



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

Processo n° 10909.721209/2015-25
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 3402-005.792 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de outubro de 2018
Matéria OMISSÃO
Embargante SPREAD ASSESSORIA EMPRESARIAL EIRELI - EPP E JULIANO VANHONI SIL
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 18/11/2011

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO.

Tendo sido caracterizada omissão no acórdão embargado, ela deve ser suprida pelos embargos de declaração.

RECURSO ADMISSÍVEL. NÃO CONHECIMENTO. ACÓRDÃO EMBARGADO. SANEAMENTO.

Em saneamento à omissão apontada, o recurso que atende aos requisitos de admissibilidade deve ser conhecido no julgamento dos embargos de declaração quando não o foi no Acórdão embargado.

INFRAÇÃO ADUANEIRA. RESPONSABILIDADE. ARTS. 94 E 95 DO DECRETO-LEI N° 37/66.

Em matéria de infrações administrativas no âmbito aduaneiro, a pessoa física ou jurídica pode ser punida como agente direto da infração, que praticou a ação ilícita ou incorreu na omissão ilícita, ou como responsável pela infração, nos termos dos arts. 94 e 95 do Decreto-lei n° 37/66.

DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO. INSTRUÇÃO. DOCUMENTOS ORIGINAIS. NÃO APRESENTAÇÃO. MULTA. INCIDÊNCIA.

O art. 70, II, "b", "1" da Lei n° 10.833/2003 tipifica as condutas infracionais de descumprimento do dever de guarda e de apresentação à fiscalização dos documentos originais de instrução obrigatória da Declaração de Importação, sendo que a apresentação de cópias desses documentos não supre a exigência legal.

Não há que se falar em ausência de finalidade, razoabilidade ou proporcionalidade diante da verificação, *in concreto*, do cometimento de infração tipificada em lei, à qual o agente administrativo está vinculado.

Embargos acolhidos parcialmente

Crédito Tributário mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer os Embargos de Declaração, acolhendo-os parcialmente, para suprir as omissões apontadas. No mérito, para integrar as razões exaradas no acórdão embargado da seguinte forma: (i) por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário apresentado pela SPREAD ASSESSORIA EMPRESARIAL EIRELI - EPP quanto às alegações contidas nos seus itens 2.5 e 2.7; (ii) por maioria de votos, para conhecer e negar provimento ao Recurso Voluntário interposto pelo Sr. Juliano Vanhoni Sil. Vencidos os conselheiros Diego Diniz Ribeiro, Maysa de Sá Pittondo Deligne e Cynthia Elena de Campos que davam provimento neste item.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente

(assinado digitalmente)

Maria Aparecida Martins de Paula - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Waldir Navarro Bezerra, Diego Diniz Ribeiro, Maria Aparecida Martins de Paula, Cynthia Elena de Campos, Pedro Sousa Bispo, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Rodrigo Mineiro Fernandes e Renato Vieira de Ávila (Suplente convocado em substituição a Conselheira Thais De Laurentiis Galkowicz). Ausente justificadamente a Conselheira Thais De Laurentiis Galkowicz.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração interpostos conjuntamente pela SPREAD ASSESSORIA EMPRESARIAL EIRELI - EPP e por JULIANO VANHONI SIL em 09/10/2017 em face do Acórdão nº 3402-004.347 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, de 29 de agosto de 2017, do qual foram formalmente cientificados, respectivamente, em 9 e 2 de outubro de 2017.

Sustentam os embargantes que teria ocorrido omissão no Acórdão embargado sob os seguintes pontos:

a) Deixou de apreciar esta Turma a integralidade do Recurso Voluntário tempestivamente apresentado pelo Sr. Juliano Vanhoni Sil, em 26/04/2016 (comprovante anexo), juntado aos autos com a denominação “Termo de Anexação de Arquivo Não-paginável – Peticao”, à fl. 2531. Assim, entende-se que esta Turma incorreu em omissão, mais especificamente, quanto aos seguintes pontos, suscitados de forma exclusiva pelo então Recorrente Juliano: **(a.1)** Nulidade do Acórdão por incompetência da DRJ/SPO; e **(a.2)** Nulidade do AI originário em relação ao Recorrente, em razão de sua ilegitimidade, que foi tratada (e afastada pelo voto vencedor) apenas como matéria de ofício, sem se atentar aos argumentos de defesa propriamente arrazoados.

b) Outrossim, quanto ao Recurso Voluntário apresentado pela empresa Spread, entende-se ter havido omissão quanto **(b.1)** às questões de fato que demonstram a regularidade da operação de importação e não configuração do tipo infracional; **(b.2)**

à ilegalidade da multa substitutiva da pena de perdimento, sem tentativa de localização das mercadorias; e **(b.3)** à apresentação das cópias dos documentos relacionados à DI n. 11/2186961-2, que impedem a aplicação da multa de 5%, sob o aspecto da proporcionalidade e finalidade.

Os embargos foram admitidos pelo então Presidente deste Colegiado, nos seguintes termos:

O voto vencedor, a seu turno, negou conhecimento às alegações tendentes à excluir do pólo passivo os responsáveis que não formularam recurso voluntário. Todavia, o Termo de Solicitação de Juntada de fls. 2.529 dá conta de que, em data de 26/04/2016, Juliano Vanhoni Sil formulou recurso voluntário contra o Acórdão embargado (cfe. Termo de Anexação de Arquivo Não-paginável, fls. 2.530). A decisão embargada, no entanto, aparentemente sobre ele não se manifestou.

A omissão reclama colmatação, sob pena de cerceamento do direito de defesa.

Os embargantes ainda reclamam de que a decisão embargada não teria abordado as questões de fato que demonstrariam a regularidade da operação de importação e a não configuração do tipo infracional; a arguição de ilegalidade da multa substitutiva da pena de perdimento, sem tentativa de localização das mercadorias, e; a apresentação das cópias dos documentos relacionados à DI n.º 11/2186961-2, que impediriam a aplicação da multa de 5%, sob o aspecto da proporcionalidade e da finalidade.

(...)

O resultado do julgamento, já transcrito neste Despacho, dá conta de que o voto do relator foi integralmente vencido. O voto vencedor, no entanto, centrou-se no que concerne ao cabimento da aplicação da multa equivalente ao valor aduaneiro (itens 4, 5 6 e 7 do recurso voluntário de Spread) e à impossibilidade de exclusão das responsabilidades tributárias e aduaneiras, reconhecida de ofício pelo voto vencido, sem se deter sobre os pontos tidos como omitidos pelos embargantes.

O voto vencedor lacunoso merece ser complementado.

Os autos retornaram a esta Conselheira na condição de Redatora designada do Acórdão embargado.

Tendo sido intimada para manifestação em face dos embargos interpostos pela contribuinte, a Fazenda Nacional declarou-se ciente do despacho de admissibilidade dos embargos e pugnou pela sua rejeição.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria Aparecida Martins de Paula, Relatora

Nos termos do art. 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015 – Ricarf, cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a Turma, e poderão ser opostos, mediante petição fundamentada, no prazo de 5 (cinco) dias contados da ciência do acórdão.

Os embargos atendem aos requisitos de admissibilidade e foram admitidos pelo então Presidente deste Colegiado, razão pela qual deles se toma conhecimento.

Quanto ao recurso voluntário apresentado pelo Sr. Juliano Vanhoni Sil, observa-se que, de fato, não houve menção a ele no Acórdão embargado, conforme demonstram os seus trechos abaixo:

8. Diante deste quadro, apenas as empresas New Nobreza e Spread apresentaram, respectivamente, os recursos voluntários de fls. 2.491/2.495 e fls. 2.508/2.527.

9. É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Relator Diego Diniz Ribeiro

10. Os Recursos Voluntários interpostos preenchem os pressupostos formais de admissibilidade, razão pela qual deles tomo conhecimento.

Consta nas fls. 2529/2532, o recurso interposto pelo Sr. Juliano Vanhoni Sil em 26/04/2016, na forma de "Arquivo não-paginável", e por isso, provavelmente, não pode ser visualizado pelo Colegiado.

Assim, em saneamento da omissão apontada, toma-se conhecimento do recurso voluntário apresentado tempestivamente pelo Sr. Juliano Vanhoni Sil, que havia sido cientificado do Acórdão da DRJ em 28/03/2016, para que a sua análise integre o Acórdão embargado.

Sustentou o recorrente Sr. Juliano Vanhoni Sil a nulidade do Acórdão da DRJ/SPO por incompetência do órgão prolator e não enfrentamento das questões levantadas na impugnação, bem como a nulidade do auto de infração em face de ilegitimidade passiva do recorrente.

Sobre a verificação da legitimidade passiva do recorrente Sr. Juliano Vanhoni Sil houve os seguintes pronunciamentos no Acórdão embargado:

(...)

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Diego Ribeiro (Relator), Thais De Laurentiis, Maysa Pittondo e Carlos Daniel Neto. Designada redatora para o voto vencedor a Conselheira Maria Aparecida Martins de Paula.

(...)

VOTO VENCIDO

(...)

(iii.i) Das pessoas físicas imputadas como responsáveis

36. Antes, todavia, de seguir adiante na análise da questão da responsabilidade das pessoas físicas indicadas na presente autuação, mister se faz reiterar que se está diante de uma exigência **aduaneira** e não tributária, haja vista que a sanção aqui imposta é, exclusivamente, a aplicação de multa decorrente da conversão da pena de perdimento de mercadoria importada mediante interposição fraudulenta. Nesse sentido, a exigência aqui tratada apresenta um regime jurídico próprio, i.e., aduaneiro, e não tributário.

37. Logo, em se tratando de responsabilidade para fins de exigência da sanção aqui tratada, o fundamento legal a ser invocado é o art. 95, inciso I do Decreto-lei n. 37/66¹.

¹ " Art.95 - Respondem pela infração:

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

38. Acontece que, ao se analisar os termos de sujeição passiva destinados às pessoas físicas, é possível observar que o fiscal fundamenta tal responsabilidade nos seguintes termos, v.g. (fl. 2.088):

(...)

*A pessoa física ora cientificada era sócia-administradora do contribuinte por ocasião dos fatos. **Dita o art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66)** que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração de lei. No caso em questão, houve a constituição de crédito tributário decorrente de interposição fraudulenta, que somente se perfectibilizou mediante simulação, incluindo a inserção de informações falsas em documentos instrutivos do despacho. Tais condutas somente se realizaram mediante INTUITO DOLOSO por parte dos RESPONSÁVEIS PELAS PESSOAS JURÍDICAS INTERESSADAS, caracterizado pela consciência e vontade dos administradores de obter vantagens ilícitas por meio de infrações à legislação aduaneira.*

*A condução de operações fraudulentas não decorrem da realização das atividades normais das sociedades previstas em seus estatutos. Os fatos que dão ensejo às atuações caracterizam infrações de lei, tanto que constituem hipóteses passíveis de aplicação de pena de perdimento, a qual, no presente caso, redundou na aplicação de multa, haja vista a impossibilidade de localização das mercadorias. Diante disso, **face ao disposto no art. 135, caput e inciso III, do CTN, há responsabilidade pessoal pelo crédito tributário**, no presente caso, por ter resultado de infração de lei, praticada por aqueles que detinham o efetivo comando, a administração da sociedade. Além disso, conforme art. 124, inciso I, do mesmo, são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.*

(...) (g.n.).

39. Percebe-se, pois, que o fiscal ignora essa distinção de regimes jurídicos e trata o presente caso como se tributário fosse, convocando, por conseguinte, para fins de responsabilização, os artigos 124, inciso I e 135, inciso III, ambos do CTN. Ao assim fazer, a fiscalização incorre em notório erro de direito, exatamente como já discorrido no presente voto no tópico imediatamente anterior.

40. Em suma, a fiscalização apurou adequadamente o fato imputado aos responsáveis, mas o qualificou juridicamente de forma indevida, o que enseja o reconhecimento quanto a ilegitimidade passiva de **todos** os responsáveis solidários pessoas físicas.

(...)

64. *Ex positis*, **dou parcial provimento** ao Recurso Voluntário interposto pela Recorrente no sentido de:

(...)

(ii) em relação às pessoas físicas responsabilizadas, reconhecer de ofício a ilegitimidade passiva de todas elas para a pena de perdimento convertida em multa, haja vista que a imputação de responsabilidade perpetrada em concreto incorreu em erro de tipo, já que a exigência aqui é exclusivamente aduaneira, mas ainda sim a responsabilidade foi pautada no disposto nos artigos 124, inciso I e 135, inciso III, ambos do CTN, em vez de fundamentar-se no prescrito no art. 95, inciso I do Decreto-lei n. 37/66;

(...)

VOTO VENCEDOR

(...)

No que concerne à exclusão de ofício da responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas revéis, proposta no Voto do Relator, entendo que este Colegiado carece de competência para fazê-la.

A competência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é o julgamento de toda a matéria envolvida num processo administrativo fiscal, estando estritamente delimitada no art. 1º do Anexo I da Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015, que aprovou o Regimento Interno do CARF, na seguinte forma:

Art.1º O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, tem por finalidade julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância, bem como os recursos de natureza especial, que versem sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). [negritei]

Nessa esteira, não cabe a este Colegiado apreciar matéria que não seja atinente a um recurso de ofício ou a um recurso voluntário. Mais especificamente, no presente caso, a responsabilidade de pessoas que não interpuseram recurso voluntário não está inserida na competência regimental das Turmas Ordinárias do CARF.

(...)

Assim, pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Como se observa acima, o Colegiado, por voto de qualidade, divergindo do voto do Conselheiro Relator, entendeu que não deveria ser analisada de ofício a legitimidade passiva das pessoas físicas que não tinham recorrido, dentre elas, a do ora embargante Sr. Juliano Vanhoni Sil. Ocorre que, como exposto neste Voto, esse responsável solidário, na verdade, não foi revel no âmbito do julgamento no CARF.

Em matéria de infrações administrativas no âmbito aduaneiro, a pessoa física ou jurídica pode ser punida como agente direto da infração, que praticou a ação ilícita ou incorreu na omissão ilícita ou como "responsável" pela infração, em conformidade com o disposto nos arts. 94 e 95 do Decreto-lei nº 37/66, abaixo transcritos:

Art. 94 - Constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe inobservância, por parte da pessoa natural ou jurídica, de norma estabelecida neste Decreto-Lei, no seu regulamento ou em ato administrativo de caráter normativo destinado a completá-los.

§ 1º - O regulamento e demais atos administrativos não poderão estabelecer ou disciplinar obrigação, nem definir infração ou cominar penalidade que estejam autorizadas ou previstas em lei.

§ 2º - Salvo disposição expressa em contrário, a responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Art. 95 - Respondem pela infração:

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

(...)

No caso, no Relatório Fiscal, a responsabilização das pessoas físicas deu-se como se vê abaixo:

Nos termos do art. 95, incisos I, IV, V e IV, do Decreto-lei nº 37/66²⁶, respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie; (...)

Por sua vez, o Código Tributário Nacional, sem seu art. 124, inciso I, dita que são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

(...)

Além disso, dita o art. 135 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66):

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

(...)

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

No caso presente, temos a constituição de créditos tributários decorrentes de interposição fraudulenta, que somente se perfectibilizou mediante simulação, incluindo a inserção de informações falsas, caracterizando falsidade ideológica, em documentos instrutivos do despacho. Por tal motivo, no curso do procedimento fiscal, a fim de obstaculizar a apuração dos fatos e a verificação da integridade dos documentos que representariam o negócio jurídico de compra e venda internacional, houve negativa de apresentação, inclusive, dos documentos originais instrutivos do despachos, os únicos que, segundo a importadora, teriam sido emitidos para formalizar o negócio.

Tais condutas somente se realizaram mediante INTUITO DOLOSO por parte dos RESPONSÁVEIS PELAS PESSOAS JURÍDICAS INTERESSADAS, caracterizado pela consciência e vontade dos administradores de obter vantagens ilícitas por meio de infrações à legislação aduaneira. A condução de operações fraudulentas não decorre da realização das atividades normais das sociedades previstas em seus estatutos. Os fatos que dão ensejo às atuações caracterizam infrações de lei, tanto que constituem hipóteses passíveis de aplicação de pena de perdimento, a qual, no presente caso, redundou na aplicação de multa, haja vista a impossibilidade de localização das mercadorias. Diante disso, face ao disposto no art. 135, caput e inciso III, do CTN, há responsabilidade pessoal pelo crédito tributário, no presente caso, por ter resultado de infração de lei, praticada por aqueles que detinham o efetivo comando, a administração das empresas. Trata-se de responsabilidade solidária, nos termos do já mencionado art. 124, inciso I.

(...)

Não se trata, portanto, de hipótese de aplicação do art. 137 do CTN, como alega o recorrente, que trata da responsabilidade por infrações tributárias, mas da aplicação do art. 95, I do Decreto-lei nº 37/66, específico para as infrações aduaneiras.

Assim, a ilegitimidade passiva do recorrente Sr. Juliano Vanhoni Sil deve ser mantida, eis que eles exercia poder de gerência na contribuinte por ocasião dos fatos, tendo sido responsável pelas negociações comerciais efetivadas com infração à lei, sendo considerado, assim, responsável pela multa, nos termos do art. 95, I do Decreto-lei nº 37/66, complementado pelos arts 124, I e 135, III do CTN.

Alega também esse recorrente a incompetência da DRJ de São Paulo para proferir a decisão de primeira instância, a qual se encontra vinculada a outra Região Fiscal, que não a do local do procedimento fiscalizatório ou do domicílio do contribuinte.

A Portaria RFB 453/2013, publicada em 17/04/2013, instituiu o programa de Gestão Virtual do Acervo de Processos Administrativos Fiscais em contencioso administrativo de primeira instância, com o objetivo de centralizar em um único ambiente virtual os referidos processos, possibilitando uma melhor triagem e posterior distribuição otimizada para julgamento. Nessa esteira é que o presente processo foi encaminhado para a DRJ-Ribeirão Preto, conforme determinado no art. 2º dessa Portaria, para triagem e depois distribuição otimizada, no caso, para a DRJ-São Paulo.

Assim, não houve qualquer irregularidade na triagem, determinada por regra vigente na Receita Federal, e posterior julgamento pela DRJ-São Paulo, que também tem competência material para o julgamento de processos relativos a tributos e multas no âmbito do comércio exterior.

Também não prosperam as alegações do recorrente no sentido de que o Acórdão da DRJ teria deixado de apreciar argumentos por ele levantados na impugnação. No caso da responsabilidade do recorrente, a não desconsideração dos argumentos apresentados foi devidamente justificada pelo julgador *a quo*, nesses termos:

O impugnante traz na impugnação extensos argumentos quanto à solidariedade passiva tributária, o interesse jurídico e aos efeitos da solidariedade tributária;

Todavia, esses argumentos são **impertinentes** porque se prestam a lidar com crédito tributário oriundo de uma **relação jurídica tributária**, que tem por gênese a prática de um determinado fato gerador.

Como visto, a multa equivalente ao valor aduaneiro, aqui exigida, decorre de **uma infração aduaneira** cujo cometimento implica na aplicação da **pena de perdimento**, conseqüentemente substituída pela multa em comento.

Quanto ao excesso de prazo, também houve pronunciamento por parte do julgador *a quo*, embora não tenha sido da maneira desejada pelo recorrente, conforme já analisado pelo Conselheiro Relator do Acórdão embargado, em apreciação desses argumentos por parte de outros recorrentes. No que concerne às alegações de nulidade da autuação por ter se baseado em suposições e presunções é trata-se de matéria de mérito, o qual foi também analisado pela DRJ. Tampouco houve omissão no acórdão da DRJ quanto à alegação de ausência de intimação específica para a DI nº 11/2186961-2, que foi nele devidamente justificada².

Assim, os presentes embargos devem ser acolhidos nessa parte para conhecer e negar provimento ao recurso voluntário interposto pelo Sr. Juliano Vanhoni Sil.

Passa-se agora à análise dos vícios apontados pelos embargantes no que se refere ao recurso voluntário apresentado pela contribuinte SPREAD ASSESSORIA EMPRESARIAL EIRELI - EPP.

Inicialmente deve ser esclarecido que, ao contrário do que constou no despacho de admissibilidade, o voto do relator não foi "integralmente vencido", mas apenas parcialmente vencido, conforme se verifica nos trechos abaixo do Acórdão embargado:

VOTO VENCEDOR

Conselheira Maria Aparecida Martins de Paula, Redatora Designada

Na sessão de julgamento ousei **divergir parcialmente do Ilustre Conselheiro Relator**, no que fui acompanhada por outros Conselheiros, razão pela qual apresento abaixo as razões do voto vencedor **no que concerne ao cabimento da aplicação da multa equivalente ao valor aduaneiro e à impossibilidade de exclusão das responsabilidades tributárias e aduaneiras.**

² Em decorrência da necessidade de desdobramento da ação fiscal, conforme referido na introdução, foi expedido o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF) nº 09278002015-00185-1:

· tendo por objeto específico a DI nº 11/2186961-2, de 18/11/2011.

Em decorrência, foi enviado à SPREAD o Termo de Início respectivo, do qual a empresa foi cientificada em 07/05/2015. A importadora não foi intimada novamente a apresentar documentos e esclarecimentos haja vista já ter sido anteriormente intimada e reintimada, tendo contado com duas oportunidades para apresentar a documentação requerida e, portanto, pode promover a apresentação da documentação que julgou conveniente.

No caso presente não há discordância entre os membros do Colegiado, que acompanharam o Conselheiro Relator nesta parte, quanto ao cometimento da infração de interposição fraudulenta. No entanto, não assiste razão à recorrente na tese, acatada pelo Relator, de que a sanção cabível seria a multa por cessão de nome, estabelecida pelo art. 33 da lei n. 11.488/07, ao invés da multa equivalente ao perdimento.

(...) [negritei no julgamento dos presentes Embargos]

Alegam os embargantes que o Colegiado não teria apreciado os seguintes itens do recurso voluntário apresentado pela SPREAD ASSESSORIA EMPRESARIAL EIRELI - EPP:

2.4. NULIDADE MATERIAL DO AI QUANTO À INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTE, FACE À REGULARIDADE DAS OPERAÇÕES E A NÃO CONFIGURAÇÃO DO TIPO INFRACIONAL

(...)

Pelo que foi acima exposto, é forçoso concluir pela necessidade de reforma de decimum, no tocante à inocorrência da infração de interposição fraudulenta, haja vista a regularidade da operação perpetrada pela recorrente, o não preenchimento do tipo infracional, face à obrigatória presunção da sua boa-fé e à impossibilidade de imposição da pena substitutiva do perdimento com base em meras suposições e indícios. Não deve-se olvidar que, nas infrações dolosas por natureza, como é o caso, o DOLO precisaria estar devidamente comprovado, através das ações cometidas pelos envolvidos, o que não ocorreu in casu, não satisfazendo-se, portanto, um elemento essencial do tipo.

2.5. ILEGALIDADE DA MULTA SUBSTITUTIVA DA PENA DE PERDIMENTO SEM A TENTATIVA DE LOCALIZAÇÃO DAS MERCADORIAS

A aplicação da multa equivalente ao valor aduaneiro, constante no AI, tem como premissa a não localização das mercadorias ou a prova de que as mesmas foram consumidas ou revendidas. Veja-se:

(...)

No presente caso, então, o agente fazendário presumiu a ocorrência do fato, com propósito arrecadatário, o que merece censura, dada sua antijuridicidade.

A penalidade deveria ter se ajustado à realidade fática, de conformidade com o tipo infracional. Porém, isso não ocorreu, em inobservância ao **princípio da tipicidade fechada** e às expressas disposições do **DL nº 1.455/1976 (art. 23, § 3º) e do RA (art. 689, § 1º)**, acarretando à necessidade de reforma da decisão recorrida e reconhecimento da nulidade material do AI.

(...)

2.7. MANIFESTA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO EM RELAÇÃO À MULTA DE 5%, COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA FINALIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DO *NON BIS IN IDEM*

(...)

Na mesma linha de raciocínio, reputa-se desproporcional a penalidade de 5% pela mera formalidade, se não houve qualquer prejuízo material, tampouco qualquer óbice à fiscalização, e ainda mais porque já imposta a multa de 100% do valor aduaneiro. Acredita-se, respeitosamente, que no contexto do presente caso, à luz dos princípios da finalidade, proporcionalidade, razoabilidade e do *non bis in idem*, deve ser afastada a multa.

Acontece que o item 2.4 do recurso voluntário foi analisado no Acórdão embargado juntamente com o mérito, conforme se vê abaixo:

22. Não obstante, a outra nulidade aventada, i.e., ausência de intimação específica da recorrente para prestar esclarecimento quanto à DI 11/2186961-2, se confunde com a questão de mérito, motivo pelo qual será enfrentada em tópicos subsequentes do presente voto. O mesmo vale para as alegações de que a presente autuação se pautou apenas em presunções.

II. Do mérito

(i) Da interposição fraudulenta comprovada

23. Em relação ao mérito, as recorrentes alegam que as acusações aqui tratadas baseiam-se em meras presunções, insuficientes para implicar a drástica pena de perdimento, convertida em multa.

24. Antes, todavia, de tratar do caso em si considerado, mister se faz fixar algumas premissas a respeito da prova, de modo a afastar alguns equívocos corriqueiros existentes a respeito desta temática.

(...)

29. Feitas tais considerações, é possível retomar o caso decidendo, em especial as provas desenvolvidas pela fiscalização para sustentar a presente exigência fiscal. Nesse sentido, convém repisar que os fatos e provas invocados pela fiscalização que atestariam a infração aqui tratada seriam os seguintes:

(...)

(iv) acontece que, ainda segundo a fiscalização, em 18/11/2011, o citado pedido de alteração da habilitação ainda não havia sido analisado, o que teria suscitado a empresa *New Nobreza* utilizar o nome da empresa *Spread* para nacionalizar a mercadoria que se encontrava no regime tributário suspensivo, procedimento permitido pela legislação em vigor, desde que o terceiro - no caso a empresa *Spread* - adquirisse as mercadorias entrepostadas;

(v) assim, segundo a fiscalização, a empresa *Spread* teria apenas cedido seu nome à empresa *New Nobreza* para desembaraçar as mercadorias importadas, as quais, por sua vez, teriam como reais destinatários as empresas *Grande Nobreza* e *Nova Nobreza*;

(vi) por seu turno, a relação existente entre as empresas *Grande Nobreza* e *Nova Nobreza* com a empresa *New Nobreza* seria, aos olhos da fiscalização, decorrente de (a) todas as pessoas jurídicas ostentarem o signo "Nobreza" em sua razão social, (b) possuírem endereços próximos na cidade de São Paulo, no bairro do Bom Retiro (com distâncias inferiores a 200 metros), (c) todas possuírem sócios chineses com exceção de Mônica Zhang Qiong, e, ainda, (d) haver uma relação de parentesco entre uma das sócias da empresa *Nova Nobreza* com uma das sócias da *Grande Nobreza* (Wang Dan é filha de Mônica Zhang Qiong);

(vii) que documentos fiscais (DIPJ's e DIMOF's) referentes às empresas *Grande Nobreza* e *Nova Nobreza* atestam que no ano de 2012 a única operação empresarial perpetrada por tais pessoas jurídicas seriam aquelas referentes ao recebimento das mercadorias retratadas na DI aqui fiscalizada, o que levaria a conclusão de que tais bens foram adquiridos por tais empresas para, em última análise, atender interesses econômicos da empresa *New Nobreza*;

(viii) entre a internação das mercadorias no Brasil pela *Spread* e a sua remessa para as reais destinatárias teria ocorrido um curto prazo de tempo o que, somado a incapacidade física da empresa *Spread* em armazenar bens e, ainda, informações obtidas no seu "site", o qual atestaria que a empresa não seria uma comercial importadora, mas sim uma prestadora de serviço no comércio exterior, o que, inclusive, seria referendado pelo seu alvará de funcionamento (fls. 1.392), que tem como atividade principal a de "comissão de despachos", atestariam que a atividade da *Spread* seria de prestação de serviços no comércio exterior e não de comercial importadora; e, por fim (ix) que o balanço patrimonial da *Spread*, por apresentar um patrimônio líquido negativo, atestaria a sua incapacidade financeira de operar no comércio exterior com recursos próprios.

30. A análise isolada de alguns itens daqueles acima indicados, tais como o item "vi", poderia suscitar a alegação de que a fiscalização em tela teria pautado-se

em presunções fracas, o que, por conseguinte, afastaria a presente exigência aduaneira.

31. Acontece que tal indício é um dentro de um robusto acervo de fatos provados que, quando lidos conjuntamente, são suficientes para demonstrar a existência da interposição fraudulenta aqui tratada. Neste sentido, convém destacar os seguintes fatos: (i) a importação das mercadorias aqui tratadas pela New Nobreza foi realizada a regime de entreposto aduaneiro; (ii) a New Nobreza era incapaz de internar tais bens sem ultrapassar seu limite de RADAR; (iii) havia uma proximidade física das empresas New Nobreza, Grande Nobreza e Nova Nobreza, bem como uma relação de parentesco entre sócias de algumas dessas empresas, (iv) ficou provado a existência de operações empresariais por parte da Grande Nobreza e da Nova Nobreza no ano de 2012 apenas para adquirir e revender os bens importados pela DI nº 11/1960299-0; (v) também restou provada a apresentação e formatação jurídica da empresa Spread como **prestadora de serviço no comércio exterior**, e, ainda, (vi) está positivado nos autos a incapacidade financeira da empresa Spread em suportar a operação em apreço. Todos esses fatos, quando conjugados, constituem um acervo probatório apto para demonstrar que efetivamente houve uma interposição fraudulenta devidamente provada pela fiscalização.

32. Logo, a questão da suspensão do RADAR da empresa Spread e, a partir disso, o início da fiscalização com a revisão das importações até então feitas, não é o motivo, por si só, para a exigência em apreço, o que afasta a nulidade aventada pela recorrente de que esta suspensão teria ensejado, *per saltum*, a imposição da multa aduaneira aqui tratada.

33. Neste mesmo diapasão, também afasta-se a alegação dos contribuintes de que eles não teriam sido intimados para questionar a alegação de interposição fraudulenta da DI n. 11/1960299-0 de forma específica, ou seja, de que a acusação teria sido genérica e pautada pela suspensão do RADAR da recorrente Spread. A leitura do Relatório Fiscal deixa claro que, partindo desta apuração de caráter geral, chegou-se a conclusão de que a DI 11/1960299-0 tinha sido objeto de interposição fraudulenta, com provas, inclusive, pertinentes a tal DI em particular. Um exemplo disso é o seguinte trecho do Relatório Fiscal (fl. 2.063):

(...)

34. Conforme se observa, a empresa Spread foi intimada e apresentou os conhecimentos de transportes referentes à venda dos bens importados pela **DI n. 11/1960299-0** para as empresas Grande Nobreza e Nova Nobreza o que, diga-se de passagem, serviu para provar que tais mercadorias foram recepcionadas em seu destino por uma única pessoa, o que reforçaria o vínculo existente entre as empresas Grande Nobreza e Nova Nobreza.

35. Diante deste quadro, comprovada a interposição fraudulenta, deve ser mantida a pena de perdimento convertida em multa, cabendo agora verificar a quem essa sanção se destina.

Como se vê, os argumentos contidos no item 2.4 do recurso voluntário não foram acolhidos no Acórdão embargado, no qual se entendeu que os indícios apurados pela fiscalização, quando lidos conjuntamente, seriam suficientes para afastar a alegada regularidade das operações e caracterizar o cometimento da infração de interposição fraudulenta.

Dessa forma, improcede a alegação dos embargantes de omissão quanto ao item 2.4 do recurso voluntário da contribuinte.

Com relação ao item 2.5, no entanto, houve omissão no acórdão embargado acerca da alegação de falta de comprovação de revenda das mercadorias objeto da DI nº 11/2186961-2, o que demanda saneamento no julgamento dos presentes embargos.

Com efeito, ao contrário do alegado pela então recorrente, constou nos autos a comprovação de revenda das mercadorias importadas no mercado interno, não havendo a ilegalidade suscitada no item 2.5, como se observa no Relatório Fiscal:

4. DA OPERAÇÃO DE IMPORTAÇÃO RELATIVA À DI Nº 11/2186961-2

Em 18/11/2011, a SPREAD promoveu o registro da DI nº 11/2186961-2 (fls. 838-847), declarando promover importação por conta própria de relógios de pulso e pulseiras para relógios. O despacho aduaneiro foi instruído com a fatura comercial nº HK-0057A (fls. 848-849), de 11/11/2011, com valor total CFR de US\$ 80.837,60, tendo por exportador declarado HONG KONG REAL TRADE CO. LIMITED, estabelecido em Hong Kong.

A DI foi desembaraçada em 23/01/2012. No dia 25/01/2012, a SPREAD emitiu a nota fiscal (NF) de entrada nº 172 (fl. 1927-1928). Na mesma data, emitiu duas NFs de venda, de nºs. 173 e 174 (fls. 1929-1932), cada uma compreendendo a metade da mercadoria importada, destinando-a a duas pessoas jurídicas. (...)

(...)

Por fim, relativamente ao item 2.7 do recurso voluntário da contribuinte o Colegiado assim se manifestou:

(iv) Da multa por não apresentação dos documentos originais instrutivos do despacho aduaneiro

57. Por fim, a decisão recorrida manteve a sanção imposta pelo art. 70, inciso II, alínea “b”, item 1 da lei nº 10.833/03, qual seja, de 5% sobre o valor aduaneiro pela não apresentação dos documentos originais que instruíram da DI n. 11/1960299-0, o que fez em prejuízo apenas da empresa Spread e de todos os seus sócios.

58. Em relação aos sócios da empresa Spread, tal responsabilização é indevida, haja vista tudo que já fora exposto no item "III.iii.i" do presente voto.

59. Já em relação à empresa em si considerada entendo que a exigência é devida, não configurando em um *bis in idem*. Isso porque, para que houvesse o *bis in idem*, seria necessário a existência de um único fato albergado no antecedente normativo de plúrimas normas infracionais a ensejar diferentes sanções. Não é esse, todavia, o caso dos autos.

60. Aqui, o primeiro fato passível de sanção é a interposição fraudulenta, a qual, em relação à Spread, foi indevidamente sancionada com a pena de perdimento convertida em multa e deveria, em verdade, ser apenada pela multa por cessão de nome. Ocorre que, mesmo que a fiscalização tivesse sancionado adequadamente a recorrente (multa por cessão de nome), o pressuposto fático para o ilícito seria o mesmo: interposição fraudulenta.

61. Por sua vez, o pressuposto fático para a aplicação do disposto no art. 70, inciso II, alínea “b”, item 1 da lei nº 10.833/03 é outro, qual seja, a não manutenção em boa guarda e ordem de documentos relativos às transações no comércio exterior.

62. Percebe-se, pois, que são fatos distintos e que, por isso, podem ser sancionados também de forma singular.

63. Assim, em relação à empresa Spread, mantenho a exigência da multa oriunda do disposto no art. 70, inciso II, alínea “b”, item 1 da lei nº 10.833/03.

Como se verifica acima, no Acórdão embargado não se analisou os outros argumentos da então recorrente do item 2.7 no que diz respeito à alegação de ausência de finalidade e proporcionalidade para imposição da multa de 5% do valor aduaneiro.

A ausência de finalidade foi assim argumentada pela então recorrente:

Nesse quesito, calha registrar que após a expedição do TDPF que redundou no presente AI, a empresa forneceu à RFB os originais dos documentos instrutivos das 99 DI's objeto da revisão aduaneira. Embora não tenha localizado parte dos originais relacionadas, especificamente, à DI nº 11/2186961-2, apresentou cópia assinada pelo seu representante legal. Cumpre informar, ainda, os ditos documentos ficaram retidos com o despachante aduaneiro, conforme já salientado por escrito à autoridade fiscal.

Nada obstante, diante desse cenário, entende-se que a imposição da multa em referência se apresenta demasiada, uma vez que as cópias dos referidos documentos foram devidamente apresentadas antes da autuação, e que não foi suscitada a falsidade material dos mesmos, no AI. Ausente, assim, a finalidade para a imposição da sanção, no entendimento da ora recorrente.

Ocorre que a infração prevista no art. 70, II, "b", "1" da Lei nº 10.833/2003 tipifica as condutas de descumprimento do dever de guarda e de apresentação à fiscalização dos documentos originais de instrução obrigatória da Declaração de Importação. Certamente que a apresentação de cópias desses documentos não supre a exigência legal.

Não há que se falar em ausência de finalidade, razoabilidade ou proporcionalidade diante da verificação, *in concreto*, do cometimento de infração tipificada em lei, à qual o agente administrativo está vinculado.

Dessa forma, no que concerne ao recurso voluntário apresentado pela contribuinte acolhe-se as alegações de omissão no Acórdão embargado no que concerne aos itens 2.5 e 2.7 do recurso voluntário, suprimindo-as com as análises acima, no sentido de negar provimento ao recurso voluntário interposto pela SPREAD ASSESSORIA EMPRESARIAL EIRELI - EPP.

Assim, pelo exposto, voto no sentido de **conhecer os embargos de declaração, acolhendo-os parcialmente, para suprir as omissões apontadas** com a integração das razões acima exaradas, na seguinte forma:

i) conhecer e negar provimento ao recurso voluntário interposto pelo Sr. Juliano Vanhoni Sil; e

ii) negar provimento ao recurso voluntário apresentado pela SPREAD ASSESSORIA EMPRESARIAL EIRELI - EPP quanto às alegações contidas nos seus itens 2.5 e 2.7.

(assinado digitalmente)

Maria Aparecida Martins de Paula

