



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 11007.000789/2005-78
Recurso nº 137.568 Voluntário
Matéria VALOR ADUANEIRO
Acórdão nº 303-35.818
Sessão de 9 de dezembro de 2008
Recorrente COMERCIAL AMAPUERA LTDA E OUTRO
Recorrida DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 05/12/2003

Multa Substitutiva da Pena de Perdimento

A apresentação de Certificado de Origem falso, bem assim a interposição fraudulenta de pessoas conduz à aplicação da pena de perdimento e, demonstrada a impossibilidade de apreensão da mercadoria, à multa equivalente ao seu Valor Aduaneiro.

Responsabilidade Solidária por Infração. Interposição Fraudulenta de Pessoas

Quem, de qualquer forma, contribui para a prática de ato tipificado como infração responde solidariamente pela multa aplicada. Inteligência do art. 95, I, do Decreto-lei nº 37, de 1966.

Demonstrada a ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, ainda que provada por meio de presunção legal, impõe-se a responsabilização solidária de todas as partes envolvidas. Inteligência do inciso IV, caput, e do § 2º do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455, de 1976, em sua atual redação, combinado com o art. 27 da Lei nº 10.637, de 2002.

Recurso Voluntário Negado

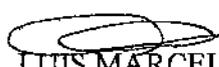
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da terceira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. Vencidos os Conselheiros Nilton Luiz Bartoli, Relator, Heroldes Bahr Neto e Nanci Gama, que deram provimento. Designado para redigir o voto o Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro.



ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente



LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO

Redator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Neto, Celso Lopes Pereira Neto e Tarásio Campelo Borges. Ausente a Conselheira Vanessa Albuquerque Valente.



2

Relatório

Trata-se de Auto de Infração de fls.01/08, complementado às fls.499/503, através dos quais, se exige multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, tendo em vista a impossibilidade de apreensão da mercadoria, em razão de apresentação de documento falso (fls.18) no despacho aduaneiro, bem como indícios de subfaturamento.

O Auditor Fiscal da Receita Federal descreve os motivos que ensejaram a lavratura do presente AI no item 'descrição dos fatos e enquadramento legal' (fls. 02/04), quais sejam:

em ato de revisão aduaneira, foi lavrado o presente AI a fim de que o responsável pela importação a que se refere a importação nº 03/1069668-7, em nome da empresa Comercial Amapuera Ltda., cuja mercadoria foi desembaraçada beneficiando-se de tratamento preferencial acordado pelos Estados-Partes integrantes dos MERCOSUL, amparada pelo certificado de origem nº 636712, recolha a multa prevista pela não localização de bens sujeitos a pena de perdimento; a que se refere o art. 618, inciso XXII, §1º, do Decreto nº 4.543/02;

a revisão aduaneira é consequência do resultado obtido nos procedimentos especiais de controle aduaneiro aplicados às mercadorias constantes da Declaração de Importação – D.I. nº 04/0217632-9 da empresa supracitada, cujo certificado de origem nº 645600 apresentava indícios de falsificação, e a mercadoria, sinais de subfaturamento;

o processo de averiguação sobre a autenticidade dos certificados de origem nºs 645600 e 636712, foi iniciado pelo Memorando 01/026/Gabinete, e a resposta veio pela Nota A.O.M. 100/2004, informando que a Câmara de Exportadores da República Argentina não havia emitido os certificados de origem, o que confirmou a falsidade dos documentos;

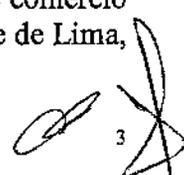
trata-se, portanto, de apresentação de documento falso no despacho aduaneiro;

além do procedimento especial de controle aduaneiro aplicado à mercadoria, a empresa Comercial Amapuera Ltda. foi selecionada para o procedimento especial de verificação da origem dos recursos aplicados nas operações de comércio exterior a que se refere o art. 59 da Lei nº 10.637/02;

através do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF foi iniciado o procedimento especial no domicílio da empresa;

a fiscalização entendeu, após a análise por amostragem da documentação da empresa e do Termo de Constatação da sócia Maria Duarte de Lima, haver elementos suficientes que comprovam a ocultação do verdadeiro responsável pelas operações da empresa, sendo o sócio de fato o Sr. Boris Gruc;

o Sr. Boris Gruc é a pessoa que atua em nome da empresa na área de comércio exterior, razão pela qual foi fornecido a ele, através da sócia Maria das Graças Duarte de Lima, a senha de acesso ao Sistema de Comércio Exterior – SISCOMEX;



os Auditores Fiscais concluíram que houve a ocultação do verdadeiro responsável pelas operações, e, sendo assim, encaminharam para instauração de procedimento de declaração de inaptidão da inscrição da empresa no CNPJ (fls.345/353);

ao serem analisados os preços apresentados no despacho aduaneiro, verificou-se que os mesmos eram 100 vezes menores que os oferecidos para mercadorias idênticas, nos sítios da *Targus* (logotipo da mercadoria), na internet (fls.29/69);

os preços foram corrigidos tendo como base a correspondência enviada ao representante legal do importador e apresentada à fiscalização por ocasião da análise da D.I. nº 04/0217632-9;

sobre a responsabilidade dos sócios de fato, disciplinam os artigos 32 e 95 do Decreto-lei nº 37/66, com as redações dadas pelos artigos 77 e 78 da Medida Provisória nº 1258-35/2001;

através do Termo de Intimação de fls. 354, o contribuinte foi intimado (AR – fls.355) a apresentar a mercadoria a que se refere a D.I. nº 03/1069668-7, porém, até a presente data, nada apresentou.

Capitulação legal da exigência: artigos 602, 604, inciso IV, e 618, § 1º do Decreto nº 4.523/02; artigo 73, §§ 1º e 2º da Lei nº 10.833/03; e artigo 23 § 3º do Decreto-Lei nº 1.455/76, com redação dada pelo artigo 59 da Lei nº 10.637/02 e a alteração do art. 81, inciso III, da lei nº 10.833/03.

Instruem o referido AI os documentos de fls.09/355.

Através das investigações realizadas pela fiscalização, cujo resultado final consta da Declaração de Inaptidão da firma Amapuera (fls.345/353), a fiscalização concluiu que o Sr. Boris Gruc é o verdadeiro responsável pela alegada importação fraudulenta em questão.

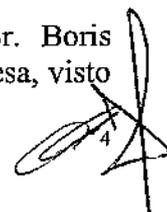
Lavrado o A.I. supra descrito contra o mencionado Sr. Boris Gruc, este foi intimado em 03/11/2005 (AR – fls.355), o qual apresentou Impugnação às fls.359/379, onde alega em suma que:

a equipe da Receita Federal de Macapá presumiu que a sócia da empresa Comercial Amapuera (Maria Duarte de Lima) estava ocultando o Impugnante, que por sua vez era o sócio de fato da referida empresa, porém, a conclusão a que chegaram é injusta e incorreta, não podendo prevalecer sob qualquer aspecto;

atua na qualidade de Representante Comercial, ou seja, é pessoa que trabalha mediante comissões quando apresenta um cliente a uma empresa *trading* e o negócio foi efetivamente fechado, sendo assim, pessoa ilegítima para figurar no pólo passivo da exação em questão;

os Auditores Fiscais lastrearam-se apenas nas declarações da efetiva sócia da empresa Comercial Amapuera Ltda. para inseri-lo no pólo passivo do presente AI;

os sócios da empresa são a Sra. Maria Duarte de Lima e o Sr. Boris Minkovicius, e o Impugnante até gostaria de fazer parte do quadro societário da empresa, visto



que esta goza de incentivos fiscais muito atraentes a nível de comércio exterior, contudo, nunca figurou em tal quadro, razão pela qual é injusto figurar no pólo passivo deste AI;

não há nada além do depoimento da sócia Maria Duarte de Lima que indique que o Impugnante seja sócio de fato da empresa;

a Sra. Maria Duarte de Lima foi quem sempre movimentou a conta corrente da empresa, sendo ela, a verdadeira beneficiária dos lucros desta;

nunca teve qualquer ingerência na administração da empresa, e, muito menos, no seu lucro, fato comprovado pela ausência de provas nesse sentido;

ao contrário da conclusão apontada às fls.289 do presente AI, o Sr. Sérgio Wainberg assume a titularidade dos bens objeto da D.I. nº 04/0217632-9;

prestou declarações no Inquérito Policial nº 1295/04, perante o 15º Distrito Policial de São Paulo, esclarecendo a situação que envolveu as empresas “Tc Brasil Comércio, Importação e Exportação de Equipamentos Eletroeletrônicos Ltda.” e “Data Cargo do Brasil Ltda.”, no qual ressalta sua qualidade de representante comercial.

Transcreve os incentivos dos quais a empresa goza (fls.364/369), e parte do Termo de Depoimento de Sérgio Wainberg (fls.373/376), bem como define o termo “legitimidade de parte”, segundo Dicionários Jurídicos (fls.370/371).

Ante o exposto, requer a improcedência do Auto de Infração com relação à pessoa do Impugnante, uma vez que é parte ilegítima para figurar no pólo passivo.

Trouxe aos autos os documentos de fls.380/399.

Os autos foram encaminhados para a Delegacia da Receita Federal de Julgamento – DRJ em Florianópolis, que, por sua vez, mediante Resolução nº 001/2006 (fls.401), encaminhou o processo à DRF em Santana do Livramento, para a realização da diligência, de acordo com o voto proferido às fls.402/417, no sentido de apurar, mediante declarações do despachante, quem realmente ordenava as importações da empresa em foco.

Assim, a DRF em Santana do Livramento, dando cumprimento à diligência da DRJ em Florianópolis, expediu Termo de Intimação às fls.421.

O despachante José Crispiniano da Silva, em atendimento ao Termo de Intimação supracitado, apresentou resposta juntada às fls.422/424, alegando em síntese, que:

1. intercedeu como despachante aduaneiro da empresa Comercial Amapuera Ltda. nas D.I.s nºs 04/0073260-7 e 04/0171016-0;

2. o contato realizado com o escritório do despachante para representar a empresa supracitada, foi efetuado pelo Sr. Daniel Querol Cavani, despachante aduaneiro uruguaio, que era pessoa já conhecida do escritório;

3. o Sr. Daniel Querol Cavani também era contato para importações da empresa Ascex Comércio Importação e Exportação Ltda.;



4. para realizar a representação da empresa fiscalizada no Brasil, recebeu os poderes junto ao sistema radar, constantes na procuração já apresentada a esta repartição;

5. os dados de representação foram lançados no sistema radar pelo Sr. Boris, da empresa Columbia, que se apresentou como representante da empresa fiscalizada Comercial Amapuera Ltda., no estado de São Paulo;

6. não emitiu nota fiscal para o serviço em questão, pois ainda não recebeu a íntegra dos valores da prestação de serviço;

7. nesse ínterim, recebeu cem dólares americanos como adiantamento do serviço pago em espécie pelo despachante uruguaio Sr. Daniel Querol Cavani, e acabou por não receber os demais valores do serviço, vez que a mercadoria do último embarque foi apreendida pela Receita Federal e a atual situação instaurada;

8. quanto às correspondências, o fax anexo às fls.470/480 traz em seu corpo, os números telefônicos das empresas Amapuera e Columbia, ambas em São Paulo;

9. não há recibos a apresentar, pois nenhum foi emitido, contra ou a favor, da empresa fiscalizada;

10. as mensagens eletrônicas trocadas entre o intimado e a empresa fiscalizada, bem como com o representante da empresa Columbia, Sr. Boris, foram perdidas, visto que as máquinas do escritório foram tomadas por defeitos técnicos, conforme atesta doc. anexo;

11. as empresas envolvidas na fiscalização não contactavam corriqueiramente via e-mail, sendo a maioria dos contatos feito por telefone;

12. quanto às contas telefônicas, ventiladas no termo de intimação, já foram entregues a esta repartição uma vez que a auditora Vera Lucia recebeu diretamente as contas onde aparecem os números dos telefones de contatos do representante da empresa fiscalizada e da empresa que se dizia representante daquela.

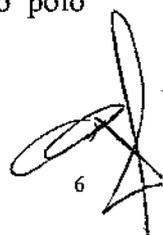
Finaliza se colocando à disposição da repartição, a fim de prestar quaisquer outras informações que estejam ao seu alcance.

Instruem a referida resposta ao Termo de Intimação, os documentos de fls.425/480, dentre os quais, nota fiscal (fls.425), contas telefônicas (fls.426/464), contrato social (fls.470/473), alteração contratual (fls.474/475); D.I. n° 04/0073260-7 (fls.478/480); e, fax com os números dos telefones das empresas Amapuera e Columbia (fls.470/480).

O Sr. André Luiz Crispiniano da Silva junta às fls.481/495, cópias dos documentos instrutivos de despacho das D.I.'s n°s 04/0073260-7 e 04/0171016-0.

Consta às fls.496/497, Termo de Depoimento prestado pelo contribuinte José Crispiniano da Silva perante a DRF em Santana do Livramento/RS.

Lavrado Auto de Infração Complementar às fls.499/503, incluindo no pólo passivo a empresa Comercial Amapuera Ltda..



6

Os interessados, Sr. Boris Gruc e a empresa Comercial Amapuera Ltda., foram devidamente cientificados do Auto de Infração Complementar (AR – fls.504 e 588, respectivamente).

O sr. Boris Gruc apresentou impugnação às fls.506/507, ratificando a anteriormente apresentada em seu inteiro teor. Neste ato, devolveu toda a documentação que lhe foram equivocadamente entregue, já que a empresa Comercial Amapuera é o sujeito passivo do Auto de Infração Complementar.

Instruem a referida impugnação os documentos de fls.508/587.

Por sua vez, a empresa Comercial Amapuera Ltda., não apresentou impugnação.

Encaminhado o presente para a DRJ em Florianópolis, esta julgou procedente o lançamento (fls.593/600), conforme a seguinte ementa (fls.593):

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 05/12/2003

Ementa: GESTOR DE NEGÓCIOS. SOLIDARIEDADE

Quando se constata fraude e dolo em operação de importação responde solidariamente o representante comercial que tenha contribuído com a consecução dessa importação.

São solidariamente obrigadas ao pagamento dos tributos e cominações as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Assim, pessoas ocultas que tenham o domínio do fato das importações são solidárias ao importador.

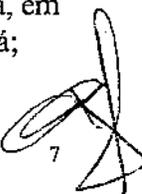
Lançamento Procedente.”

Irresignado com a decisão de primeira instância, o Sr. Boris Gruc apresenta Recurso Voluntário às fls.604/636, no qual reitera todos os argumentos antes apresentados e acrescenta os seguintes:

preliminarmente, frente a falta de condições financeiras, bem como frente à inconstitucionalidade e ilegalidade da exigência do depósito recursal e do arrolamento de bens, deixa de recolher o depósito recursal;

não impugnou a aplicação da multa vez que desconhece a documentação usada na importação, pois não participou da parte que envolvia a circulação de documentos, não restando, portanto, elementos para impugnar a aplicação ou não desta multa, até porque não faz parte quer de fato, quer de direito, da empresa em referência;

nunca lançou dados da empresa Comercial Amapura no sistema Radar, mesmo porque, para se obter a senha, a Receita Federal exige a presença do sócio gerente da empresa, e este procedimento ocorre no domicílio fiscal da sede da empresa, ou seja, no caso em tela, em Macapá, contudo, por sua vez, o Sr. Boris Gruc nunca esteve na Receita Federal de Macapá;



não há provas de que utilizou a senha do SISCOMEX, cabendo até indagar, o porquê a sra. Maria das Graças entregaria a senha de tal sistema;

o fato de manter eventuais contatos com despachantes aduaneiros não lhe atribui a qualidade de sócio da empresa Comercial Amapuera Ltda., pois, na qualidade de representante comercial de algumas empresas, mantém constantes contatos com diversos despachantes aduaneiros, o que não implica em tornar-se sócio de qualquer uma dessas empresas;

a decisão recorrida cita o art. 665 do Código Civil, todavia, no caso concreto, não há nenhum mandato outorgado em favor do Sr. Boris, razão pela qual a fundamentação não merece prosperar;

não geriu negócios de terceiros, sendo sua função de representante comercial, e, por sua vez, não trabalha exclusivamente para a empresa Comercial Amapuera Ltda., nesse sentido, a fundamentação do capítulo da gestão de negócios também não merece prosperar;

desconhece a veracidade ou falsidade do “certificado de origem”, visto que a parte documental dos processos de importação é feita pela própria empresa, que, por sua vez, possui estrutura necessária para processar a ampla documentação que envolve o processo de importação;

o “represente de pessoa jurídica” mencionado no art. 135, inciso III, do CTN, pressupõe a idéia de um diretor ou um acionista com poderes diretivos de uma determinada empresa, mas jamais, um representante comercial que esteja atuante em favor da mesma empresa, em uma determinada operação mercantil, o que torna o referido artigo abusivo;

apenas agenciou e encaminhou negócios para a empresa Amapuera, o que não o torna sócio de fato ou de direito da referida empresa como pretende abusivamente a Recita Federal;

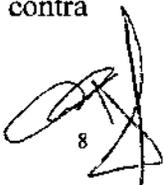
não pode ser inserido na qualidade de responsável solidário em dívida que não deu causa;

se fosse verdade as afirmações feitas pela Sra. Maria das Graças, teria poderes para movimentar a conta corrente da empresa Comercial Amapuera, ou teria, de qualquer maneira, recebido em seu favor valores desta empresa, contudo, tais fatos nunca ocorreram;

não consta dos autos provas de que tinha conhecimento de eventual irregularidade envolvendo o verdadeiro dono das mercadorias e a empresa de *trading* (Comercial Amapuera).

Define o termo “representante comercial” (fls.632/683), segundo Dicionários Jurídicos.

Ante o exposto, requer a procedência do recurso, tendo em vista não ser parte legítima para figurar no pólo passivo do presente Auto de Infração, sendo que nunca foi sócio da empresa em tela, nem titular da mercadoria descrita na DI nº 04/0217632-9, o que não permite responder pelas imputações que lhes são feitas no referido AI, muito menos ter contra si lançado um valor absurdo de R\$ 119.475,30.

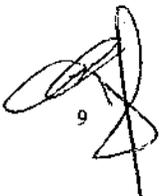


Às fls.638/340, consta Declaração de Ajuste Anual – 2006, do contribuinte Boris Gruc.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro em 23/04/2008, em 3 volumes, constando numeração até às fls.641, penúltima.

Desnecessário o encaminhamento do processo à Procuradoria da Fazenda Nacional para ciência quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, nos termos da Portaria MF nº. 314, de 25/08/99.

É o relatório.



9

Voto Vencido

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade e por conter matéria deste Terceiro Conselho Contribuintes, tomo conhecimento do Recurso Voluntário.

Cinge-se a controvérsia a exigência de multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, sujeita à pena de perdimento (mas não localizada), através do Auto de Infração de fls. 01/06 e Auto de Infração Complementar de fls. 499/502.

A empresa importadora Comercial Amapuera foi submetida a procedimento especial de revisão aduaneira aplicado às mercadorias (maletas para notebooks e estojos para palm) constantes da DI nº 03/1069668-7, registrada em 05/12/03, em decorrência do resultado obtido dos procedimentos especiais de controle aduaneiro aplicados às mercadorias constantes de outra declaração de importação da mesma empresa.

E, dos procedimentos especiais de controle aduaneiro concluiu a fiscalização o seguinte:

a) houve a apresentação de documento falso no despacho aduaneiro, pois em processo de verificação sobre autenticidade de certificados de origem, obteve-se resposta da Câmara de Exportadores da República Argentina, através da Nota A.O.M 100/2004 (fl. 25), que declarou que não havia emitido os certificados de origem 645600 e 636712 (fl. 18), bem como confirmando a falsidade de tais documentos;

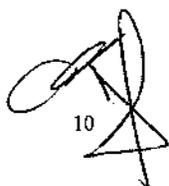
b) em procedimento especial para verificação da origem dos recursos aplicados nas operações de comércio exterior, a fiscalização entendeu haver elementos suficientes que comprovavam a ocultação do verdadeiro responsável pelas operações da empresa, sendo o sócio de fato o Sr. Boris Gruc, pessoa que atua em nome da empresa na área de comércio exterior e a sócia Maria das Graças Duarte de Lima teria a ele fornecido a senha de acesso ao sistema de comércio exterior (Siscomex);

c) analisando os preços apresentados no despacho aduaneiro, verificou-se que eram 100 vezes menores que os oferecidos para mercadorias idênticas, nos sítios da Targus (logotipo da mercadoria), na internet, razão pela qual foram corrigidos tendo como base correspondência enviada ao representante legal do importador e apresentada a esta fiscalização por ocasião da análise de outra DI.

Delimitadas as razões da controvérsia existente e após minucioso estudo dos autos, ater-me-ei à sua análise em dois tópicos preliminares. Quais sejam:

I. DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SR. BORIS GRUC.

Sustenta a fiscalização no Auto de Infração que (fl. 03):



10

“após análise criteriosa do Termo de Constatação da sócia Maria Duarte de Lima (...) e análise por amostragem da documentação da empresa, haver elementos suficientes que comprovavam a ocultação do verdadeiro responsável pelas operações da empresa sendo que o sócio de fato é o Sr. Boris Gruc”

Do compulsar dos autos, especialmente do Auto de Infração, Auto de Infração Complementar, Representação de fl. 73/75 e Resolução DRJ (fl. 401/417), nota-se que as principais percepções da fiscalização que a levaram à formação de sua convicção são:

em depoimento, a sócia afirmou que o sócio de fato da empresa seria o Sr. Boris Gruc, sobrinho do Sr. Boris Minkouvicius, que é tão somente sócio de direito da empresa e que não o conhece pessoalmente e sempre negociou com o Sr. Boris Gruc;

a sócia afirma que forneceu a senha do SISCOMEX para o Sr. Boris Gruc;

declarações do despachante esclarecendo que quem ordenava as importações era o Sr. Boris Gruc, acompanhadas de cópias de contas telefônicas com ligações para este último.

Primeiramente, cumpre lembrar o que dispõe o Código Tributário Nacional a respeito:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;”

Como se vê, o legislador previu no referido dispositivo a solidariedade passiva advinda do interesse comum. Por conseqüência, não há necessidade de previsão específica, na lei que regular determinado tributo, para apontar os devedores solidários, já que como a previsão do CTN é de caráter geral, aplica-se a todos os tributos existentes no sistema tributário.

Frise-se, no entanto, que em pese a imprecisão da expressão “interesse comum”, haja vista a vagueza do termo, não pode haver presunção neste terreno para inserir quem quer que seja no pólo passivo de uma obrigação.

Destarte, consoante nota-se do Contrato Social da empresa e Alterações (fl. 516/517), em 11/03/2003 (antes da importação em referência), foi excluída da sociedade a Sra. Terezinha Duarte da Silva e incluído o Sr. Boris Minkovicus.

Portanto, não se vê ali inserto o Sr. Boris Gruc e nenhum dos elementos trazidos pela fiscalização consegue afastar o que diz o contrato social.

Na verdade, o Sr. Boris Gruc, conforme declarou em depoimento à Polícia Civil do Estado de São Paulo (fls. 398), ocupa a função de representante comercial da empresa. Vejamos, o que dispõe a legislação pátria a respeito:

Artigo 1º da Lei nº 4.886, de 09/12/1965 – “Exerce a Representação Comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual, por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de

negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.”

Já o Código Civil Brasileiro de 2002, ao tratar da temática ora abordada, dentre as diversas inovações contratuais, substituiu o *nomem iuris* de “representante” comercial por “agente”. Porém, apenas o nome trocou, pois a atividade é a mesma.

Assim, a matéria se encontra contemplada nos artigos 710 a 721 do Código Civil, no entanto, o conceito de “Agente Comercial” está disposto no artigo 710, do referido Código, *in verbis*:

“Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.”

Assim, por tudo quanto até aqui exposto, entendo que os elementos trazidos aos autos são insuficientes e, até prova em contrário, nada afasta que os sócios da empresa são aqueles expressamente relacionados no contrato social de fls. 516/517, razão pela qual dou provimento ao pleito do Sr. Boris Gruc, para reconhecer a sua ilegitimidade passiva no presente.

II – DA PRECLUSÃO DO DIREITO DE DEFESA DA EMPRESA COMERCIAL AMAPUERA

Observa-se que o Auto de Infração de fls. 01/08 fora lavrado somente contra o Sr. Boris Gruc, que intimado, apresentou sua Impugnação de fls. 359/379.

Posteriormente, foi lavrado o Auto de Infração Complementar de fl. 499/502, para incluir a empresa Comercial Amapuera no pólo passivo da exação.

O Sr. Boris Gruc e a empresa Comercial Amapuera (fl. 588/589) foram devidamente cientificados do AI Complementar, sendo esta última intimada, inclusive no endereço constante da representação de fl. 73, onde se diz que fora realizada diligência na empresa e do contrato social (fl. 518).

Em resposta, o Sr. Boris Gruc reapresentou Impugnação, na qual reiterou os argumentos apresentados na primeira, no entanto, a empresa Comercial Amapuera deixou de apresentar qualquer defesa nos autos.

É cediço, porém, que a ausência de defesa preclui o direito a esta e, havendo revelia, como no caso presente, deixa de ser instaurada a fase litigiosa no procedimento.

Neste sentido, vale citar as seguintes decisões:

Número do Recurso:	097451
Câmara:	TERCEIRA CÂMARA
Número do Processo:	10680.001115/92-09
Tipo do Recurso:	VOLUNTÁRIO
Matéria:	ITR
Recorrente:	ESPOLIO DE PERSIO PEREIRA PINTO

Recorrida/Interessado:	DRF-BELO HORIZONTE/MG
Data da Sessão:	15/02/1993 01:00:00
Relator:	TIBERANY FERRAZ DOS SANTOS
Decisão:	RESOLUÇÃO 203-00220
Resultado:	- NÃO CONHECIDO POR UNANIMIDADE
Texto da Decisão:	Por unanimidade de votos, converteu-se o julgamento dos embargos de declaração em diligência, nos termos do voto do relatora.
Ementa:	PROCESSO FISCAL - PRAZOS - REVELIA - Nos termos do artigo nº 15 do Decreto nº 70.235/72, é de trinta dias o prazo de impugnação à exigência fiscal, a contar da regular intimação do contribuinte. Sua inobservância acarreta a revelia, prevista pelo artigo nº 21 do mesmo decreto, daí porque não se instaura a fase litigiosa do processo. Recurso a que não se conhece.
Número do Recurso:	115584
Câmara:	PRIMEIRA CÂMARA
Número do Processo:	10120.000212/92-67
Tipo do Recurso:	VOLUNTÁRIO
Matéria:	ISENÇÃO
Recorrida/Interessado:	DRF/GOIANIA/GO
Data da Sessão:	24/08/1993 00:00:00
Relator:	RONALDO LINDIMAR JOSÉ MARTON
Decisão:	Acórdão 301-27468
Resultado:	NPM - NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA
Texto da Decisão:	
Ementa:	PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. TERMO DE REVELIA Em face do disposto no art. 21 do Decreto nº 70.235/72, é correto o entendimento da autoridade de primeira instância que não acolhe pedido de reconsideração, apresentado após o transcurso do prazo de impugnação e da lavratura de TERMO DE REVELIA. Negado provimento ao recurso.

Conseqüentemente, como Comercial Amapuera não pode ser excluída do pólo passivo da exação, conforme bem salientado pela decisão *a quo* (fl. 599), com relação a ela, a autuação não pode ser conhecida, posto que eivada de revelia, *ex vi* do art. 15 e 21 do Decreto 70.235/72, os quais dispõem:

“**Art. 15.** A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

(...)

Art. 21. Não sendo cumprida nem impugnada a exigência, a autoridade preparadora declarará a revelia, permanecendo o processo no órgão preparador, pelo prazo de trinta dias, para cobrança amigável.”

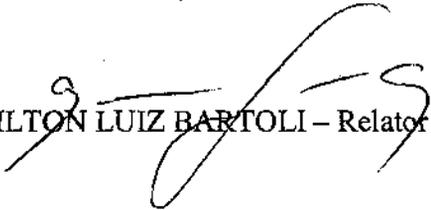
Portanto, deixo de conhecer a autuação no que diz respeito à empresa Comercial Amapuera.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Recurso Voluntário ora interposto pelo Sr. Boris Gruc, para acatar a preliminar de ilegitimidade passiva. E, com relação à

empresa Comercial Amapuera, deixo de tomar conhecimento da atuação, para mantê-la, pelos motivos acima expostos.

É como voto.

Sala das Sessões, em 9 de dezembro de 2008


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO, Redator

Ainda que reconheça a proficiência demonstrada no voto de lavra do i. Conselheiro Relator, peço vênia para discordar das razões consignadas e, nessa linha de raciocínio votar pelo improvimento do presente recurso voluntário. Diversamente do assentado no voto do qual ouse divergir, entendo que os elementos carreados aos autos autorizam a aplicação da multa objeto do litígio.

Em nome da clareza, analiso separadamente os aspectos

1- Infrações Puníveis com a Pena de Perdimento

1.1- Apresentação de Certificado de Origem Falso

Conforme se observa na leitura dos Autos de Infração principal e complementar, a exigência fiscal decorre da aplicação de multa substitutiva da pena de perdimento, imputada pela apresentação, quando do despacho instruído pela DI nº 03/1069668-7, de certificado de origem falso (fl. 18), fato apurado, conforme documentos de fls. 20 a 28.

Como é cediço, tal fato é alvo de pena de perdimento, em razão do comando inserido no art. 105, VI, do Decreto-lei nº 37, de 1966¹.

1.2 - Interposição de Pessoas

Afora os elementos que serão melhor explorados em seguida, quando enfrentada a inclusão do debatida a indicação do Sr. Boris Gruc no pólo passivo da exigência fiscal, restou caracterizada a presunção de que a Comercial Amapuera atuava ocultando o verdadeiro responsável pela operação, em razão da não comprovação da origem dos recursos aportados nas operações de comércio exterior, incidindo, assim, na hipótese capitulada no art. 23, IV do Decreto-lei nº 1.455, de 1976, acrescida Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002, convertida na Lei nº 10.637, de 2002².

A presunção em questão, como é de conhecimento geral, foi criada por meio da mesma MP nº 66, de 2002, que acrescentou, ao art. 23 do Decreto-lei nº 1.455, de 1976, um segundo parágrafo, que diz:

¹ Art.105 - Aplica-se a pena de perda da mercadoria:

(...)

VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembaraço tiver sido falsificado ou adulterado;

² 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.

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

Presunção legal, segundo o magistério de Pontes de Miranda³:

“em vez de meio de prova, é o conteúdo de regras jurídicas que estabelecem a existência de fato, fato jurídico (e.g. direito) sem que se possa provar o contrário (praesumptio iuris et de iure, presunções legais absoluta)s ou enquanto não se prova o contrário (presunções legais relativas)”

Não adentrando na discussão inerente a aplicação de qualquer presunção em alegado detrimento do princípio da verdade material, penso que *in casu*, longe está de se estabelecer uma ficção jurídica desvinculada do mundo fático.

Com efeito, **ninguém consegue adquirir bens em volume superior ao seu patrimônio ou sua capacidade de endividamento.** Quem opera acima desse limite, opera com amparo de terceiros.

De qualquer forma, ainda que não fosse possível estabelecer tal relação entre o fato real e o legalmente presumido, ainda assim o interesse público destacado por Bonilha⁴, citando Lucien Mehl seria motivo suficiente para a sua aplicação:

“Além e não obstante as regras gerais, a vontade de lutar contra a fraude fiscal conduz o legislador a editar presunções legais, que não podem ser evitadas a não ser que o contribuinte produza a prova em contrário ... e a deixar a carga da prova para o contribuinte lançado de ofício, em consequência de sua negligência ou de irregularidades graves” (grifei)

Nessa mesma linha ressalta Alberto Xavier, citando Galvão Telles⁵:

“Em regra, porém, dado que os simuladores procuram furtar-se a olhares indiscretos e dado que as contra-declarações são entre nós pouco utilizadas, não existe prova direta da simulação. Esta terá que provar-se indiretamente, através de presunções. A simulação deixa quase sempre vestígios que a denunciam: há fatos, circunstâncias que a experiência aponta como sintomas ou índices do caráter fictício ou imaginário de um ato jurídico.... Os indícios que fazem presumir a simulação serão particularmente se se tornar aparente um motivo simulatório ”

Nesse contexto, os fatos que emergem dos autos se subsumem claramente à hipótese descrita na norma: as pessoas físicas que supostamente formariam o quadro societário (Sra. Maria das Graças Duarte e Sr. Boris Minkovicius) não teriam meios colaborar na formação do patrimônio da pessoa jurídica, nem muito menos atuam na condução das atividades empresariais. Aliás, o segundo sócio sequer reside no município de Macapá, onde a

³ Pontes de Miranda, *apud* Maria Rita Ferragut, *Presunções no Direito Tributário*. São Paulo, Dialética, 2001, p. 58.

⁴ Lucien Mehl, *apud* Bonilha, Paulo Celso Bergstrom. *Da Prova no Processo Administrativo Tributário*. São Paulo, LTr, 1992, p. 115.

⁵ *Manual dos Contratos em Geral*, *apud*, Xavier, Alberto. *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva*. São Paulo, 2001, Dialética, p. 76.

pessoa jurídica estaria sediada e, quando intimado a comparecer, alegou impossibilidade de se deslocar até lá (vide item 8 do relatório de fls. 283 a 288)

Faltam-lhes, portanto, os requisitos delineadores do comerciante e, conseqüentemente, do ato de comércio, sintetizados pelo professor Rubens Requião⁶:

“... O comerciante singular, vale dizer, o empresário individual é a própria pessoa física ou natural, respondendo seus bens pelas obrigações que assumiu, quer sejam civis, quer comerciais”

Continua, o festejado comercialista, asseverando que dois elementos fundamentais servem para caracterizar a figura do empresário: a iniciativa e o risco.

“O empresário pode valer-se, e normalmente se vale, da atuação e colaboração de outrem, mas a ele cabe a decisão, a ele compete, no caso de diversidade de perspectiva, escolher o caminho que lhe pareça mais conveniente. Compensando o poder de iniciativa, os riscos são todos do empresário comercial: goza ele das vantagens do êxito e amarga as desventuras.

2- Responsabilidade do Sr. Boris Gruc

Constou da declaração alvo de litígio que a mercadoria objeto da pena de perdimento convertida em multa fora importada pela pessoa jurídica Comercial Amapuera Ltda., entretanto, face aos elementos indicados no Auto de Infração que formaliza a exigência litigiosa, decidiu a autoridade fiscal responsabilizar pessoalmente do Sr. Boris Gruc, devidamente identificado nos autos.

Sendo certo que a Comercial Amapuera, ao menos em razão da aplicação da presunção mencionada, não é responsável pelas operações e, conseqüentemente, pelas irregularidades detectadas, resta decidir se os elementos carreados ao processo permitiriam tal atribuição de responsabilidade ao Sr. Boris Gruc.

Com efeito, ainda que se discuta a natureza da vinculação entre o Sr. Boris Gruc e a Comercial Amapuera (se gerente de fato, como sustenta o Fisco, ou representante comercial, como sustenta o Sr. Boris), firme no inciso II do art. 135 do CTN, penso que tal definição não alcança os efeitos pretendidos.

Relembrar, aqui, que a infração que restou materialmente provada (apresentação de certificado de origem falso) não diz respeito a ato praticado na gestão da sociedade, mas no curso do despacho, atividade onde o sr. Boris Gruc, sem sombra de dúvidas, agia em nome da sociedade.

Esclarecedor, nesse aspecto, o depoimento prestado pelo sr. José Crispiniano (doc. de fl. 496), que atua em Santana do Livramento - RS:

Dentre os fatos que emergem dessa informação destaca-se:

1- Que tratava dos assuntos relativos à importação diretamente com o sr. Boris;

⁶ Requião, Rubens. Curso de Direito Comercial – São Paulo: Saraiva, 2000. VI: 24ª ed. atual. p. 76.

2- Que foi orientado a enviar a documentação referente às importações da Comercial Amapuera para o endereço indicado pela secretaria do Sr. Boris, Sra. Ruth;

3- Que nunca tratou de assuntos relativos à comercial Amapuera com a Sra. Maria das Graças Duarte;

4- Que os recursos necessários ao pagamento dos tributos eram fornecidos pelo Sr. Boris "da empresa Columbia";

5- Que as mercadorias desembaraçadas em Santana do Livramento eram entregues à Sra. Ruth;

Ademais, que, conforme já noticiado nos autos, o despachante em questão apresentou contas telefônicas que demonstram os contatos mantidos com o Sr. Boris. (doc. de fls. 432 a 463) e que o Termo de Início de Fiscalização fora enviado pela Empresa Columbia, com a qual o mesmo Sr. Boris manteria vínculo (doc. de fl. 464 a 466)

Nessa condição, independentemente do Sr. Boris deter a auto-atribuída qualidade de representante comercial da pessoa jurídica Amapuera, também conduziu a realização dos trâmites de importação.

Lembrar, nesse ponto o que diz o art. 95 do Decreto Lei nº 37, de 1966:

Art.95 - Respondem pela infração:

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

Acerca da informação consignada no item 4 acima (fornecimento dos recursos), há que se lembrar, ainda, o que diz o art. 27 da Lei nº 10.637, de 2002, renumerado quando da conversão da Medida Provisória nº 66, de 2002:

Art. 27. A operação de comércio exterior realizada mediante utilização de recursos de terceiro presume-se por conta e ordem deste, para fins de aplicação do disposto nos arts. 77 a 81 da Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

De se esclarecer que os art. 78 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001 inclui o inciso V ao art. 95 ao Decreto-lei nº 37, de 1966⁷, incluindo a co-responsabilidade por infração do adquirente da mercadoria importada por sua conta e ordem.

Acerca dessa modalidade de responsabilidade solidária, me apoio, ainda, na lição de Luciano Amaro⁸:

"Responsabilidade aí nada tem a ver com a sujeição passiva indireta; é responsabilidade noutra acepção, qual seja, a sujeição de alguém às

⁷ Art. 78. O art. 95 do Decreto-Lei nº 37, de 1966, passa a vigorar acrescido do inciso V, com a seguinte redação: "V - conjunta ou isoladamente, o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora." (NR)

⁸ Infrações Tributárias, apud Paulsen, Leandro. Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. Porto Alegre. 2007. Livraria do Advogado. 9ª ed. p. 925

conseqüências dos seus atos. Se cometi uma infração, 'respondo' por ela. Ora, nesse sentido, a responsabilidade tanto se aplica ao sujeito passivo indireto (responsável), como ao contribuinte (sujeito passivo direto), como, ainda, a outras pessoas que não são contribuintes, não são responsáveis, mas eventualmente descumprem algum dever acessório (obrigação acessória ou obrigação formal). Se o indivíduo descumpre uma obrigação formal, embora não deva nada de tributo, sofre as conseqüências do seu ato, ou seja, 'responde' pelo seu ato."

Ante à soma desse quadro indiciário e das presunções legais apontadas, pedindo venia ao i. Relator, entendo caracterizada a co-responsabilidade do Sr. Boris Gruc.

De se registrar, nessa esteira, que a ocorrência policial trazida aos autos, juntamente com as declarações do Sr. Sérgio Weinberg, não têm o condão de reduzir a aptidão dos elementos já narrados na demonstração dos fatos que deram azo à multa litigiosa.

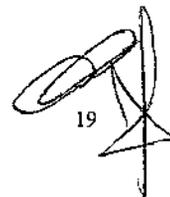
Conforme se observa na leitura do depoimento de fl. 289, que, diga-se de passagem diz respeito a importação diversa da que é alvo da exigência litigiosa, o Sr. Sérgio assume a condição de adquirente de mercadoria alegadamente negociada com a empresa Datacargo mas que, perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil, teria sido importada e desembarçada como se pertencesse à Comercial Amapuera, pessoa jurídica com a qual, segundo informa, nunca tivera qualquer contato.

Naquele caso, o adquirente final da mercadoria poderia até ser a pessoa jurídica da qual é sócio, mas isso não muda o fato de que, tanto naquele caso quanto no presente, estar-se-ia diante de uma operação maculada pela interposição de pessoas. De qualquer sorte, não se discute, no presente processo, se o Sr. Boris também teria interferido na operação indicada no referido termo.

Ou seja, o fato da pessoa jurídica TLC informar a responsabilidade pela aquisição (e não a importação) das mercadorias relacionadas à DI 04/0217632-9, não reduz a responsabilidade do Sr. Boris ou de qualquer pessoa que tenha representado a Amapuera no curso daquela operação fiscal e antecipado os recursos necessários à operação.

Ora se, na importação que foi alvo daquela investigação aquela informação não seria, salvo melhor juízo, suficiente para afastar a responsabilidade solidária nas infrações ali apuradas, com maior razão não influencia na que diz respeito à declaração 03/1069668-7, alvo do presente recurso.

19



Da mesma forma, pouco efeito produzem declarações prestadas pelo Sr. Boris Gruc perante a autoridade policial do Estado de São Paulo, em inquérito instaurado após notícia crime apresentada pela pessoa jurídica TLC (doc. de fls. 397 e 398). Praticamente só se reafirma aquilo que foi alegado nas oportunidades em que se manifestou no presente processo. Aliás, naquela oportunidade, o Sr. Boris afirma que as operações de importação relativas aos produtos da TLC, supostamente adquiridos à pessoa jurídica Datacargo, seriam efetivamente realizadas por meio da Comercial Amapuera.

3- Conclusão

Ante a tais considerações, mais uma vez pedindo vênias ao i. Relator, nego provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 9 de dezembro de 2008



LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO - Redator