídica impertinente;

-O agente fiscal, repita-se, não apontou onde estaria a direção, o controle ou a administração das sociedades que compõem o grupo econômico de fato aventado, mas apenas alega (repita-se, não prova) que os sócios não teriam capacidade financeira ou que haveria sócios em comum;

-Com efeito, é inegável que o auto de infração vê-se respaldado apenas no instituto da presunção, pois apenas presume que pela ilação de eventual amizade ou suposta impossibilidade econômica de sócios de algumas empresas haveria grupo econômico de fato;

-Assim é que estão correlacionados e afirmados na Carta Política os princípios da Moralidade (art. 37) do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV) e do contraditório em processo administrativo (art. 5º, LV), todos vulnerados, de alguma forma, pela presente ação fiscal e pelo critério presuntivo adotado na autuação;

-Há impossibilidade de a impugnante manifestar-se sobre terceiros;

-O auto de infração para justificar a ocorrência de grupo econômico realizou uma série de informações sobre um sem número de pessoas jurídicas que não guardam qualquer vínculo jurídico com a impugnante;

-A defendente não pode enfrentar tais informações porquanto não dispõe do privilégio de "poder" devassar a vida fiscal de quem quer que seja;

-Outrossim, sequer apresentaram-se como prova os contratos sociais das empresas citadas, que comprovariam as entradas e saídas de sócios naquelas sociedades na época dos fatos;

-Constam ainda, informações que não restaram provadas documentalmente no processo, o que impede de a impugnante se manifestar especificamente sobre estas, haja vista que não teve acesso à fonte das informações, o que cerceia o direito de defesa e acarreta em nulidade do auto de infração. Aqui reporta a Impugnante ao item que trata especificamente dos pretensos documentos estrangeiros utilizados pela agente fiscal, sem que ao menos tivesse se assegurado a confiabilidade da fonte ou tenha trazido a indispensável tradução juramentada e a consularização de tais papéis;

-O relacionamento das pessoas físicas decorrente das negociações não pode nunca ser confundido com a ligação das pessoas jurídicas, visto ser este um aspecto societário cuja lei conceitua expressamente o que seja "pessoa ligada", não havendo nestes autos qualquer afirmação neste sentido, de que há qualquer ligação entre as empresas autuadas;

-Quanto às empresas situadas no exterior nenhuma prova válida foi produzida nos autos, apenas "print's" de internet em idioma estrangeiro que não foram traduzidos, não são documentos oficiais, não foram legalmente adquiridos e não passam qualquer credibilidade, tendo inclusive ressalvas de que tais endereços de internet não se responsabilizam pelo conteúdo do site, conforme se verifica na tradução juramentada anexa (doc. 12);

-Pelo exposto, verifica-se que todos os argumentos elencados pela agente fiscal para sustentar a sua tese de que existe um grupo de empresas ligadas à impugnante não passa de uma imaginativa e equivocada interpretação de fatos e informações lançadas no relatório fiscal de forma distorcida;

-Desta forma, não se sustenta a afirmação de que as empresas autuadas são empresas periféricas da impugnante, nem que existe um grupo econômico entre estas;

-Em relação à empresa Zuquete Empreendimentos e Participações S/A, a fiscalização menciona, às fls. 14.349 que esta empresa teria participações "no ano de 2005" em duas empresas estrangeiras: Cadnell Company S. A e Zuchetti International;

-Entretanto, trata-se de parcial informação do lançamento extraído do livro Razão da Zuquete (às fls. 14.349). No entanto, "*JUNTOU O DOCUMENTO PARCIALMENTE!*";

-Ocorre que, ao se verificar o documento completo, agora juntado pela impugnante (doc. 11), constata-se que o valor refere-se a venda de quotas à empresa Cadnell, demonstrando-se o registro do valor que ficou de ser recebido por aquela venda;

-A ausência do esclarecimento sobre este fato poderia levar ao equivocado entendimento de que a Zuquete fosse investidora na empresa Cadnell até aquele exercício de 2005, quando na verdade é credora da mesma;

-Não merece credibilidade por falta de fundamento, comprovação e lógica o quadro elaborado às fls. 14.422, que trata da circulação de recursos financeiros, devendo assim ser desconsiderado para qualquer fim nos presentes autos;

-Em relação aos colaboradores citados pela fiscalização, no que se refere a Dirceu Bispo, o fato de haver funcionário que tenha trabalhado em uma empresa ou outra do mesmo ramo não indica em nada a existência de um grupo de empresas e é tão comum no mercado de malte e cerveja como em outros mercados, devido ao tipo de especialização dos colaboradores;

-Não há como se negar que o Sr. Paulo Stenghel é profissional capacitado, tendo trabalhado para diversas indústrias do ramo cervejeiro, sendo essa a razão de sua contratação pela impugnante, quando decidiu passar a importar o próprio malte.

-Em relação a Richer Alberto, com relação aos pagamentos efetuados, é de se observar que os documentos juntados pelo agente fiscal apenas provam que as transações financeiras foram efetuadas com a utilização da senha e cadastro do Sr. Richer junto à instituição financeira, e não pessoalmente por ele;

-A impugnante junta aos autos declaração de próprio punho, com firma reconhecida, do Sr. Richer (doc. 21), onde informa que ao sair da empresa Barley, entregou sua senha pessoal aos representantes da empresa, que pediram autorização para utilizá-la por mais algum tempo, até a troca junto à instituição bancária, tendo em vista que a saída da empresa ocorreu de forma repentina;

-No que se refere a Altair Toledo, obviamente, não existe qualquer impedimento para que, participando do Conselho de Administração da impugnante, prestasse serviço de contabilidade para outras empresas, principalmente por se tratar de períodos distintos, haja vista que se retirou da sociedade contábil prestadora de serviços em 30 de maio de 2011;

-Inexistiu dano ao erário. A impugnante adquiriu produtos da empresa Barley e esta os forneceu nos termos de contrato firmado, que poderia ser tanto de malte nacional como importado, desde que atendessem a especificação técnica do produto. Logo, se o produto entregue era o importado ou o nacional não era da conta da impugnante;

-De consequência, o produto adquirido, se importado quando da compra e venda, já se encontrava internado, portanto, nacionalizado, tornando desprovida de qualquer sentido lógico jurídico a ilação de que encomendara tais produtos à importação. “*Como encomendou se a obrigação contratual previa o fornecimento de produto nacional?*”;

-Verifica-se também, que não restou demonstrado pela autoridade administrativa o dano ao erário em nenhum dos casos, “**POSTO QUE NÃO HÁ ACUSAÇÃO OU LANÇAMENTO DE SEQUER UM CENTAVO DE IMPOSTO QUE NÃO TENHA SIDO RECOLHIDO**”;

-Aliás, uma das acusações do auto de infração é de que teria ocorrido superfaturamento do preço do malte importado. “*Ora, se ocorreu superfaturamento, qual o dano ao erário? O recolhimento de um imposto maior?*”;

-Outro fato incontroverso nos autos é que a impugnante é industrial e já recolhe o IPI, não havendo qualquer prejuízo em relação a este ou qualquer outro tributo destinado à União, ou seja, não foi demonstrado, reafirme-se uma vez mais, qualquer dano ao erário;

-Em relação ao art. 689 do Decreto nº 6.759/2009, é do texto legal a exigência de dano ao erário para caracterização da pena de perdimento;

-Este dispositivo se comunica com a figura da simulação que em seu conceito impõe a necessidade de ocorrência de dano à terceiro, isto é, o intuito de enganar terceiros;

-Se o auto de infração ao alegar simulação não demonstrou o dano a terceiro (ao erário com sonegação de tributo) e, ao mesmo tempo, não obedeceu ao comando legal demonstrando a sonegação de algum tributo, afigura-se claro como a luz solar que nem o pressuposto do perdimento ocorreu e nem a simulação se verificou;

-Ou o fisco observa o conceito legal e seu requisito ou adentra à ilegalidade e ao subjetivismo, onde não impera a lei, mas a vontade pessoal do agente;

-Assim, inexistente o dano ao erário, entende o Superior Tribunal de Justiça, ser inaplicável a pena de perdimento;

-Por sua vez, o STF também vem decidindo seus julgados no sentido de que apenas se aplica a pena de perdimento se houver prejuízo ao Fisco com pagamento a menor de tributo;

-Assim, necessária a comprovação de dano ao erário para aplicação da pena de perdimento, sem a qual, resta improcedente o lançamento fiscal que pretende constituir a multa decorrente da conversão desta pena;

-Aliás, outro elemento imprescindível para a caracterização da simulação é ocorrência do dolo (intenção de ocultar informação com objetivo de sonegar). É o que dispõem os artigos 71/73, da Lei 4.502/64 que disciplinam as figuras da sonegação, fraude e conluio;

-Constata-se, facilmente, que o legislador visou coibir a vontade deliberada em fraudar o erário com vista à alguma vantagem econômica.

-“Ora, no presente caso, onde se encontra essa ação ou omissão dolosa?” O auto não traz qualquer informação, pressupondo de forma absoluta sua inexistência;

-Ademais, para que isso viesse a ocorrer, seria de rigor que o auto apontasse onde estaria a vantagem da impugnante e dano ao erário, para que essa intenção se manifestasse;

A Cervejaria Petrópolis S.A. requer:

a) o acolhimento das preliminares para fins de anulação do auto de infração;

b) desconsideração e o desentranhamento de todos os documentos redigidos em idioma estrangeiro, bem como outros utilizados de forma irregular, conforme fundamentação supra; e

c) a total improcedência do auto de infração.

Cientificada das exigências fiscais, por abertura de mensagem, em 05/12/2016 (fl. 14.592) a F'Na É-Ouro Gestão de Franchising e Negócios Ltda, apresentou, em 03/01/2017 (fl. 17.084), impugnação na qual alega, em síntese, que:

PRELIMINARMENTE -Há nulidade do Termo de Sujeição Passiva por cerceamento de defesa em virtude da não disponibilização da integralidade do material probatório pela autoridade fiscal;

-O auditor fiscal utilizou amplamente das informações contidas no processo administrativo nº 10730.011994/2007-83 (requerimento de habilitação do RADAR da empresa importadora) o qual, todavia, não foi disponibilizado à Impugnante, conforme se observa do termo de ciência de responsabilização solidária por infração;

-Note-se que o termo supracitado nada informou a respeito de quaisquer outros processos apensos ao auto de infração. Entretanto, o auditor fiscal, afirma ter apensado ao auto de infração o processo administrativo de habilitação da importadora de nº 10730.011994/2007- 83, o qual não foi disponibilizado para a defendente, uma vez que somente foi remetida a cópia do auto de infração e seus documentos anexos, mas não de seus apensos;

-Há ilegalidade na utilização de prova emprestada dos processos administrativos nºs 10730.011994/2007-83 (RADAR), e 10730.003034/2011-26. Tais provas não possuem os três requisitos necessários a sua validade: a) ter sido colhida em outro processo entre as mesmas partes; b) que na sua produção tenham sido observadas as formalidades estabelecidas em lei; c) e que o fato probando seja idêntico nas duas situações. Portanto, não podem se utilizadas como prova a favor

do Fisco para responsabilizar a impugnante por infrações supostamente cometidas pelo importador;

-O lançamento fiscal é nulo por utilizar de documentos em idioma estrangeiro sem tradução juramentada, notadamente os alegados instrumentos contratuais das empresas Zuchetti International LLP e Greentag Investment LLP, de folhas 14.404 a 14.415; referidos documentos devem ser desentranhados do presente processo por não possuírem validade legal.

-Os Auditores Fiscais da Receita Federal não possuem competência para inclusão de responsáveis solidários no auto de infração por falta de previsão legal. Decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais amparam esse entendimento;

-Houve violação do devido processo legal por inobservância do §3º do art. 9º do Decreto nº 70.235/72 (prevenção de jurisdição), pois a própria fiscalização registra que já havia sido instaurado processo administrativo de fiscalização por outra unidade da Receita Federal (Niterói);

-Não houve autorização expressa para um segundo exame, fato que desatende o disposto no art. 906 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999, e torna nulo o auto de infração;

-Houve violação ao princípio constitucional do devido processo legal decorrente da revisão de lançamento por mudança de critério jurídico, de que trata o art. 146 do CTN. A fiscalização em Paranaguá tenta realizar uma revisão de dois lançamentos antes formalizados pela unidade de Niterói, adotando um critério jurídico diverso daquele que foi aplicado uniformemente nas duas últimas autuações;

-Talvez por inconformismo com o julgamento da 1ª Turma da DRJ de Florianópolis/SC - que acertadamente decidiu cancelar a penalidade aplicada no primeiro auto de infração - a qual foi, inclusive, confirmada pelo íncrito Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, ou apenas por considerar equivocado o critério jurídico da DRF de Niterói/RJ assentado nas duas primeiras autuações, a Delegacia da Receita Federal de Paranaguá/PR, em ousadia ímpar, decidiu complementá-las e refiscalizar o sujeito passivo. Diga-se, ademais, que este não poderia tampouco ser considerado lançamento complementar, uma vez que não atenderia sequer o disposto no §4º do art. 41 do Decreto nº 7.574/2011;

-Veja-se acórdão nº 3403-003-049 da colenda Quarta Câmara de Julgamento do CARF no processo administrativo nº 10907. 720350/2012-88 (acórdão anexo), no sentido de declarar a nulidade da autuação por ofensa ao art. 59, inciso I, do Decreto nº 70.235/72, em virtude da prevenção da DRF de Niterói/RJ, afastando-se, por conseguinte, a competência da DRF de Paranaguá/PR para fiscalizar aqueles mesmos fatos geradores e a respeito dos mesmos sujeitos passivos, e do mesmo objeto do auto de infração em epígrafe;

-A propósito, vale dizer que o auto de infração em epígrafe representa clara violação da coisa julgada administrativa, uma vez que a nova autuação recaiu sobre fatos geradores idênticos aos que já foram julgados pelo CARF e que foram considerados nulos por incompetência da autoridade fiscal de Paranaguá/PR para fiscalizá-los e autuá-los;

-É de se ressaltar uma vez mais que, quando da lavratura do auto de infração ora impugnado, a BARLEY MALTING já havia sido autuada, e a ora Impugnante

responsabilizada na condição de terceiro, pela Delegacia da Receita Federal de Niterói/RJ, tanto pelas operações de importação que realizou no Porto do Forno em Arraial do Cabo, no Estado do Rio de Janeiro, localidade de sua matriz, quanto por suas operações de importação realizadas no Porto de Paranaguá, no Estado do Paraná, local de seu estabelecimento filial (cf. autos de infração nº 10730.003034/2011-26 e nº 10730.722104/2012-20), conforme informações fornecidas pelo próprio relatório fiscal;

-De realçar, ainda, que os supracitados autos de infração da DRF de Niterói/RJ, formalizados, respectivamente, em março de 2011 e fevereiro de 2012, aplicaram à BARLEY MALTING a penalidade de 10% incidente sobre o valor das importações, prevista no art. 33 da Lei nº 11.488/07, por entenderem que esta empresa teria incorrido na conduta de cessão de nome em importações realizadas no período de 18.09.2008 a 16.05.2011;

-Depreende-se que a DRF de Niterói/RJ assim procedeu por entender que não seria passível a cumulação das duas penalidades sobre o mesmo sujeito passivo, o que não significava dizer que ela entendesse não ser permitida a aplicação respectiva das penas de cessão de nome, ao importador ostensivo, e de perdimento de bens ao suposto beneficiário da operação de importação;

-No auto de infração em debate, a Delegacia da Receita Federal de Paranaguá/PR, por discordar abertamente dos critérios jurídicos adotados nas duas autuações da DRF de Niterói/RJ, entendeu que seria de sua competência complementar aquelas autuações e simplesmente dar início a refiscalização do mesmo contribuinte e dos mesmos fatos geradores autuados anteriormente, e que foram declarados nulos pelo CARF;

-Dessa forma, é flagrantemente nula a autuação do sujeito passivo e responsabilização solidária da Impugnante sobre a qual agora também recai a multa substitutiva do perdimento, relativamente às mesmas declarações de importação e, portanto, aos mesmos fatos geradores já fiscalizados e autuados pela Delegacia da Receita Federal de Niterói/RJ, mediante a introdução de novos critérios jurídicos de lançamento fiscal;

-Diz-se que a DRF de Paranaguá/PR introduziu novos critérios jurídicos nas autuações fiscais da DRF de Niterói/RJ porque, nas autuações formalizadas pela unidade da Receita Federal de Niterói/RJ, foi aplicada somente a penalidade de 10% do art. 33 da Lei nº 11.488, de 15.6.2007, imputando-se ao sujeito passivo apenas a conduta de cessão de nome; enquanto a unidade da Receita Federal em Paranaguá/PR, no auto ora impugnado, aplicou ilegalmente a pena de 100% do art. 23, inciso V, do Decreto-Lei nº 1.455/76, por suposta interposição fraudulenta de terceiros no comércio exterior;

-Houve atipicidade da conduta da impugnante, não havendo, por isso, responsabilidade;

-O devido processo legal foi desatendido na determinação do valor aduaneiro arbitrado pelo auditor fiscal;

-As alegações da fiscalização de que participa ou forma um grupo informal em conjunto com as empresas fiscalizadas são improcedentes e as ilações a respeito de funcionários comuns, importações anteriores de malte, contratos de arrendamento e de compra e venda, participações societárias de outras empresas, são fantasiosas e não correspondem à realidade, conforme provas que apresenta e demonstra em sua impugnação;

-A F'NA É-OURO requer sejam acolhidas as preliminares e, no mérito, julgado improcedente o auto de infração.

Cientificada das exigências fiscais, por abertura de mensagem, em 08/12/2016 (fl. 14.628) a interessada, Barley Malting Importadora Ltda, apresentou, em 26/12/2016 (fl. 15.075), impugnação na qual, após discorrer sobre tempestividade e os fatos, alega, em síntese:

-Há nulidade absoluta em razão da quintuplicidade da fiscalização e penalização da impugnante; há litispendência;

-Mais uma vez compete à impugnante suscitar a nulidade absoluta do presente auto de infração em razão da “QUÍNTUPLA FISCALIZAÇÃO” e “TENTATIVA DE PENALIZAÇÃO” da empresa sob os mesmos argumentos e com base na mesma narrativa fundada em alegações incompletas e imprecisas, como ocorrera nas oportunidades passadas, caracterizando nítida afronta ao princípio da segurança jurídica, elementar no estado democrático de direito, ao atentar contra a coisa julgada administrativa, além de não respeitar a "litispendência" processual, confusão de competências, desrespeito às regras de hierarquia e de prevenção, o que, por óbvio, é vedado pela legislação pátria;

-A Barley Malting foi fiscalizada e atuada pela Receita Federal do Brasil em dois outros procedimentos fiscais da Delegacia da Receita Federal em Niterói, um outro da Superintendência Regional da Receita Federal no Rio de Janeiro, e outros três da Delegacia da Receita Federal de Paranaguá, além desta nova autuação da Secretaria da Receita Federal do Brasil Paranaguá, também referente a operações efetuadas em Paranaguá, desmembrada em três novos autos de infração;

-Administração Pública, por meio da decisão 1ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento de Florianópolis, no acórdão 07- 26.752 / 07-29.926 / 07-31.165, e pelo CARF Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no acórdão 3201-001.254 da 2ª Câmara/ 1ª Turma Ordinária, já se pronunciou afirmando que as operações da Impugnante observam todos os requisitos legais para os atos de comércio praticados, e caracterizam importação por conta própria, decisão essa que deve imperar pelos princípios da hierarquia e definitividade (coisa julgada) das decisões administrativas;

-A questão fática sustentadora do presente processo já foi dirimida pelos Órgãos Julgadores (SRRF/Diana — 9ª Região Fiscal, DRJ/Florianópolis e CARF), sendo de rigor acolhê-lo, seja como coisa julgada (preclusão), seja como mera questão reflexa;

-Parece óbvia a observação de que a Administração Pública não decide a mesma situação fática de forma conflituosa: a decisão do CARF e decisões da DRJ/SC sobre os mesmos fatos têm o status de manifestação do Estado e sobre a questão não mais se emite decisão, sob pena de conflito acerca do entendimento do próprio Estado;

-As decisões administrativas favoráveis aos contribuintes se esgotam na Administração Pública. Isto porque é a própria Administração revendo os seus atos (princípio da definitividade), como corolário do princípio da legalidade a que está sujeita;

-Houve cerceamento do direito de defesa da impugnante e ofensa ao princípio da legalidade, em razão da não juntada aos autos de documentos importantes mesmo tendo sido apresentados pela impugnante no curso do processo de fiscalização, tal como Acórdãos da DRJ Florianópolis e do CARF;

-O agente da Receita Federal suscita, ao longo de seu texto, processos administrativos arquivados, julgados insubsistentes ou declaradamente nulos, tendo

sido, inclusive, declarada a incompetência da autoridade fiscal de Paranaguá para análise dos fatos elencados, nos termos do Acórdão CARF 3403-003.049;

-O agente fiscal não poderia proceder ao novo exame do mesmo exercício já fiscalizado, em relação aos mesmos fatos, já que não possui autorização e ordem escrita do Superintendente, Delegado ou Inspetor da Receita Federal, nos termos do artigo 42, do Decreto 7.574/2011;

-Há nulidade em virtude de incompetência absoluta do Auditor Fiscal autuante para revisão dos lançamentos anteriores. Há prevenção de competência da autoridade que primeiro conhecer da infração e lançar (artigos 18, §3º, e 38, § 4º, do Decreto nº 7.574/2011);

-O lançamento é nulo porque o agente fundamentou o lançamento tributário em documentos estrangeiros, sem a devida tradução juramentada, além do que foram obtidos ilegalmente em território estrangeiro (fora dos limites jurisdicionais do AFRFB), fazendo simples menção a sítio de busca estrangeiro, com desprezo total das formalidades legais;

-O auto de infração, além de todos os vícios já apontados, também padece de nulidade insanável por ausência de liquidez e certeza. Com efeito, está claro no relatório fiscal que o agente fiscal, ilegalmente, considerou, para efeito dos cálculos, valores apontados nas DI's como "ACRÉSCIMOS" (desestiva, descarga da mercadoria);

-Há caráter confiscatório nas diversas autuações lavradas contra a impugnante pelos mesmos fatos e operações;

-A Barley Malting é empresa regularmente constituída e, no exercício de seus objetivos sociais, exerceu a atividade empresarial de importação, cumprindo fielmente todos os requisitos e regras exigidos pela legislação brasileira para atuar no comércio exterior;

-A Impugnante, no curso de todas as ações fiscais, demonstrou sua idoneidade financeira, capacidade técnica e disponibilidade de recursos para efetivar, como o fez, as operações de importação própria, por sua conta e risco;

-A Barley Malting, no curso das 05 (cinco) fiscalizações, apresentou, por diversas e repetidas vezes, todas as informações de que dispunha, inclusive sobre seus fornecedores;

-A Impugnante adimpliu com as obrigações cambiais, tributárias aduaneiras inerentes às importações com recursos próprios;

-O auditor fiscal não demonstrou a alegada fraude nas operações de importação, lavrando o auto de infração com base apenas em suposições e conjecturas, sem previsão legal e, inclusive, contra os julgados definitivos dos autos dos processos administrativos fiscais de números 10730.003034/2011-26, cujo processo se encontra arquivado tendo o julgamento declarado "que não há que se falar em cessão do nome da pessoa jurídica para realização de operações de comércio exterior" (acórdão 07-26.752 - 2ª Câmara/1ª Turma da DJR/FNS) e 10730.722104/2012-20, cujo julgamento tem o mesmo teor (acórdão 07-29.916- 1ª Turma da DJR/FNS), ambos autuados pela DRF/Niterói. Não há, por consequência, qualquer importação por conta e ordem de terceiros ou ocultação do real importador, como pretendem induzir forçosamente o agente fiscal;

-O agente fiscal agiu em afronta à legislação ao descaracterizar, sem qualquer motivação, atos e negócios privados da Barley Malting, celebrados em obediência à Lei Civil e às formas jurídicas estabelecidas;

-Não se verifica a ocorrência de interposição fraudulenta, dano ao erário, entrega de documento fraudado, simulação de compra e venda ou qualquer outra espécie de ilícito ligada ao comércio exterior, muito menos a infração tipificada no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007, mesmo porque a finalidade da norma é coibir o empréstimo do nome, não regular atividade de empresa com dimensão de negócios como a da Impugnante;

-A Impugnante assumiu por sua conta e risco as importações de malte, principalmente porque: (a) mantém estoque regular do produto em grande quantidade; (b) verificou-se perda e deterioração de produto em estoque, numa clara demonstração de que era a efetiva proprietária dos produtos; e (c) ocorre a transformação do produto importado em operação industrial que não foi considerada pelo Fisco;

-Esclareça-se que a RFB traz clara construção de narrativa com informações passadas desconstruídas acerca da constituição da sociedade empresária, mas, como exposto acima, já houve tentativa anterior de imputar-lhe multa sobre o mesmo pretexto, cujos autos de infração foram anulados ou julgados insubsistentes, como será posteriormente explicado;

-A RFB se utiliza de fato continuado (a execução do objeto social da Impugnante), que obviamente se materializa de forma sucessiva e continuada, não devendo o auto de infração ser apartado das decisões anteriores, pois a autuação é sobre o exercício de atividades de comércio exterior e não sobre um evento isolado. O que se pode entender das diversas autuações frustradas dos agentes públicos é a tentativa de descaracterizar a unidade do caso lançando Declarações de Importação diversas para criar uma situação de análise isolada do fato gerador, o que é completamente descabido; e tanto é verdade que as narrativas de todos os processos aqui suscitados são idênticas, utilizando-se todas das mesmas bases fáticas, legais e jurídicas;

-Não se aplica nenhuma das penalidades impostas à impugnante prevista nos artigos 675, IV e 689, § 1º do Decreto 6.759/09 combinados com o artigo 73 da Lei 10.833/03, pois não houve qualquer irregularidade na exploração de seu objeto social;

-Inexistiu superfaturamento. A alegação de superfaturamento e fraude, conluio, sonegação e remessa irregular de divisas partiu de pressupostos subjetivos, não observando a forma determinada em lei para essa apuração, tampouco o conceito legal dessas figuras ilícitas;

-Não se aplica nenhuma das penalidades impostas à impugnante prevista no artigo 711, III, do decreto 6.759/09, pois não há qualquer informação inexata ou omissão da impugnante nas operações de importação de malte;

-Tantas autuações, tantas multas, tantas objeções às mesmas operações comerciais configura nítido confisco combinado com excesso de exação e abuso de poder;

-Além das alegações inexatas e informações parciais e desconstruídas, interessante apontar algumas das contradições do texto apresentado, como, por exemplo, o entendimento acerca da necessidade de se estabelecer comprador prévio em razão dos custos e riscos relacionados ao objeto social único e exclusivo de importação para, na sequência, explicar que o Brasil produz apenas 35% da demanda de cevada (matéria prima do malte). Ou seja, o mercado nacional possui um gap de cerca de 65%, o que evidencia o amplo mercado de atuação dos

importadores. Esclareça-se, ainda, que quando há queda na produção do milho, os agropecuaristas utilizam a cevada como ração, reduzindo ainda mais a oferta do cereal para o mercado cervejeiro, aumentando a dependência das importações;

-A Barley Malting Importadora Ltda requer:

“i) sejam riscadas dos autos as ofensas dirigidas contra a impugnante e as pessoas físicas representantes ou não das pessoas jurídicas;

ii) seja declarado nulo o auto de infração; ou improcedente o lançamento tributário efetuado, reconhecendo-se o cabimento e pertinência da presente impugnação e, conseqüentemente, promover a extinção do crédito decorrente da autuação lavrada;

iii) a juntada dos documentos que acompanham a presente impugnação, resguardados os direitos relativos à apresentação de documentos outros que se revelem essenciais ao convencimento, nos termos permitidos pela legislação pertinente, aplicando-se ainda subsidiariamente o artigo 397 do Código de Processo Civil, bem como utilizar-se de todos os meios de prova em direito admitidas.”

Em 13/04/2017, conforme Termo de Solicitação de Juntada (fl. 17.349), a Barley solicitou, às fls. 17.351-17.378, a anexação de documento superveniente (Acórdão do CARF relativo ao processo nº 10074.721487/2012-08) e pede, ainda, para que seja analisada a possibilidade de, por motivo de segurança jurídica, seja enviado o presente processo à DRJFlorianópolis, que julgou diversos outros processos semelhantes."

Ato contínuo, a DRJ-FORTALEZA (CE) julgou a Impugnação do Contribuinte nos seguintes termos:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 09/08/2012 a 28/12/2012

PROTESTO GENÉRICO PELA POSTERIOR PRODUÇÃO DE PROVAS. INEFICÁCIA.

O protesto genérico pela posterior apresentação de prova é inútil no processo administrativo tributário, em que a impugnação deve estar instruída com os documentos em que se fundamenta, precluindo o direito de apresentá-los noutra momento, exceto nas hipóteses definidas na lei, as quais independem de prévio protesto.

PROVA EMPRESTADA. CABIMENTO.

Reputa-se válida a utilização de prova emprestada vez que inserida na contextualização do princípio da economia processual, pelo qual busca-se a máxima efetividade do direito substancial com o mínimo uso de atividades processuais, mormente quando envolver fatos e partes comuns e a pessoa contra quem a prova está sendo utilizada tenha tomado conhecimento dos fatos e apresentado contestação, não havendo falar em violação do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

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

Estando o Auto de Infração devidamente motivado, contendo a descrição dos fatos e a fundamentação jurídica, referentes a todas as infrações, não há falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

REEXAME DE MESMO EXERCÍCIO. COMÉRCIO EXTERIOR. MULTA. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO.

Tratando-se da aplicação de multa relacionada ao comércio exterior referente a operação que ainda não tenha submetida a revisão aduaneira, não se aplica a exigência de prévia autorização para o reexame do mesmo exercício, procedimento que é típico do Imposto de Renda.

PREVENÇÃO. INEXISTÊNCIA.

Não tendo as declarações de importação objeto da autuação sido alvo de revisão aduaneira ou fiscalização por outra unidade inexistente prevenção.

JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. REFERÊNCIAS À DOCTRINA OU À JURISPRUDÊNCIA. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO.

As referências a entendimento extraído de julgados administrativos ou judiciais que não tenham efeito vinculante, ou a manifestações da doutrina especializada, não obstam o livre convencimento do julgador no âmbito do contencioso administrativo.

DOCUMENTO GRAFADO EM IDIOMA ESTRANGEIRO DESACOMPANHADO DE TRADUÇÃO JURAMENTADA. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

Em se tratando de documento grafado em idioma estrangeiro, cuja tradução não seja indispensável para a sua compreensão, não é razoável negar-lhe validade e eficácia probatória, meramente pelo fato de encontrar-se desacompanhado de tradução juramentada, mormente quando produzido pela própria parte que requer sua desconsideração. Regras instrumentais devem ser interpretadas sistematicamente, levando em consideração os princípios processuais, dentre eles, o de que nenhum ato deverá ser declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO. INEXISTÊNCIA.

Não estando as declarações de importação objeto de autuação abrangidas em processo formalizado anteriormente, a sua análise posterior via revisão aduaneira, instituto amparado por expressa disposição legal, não implica mudança de critério jurídico.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 09/08/2012 a 28/12/2012

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA NA IMPORTAÇÃO. OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE. MULTA.

A ocultação do sujeito passivo, do real comprador ou do responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, consiste em infração punível com a multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou tenha sido consumida.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 09/08/2012 a 28/12/2012

INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO ADUANEIRA. RESPONSABILIDADE.

Responde pela infração à legislação aduaneira quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática ou dela se beneficie, inclusive o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora.

ARGUIÇÃO DE EFEITO CONFISCATÓRIO. APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA DE JULGAMENTO. DESCABIMENTO.

A Administração Tributária deve se pautar pelo princípio da estrita legalidade, assim como pela presunção relativa de constitucionalidade das leis e atos normativos, não competindo à autoridade administrativa manifestar-se quanto à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, incumbindo ao Poder Judiciário tal mister.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

O julgamento foi no sentido de excluir do pólo passivo a empresa F'NA É-OURO GESTÃO DE FRANCHISING E NEGÓCIOS LTDA, exonerando-a da exigência sob exame; e exonerar parte do crédito lançado, no valor de R\$ 17.912.332,17, mantendo o valor de R\$ 33.769.316,49 relativamente aos sujeitos passivos BARLEY MALTING IMPORTADORA LTDA e a CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A.

A DRJ então recorreu de ofício a este Conselho, tendo em vista a exclusão do responsável solidário e o limite financeiro previsto para apresentação de recurso de ofício, nos termos do art. 1º da Portaria MF 63/2017.

Em seguida, devidamente notificadas, a Cervejaria Petrópolis S/A e a Barley Malting Ltda interpuseram o presente recurso voluntário pleiteando a reforma do acórdão.

Nos Recursos Voluntários, as Empresas suscitaram as mesmas questões preliminares e de mérito, repetindo as argumentações apresentadas na impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Pedro Sousa Bispo

Recurso de Ofício

O recurso de ofício deve ser conhecido, visto que a decisão recorrida exonerou tributo, juros de mora e encargos de multa em valor superior a R\$ 2.500.000,00, eis o teor do art. 1º da Portaria MF 63/2017:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).

§ 1º O valor da exoneração deverá ser verificado por processo.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput quando a decisão excluir sujeito passivo da lide, ainda que mantida a totalidade da exigência do crédito tributário.

Ademais, exclui-se também a responsabilidade solidária pelo crédito tributário atribuída à empresa F'NA É-OURO GESTÃO DE FRANCHISING E NEGÓCIOS LTDA.

Conforme consignado no Relatório, a acusação fiscal do presente processo é de que a empresa Barley Malting Ltda teria efetuado importações de malte de cevada proveniente da Argentina com a ocultação do real importador Cervejaria Petrópolis S/A, fato que ensejou a exigência de crédito tributário no valor de R\$ 51.681.648,66 referente a multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias importadas sujeitas à pena de perdimento por não terem sido localizadas, consumidas ou revendidas, nos termos da previsão contida no Art. 23, V, § 1º e 3º, do Decreto-lei nº 1.455/76, de 07/04/1976, e à época regulamentada pelo Art. 689, XXII, do Decreto nº 6.759/09, de 05/02/2009.

Embora tenha sido mantida a acusação de interposição fraudulenta, o Julgador *a quo* exonerou parte do lançamento fiscal, no montante de R\$ R\$ 17.912.332,17, das empresas Barley Malting e Cervejaria Petrópolis sob o fundamento de que deveriam ser excluídas do lançamento fiscal de multa equivalente ao valor aduaneiro aquelas mercadorias importadas que tiveram como destinação outras empresas que não a Cervejaria Petrópolis. Além disso, entendeu o Julgador que a Autoridade Aduaneira se utilizou de base de cálculo incorreta para o cálculo da multa lançada, uma vez que fez incidir a multa sobre o maior valor, tido como superfaturado, quando deveria ter incidido a multa sobre o valor menor que entendeu como correto da mercadoria importada. Esse último item representou grande parte da exoneração efetuada.

A Autoridade Tributária conseguiu individualizar as notas fiscais de venda do malte importado em cada DI, fato que ensejou a identificação do malte de cevada vendido para terceiros e conseqüentemente a possibilidade de se subtrair as quantidades respectivas no

cálculo da multa equivalente ao valor aduaneiro. No entanto, cabe ressaltar que as referidas vendas para terceiros no ano de 2012 constituem-se em menos de 4% do total das vendas da empresa, sendo o restante (96%) destinado a Cervejaria Petrópolis. Tal percentual irrisório, segundo o Julgador *a quo*, não tem potencial para alterar o entendimento de que teria ocorrido interposição fraudulenta nas DIs objetos da autuação.

Tem-se, portanto, que foi correta a exoneração do crédito efetuada pela DRJ no montante de R\$ 67.694,46, pois as operações com terceiros não tiveram relação alguma com a acusação fiscal de interposição fraudulenta operada pela importadora Barley Malting visando acobertar a Cervejaria Petrópolis.

Como já afirmado antes, a maior parte da exoneração do crédito tributário, no montante de R\$ 17.847.637,71, deu- porque a Autoridade Tributária teria se utilizado de base incorreta para apuração da multa em valor equivalente ao valor aduaneiro.

Inicialmente, cabe esclarecer que, além da acusação de interposição fraudulenta, a Recorrente também foi autuada porque a Fiscalização identificou ligações entre a Barley e o exportador que, segundo seu entendimento, influenciou no valor aduaneiro indicado nas importações, não sendo os valores declarados nas DIs correspondentes aos efetivamente praticados. A Fiscalização entendeu no lançamento fiscal, operado por meio do processo nº10907.721958/2016-53, que os valores aduaneiros estariam bem majorados, sem razão lícita, na ordem de 58% ou mais, se comparados com aqueles valores de exportação informados à aduana argentina pelo produtor do malte (Cargill). As informações da aduana argentina foram obtidas por meio do sistema INDIRA (Sistema de Intercâmbio de Informações dos Registros Aduaneiros no Mercosul), o qual permite o acesso aos dados de importações e exportações declaradas nos países participantes, sistema, inclusive, que é base para se verificar o cumprimento e o tratamento de mercadorias para as quais se busquem os benefícios e requisitos do regime aduaneiro comum. Os valores apurados são demonstrados na Tabela D.8, constante nas fls.fl. 14.435.

Nesse passo, não merecendo fé as faturas, pelos motivos acima expostos, entendeu o Julgador como correto o levantamento efetuado pela fiscalização por meio do citado sistema INDIRA, no qual identificou os valores reais das mercadorias informados nas declarações de exportação na Argentina, correspondentes às três DI's brasileiras (Tabelas à fl. 14.435), observando-se que esses preços foram bem menores que os declarados à aduana brasileira.

No cálculo da multa em substituição a pena de perdimento o Auditor se utilizou dos valores entendidos como declarados a maior (superfaturado) pela Barley Malting, constante da tabela citada.

Tendo em vista que o art. 23, inciso V, §§ 1º e 3º do Decreto-lei nº 1.455/1976, preceitua que a base da multa é o Valor Aduaneiro da Mercadoria, tem-se que deve ser utilizado aquele valor aduaneiro entendido como verdadeiro, correspondente a realidade, apurado pela fiscalização (menor) e não o valor incorreto maior (superfaturado), restando, portanto, incorreta a metodologia de cálculo da multa adotada pela Fiscalização. Em vista disso, nada a reparar no acórdão da primeira instância quanto a exoneração do montante de R\$ 17.847.637,71.

Quanto a responsabilidade solidária atribuída à empresa F'NA É-OURO GESTÃO DE FRANCHISING E NEGÓCIOS LTDA não foram identificados nos autos quaisquer elementos de prova que pudessem levar a conclusão de que essa empresa concorreu para o cometimento da infração. Como bem disse o Julgador no acórdão recorrido, *a F'NA É-*

OURO, especificamente em relação às três DI's objetos de autuação, não teve participação na ocultação, uma vez que, conforme a fiscalização aduz à fl. 14.365, esta deixou de importar desde 05/08/2008. Tem-se que todos os fatos listados pela fiscalização envolvendo a empresa F'NA É-OURO se deram em anos bem anteriores aqueles em que ocorreram as importações objeto do lançamento ora analisado, tampouco a Fiscalização trouxe qualquer elemento de prova novo que comprovasse o envolvimento da F'NA É-OURO.

Correta, portanto, a exclusão da responsabilidade solidária da F'NA É-OURO pois a Fiscalização não logrou êxito em provar o seu envolvimento na infração cometida.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso de Ofício.

Recurso Voluntário

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele se deve conhecer.

A Barley Malting Ltda e a Cervejaria Petrópolis S/A, em separado, interpuseram Recurso Voluntário. Como o envolvimento de ambas na presente autuação foi decorrente dos mesmos fatos, os dois recursos serão analisados de forma conjunta no presente voto.

Conforme consignado no Relatório, a acusação fiscal do presente processo é de que a empresa BARLEY MALTING LTDA teria efetuado importações de malte de cevada proveniente da Argentina com a ocultação do real importador CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A, fato que ensejou a exigência de crédito tributário no valor de R\$ 51.681.648,66 referente a multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias importadas sujeitas à pena de perdimento por não terem sido localizadas, consumidas ou revendidas, nos termos da previsão contida no Art. 23, V, § 1º e 3º, do Decreto-lei nº 1.455/76, de 07/04/1976, e à época regulamentada pelo Art. 689, XXII, do Decreto nº 6.759/09, de 05/02/2009.

Após os recursos de Impugnação das empresas, foi dado provimento em parte com a finalidade de excluir a responsabilidade solidária da empresa F'NA É-Ouro e exonerar parte do crédito lançado, no valor de R\$17.912.332,17 mantendo-se o valor da multa no importe de R\$ 33.769.316,49 e permanecendo no pólo passivo a destinatária das mercadorias CERVEJARIA PETRÓPOLIS e a Importadora BARLEY MALTING.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se a analisar as pretensões das Recorrentes em suas questões preliminares e de mérito.

PRELIMINARES

NULIDADE DO AUTO POR AUSÊNCIA DA ORDEM ESCRITA REFERENTE AO SEGUNDO EXAME NO MESMO EXERCÍCIO DE 2012 E OCORRÊNCIA DE PREVENÇÃO

Argumenta a Recorrente que inexistente nos autos ordem escrita para reexame no mesmo exercício de 2012. Segundo o seu entendimento, deveria a Autoridade Aduaneira no presente processo ter submetido à ordem escrita da autoridade competente, nos termos do art.

42 do Decreto nº 7.574/2011 e art.99, §1º do Decreto-Lei nº 37/66, pois, não o fazendo descumpra regra de competência o que fulmina de nulidade o auto de infração aplicado.

É entendimento predominante neste Colegiado que a exigência contida no art. 42 do Decreto nº 7.574/2011 não é aplicável aos procedimentos aduaneiros, aplicando-se exclusivamente às situações para as quais o legislador previu, em relação aos procedimentos fiscalizatórios de tributos internos, mais especificamente ao imposto de renda, conforme infere-se da base legal do citado art. 42 do Decreto no 7.574/2011, Regulamento do PAF, mesma base legal do art. 906, do Decreto nº3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda RIR/99).

DECRETO No 7.574, DE 29 DE SETEMBRO DE 2011.

Regulamenta o processo de determinação e exigência de créditos tributários da União (...).

TÍTULO II

DO PROCESSO DE DETERMINAÇÃO E EXIGÊNCIA DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS

CAPÍTULO I

DO PROCEDIMENTO FISCAL

Seção V

Da Exigência Fiscal

Subseção V

Do Segundo Exame da Escrita

Art. 42. Em relação ao mesmo exercício, só é possível um segundo exame, mediante ordem escrita do Superintendente, do Delegado ou do Inspetor da Receita Federal do Brasil (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º, § 2º; Lei nº 3.470, de 1958, art. 34).

DECRETO Nº 3.000, DE 26 DE MARÇO DE 1999.

Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza.

LIVRO II

TRIBUTAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS

TÍTULO III

CONTROLE DOS RENDIMENTOS

CAPÍTULO I

FISCALIZAÇÃO DO IMPOSTO

Seção I

Competência Reexame de Período já Fiscalizado

Art. 906. Em relação ao mesmo exercício, só é possível um segundo exame, mediante ordem escrita do Superintendente, do

Delegado ou do Inspetor da Receita Federal (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º, § 2º, e Lei nº 3.470, de 1958, art. 34).

LEI Nº 2.354, DE 29 DE NOVEMBRO DE 1954.

Altera a legislação do impôsto sôbre Renda, e dá outras providências.

Art. 7º Suprimam-se na Seção I, do Capítulo II, do Título II, os artigos 124, 136 [...VETADO...] do decreto nº 24.239, de 22 de dezembro de 1947, e acrescentem-se os seguintes: (...)

"Art. Os agentes fiscais do impôsto de renda procederão ao exame dos livros e documentos de contabilidade dos contribuintes e realizarão as diligências e investigações necessárias para apurar a exatidão das declarações, balanços e documentos apresentados, e das informações prestadas e verificar o cumprimento das obrigações." (...)

"§ 2º Em relação ao mesmo exercício só é possível um segundo exame da escrita mediante ordem escrita dos delegados seccional ou regional ou do diretor da Divisão do Impôsto de Renda."

LEI Nº 3.470, DE 28 DE NOVEMBRO DE 1958.

Altera a legislação do impôsto de Renda e dá outras providências.

Art 34. Os inspetores chefes das Inspetorias do Impôsto de Renda poderão:

I designar os agentes fiscais do Impôsto de Renda para procederem ao exame dos livros e documentos de contabilidade dos contribuintes;

II aplicar as multas previstas na legislação do impôsto de renda;
e

III determinar o lançamento "ex officio".

(negritos nossos)

Ao se falar em exercício na legislação transcrita, deve-se entender como exercício fiscal, ou seja, aquele ciclo de apuração de resultado sobre os rendimentos de pessoas físicas ou jurídicas, não tendo tal conceito aplicação no âmbito das operações aduaneiras.

Ainda, aduz a Recorrente que no âmbito do processo nº10074.721487/2012-08 a questão referente a impossibilidade de reanálise do mesmo exercício de 2012, sem autorização pela autoridade competente, já teria sido julgada com provimento pela Autoridade Julgadora.

Constata-se que no referido processo, quanto a questão da impossibilidade de reanálise no mesmo exercício de 2012 sem autorização da autoridade competente, o acórdão da DRJ foi reformado neste ponto com provimento dado ao Recurso de Ofício, utilizando-se o

Julgador dos mesmos fundamentos anteriormente indicados para negar a aplicação dos dispositivos citados às operações de comércio exterior.

Também entendo não ser o caso de prevenção, pois as DI's objetos de autuação não tinham sido alvo de revisão anterior, nem havia sido iniciada antes nenhuma fiscalização, por outra unidade, envolvendo as mesmas.

DO ERRO MATERIAL – DO ERRO NA BASE DE CÁLCULO DA MULTA – DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Aduz a Recorrente que o Julgador da DRJ reconheceu o erro cometido pelo Auditor Fiscal na escolha da base de cálculo da multa, porém compreendeu o Julgador que tal erro não ensejaria a nulidade do auto de infração, pois, de acordo com o mesmo, a Fiscalização cometeu erro de fato sanável.

Entende a Recorrente que o Julgador extrapolou a sua competência, ao aceitar base de cálculo diversa daquela que originalmente tinha sido utilizada pelo Auditor Fiscal. Tal procedimento de alteração da base de cálculo caberia somente ao Auditor Fiscal, nos termos do artigo 31 do Decreto 7.574/11, *in verbis*:

Art. 31. O lançamento de ofício compete ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, podendo a exigência do crédito tributário ser formalizada em auto de infração ou em notificação de lançamento.

Nesse aspecto, afirma que o erro no arbitramento trata-se de erro que vicia o lançamento, o que demanda a decretação de sua nulidade e a realização de novo lançamento.

Para entendimento da discussão trazida, reproduz-se o conteúdo do art. 145 do CTN:

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;

II - recurso de ofício;

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

O dispositivo legal transcrito prevê expressamente a possibilidade de alteração do lançamento no âmbito do julgamento da impugnação. Ademais, a base de cálculo correta da multa utilizada foi obtida com elementos trazidos aos autos pela própria Fiscalização, não há que se falar, portanto, de inovação no lançamento já que este continuou fundamentado nos mesmos fatos e provas apurados pela Fiscalização, uma vez que foi efetuada apenas a alteração do lançamento, por meio de uma readequação da sua base de cálculo, conforme autorizado pelo art. 145, I do CTN.

Se os fundamentos do lançamento não foram alterados, não se identifica prejuízo a defesa da Recorrente, tanto que ela obteve provimento quanto a este ponto na sua impugnação. Assim, não havendo qualquer prejuízo à defesa da Recorrente, não deve ser considerado nulo o lançamento.

DO ERRO MATERIAL – DA INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DE MALTE VENDIDO PARA TERCEIROS – DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Embora tenha sido mantida a acusação de interposição fraudulenta, o Julgador *a quo* exonerou parte do lançamento fiscal sob o fundamento de que deveriam ser excluídas do lançamento fiscal de multa equivalente ao valor aduaneiro aquelas mercadorias importadas que tiveram como destinação outras empresas que não a Cervejaria Petrópolis.

Noticia-se nos autos que a Autoridade Aduaneira conseguiu individualizar as notas fiscais de venda do malte importado em cada DI, fato que ensejou a identificação do malte de cevada vendido para terceiros e conseqüentemente a possibilidade de se subtrair as quantidades respectivas no cálculo da multa equivalente ao valor aduaneiro. No entanto, cabe ressaltar que as referidas vendas para terceiros no ano de 2012 constituem-se em menos de 4% do total das vendas da empresa, sendo o restante (96%) destinado a Cervejaria Petrópolis. Tal percentual irrisório não tem potencial para alterar o entendimento de que teria ocorrido interposição fraudulenta nas DIs objeto da autuação.

Tem-se que foi correta a exoneração do crédito efetuada pela DRJ pois as operações com terceiros não tiveram relação alguma com a acusação fiscal de interposição fraudulenta operada pela importadora Barley Malting visando acobertar a Cervejaria Petrópolis.

Nesse passo, a Recorrente alega que houve erro material no cálculo da multa em substituição a pena de perdimento com inclusão de mercadorias destinadas a terceiros, que não a Cervejaria Petrópolis, fato que ensejaria a nulidade de todo o lançamento fiscal.

Entendo que tal incorreção no lançamento não vicia todo o auto, pois constitui-se em um erro sanável, conforme já afirmado. As poucas destinações dadas a terceiros foram devidamente excluídas da base de cálculo da multa em substituição a pena de perdimento pelo Julgador *a quo* à vista do art.145, I do CTN, não causando, da mesma forma como se deu no item anterior, qualquer prejuízo à defesa da Recorrente, haja vista que não houve inovação na fundamentação do lançamento, bem como ele permaneceu baseado nos mesmos fatos e provas já contidos nos autos.

DA COISA JULGADA ADMINISTRATIVA

-ANÁLISE DOS FATOS APONTADOS NA AUTUAÇÃO FISCAL EM OUTROS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS COM O RECONHECIMENTO DE VALIDADE DAS IMPORTAÇÕES

- DA VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À DECISÃO EMITIDA PELO CARF – SOBERANIA JURISDICIONAL E DECISIONAL DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS

- O PRINCÍPIO DA HIERARQUIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em suma, alega a Recorrente que as afirmações constantes da acusação fiscal são repetições de "conclusões" alcançadas em vários outros procedimentos fiscais que já formam objeto de julgamento nas instâncias administrativas, inclusive com decisão definitiva deste Colegiado. Nesse passo, discrimina algumas matérias discutidas naqueles processos correlacionando com os temas trazidos no Relatório Fiscal do presente processo.

Embora se reconheça que, em verdade, a Fiscalização trouxe fatos comuns de outros processos de autuação de períodos anteriores, julgados pela DRJ ou pelo CARF, tais

fatos, se relevantes, serão entendidos como indícios da presente acusação fiscal e serão oportunamente avaliados na discussão do mérito por este Conselheiro em conjunto com os novos elementos de provas trazidos pela Fiscalização referentes ao período de autuação a fim de se chegar a convicção para a melhor solução da lide.

Ademais, apenas em dois processos houve o julgamento dos mérito envolvendo alguns fatos semelhantes aos discutidos no presente processo. Nos demais os julgamentos foram favoráveis ao contribuinte, em sua maioria, por reconhecimento de existência de vício formal na lavratura do auto de infração. Também, mesmo naqueles em que o mérito foi apreciado, tal como os de nº 10730.003034/2011-26 e 10730.722104/2012-20, observa-se pela comparação entre os conteúdos dos Relatórios Fiscais deles e do processo ora analisado que a Fiscalização abordou no presente processo alguns temas que não foram objetos de discussão naqueles já julgados.

Por ora, cabe afirmar apenas que tais decisões prolatadas naqueles processos não vinculam o julgamento aqui realizado, tendo em vista que podem ser processos com a mesma acusação, mas se houver qualquer diferença entre os seus conjuntos probatórios, como se dá no presente caso, é possível se chegar, ou não, a uma decisão de mérito diversa daquelas prolatadas nos processos já julgados. Além do que, as importações ora analisadas dizem respeito, evidentemente, a operações de comércio exterior ocorridas em períodos diversos daqueles anteriormente autuados e julgados nas instâncias administrativas. Assim, não se acolhe a preliminar suscitada.

DA IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DAS PROVAS EMPRESTADAS DOS PAFs N°s 10730.011994/2007-83 E 10730.003034/2011-26

A empresa Cervejaria Petrópolis S/A alega em sua defesa que o Auditor Fiscal fundou o seu lançamento em fatos apurados em outros processos administrativos de PAFs n°s 10730.011994/2007-83 e 10730.003034/2011-26, nos quais a Recorrente não foi parte, não podendo tais fatos serem utilizados no presente processo administrativo, sob pena de nulidade.

A questão aqui envolvida diz respeito a utilização de prova emprestada originada de outro processo, sendo necessária, dessa forma, a análise dos requisitos necessários para a sua aplicação no contencioso administrativo.

Como se sabe, a jurisprudência do CARF é pacífica no sentido de aceitar a prova emprestada de outro processo, desde que ela sofra nova valoração e seja garantido o contraditório. Reproduzem-se alguns julgados nessa direção:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano calendário: 2006

PROVA EMPRESTADA. PROCESSUAL. VALIDADE

É válido o emprego no processo administrativo tributário de prova carreada de outro processo administrativo cujo valor probante dependerá de nova valoração, sendo assegurado novo contraditório e ampla defesa.

(Acórdão nº 1302-002.328, Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, de 06 de outubro de 2017)

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 10/06/2013

**PROVA EMPRESTADA. EXISTÊNCIA DE CONTRADITÓRIO
E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE NULIDADE.**

Instaurado o contencioso administrativo, por meio da impugnação protocolizada, o contribuinte obteve a possibilidade de apresentar argumentos e provas de fato e de direito capazes de afastar a exigência fiscal, em atendimento ao contraditório e à ampla defesa, não havendo que se falar em nulidade.

(Acórdão nº3302003.368, Conselheiro Walker Araújo, de 27 de setembro de 2016)

Prova emprestada é aquela que, não obstante ter sido produzida em outro processo, é deste transferida para gerar efeitos em processo distinto. Trata-se, portanto, a prova emprestada na definição de Ada Pellegrini Grinover (apud Fabiana Del Padre Tomé, A Prova no Direito Tributário, 3ª ed, São Paulo, Noeses, 2011, p.137), como "*aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto*".

Discorda-se das argumentações da Recorrente quanto a invalidade da utilização da prova emprestada, pois não foi identificada qualquer mácula na utilização da prova de outros processos que tratam de algumas matérias fáticas comuns a aqui discutida. Conforme se observa, os processos originário das provas dizem respeito a habilitação da Barley Malting e lançamento de multa por cessão de nome, nos quais são apresentados alguns fatos comuns ao processo ora analisado envolvendo as empresas Barley Malting e a Cervejaria Petrópolis.

O fato do outro processo ter sido julgado de forma favorável à Recorrente, também não tem qualquer relevância para o presente caso, haja vista que a prova emprestada não produz nenhuma relação de decorrência ou prejudicialidade entre os dois processos. Além disso, as provas trazidas do outro processo sofrerão nova valoração e, conjuntamente com os novos elementos de provas trazidos pela Fiscalização, servirão para formar a convicção do julgador.

Por fim, foi franqueado amplo acesso ao contribuinte aos documentos juntados, bem como lhe foi garantido o pleno contraditório com todas as faculdades, ônus e efeitos daí decorrentes, principalmente, a interposição de recurso cabíveis, como fez a empresa.

Assim, afasta-se também essa preliminar suscitada.

DO CERCEAMENTO DE DEFESA, DA FALTA DE CLAREZA E OBJETIVIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO E CONSEQUENTE DESRESPEITO A AMPLA DEFESA E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A MALÍCIA EXISTENTE NO AUTO

Não vislumbro assistir razão às alegações do recurso também quanto a estas matérias. O auto de infração teve origem em auditoria realizada pela Fiscalização da Receita Federal, fartamente detalhada em relatório fiscal, onde constam a motivação e fundamentação jurídica para o lançamento, bem como as provas que conduziram a Autoridade Aduaneira à lavratura do auto de infração. Se a prova é insuficiente, como aduz a Recorrente, não se deve seguir na direção da nulidade, mas da eventual insubsistência da autuação.

A Recorrente foi cientificada da exigência fiscal e apresentou impugnação que foi apreciada em julgamento realizado na primeira instância. Irresignada com o resultado do julgamento da autoridade *a quo*, foi interposto recurso voluntário, rebatendo as posições adotadas pela autoridade de primeira instância, combatendo as razões de decidir daquela autoridade, portanto, as motivações para o lançamento, bem como, as do julgamento na primeira instância foram claramente identificadas. Com todo este histórico de discussão administrativa, não se pode falar em cerceamento de direito de defesa ou quaisquer outros vícios no lançamento ou no julgamento da primeira instância, todo o procedimento previsto no Decreto 70.235/72 foi observado, tanto quanto ao lançamento tributário, bem como, o devido processo administrativo fiscal.

Também argumenta a Recorrente que o Auditor Fiscal, ao deixar de trazer para o processo de autuação as cópias integrais do procedimento de autuação da empresa Barley Malting, as quais se reportou, selecionando apenas o que era de interesse para a acusação, cerceou o seu direito a defesa, uma vez que não foi parte desses processos.

Entretanto, em sua peça recursal, a empresa não especifica exatamente a quais documentos dos processos se reporta como juntados parcialmente, tampouco demonstra o prejuízo que lhe trouxe a juntada parcial de alguma prova tida como parcial dos processos citados.

Assim, alegações genéricas sem a indicação específica dos documentos e a demonstração do prejuízo causado a sua defesa não possuem potencial para se declarar a nulidade do lançamento ou desentranhamento dessas provas.

DA IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DAS PROVAS EM IDIOMA ESTRANGEIRO SEM TRADUÇÃO JURAMENTADA

Com relação à utilização de documentos escritos em língua estrangeira, é entendimento predominante neste Colegiado que no caso de operações de comércio exterior deve ser adotado o princípio do formalismo moderado do processo administrativo, que visa afastar exigências formais excessivas. À vista desse princípio, o caso concreto deve ser analisado pelo Julgador para verificar se a ausência de tradução juramentada trouxe algum prejuízo para as partes ou para a compreensão da causa pelo Julgador. Se inexistente tal prejuízo, tem-se que essa formalidade é perfeitamente dispensável.

No presente caso, os documentos questionados pela Recorrente dizem respeito principalmente a dados de constituição de empresas relativos aos seus quadros sociais. Tais documentos extraídos de *sites* estrangeiros estão escritos no idioma inglês e são de fácil entendimento para aqueles que lidam com comércio exterior, já que esse é o idioma usualmente utilizado nas operações de comércio exterior no mundo e um dos oficiais do GATT.

Ademais, o próprio Auditor em seu Relatório Fiscal, por vezes, colabora para a facilitação do entendimento dos termos estrangeiros contidos nos documentos juntados, conforme se pode conferir no trecho a seguir:

*Tal constituição manteve-se até 11/2009, quando se alteraram os membros oficiais da **parceria (partnership)**, bem como o nome da entidade, passando à denominação atual de GRENNTAG INVESTMENT LLP, conforme telas D.93 a D.97.*

(negrito nosso)

No caso concreto, portanto, percebe-se que a ausência de tradução juramentada de alguns documentos juntados não trouxe nenhum prejuízo para as partes ou para a compreensão da causa, razão pela qual essa formalidade é perfeitamente dispensável.

Não se acolhe essa preliminar.

MÉRITO

Conforme já consignado, a acusação fiscal é de ter ocorrido importação de mercadorias com ocultação do real adquirente na modalidade comprovada, mediante simulação ou fraude, restando caracterizada a infração de Dano ao Erário, na forma prevista no inciso V do artigo 23, do Decreto-Lei nº1.455/1976.

Por oportuno, faz-se breve exposição sobre as principais características das modalidades de importações envolvidas no caso a fim de se buscar a real identidade das importações em comento.

A “importação por conta própria” é a mais tradicional modalidade de importação. Nessa caso, a empresa importadora atua diretamente, sem intermediários (e simultaneamente) como importadora, realiza as tratativas da compra, fecha o câmbio em nome próprio com recursos próprios, paga os tributos e utiliza a mercadoria ou a vende no mercado interno para diversos compradores. Ou seja, a empresa importadora assume nessa modalidade todos os riscos logísticos da importação.

A operação de "importação por conta e ordem de terceiros" é aquela em que uma pessoa jurídica promove (o importador) em seu nome, o despacho aduaneiro de importação de mercadoria adquirida por outra (adquirente), em razão de contrato previamente firmado para terceirizar as atividades envolvidas na importação. Esta empresa atua como prestadora de serviços, já que a operação é realizada com recursos provenientes da adquirente, que é responsável, inclusive, pelo fechamento do câmbio.

O regramento da importação por conta e ordem foi dado pelos arts. 86 e 87 da IN SRF nº247/2002 e ADI nº07/2002, os quais apresentam os seguintes procedimentos e requisitos para a sua caracterização:

- deve ser firmado contrato prévio entre a pessoa jurídica importadora e o adquirente, específico para a importação por conta e ordem;

- não pode haver aquisição da propriedade das mercadorias pela importadora, o que se caracterizaria pela ocorrência de uma das seguintes hipóteses: a) conste como adquirente no contrato de câmbio; b) conste como adquirente na fatura internacional (invoice); c) emita NF de entrada/saída a título de compra ou venda; ou d) contabilize em estoque a entrada/saída da mercadoria importada como compra ou venda;

- os registros contábeis e fiscais da importadora devem evidenciar que se trata de mercadoria de propriedade de terceiros;

- a NF de remessa da importadora deve ser emitida pelo mesmo valor constante da NF de entrada, acrescida dos tributos incidentes na importação; e

- deve ser adiantado à importadora todo o numerário necessário para o pagamento dos tributos aduaneiros e das demais despesas.

Aspecto comum as modalidades de importação é a obrigação do importador informar previamente ao exportador no exterior no sentido de este fazer constar na fatura comercial a indicação do nome do próprio exportador e da empresa que será a real adquirente da mercadoria importada (importação por conta própria ou importação por conta e ordem de terceiros ou importação por encomenda), conforme prevê os incisos I e II do artigo 557 do Decreto nº 6.759/2009. Quando os envolvidos na importação subvertem essa obrigação, fazendo inserir nas declarações importações informações falsas quanto aos reais adquirentes da mercadoria e a consequente burla aos controles aduaneiros, tal conduta faz surgir a figura delituosa de Dano ao Erário, tipificada pelo art.23, V, do Decreto nº 1.455/76.

Como se sabe, a legislação aduaneira, visando o combate à prática de interposição fraudulenta de terceiros, tipificou a conduta de dano ao erário punível com a aplicação da pena de perdimento de mercadorias decorrente da ocultação do real sujeito passivo em operações de importação ou exportação, por meio do artigo 23 do Decreto n. 1.455/76, abaixo transcrito:

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

(...)

V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

(...)

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

§ 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)

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

Depreende-se, quanto à comprovação, que a legislação transcrita prevê dois tipos de interposição fraudulenta: presumida e comprovada.

A interposição fraudulenta 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. Destarte, com base em presunção legalmente estabelecida no § 2º do art.23 do Decreto-lei nº

1.455/1976), configura-se a interposição fraudulenta e aplica-se o perdimento (ou a multa que a substitui).

É do importador o ônus de comprovar a origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados nas operações de importação por ele declaradas, mediante documentação hábil e idônea, dentre elas contrato de câmbio, comprovante da liquidação cambial, extrato das movimentações financeiras correspondentes, etc. Assim, para a caracterização da interposição fraudulenta presumida basta que a empresa não consiga comprovar a origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados na operação de comércio exterior.

A presunção legal em questão se caracteriza como relativa, ou *juris tantum*, admitindo prova em contrário. Após o lançamento, o ônus da prova de não ocorrência da interposição presumida recai sobre a empresa, devendo esta trazer ao contencioso administrativo documentação hábil para desconstruir as conclusões da presunção lançada.

Na interposição comprovada, por sua vez, cabe à Fiscalização buscar elementos probatórios no sentido de demonstrar que a empresa fiscalizada está realizando a operação de importação acobertando um terceiro que se constitui no real beneficiário da operação. Quando resta demonstrado a interposição, aplica-se a pena de perdimento (ou a multa que a substitui), com fundamento no inciso V do art.23, do Decreto-lei nº1.455/76 e em seu § 3º. O sujeito passivo que deve ser penalizado pela referida multa é o terceiro acobertado, enquanto o acobertante responde como responsável solidário, nos termos do art.95 do Decreto-lei nº37/66, além da multa por acobertamento prevista no art.33 da Lei nº11.488/2007. Para a caracterização da interposição fraudulenta comprovada é necessário que as condutas realizadas pelas envolvidas se subsumam ao tipo previsto no inciso V do art.23, do Decreto Lei nº1.455/76. Os elementos do tipo previsto nesse dispositivo legal são a interposição ou ocultação do real comprador e a fraude ou simulação. Sem a comprovação de ambas elementares, não pode ser caracterizada a interposição fraudulenta.

Ainda nos casos de acusação de interposição fraudulenta comprovada, a fim de caracterizar a conduta ilícita, a fiscalização deve carrear aos autos um conjunto de provas que demonstrem a ocorrência de fraude ou simulação com a intenção de incluir interposta pessoa entre o real adquirente e a Autoridade Aduaneira, sempre com o objetivo da primeira permanecer oculta nas operações de comércio exterior. Portanto, o ônus probatório da ocorrência de fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta, é do Fisco, que deve trazer aos autos um conjunto de elementos probatórios suficientes para atestar a ocorrência da conduta tal qual tipificada em lei.

Após discorrer sobre a base teórica, passa-se a análise do caso concreto a fim de se concluir sobre a procedência, ou não, da multa aplicada.

No presente caso, a Fiscalização apurou que, embora a empresa BARLEY MALTING tivesse se identificado nas DIs como importadora por "conta própria", na realidade, ela atuara como interposta pessoa, acobertando o real adquirente, que no caso foi a empresa CERVEJARIA PETRÓPOLIS. Entendeu, assim, a Fiscalização que as importações de malte de cevada em comento, na sua essência, se caracterizariam como "por conta e ordem" da CERVEJARIA PETRÓPOLIS, ao invés de importações por "conta própria" da importadora BARLEY MALTING, tal como foram declaradas no desembaraço.

A Fiscalização concluiu que o objetivo final das atuações detectadas das empresas era o de simular operação(ões) de compra e venda com empresa interposta entre o vendedor e o(s) real(is) responsável(is), mantendo-se este(s) oculto(s), bem como remeter recursos ao exterior, declarando o valor da(s) operação(ões) muito acima do efetivamente praticado.

Com efeito, o caso ora analisado trata de acusação de interposição fraudulenta provada, uma vez que nas diligências efetuadas pela Fiscalização apuraram-se diversos fatos e provas que levaram a conclusão de que as operações entre a BARLEY MALTING e a CERVEJARIA PETRÓPOLIS foram simuladas, com o objetivo de burlar os controles aduaneiros e remeter divisas para o exterior de forma irregular por meio de superfaturamento das importações. Abaixo são analisadas por tópicos os aspectos mais importantes apurados, relacionados às operações entre as empresas, que serviram para sustentar a acusação.

Estrutura Operacional da Barley

Inicialmente, demonstra a Fiscalização que a importadora Barley Malting S/A se apresentou com uma estrutura operacional incompatível com o montante elevado das importações realizadas no período.

Nessa direção, restou comprovado que os estabelecimentos (matriz no Rio de Janeiro e filial de Paranaguá) da importadora se apresentaram com estruturas bastante acanhadas se comparadas as necessidades para fazer frente ao enorme movimento de importações de malte envolvidas nas importações em comento, no montante de aproximadamente R\$ 504.000.000,00 em um período de oito anos.

Na diligência realizada na matriz da empresa, por ocasião do pedido de habilitação, constatou-se que a estrutura física da empresa, localizada na cidade carioca do Arraial do Cabo, mostrou-se extremamente modesta em uma sala comercial alugada de 27 m², localizada em um edifício comercial no centro da cidade, que, provavelmente, mesmo não comportaria os poucos funcionários que a empresa possuía, no total de 8.

Em outra diligência realizada no Porto de Fornos do Arraial do Cabo, onde a empresa pretendia alugar os silos que ainda estavam em construção, com o objetivo receber o malte importado, os Auditores foram recebidos pelo administrador da obra, Sr. Dirceu Bispo. A Fiscalização, posteriormente, apurou que ele foi empregado formal da CERVEJARIA PETRÓPOLIS durante certo tempo e, imediatamente ao seu desligamento da Cervejaria, ele passou a integrar o quadro oficial da BARLEY MALTING, mais precisamente a partir de 09/01/2008.

Quanto aos silos alugados, que ainda se encontravam em construção na época, eram de propriedade da empresa Praiamar Ind e Com & Distribuição Ltda (atual FNA É Ouro- Gestão de Franchising e Negócios). Essa empresa foi a grande responsável pelas importações do malte utilizado pela CERVEJARIA PETRÓPOLIS antes do início das operações da BARLEY MALTING. Após esse período, a PRAIMAR praticamente deixou de operar as importações, sendo sucedida nesse papel pela BARLEY MALTING. Observa-se que a última importação da PRAIAMAR ocorreu em 05/08/2008 e a primeira da BARLEY MALTING ocorreu em 18/09/2008, que daí para a frente manteve a mesma regularidade de operações da anterior, de aproximadamente um navio a cada mês. Já a PRAIAMAR, de forma totalmente atípica e inesperada, pela sua até então constante e volumosa frequência, praticamente deixou de operar. Tal fato leva a crer que a empresa BARLEY MALTING teve na sua criação como objetivo maior assumir o papel de responsável quase integralmente pelas

importações da Cervejaria. Esse fato também confirma a existência de ligações estreitas entre as três empresas, já que não é comum, no concorrido mercado de produtos destinados a cervejaria, que uma empresa recém criada já obtenha, em curto espaço de tempo, desde o início da sua constituição, uma parcela significativa do mercado de malte no Brasil, sendo a principal e quase exclusiva fornecedora da segunda maior cervejaria do Brasil. A seguir reproduz-se trecho do Relatório Fiscal que evidencia os motivos para a criação da Barley:

Conforme reunião com o Sr. Carlos Faccin, em 07/03/2008, nesta EFA, conclui-se o seguinte: que o real adquirente, que é a Cervejaria Petrópolis, não poderia importar diretamente, pois perderia incentivos fiscais estaduais; então a Praiamar entrou na negociação como importadora e iniciou a compra e montagem dos silos no Porto do Forno. Porém, por exigência do Governo Estadual, a Praiamar, que não tinha sua sede no estado do Rio de Janeiro, não conseguiu os benefícios necessário para execução das operações de importação. Devido a este fato, decidiu-se criar uma nova empresa- Barley, com sede em Arraial do Cabo. Sendo assim, a construção dos silos ficou a cargo da Praiamar, que depois os arrendou à Barley.

Com relação a estrutura física do estabelecimento filial da empresa, localizada em Paranaguá, de onde foram realizadas as operações de importações objetos da autuação, noticia-se nos autos que desde o início das operações de importação da filial da empresa, esta foi responsável pelo registro de um total de 67 declarações de importação, correspondendo a um total de 450.035 toneladas de malte de cevada. Tal volume extremamente expressivo, muito superior inclusive ao que a matriz, cuja base é o já citado Porto do Forno e a instalação que teria sido arrendada à PRAIAMAR, registrou no mesmo período, 42 declarações de importação, perfazendo um total de 243.325 toneladas, conforme Tabelas constantes nos autos.

Embora as importações por esse estabelecimento tenham se mostrado extremamente volumosas, da mesma forma que na matriz, a estrutura física encontrada foi bastante singela, não aparentando ter condições de servir de base para serviços mais elaborados, muito menos o desenvolvimento do objeto. Tais fatos foram abundantemente comprovados pela Fiscalização por fotos e contratos firmados com os operadores portuários e de armazenagem que especificam os serviços prestados por eles.

Da documentação juntada pela Fiscalização, especialmente a proposta comercial apresentada pelo operador portuário, torna-se evidente que em Paranaguá os produtos importados não sofreram qualquer processo que se assemelha à industrialização, limitando-se tais serviços a operações meramente logísticas.

O Contribuinte, embora tenha alegado que os seus produtos sofram processos de industrialização praticados pela própria importadora visando demonstrar a sua capacidade operacional física, não trouxe aos autos elementos capazes de infirmar as assertivas da Fiscalização quanto a falta de estrutura física e inexistência de industrialização nas operações de importações realizadas por meio do Porto de Paranaguá.

Vinculações da Importadora Barley Malting com o Exportador Zuchetti Internacional LLP/Grenntag Investment LLP e a Cervejaria Petrópolis

A Fiscalização discorreu sobre a composição societária das empresas envolvidas no caso ao longo do tempo, bem como das sócias dessas empresas, visando identificar ligações entre a importadora (BARLEY MALTING), a exportadora (GRENNTAG INVESTMENT LLP) e a suposta real importadora (CERVEJARIA PETRÓPOLIS) que pudessem influenciar nas operações entre as empresas.

Segundo consta no Relatório Fiscal, na constituição original da BARLEY MALTING, em 2007, constava no seu quadro social a empresa ZUCHETTI INTERNACIONAL LTD, uma *offshore* sediada nas ilhas virgens, e o cidadão brasileiro Luiz Carlos Faccin. A empresa exportadora, por sua vez, inicialmente denominada ZUCHETTI INTERNACIONAL LLP, sediada em Londres, também possuía inicialmente a mesma composição societária da BARLEY MALTING.

Apurou a Fiscalização que a empresa ZUCHETTI INTERNATIONAL Ltd teria sido constituída com recursos originários de uma empresa nacional com denominação praticamente homofônica, ZUQUETE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, fato comprovado pelo envio de recursos, na ordem de R\$ 9.184.000,00, por meio de contrato de câmbio (fls. 2.035) dessa empresa para a sócia estrangeira da BARLEY MALTING (ZUCHETTI INTERNACIONAL LTD). Ocorre que a empresa nacional ZUQUETE tem como sócio administrador o Sr. Walter Faria, que também é presidente da CERVEJARIA PETRÓPOLIS. Assim, afirma a Fiscalização que a integralização de capital da BARLEY MALTING realizada pela sua sócia estrangeira ZUCHETTI INTERNACIONAL LTD ocorrida em 2007, no montante de R\$ 3.938.000,00, teria como origem indireta a CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A. Tais fatos teriam sido apurados por ocasião do pedido de habilitação (processo nº 10730.011994/2007-83) da BARLEY MALTING em 2007 e estão amparados em documentos de constituição com tradução juramentada.

Esse fato apurado pela Fiscalização demonstra de forma inequívoca que a CERVEJARIA PETRÓPOLIS participou ativamente na constituição da importadora BARLEY MALTING, inclusive com fornecimento de recursos de forma indireta para integralização de capital.

Pelos fatos narrados, conclui-se que tanto a Importadora BARLEY MALTING, assim como a sua exportadora ZUCHETTI INTERNATIONAL LLP (posteriormente sucedida pela GRENNTAG INVESTMENT LLP), por certo, sofreram influência, ainda que de forma indireta, da CERVEJARIA PETRÓPOLIS, o que propiciou e facilitou a simulação das operações entre essas empresas com o fim de ocultar a última nas operações de importações. Frise-se, ainda, que a ZUCHETTI/GRENNTAG somente exportaram para as empresas brasileiras PRIAMAR e BARLEY MALTING e essa última, por sua vez, destinou quase a totalidade das suas vendas no mercado interno do malte importado para a CERVEJARIA PETRÓPOLIS.

A Recorrente, apesar dessas evidências, nega qualquer ligação com a sua importadora, admitindo apenas as de natureza comercial, e não traz elementos capazes de afastar esses fatos constatados comprovadores das ligações estreitas entre as empresas.

Ainda, segundo a Fiscalização, essa constituição societária da exportadora Zuchetti Internacional LLP manteve-se até 11/2009, quando se alteraram os membros oficiais da parceria (partnership), bem como o nome da entidade, passando a denominação atual de GRENNTAG INVESTMENT LLP. A empresa estrangeira que teria substituído a ZUCHETTI INTERNACIONAL LTD apresentou-se como situada em Montevidéu, Uruguai, no local RINCON, 610, OFFICE 410, endereço coincidente com o escritório de empresa de incorporações ATLANTIC INVESTMENT FUND, escritório conhecido por hospedar

empresas meramente escriturais. Já a pessoa física LUIZ CARLOS FACCIN foi substituída por PAULO AUGUSTO STENGHEL, que, conforme a base de dados do sistema CNIS (fl. 14.416), já foi admitido como funcionário da BARLEY MALTING no passado e na data da lavratura do Auto de Infração apresentava vínculo formal com a pessoa jurídica CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A.

Outro fato que chama atenção é que nas faturas emitidas pela exportadora ZUCHETTI INTERNACIONAL LLP até 2008 consta como contato do exportador e signatário da fatura a pessoa do Sr. LUIZ CARLOS FACCIN e como contato do importador BARLEY MALTING a pessoa do Sr. PAULO AUGUSTO STENGHEL. Após a sucessão da exportadora ZUCHETTI INTERNACIONAL LLP pela GRENNTAG INVESTMENT LLP e mudança do quadro societário, a situação se inverte, agora apresentando nas faturas emitidas pela exportadora como contato e signatário o Sr. PAULO AUGUSTO STENGHEL e como contato do importador Barley Malting a pessoa do Sr. LUIZ CARLOS FACCIN. Frise-se que o Sr. PAULO AUGUSTO STENGHEL no passado foi funcionário admitido pela BARLEY MALTING e na data da lavratura do auto de infração apresentava vínculo formal com a pessoa jurídica CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A. Verifica-se, assim, uma alteração figurativa nos papéis dos agentes envolvidos com as empresas, mas preserva-se a continuidade da vinculação entre as empresas, servindo tal fato, inclusive, para confirmá-la.

Esse evento é esclarecedor quanto aos motivos que levaram a empresa BARLEY MALTING a se recusar a apresentar qualquer comprovante das negociações envolvidas nas importações, isso porque elas jamais existiram pois as relações entre essas empresas notadamente fogem as condições normais de mercado, sendo estabelecidas, por certo, sem qualquer negociação, mas sempre sob o controle da principal interessada, a CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A.

Essa evidente inexistência de negociações, além de provar a falsidade das informações prestadas, levantou dúvida a respeito do valor aduaneiro declarado, o que redundou na acusação de superfaturamento, formalizada no processo nº10907.721958/2016-53, também da minha relatoria.

Do Financiamento das Operações de Importações

Noticia-se nos autos que, desde o processo de habilitação da BARLEY MALTING, já se evidenciava que os produtos das suas importações já tinham destino certo, comprovado por contrato lavrado com a CERVEJARIA PETRÓPOLIS, no qual já previa adiantamentos dessa empresa para os primeiros meses de operação da BARLEY MALTING, bem como a garantia de compra do malte de cevada importado (fls.527 a 559). No referido contrato, previu-se o fornecimento de 100.000 toneladas/ano, em lotes mensais, de acordo com o cronograma a ser estabelecido pela compradora. Os adiantamentos da Cervejaria Petrópolis foram devidamente identificados na contabilidade da Importadora pela Fiscalização e confirmados pelo próprio sócio Luiz Carlos Facchin da BARLEY MALTING como se tratando de adiantamentos recebidos destinados a compras de malte (fls.533).

Compulsando os autos, observa-se no Relatório Fiscal que a Fiscalização buscou identificar a origem dos recursos das importações envolvidas na autuação referentes ao ano de 2012, conforme evidencia o trecho, a seguir transcrito:

D.7.1 Do financiamento das operações

Entre as exigências formuladas no TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO, de 27/06/2016 (folhas 18 a 23 do dossiê de atendimento 10120.006587/0616-01), constavam as seguintes:

(3) Para efeito de cumprimento do disposto no item B) da Intimação, além das informações de movimentação bancária e dos elementos contábeis já exigidos, deverão ser apresentados:

...

III – elementos de prova de financiamento de terceiros, por meio de instrumento de contrato de financiamento ou de empréstimo, contendo:

a) identificação dos participantes da operação: devedor, fornecedor, financiador, garantidor e assemelhados;

b) descrição das condições de financiamento: prazo de pagamento do principal, juros e encargos, margem adicional, valor de garantia, respectivos valores-base para cálculo, e parcelas não financiadas; e

c) forma de prestação e identificação dos bens oferecidos em garantia.

IV - Quando a origem dos recursos for justificada mediante a apresentação de instrumento de contrato de empréstimo firmado com pessoa física ou com pessoa jurídica que não tenha essa atividade como objeto societário, o provedor dos recursos também deverá justificar a sua origem, disponibilidade e, se for o caso, efetiva transferência; e

V - No caso de comprovação baseada em recursos provenientes do exterior, além dos elementos de prova citados anteriormente, deverá ser apresentada cópia do respectivo contrato de câmbio e, no caso do remetente dos recursos ser pessoa jurídica, deverão ser também identificados os integrantes de seus quadros societário e gerencial.

Em resposta, a BARLEY MALTING apresentou manifestação no seguinte sentido (Tela D.181):

Item B.3.III, Item B.3.IV e Item B.3.V - A filial (Paranaguá) opera com recursos próprios disponibilizados pela matriz (Arraial do Cabo/RJ), não se sujeitando a financiamentos de terceiros, restando prejudicados os números III, IV e V, em sua integralidade.

Após os esclarecimentos da empresa Barley Malting, o Auditor concluiu sobre a origem dos recursos, tendo em vista com os fatos apurados:

*O teor das respostas é claro e não deixa margem à interpretação: a **BARLEY MALTING afirmou que só operaria com recursos próprios. A falsidade das informações prestadas à Fiscalização Aduaneira fica evidente quando se analisa o que consta das Faturas Comerciais das operações sob análise, onde constata-se que foi informado prazo de 180 dias para pagamento** (Telas D.182 a 184).*

Processo nº 10907.721957/2016-17
Acórdão n.º 3402-005.851

S3-C4T2
Fl. 18.410

(...)

O fato acima (prestação de informação falsa à Fiscalização Aduaneira e consequente não apresentação de elementos caracterizadores e comprobatórios dos termos e condições de financiamento das operações) caracteriza mais um elemento dentro do complexo e elaborado esquema de ocultação verificado, utilizado com o fim de tentar mostrar e dar aparência de regulares a operações que de fato não são.

Na contabilidade disponível e especificamente nas contas de passivo (conceitualmente as contas das origens dos recursos de uma entidade), os registros abaixo retratam os financiamentos negados e explicam a origem dos recursos que permitiram as importações em níveis tão elevados (Tela D.185)

Nº	Código	Conto	Tipo	S/30 Inicial	D/C	Total Créditos	Total Débitos	S/30 Final
1	20000000	PASSIVO	S	174.358.706,72	C	1.253.551.014,30	1.297.288.106,19	118.195.767,81
2	24000000	PIRIMONIO LIQUIDO	S	75.435.594,19	C	957.637.106,12	696.373.129,63	74.772.007,67
3	28000000	RESULTADOS ACUMULADOS	S	27.615.006,59	C	913.971.633,49	913.207.049,63	26.851.022,67
4	28000000	LUCROS OU PREJUÍZOS ACUMULADOS	S	27.615.006,59	C	913.971.633,49	913.207.049,63	26.851.022,67
5	28000000	LUCROS OU PREJUÍZOS ACUMULADOS	S	27.615.006,59	C	913.971.633,49	913.207.049,63	26.851.022,67
6	28000000	RESULTADO DO EXERCÍCIO	A	0,00	C	724.642.754,23	724.642.754,23	0,00
6	28000000	RESULTADOS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES	A	0,00	C	85.416.171,59	85.416.171,59	0,00
6	28000000	RESULTADO DO EXERCÍCIO ANO BASE 2009	A	39.828.033,77	C	39.828.033,77	39.828.033,77	39.828.033,77
6	28001100	RESULTADO DO EXERCÍCIO ANO BASE 2011	A	15.483.837,12	C	22.774.793,29	17.291.156,16	0,00
6	28000970	(-) TRANSF. PARA RESERVAS	A	15.483.837,12	C	15.483.837,12	30.997.274,24	0,00
6	28000000	RESULTADO DO EXERCÍCIO ANO BASE 2009	A	12.010.597,21	C	12.010.597,21	12.010.597,21	12.010.597,21
6	28001000	RESULTADO DO EXERCÍCIO ANO BASE 2012	A	0,00	C	2.789.299,02	2.234.281,15	553.993,99
6	28001000	RESULTADO DO EXERCÍCIO ANO BASE 2010	A	0,00	C	1.636.377,35	1.636.377,35	0,00
6	28000880	(-) LUCROS DISTRIBUÍDOS	A	0,00	C	200.000,00	0,00	200.000,00
3	24000000	CAPITAL SOCIAL	S	25.337.670,00	C	21.583.040,00	43.196.080,00	47.929.710,00
4	24000000	CAPITAL SOCIAL SUBSCRITO	S	25.337.670,00	C	0,00	21.583.040,00	47.929.710,00
5	24000000	CAPITAL SOCIAL SUBSCRITO	S	25.337.670,00	C	0,00	21.583.040,00	47.929.710,00
6	24000000	ZUCHEITI INTERNATIONAL LTD	A	25.337.638,00	C	0,00	21.583.000,00	47.929.638,00
6	24000000	LUIZ CARLOS FACON	A	40,00	C	0,00	40,00	89,00
6	24000000	(-) CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZAD	S	0,00	C	21.583.040,00	21.583.040,00	0,00
5	24100000	(-) CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZAD	S	0,00	C	21.583.040,00	21.583.040,00	0,00
6	24100000	ZUCHEITI INTERNATIONAL LTD	A	0,00	C	21.583.000,00	21.583.000,00	0,00
6	24100000	LUIZ CARLOS FACON	A	0,00	C	40,00	40,00	0,00
3	25000000	RESERVAS	S	21.483.307,63	C	21.483.832,63	0,00	275,00
4	25100000	RESERVA DE INCENTIVOS FISCAIS	S	21.483.307,63	C	21.483.832,63	0,00	275,00
5	25120000	RESERVA DE INCENTIVOS FISCAIS	A	21.483.307,63	C	21.483.832,63	0,00	275,00
2	20000000	CIRCULANTE	S	98.922.725,53	C	306.515.912,19	341.014.976,59	43.423.769,94
3	20000000	OBRIGAÇÕES DEC. DE OPERAÇÃO ES SOCIAS	S	89.922.725,53	C	306.515.912,19	341.014.976,59	43.423.769,94
4	20000000	FORNecedores	S	97.760.491,67	C	295.351.308,41	230.233.944,69	40.626.956,34
5	20010000	FORNecedores ESTRANGEIROS	S	97.546.952,29	C	280.128.924,79	223.777.752,59	40.589.249,95
5	20010000	GRENNTAG INVESTMENT LLP	A	97.546.952,29	C	242.862.533,03	186.003.863,63	40.589.249,95
5	20010000	MALTERIA ORIENTAL S.A	A	0,00	C	37.173.971,79	37.173.971,79	0,00
5	20000000	FORNecedores NACIONAIS	S	213.448,61	C	15.224.863,63	15.696.152,30	44.719,26
6	20000000	FACON LOGISTICA LTDA	A	205.618,23	C	6.220.052,80	6.027.189,05	12.955,42
6	20001200	JOSE VALDIR KUNELSON	A	0,00	C	1.735.876,21	1.735.876,21	0,00
6	20002400	SIFRA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA	A	0,00	C	1.217.379,59	1.217.379,59	0,00
6	20000000	COOP. TRANSP. DE CARGAS E INERDOR LTDA	A	0,00	C	470.149,64	470.149,64	0,00

Tela D.185 - Detalhe do passivo contábil da empresa no Ano de 2012

Como se vê, praticamente todo o Passivo Circulante da empresa é representado pelos financiamentos do dito fornecedor GRENNTAG, financiamento este que a BARLEY MALTING, intencionalmente e com consequências previstas na legislação, não só negou como também não explicou.

(negritos nossos)

Conforme se percebe nos trechos reproduzidos, a Fiscalização atribui a origem dos recursos no ano de 2012, período que abrange a autuação, à própria exportadora GRENNTAG INVESTMENT LLP ao demonstrar que na contabilidade da BARLEY MALTING a empresa GRENNTAG se apresenta como responsável por grande parte do passivo da empresa, constituindo-se na sua maior credora, conforme se pode conferir no balancete acima reproduzido. Tal financiamento, segundo a Fiscalização, somente foi possível devido a concessão de prazo generoso de 180 dias para pagamento das exportações pela GRENNTAG.

Deve-se frisar, novamente, que na constituição da exportadora ZUCHETTI/GRENNTAG o seu quadro social se apresentou com os mesmos sócios que a importadora BARLEY MALTING. Também restou evidente no tópico anterior que a fonte primária dos recursos, tanto para capitalização da própria BARLEY MALTING quanto da ZUCHETTI INTERNACIONAL LLP. (inglesa, que passou a ser credora e financiadora formal da BARLEY MALTING) foi a ZUCHETTI INTERNATIONAL LTD. (sediada nas Ilhas Virgens Britânicas), que por sua vez é fruto declarado e ostensivo do investimento da Zuquete Empreendimentos e Participações Ltda., CNPJ 04.935.323/0001-28 (empresa nacional), controlada pelo sócio da empresa CERVEJARIA PETRÓPOLIS.

A demonstração da dinâmica de fluxo financeiro do grupo denota que o suporte financeiro das importações, com concessão de prazos generosos de importação da exportadora vinculada, teve como origem primária dos recursos a CERVEJARIA PETRÓPOLIS, conforme fatos anteriormente expostos.

Outro fato constatado, que vai na mesma direção de tentar esconder a forma real como as operações entre as empresas ocorreram, diz respeito a sistemática totalmente irregular que a BARLEY MALTING se utiliza para registrar boa parte da sua movimentação financeira. A Fiscalização aponta a irregularidade contábil constatada, nos seguintes termos:

Da análise da escrituração contábil, constata-se o uso de uma conta contábil transitória anômala e irregular, identificada como TRANSFERÊNCIA DE NUMERÁRIOS; tal conta, classificada como conta do Ativo e que, recebendo lançamentos diários a débito e a crédito que, no total, compensam-se dentro do mesmo dia, registrou em 2012 a circulação da cifra de R\$ 752.044.556,85 (setecentos e cinquenta e dois milhões, quarenta e quatro mil, quinhentos e cinquenta e seis reais e oitenta e cinco centavos).

Com o uso de tal procedimento contábil irregular, a empresa executa espécie de câmara de compensação diária própria, dessa forma impedindo a correlação unívoca dos lançamentos e seus respectivos registros, exemplificando: com tal sistemática não é possível se responder de imediato, em relação aos pagamentos que passam por tal conta, qual(is) o(s) fornecedor(es) beneficiado(s) e, no caso de recebimentos, qual(is) venda(s)/nota(s) fiscal(is) está(ão) sendo paga(s).

*Em tal conta, não por acaso, passaram os ingressos de recursos nas contas-correntes bancárias que teriam sido efetivados a título de pagamentos de vendas para as empresas do GRUPO PETRÓPOLIS. Todavia, a teor dos históricos dos lançamentos contábeis respectivos, **NÃO HÁ A MÍNIMA POSSIBILIDADE, SEJA POR LEITURA DIRETA, SEJA POR REFERÊNCIA A ALGUM CONTROLE AUXILIAR (CASO TIVESSE SIDO INDICADO), DE SE IDENTIFICAR A QUAL(IS) NOTA(S) FISCAL(IS) TAIS RECEBIMENTOS SE REFEREM**, sendo os registros totalmente imprestáveis para o fim básico ao qual a contabilidade se destina, que é o de informar os interessados no patrimônio da entidade, dentre eles, no caso, a Fiscalização Aduaneira. Agindo de tal forma, a empresa fica, de forma obviamente indevida, totalmente livre para identificar tais recursos da melhor maneira que lhe aprouver e de acordo com a conveniência de momento, como efetivamente fez em sua peça de defesa Auto de Infração*

Constata-se, assim, que a contabilidade da BARLEY MALTING está eivada de vícios, não se prestando para se apurar especificamente os lançamentos contábeis que deram origem aos recursos utilizados nas importações objeto da autuação, tampouco serve também como prova de que a origem dos recursos é a própria atividade operacional da empresa, conforme alegado no recurso pela empresa.

Essas inconsistências se repetiram também nos recebimentos correspondentes as vendas dos produtos importados. Embora a Fiscalização tenha em inúmeras vezes intimado a empresa a apresentar um detalhamento das operações relacionadas ao recebimento de clientes, conforme determina a legislação comercial, a empresa sistematicamente se recusou a prestar as informações requeridas sempre sob o argumento de que inexistia norma legal que a obrigasse a fazê-lo.

Tais fatos apurados na contabilidade da Recorrente denotam que essa metodologia obscura de registro contábil da sua movimentação financeira não tem outro propósito senão o de ocultar as reais condições em que se deram as operações envolvidas nas importações.

Também, o fato de eventualmente a empresa importadora ter recursos suficientes para realizar as operações, como afirma a empresa em sua defesa, não a exime da presente infração, vez que não se trata de situação de *presunção legal de interposição fraudulenta* na importação a que se refere o §2º do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/76, mas o seu inciso V. Assim, embora a falta de recursos próprios para realizar as importações possa conduzir à conclusão de que as operações foram realizadas no interesse de outrem, pode acontecer, em tese, de a importadora ter recursos próprios para efetuar as importações, mas as realize para outros, acobertando-os por qualquer motivo, situação que também caracterizaria o cometimento da infração prevista no inciso V do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/76.

Dano ao Erário

A Recorrente afirma em sua defesa que para a caracterização da infração objeto do processo ora analisado, necessário se faz demonstrar a ocorrência de efetivo dano ao erário. Nesse sentido, diz que não há acusação ou lançamento referente a sequer um centavo de tributo que não tenha sido recolhido. Ao contrário, afirma que a própria Fiscalização, em função de ocorrência de suposto superfaturamento nas importações, reconhece que ocorreu o pagamento de impostos a maior que aos supostamente devidos, em função do superfaturamento constatado. Também afirma que a CERVEJARIA PETRÓPOLIS recolhe IPI. Assim, conclui que não tendo havido comprovação de dano em concreto ao erário, imperioso é o reconhecimento da nulidade do procedimento fiscal.

Não cabe razão à Recorrente, uma vez que a verificação da suficiência no recolhimentos dos tributos incidentes sobre a importação, seja a menos ou a mais, não consta no tipo infracional previsto no art. 23, do Decreto Lei nº1.455/1976 como determinante para estabelecer se houve dano ao erário.

É posição predominante nas turmas colegiadas do CARF que o dano ao erário decorre da própria lei. Comprovadas as condutas que compõe o tipo, está caracterizada a ocorrência de dano ao erário, veiculada pelo art. 23, V do Decreto-lei nº 1.455/76. Nesse passo, a fraude a que se refere o dispositivo deve ser entendida no sentido amplo, e não na acepção restrita do art. 72 da Lei nº 4.502/64, associada ao não pagamento ou diferimento do tributo.

Assim, não há necessidade de se discutir a existência ou não de dano ao erário porque a própria lei define que existe dano ao erário se os elementos apurados se enquadram no tipo infracional.

Abaixo, reproduzem-se parcialmente as ementas de alguns julgados representativos desse entendimento:

DANO AO ERÁRIO. PERDIMENTO. DISPOSIÇÃO LEGAL.

Nos artigos 23 e 24 do Decreto-Lei no 1.455/1976 enumeram-se as infrações que, por constituírem dano ao Erário, são punidas com a pena de perdimento das mercadorias (ou com multa que o substitui, nas hipóteses legalmente previstas, no § 3º do referido artigo 23). É inócua, assim, a discussão sobre a existência de dano ao Erário nos dispositivos citados, visto que o dano ao Erário decorre do texto da própria lei.

(Acórdão nº3401003.892, 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Relator-Rosaldo Trevisan, sessão de 26 de julho de 2017)

DANO AO ERÁRIO. OCULTAÇÃO DO RESPONSÁVEL PELA OPERAÇÃO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO.

O dano ao Erário é presumido quando se configura as infrações tipificadas no art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/76, não havendo necessidade de se comprovar o efetivo prejuízo ao Erário. Tendo ocorrido o cometimento da infração de interposição fraudulenta em face da não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos aplicados nas importações, veiculada pelo art. 23, §2º do Decreto-lei nº 1.455/76, está caracterizado o dano ao Erário.

(Acórdão nº3402003.314, 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, Relator-Maria Aparecida Martins de Paula, sessão de 28 de setembro de 2016)

Da alegação de confisco

Quanto as questões constitucionais suscitadas pelo Contribuinte, a exemplo de vedação ao confisco e proporcionalidade, essas matérias estão na competência de julgamento do Poder Judiciário, consoante a Constituição Federal, arts. 97 e 102, I, "a", III e §§ 1º e 2º. Nesse sentido, o Regimento Interno do CARF também veda o afastamento de lei com fundamento na inconstitucionalidade nos julgamentos deste Colegiado, exceto nos casos previstos, conforme transcrito a seguir:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) *Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;*

b) *Decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B ou 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), na forma disciplinada pela Administração Tributária;*

c) *Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;*

d) *Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1973.*

§ 2º *As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.*

(negrito nosso)

Assim, não conheço do recurso quanto a essa matéria.

Responsabilidade Solidária da Cervejaria Petrópolis

Embora a Recorrente tente negar em toda a sua defesa quaisquer relações com a empresa BARLEY MALTING, admitindo apenas as de caráter comercial, os elementos trazidos aos autos pela Fiscalização demonstram claramente, em sentido contrário, que, por qualquer ângulo que se observe, tem-se uma participação ativa da Recorrente no esquema de importação irregular do malte de cevada, que possuía destinação previamente definida para a CERVEJARIA PETRÓPOLIS, bem como houve transferência indireta de recursos para a BARLEY MALTING com o fim de financiar as suas importações.

Com efeito, os elementos indiciários trazidos, tomados em seu conjunto, levam a crer que a Autuada (BARLEY MALTING) se utilizou de recursos de terceiros para realizar as operações de importação em comento, atuando como interposta pessoa. a BARLEY MALTING efetivou a importação na modalidade "importação direta", sendo que, a partir da ação fiscal, constatou-se que a mercadoria se destinava a um terceiro predeterminado, sem, contudo, terem sido observadas as normas atinentes à importação por conta e ordem de terceiros (art. 80 da Medida Provisória nº 2.15835/2001), nem à importação para revenda a encomendante predeterminado (art. 11 da Lei nº 11.281/2006).

O interesse comum restou provado nos autos, uma vez que a CERVEJARIA PETRÓPOLIS foi a principal mentora e maior beneficiária da ocultação constatadas nas operações de importações pelas empresas envolvidas no caso. A realidade mostrada é que os diversos indícios apurados pela Fiscalização demonstram que as importações não eram por

conta própria; havia recursos de pessoas jurídicas (ZUQUETE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA) que tinha como sócio administrador o Presidente da CERVEJARIA PETRÓPOLIS (adquirente), tendo a ZUQUETE EMPREENDIMENTOS enviado recursos para a empresa estrangeira sócia da BARLEY (ZUCHETTI INTERNACIONAL LTD), que, por sua vez tinha como conselheiro único o próprio presidente da real adquirente. Isso, somado aos outros indícios já apontados anteriormente, levam à conclusão de que houve, no caso ora analisado, ocultação do real adquirente da mercadoria importada, que tudo o que a importadora fazia era, na verdade, comandado pela CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A.

Assim, *in casu*, configurada a materialidade da infração aduaneira veiculada pelo art. 23, V, §§1º e 3º do Decreto-lei nº 1.455/76, não há como se afastar a aplicação da penalidade respectiva ao "responsável pela infração" (CERVEJARIA PETRÓPOLIS), nos termos do art. 95 do Decreto-lei nº 37/66, muito menos ao seu agente direto, qual seja, a importadora ostensiva (BARLEY MALTING).

Conclusões

No presente caso, observa-se que a autuação foi baseada em um conjunto abundante de provas e indícios que foram ricamente detalhados pelos Autores Fiscais em seu Relatório Fiscal, onde se demonstraram aspectos relevantes quanto a constituição da importadora, existência de fornecimento de recursos pela real adquirente, ou por pessoas a ela ligadas, para a BARLEY MALTING para possibilitar as importações, bem como a falta de capacidade operacional da empresa.

Com efeito, o conjunto probatório trazido pela Fiscalização demonstra que, mediante simulação, as empresas agiram visando ocultar a realidade fática das importações do malte de cevada, o que nos leva inexoravelmente a concluir, por presunção simples, que de fato ocorreu a infração de dano ao erário no presente caso.

A presunção simples é amplamente aceita neste Colegiado, desde que o quadro indiciário como um todo convirja para a comprovação do cometimento da infração que se quer provar. Embora a eventual existência de somente um só fato possa não ser suficiente para a configuração da infração, o que importa é que o conjunto probatório, considerado como um todo, aponte na direção do cometimento da infração, que no presente caso foi a prevista pelo art. 23, inciso V e §1º e 3º do Decreto-lei nº 1.455/76.

Nessa condição, entendo estar caracterizado que, embora a BARLEY tenha se declarado como importadora por conta e risco próprios, a sua atuação se deu, em relação às DI's objetos de autuação, como mera prestadora de serviço de importação por conta e ordem da CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A, real beneficiária e interessada nas importações.

Por fim, comungo do mesmo entendimento do Julgador *a quo* que afirmou que *a infração estando provada, pelos conjunto de indícios apresentados, isso independe da discussão acerca da existência ou não de grupo econômico. Essa conclusão, da mesma forma, independe da suposta irregularidade alegada pela CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A acerca da manifestação da fiscalização, de fl. 14.349, a respeito de participações da ZUQUETE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A na empresa CADNELL. Também independe de aspectos relacionados a lavagem de dinheiro, citados pela Fiscalização.* Tais questões, ao meu sentir, realmente não possuem potencial para interferir na formação da convicção sobre a matéria ora analisada.

Dispositivo

Processo nº 10907.721957/2016-17
Acórdão n.º **3402-005.851**

S3-C4T2
Fl. 18.413

Portanto, diante dos fatos descritos, sustentado no conjunto probatório juntado aos autos, conclui-se pela existência de ocultação dos reais adquirentes em relação às DI's objetos de autuação, infração punível com a pena de perdimento das mercadorias, devendo, no caso, ser substituída pela multa equivalente ao valor aduaneiro.

Diante do exposto, voto no sentido de não conhecer da matéria constitucional alegada e negar provimento aos Recursos de Ofício e Recursos Voluntários.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Relator