



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11131.001598/2004-17
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3302-012.600 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de dezembro de 2021
Recorrente CESTAS NORDESTE COMÉRCIO DE ALIMENTOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO (II)

Ano-calendário: 2004

EXAME DA LEGALIDADE E DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.

Não compete à autoridade administrativa o exame da legalidade/constitucionalidade das leis, porque prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

SENTENÇAS JUDICIAIS E DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.

As decisões administrativas e as judiciais não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão aquela objeto da decisão, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade da legislação.

IMPORTAÇÃO. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIROS. DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. CONVERSÃO EM MULTA.

A lei prevê a presunção de interposição fraudulenta de terceiros na operação de comércio exterior se a origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados na importação de mercadorias estrangeiras não for comprovada.

Considera-se dano ao erário a interposição fraudulenta de terceiros, infração punível com pena de perdimento, que é convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro, caso as mercadorias não sejam localizadas ou tenham sido consumidas.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Descabe a nulidade do lançamento quando a exigência Fiscal foi lavrada por pessoa competente e sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis à constituição do lançamento, inexistindo qualquer prejuízo ao exercício do direito de defesa da pessoa jurídica autuada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares arguidas. No mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Vinicius Guimaraes - Presidente em Exercício

(documento assinado digitalmente)

José Renato Pereira de Deus - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Walker Araujo, Jorge Lima Abud, Jose Renato Pereira de Deus, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green, Vinicius Guimaraes (Presidente em Exercício), a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausente(s) o conselheiro(a) Larissa Nunes Girard, o conselheiro(a) Gilson Macedo Rosenberg Filho, substituído(a) pelo(a) conselheiro(a) Vinicius Guimaraes.

Relatório

Por bem transcrever os fatos, adoto o relatório da resolução nº 3302-008.818:

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório trazido pela resolução nº 320200.003, de 13 de agosto de 2009, que passo a transcrever:

O presente recurso decorre de auto de infração, lavrado em 22 10 2004 por meio do qual se constituiu crédito tributário de multa no valor total de R\$ 956 765,00 (novecentos e cinquenta e seis mil, setecentos e sessenta e cinco reais), em razão da conversão da pena de perdimento em multa equivalente a 100% do valor aduaneiro 'das mercadorias importadas pela empresa, por conta da impossibilidade de sua apreensão.

A multa foi lavrada porque, segundo consta do Auto de Infração, foi constatada a interposição fraudulenta tem operações do comércio exterior na pessoa jurídica CBA-Comércio, Importação e Exportação Ltda., pela não comprovação da origem dos recursos aplicados em operações de importação.

Apresentada impugnação pela contribuinte CBA Comércio Importação e Exportação Ltda. (fls. 315/347) e pelo responsável Márcio Pascoal' Guida (fls. 261/292) a 3 Turma da DRJ/FOR, na sessão de de outubro de 2,007 e por meio do acórdão nº 0811 892 por unanimidade de votos julgou improcedente o lançamento.

Irresignada, a empresa contribuinte CESTAS NORDESTE COMERCIO DE ALIMENTOS IMPORTACAO E. EXPORTACAO LTDA., nova denominação do CNPJ n 04.175.078/00289, apresentou recurso voluntário a este Eg. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, suscitando, em síntese, o seguinte:

Nulidade da decisão por vício insanável de 'legalidade 'do procedimento, alegando que a DRF teria deixado de intimar da lavratura do auto de infração os demais co-responsáveis, que foram incluídos no Auto de Infração;

Vícios do procedimento administrativo que deu origem ao auto de infração, em obediência as normas constitucionais que asseguram a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, baseando-se exclusivamente este auto de infração em outro auto de infração em que a recorrente apresentou defesa, estando suspensa a exigibilidade e em trâmite, não sendo líquido e certo, devendo ser reconhecida a nulidade, total insubsistência e iliquidez da presente autuação fiscal;

Nulidade pela ausência de descrição minuciosa e indubitosa dos fatos que dão suporte à autuação;

Nulidade do lançamento: Como consequência da inobservância das normas relativas ao ato administrativo de lançamento tributário e da forma de apuração, identificação e individualização da infração e da penalidade imposta;

Cerceamento de defesa: Como consequência das impropriedades do ato administrativo que exarou o auto de infração, incompatíveis com a segurança jurídica e a garantia da ampla defesa e contraditório,

Nulidade do ato administrativo por violação ao princípio da legalidade e da tipicidade, diante da completa ausência de demonstração e comprovação da subsunção do conceito dos fatos efetivamente ocorridos com a norma tributária;

Ausência de lei devido à inconstitucionalidade do Decreto-Lei 1455/76: alegando que deve ser reconhecida a inconstitucionalidade das normas :dispostas nos referidos decretos-leis que disciplinavam a pena de perda de mercadoria no âmbito do Poder Executivo em conformidade com o disposto no art. 5º I XLVe)fl,VI, "b", bem como, por não terem sido ratificados pelo Congresso Nacional no prazo de 180 dias quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, por força do art. 25 do ADCT conseqüentemente, declarando-se a insubsistência do auto de infração fundado em norma inconstitucional;

Impossibilidade da retroatividade para fundamentar infração e impor penalidades, alegando que não pode servir para fundamentar ou provar eventual infração, fatos ocorridos antes da vigência da norma que estabeleceu a infração, quer pela vedação de retroatividade para alcançar fatos pretéritos, salvo quando seja retroação benigna, devendo, por essa razão, ser reconhecida e declarada a nulidade do procedimento e ato administrativo que culminou o presente auto de infração;

Observância ao direito de propriedade e da livre iniciativa, tendo em vista que a autuação fiscal afrontou as referidas garantias constitucionais na medida em que aplicou pena de perda de mercadoria a todas as importações que a recorrente realizou no desenvolvimento regular de suas atividades por suposta infração, o que redundava em odiosa interferência nas atividades econômica e na liberdade de iniciativa e desenvolvimento de atividade lícita pelos particulares;

Impossibilidade de medida provisória criar normas penais e de detenção de bens, afirmando que a insubsistência do auto de infração se dá também pelo fato do seu fundamento legal possuir vício insanável de origem, uma vez que não poderia ter sido veiculado através de Medida Provisória;

Da aplicação da norma do artigo 112 do CTN;

Por fim, requereu a observância da Presunção de inocência e a inconstitucionalidade da exigência tributária com base em lançamento presuntivo, na medida em que afirma que a autuação foi realizada com base em presunções e.

A resolução da qual o relatório acima foi retirada decidiu pela realização de diligência nos seguintes termos:

Pelo que se nota no Auto de Infração, especialmente à il. 03 dos autos, a DRF de origem, Alfândega do Porto de Fortaleza, atribuiu também a condição de responsável pelas infrações, com fundamento nos arts. 134, III, 135 e 137 do CTN, às seguintes pessoas: SIMON BOLIVAR DA SILVEIRA BUENO (CPF 974.777.02887) ; ANTONIO CARLOS BRUNO (CPF: 148.407.27821) e MARCIO PASCOAL GUIDA (CPF: 029.838.66823).

Todavia, não restou claro nos autos se a DRE de origem promoveu a intimação de todos os co-responsáveis indicados acima, até para que lhes fosse concedido prazo para a apresentação de defesa administrativa.

Dessa forma, se faz necessário que os autos retornem à Unidade da SRF para que os responsáveis se manifestem acerca do seguinte ponto: `

Se todos os envolvidos no Auto de Infração foram intimados especialmente os indicados como responsáveis pela infração, Simon Bolivar da Silveria Bueno (CPF 974. 777.02887) ; ANTONIO CARLOS BRUNO (CPF: 148.407.27821); se foi alterado o Auto de Infração ou o porquê de não terem sido intimados os Contribuintes acima mencionados.

Ante todo o exposto, evidenciado está que faltam elementos indispensáveis ao adequado julgamento do feito, razão pela qual VOTO PELA CONVERSÃO DO PRESENTE JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. Após, seja intimada a empresa Recorrente para manifestação.

Em resposta à resolução a autoridade autuante as efls. 539 e segs., em apertada síntese, alega que a falta de intimação dos coobrigados não macularia o andamento do presente processo, sendo certo que essa seria a sistemática utilizada pela fiscalização à época dos fatos, colacionando julgados que supostamente embasariam seu entendimento, finalizando seu entendimento alegando que a fiscalização da RFB em sua interpretação acerca da legislação tributária e aduaneira, não estaria vinculada a entendimento emanados de órgãos julgadores, judiciais tampouco administrativos.

Intimada da informação fiscal acima mencionada, a empresa reiterou suas alegações trazidas em defesa e recurso, alegando que a falta de intimação dos coobrigados levaria a nulidade do processo administrativo.

Juntada ao processo a manifestação da empresa recorrente, nos termos do regimento o presente processo foi distribuído a esse conselheiro para julgamento.

Nos termos da resolução 3302.000.818, o processo foi convertido em diligência para que fosse realizada a intimação dos devedores solidários, exceção feita ao senhor Márcio Pascoal Guida, devidamente intimado do Auto de Infração.

Em cumprimento a determinação contida na referida resolução e, visando sanar a irregularidade nos autos, os devedores solidários SIMON BOLIVAR DA SILVEIRA BUENO e ANTONIO CARLOS BRUNO foram devidamente intimados por Edital, dando-se ciência de todos os atos processuais praticados e, oportunizando a apresentação de suas respectivas defesas. Contudo, referidos devedores solidários não apresentam nenhuma insurgência quanto aos fundamentos das acusações.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Renato Pereira de Deus, Relator.

I - Admissibilidade

O recurso voluntário apresentado pela empresa é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

Quanto aos demais devedores solidários, constatasse que mesmo intimados, não apresentaram recurso voluntário contra o acórdão recorrida.

Desta forma, a análise recursal se restringe aos argumentos apresentados pela empresa.

II – Preliminares

II.1 – Nulidade do processo por falta de intimação dos devedores solidários

Conforme exposto anteriormente, a Recorrente intimada da Informação Fiscal de fls.528, prestada no sentido de que a intimação dos devedores solidários à época da lavratura do Auto de Infração era desnecessária, pleiteou a nulidade do Auto de Infração por falta de intimação dos devedores solidários.

De início, registre-se que a falta de intimação dos devedores solidários não acarreta nulidade do lançamento fiscal, mas a nulidade dos atos administrativos praticados até o presente momento.

Entretanto, constatasse que a irregularidade apontada pela Recorrente, foi devidamente sanada com a intimação dos devedores solidários SIMON BOLIVAR DA SILVEIRA BUENO e ANTONIO CARLOS BRUNO, exceção feita ao senhor Márcio Pascoal Guida, que já havia sido devidamente intimado do Auto de Infração.

Neste seara, caberia aos devedores solidários, agora devidamente intimados do Auto de Infração, pleitear a nulidade dos atos processuais praticados até o momento e, não à Recorrente que não possui legitimidade para pleitear em nome próprio direito alheio.

Assim, por total ausência de legitimidade postulatória, afasto o pedido de nulidade arguida pela Recorrente.

II.2 – Questões preliminares arguidas em sede recursal

Em relação as preliminares as arguidas pela Recorrente, as quais reproduzem suas alegações de defesa, entendo que a decisão proferida pela instância *a quo* seguiu o rumo correto. Assim, utilizo sua *ratio decidendi* como se minha fosse para fundamentar a decisão, nos termos do § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e do art. 2º, § 3º do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019 e do § 3º do art. 57 do RICARF, *in verbis*:

I - Preliminares

Das Impugnações:

Preenchidos os requisitos formais de admissibilidade das impugnações apresentadas, delas se toma conhecimento.

As impugnações têm vários pontos comuns no que concerne às teses das defesas. Em determinados aspectos, as impugnações apenas se complementam, assim, serão elas fundamentadas conjuntamente, analisando-se as defesas ampliadas como um todo, buscando-se separar apenas os pontos em que não haja convergência, pois a comprovação dos ilícitos depende dos mesmos elementos de prova.

Verifica-se que os Autos de Infração atendem a todos os requisitos previstos no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, não havendo qualquer restrição ao arrolamento de sujeitos passivos que sejam solidariamente responsáveis pela obrigação tributária.

Quanto à jurisprudência colacionada às impugnações, por se referirem a litígios diversos deste, em nada socorre qualquer das pessoas elencadas no presente Auto de Infração.

Note-se que, ainda que tratasse de assunto idêntico, não haveria a obrigação de segui-la, desde que devidamente fundamentada a razão de discórdia, uma vez que a livre convicção do julgador, dentro da estrita legalidade, pauta a decisão administrativa.

Nulidade. Suposto Vício do Procedimento Administrativo.

A empresa autuada alega que o presente lançamento tem como único fundamento auto de infração lavrado pela DRF/Jundiaí (processo nº 13839.000770/2004-83), cuja exigibilidade encontra-se suspensa por força de defesa administrativa apresentada pela recorrente e pelas demais pessoas que figuram no pólo passivo. .

A defesa realizada pela recorrente no malsinado auto de infração é assegurada pelas normas que regulam o processo administrativo e sobretudo, pelas garantias constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Argui, neste sentido, que não poderia ser lavrado o auto de infração baseado em questão cuja exigibilidade encontrasse suspensa por força de defesa apresentada pela recorrente.

Conclui, aduzindo que a iliquidez do auto de infração é evidente, pois foi baseado em conclusões de auto de infração que foi impugnado pela recorrente.

Inicialmente, cabe observar que, apesar de os contribuintes serem pródigos ao apontar nulidades em processos das espécies em comento, as possibilidades de que efetivamente estas ocorram são restritas, a teor do Decreto nº 70.235/72 (PAF), verbis:

“Art. 59 - são nulos:

I - Os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - Os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Art. 60 - as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. "

Como se vê, as duas únicas hipóteses de nulidade vinculam-se à preterição do direito de defesa e à incompetência do servidor fiscal.

Com relação à alegação de cerceamento ao direito de defesa do Impugnante, é mister se frisar que o Interessado teve todas as oportunidades de juntar os documentos que entendesse pertinentes para desenvolver sua defesa. Para esse fim, teve à sua disposição todo o prazo de impugnação de trinta dias. Inclusive, vale lembrar que o momento adequado para o contribuinte produzir e apresentar suas provas é, justamente, quando da apresentação de sua impugnação, conforme se depreende da regra do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, alterado pela Lei nº 8.748, de 1993, abaixo transcrito:

"Art. 16. A impugnação mencionará: (...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

Por mais que negue isso em sua impugnação, o Interessado teve pleno conhecimento do ilícito tributário e pôde exercer, sem qualquer restrição, seu direito de defesa, o que se constata, facilmente, pelo extenso arrazoado apresentado.

Nesse sentido, vale transcrever algumas ementas de acórdãos do Conselho de Contribuintes que corroboram o entendimento aqui exposto:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação se encontraram plenamente assegurados. " (Acórdão 1 04-16. 35 7).

"NULIDADE DO LANÇAMENTO POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Se o autuado revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as uma a uma, de forma meticulosa, mediante extensa e substancial impugnação, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa. (Acórdão n.º 104-16. 701/1998).

Insta destacar que a possibilidade de ter havido cerceamento ao direito de defesa deve ser analisada in concreto, ou seja, se os atos e fatos ocorridos, efetivamente, prejudicaram o direito à ampla defesa do contribuinte, pois, não se vislumbra, no caso, qualquer limitação à possibilidade de defesa do autuado, desde que, efetivamente, ele teve acesso a todas as informações constantes dos autos e não houve qualquer restrição ao seu direito de contestar à exigência lançada ou qualquer empecilho relativo à produção de provas, como se percebe pelo teor e pela tempestividade de sua impugnação, que revela que houve pleno conhecimento dos termos da autuação e da infração imputada ao contribuinte.

Por oportuno, mister destacar que o procedimento fiscal ora em exame, apesar de ter utilizado conclusões exaradas em procedimento fiscal originário da

DRF/Jundiaí (processo n.º 13839.000770/2004-83), é independente daquele, não podendo ser sobrestado até a sua finalização, com os recursos inerentes tanto na via administrativa como na judicial.

Com efeito, a margem de discricionariedade da autoridade fiscal, em todas as fases da constituição do crédito tributário, é inexistente, pois, segundo o art. 142, parágrafo atos da Administração, aliado ao caráter vinculado da atividade do lançamento, previsto no parágrafo único do Art. 142 do CTN, não há como este Julgador adotar entendimento diverso do que o determinado em lei, para sobrestar a tramitação do presente processo até que se decida a sorte do recurso interposto contra auto de infração lavrado contra a matriz da pessoa jurídica.

Da Alegação de Falta de Descrição Induvidosa e de Planilha:

Compulsando-se os autos verifica-se que o lançamento se faz acompanhar além do Auto de Infração (fls. 01/03), do Relatório de Ação Fiscal (fls. 06/30), estando devidamente relatados os fatos que motivaram o presente Auto de Infração, conforme constante no presente Relatório, concluindo a fiscalização pela interposição fraudulenta devido à não comprovação da origem regular dos recursos utilizados para suas operações, como responsável pela empresa diverso daquele constante da sociedade, tendo sido as mercadorias entregues a consumo no processo produtivo da empresa.

Naquele relatório é descrito, minudentemente, que a empresa realizou importações no período entre junho a dezembro de 2003, conforme o quadro Relação de Importações CBA em anexo, não comprovando a origem regular dos recursos utilizados para suas operações, conforme constatamos através dos fatos acima descritos cujos documentos comprobatórios se encontram acostados ao processo, tendo, portanto, infringido disposição legal relativa ao Dano ao Erário, decorrente das infrações previstas no “caput” do artigo n.º 23 do Decreto-Lei n.º 1.455/76, com redação dada pelo parágrafo 2º do inciso V do artigo n.º 59 da Lei n.º 10.637 de 30 de dezembro de 2002 (conversão da Medida Provisória n.º 66 de 29/08/2002 em lei):

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

Descreve, ainda, neste termo que, em vista do disposto no parágrafo 3º do inciso V, a pena prevista no parágrafo 1º converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida. Em razão da impossibilidade de localização da mesma, até mesmo pelo volume de produtos comercializados, e da não existência de grandes estoques na empresa, a pena de perdimento foi convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria.

Esse mesmo termo conclui que:

"(---)

Assim sendo, efetuamos o lançamento da multa equivalente a 100% do valor aduaneiro das mercadorias importadas pelo estabelecimento CBA - COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO O EXPORTAÇÃO LTDA, CNPJ; 04.175.078/0002-89, registradas no Siscomex - Sistema Integrado do Comércio Exterior sob os n.ºs ” 03/05166055, 03/05527201, 03/06607748, 03/07051611, 03/07494726, 03/08089256 e 03/11459453, após a publicação da norma instituidora da pena aplicada, referente à conversão da pena de perdimento dessas mercadorias, no valor de R\$ 956.765,00 (fls.

134/141-A), tendo em vista a não localização das mesmas, em decorrência de sua ...vt comercialização.

Assim, apesar de não ter sido acostada planilha detalhada das importações objeto do presente Auto de Infração, conforme trecho do Relatório acima transcrito, chega-se facilmente ao Total Resumido das importações realizadas pela CBA Comércio Importação Exportação Ltda, CNPJ 04.175.078/0002-89, no período compreendido entre 06/2003 e 12/2003 (Sistema Lince/SRF) = R\$ 956.765,86.

(...)

Quanto aos demais itens questionados por coincidirem, in totum, com as arguições exaradas na defesa apresentada no processo nº 13839.000770/2004-83, a qual já foi objeto de análise pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo (SP), através do Acórdão DRJ/SPOII Nº 14.410, de 22 de fevereiro de 2006, adoto as conclusões ali colacionadas, as quais transcrevo no que couber, à presente decisão.

Das Preliminares:

Da Alegação de Cerceamento de Defesa:

Segundo o interessado, o auto de infração deve estar formulado de modo que o autuado tenha pleno e imediato conhecimento de seu conteúdo, para que possa exercer seu direito constitucional à ampla defesa, pois se este não for claro e indubitoso, não poderá se defender satisfatoriamente e em toda a sua plenitude, sendo que essa garantia constitucional fundamental restou totalmente prejudicada na presente autuação fiscal, pois, além de não guardar correlação lógica entre a capitulação legal da infração e da multa com a descrição dos fatos, não foram demonstradas inequivocamente as supostas infrações apontadas, nem a identificação do sujeito passivo e a individualização de sua conduta na prática da infração, o que sem dúvida alguma prejudica a apresentação de defesa pelo contribuinte.

Ora, o presente Auto de Infração está acompanhado de um amplo Relatório de Ação Fiscal, do qual o interessado teve ciência.

Após intimações e diligências, inclusive a outras empresas, a fiscalização concluiu que o interessado comercializa grandes volumes de mercadorias e que, por si só, não teria capacidade econômico-financeira para ter operado da forma como operou, ou seja, no volume de compras que realizou, tanto no mercado interno quanto nas importações feitas, não tendo conseguido comprovar a integralização inicial de capital de R\$ 120.000,00, o lançamento feito de empréstimos de sócios, no que resultou um saldo credor de caixa/disponível de R\$ 766.229,30 calculado, ou saldo credor de disponível de R\$ 893.545,80 conforme a contabilidade apresentada pelo contribuinte, o que indica aplicação de recursos sem comprovação da origem.

Além disso, concluiu que as pessoas que se apresentam como sócios da CBA/Jundiá - Márcio Pascoal Guida e Antônio Carlos Bruno não tinham e nem têm patrimônio compatível com o de sócios de uma empresa que opere no volume que opera a CBA/Jundiá, sendo que o sócio Márcio Pascoal Guida não tem o conhecimento esperado de um sócio gerente, pois errou ou não soube responder a diversos questionamentos feitos sobre volume de compras, de vendas, nome do diretor financeiro, e outros mais, tendo faltado com a verdade quando disse que a Sustento Alimentos e a Sul Brasil Alimentos não têm qualquer ligação com a CBA/Jundiá, pois isto foi comprovado por diversas vezes, seja através da propaganda da CBA/Jundiá

veiculada pela Internet, seja através do depósito bancário feito pela CBA/Jundiaí para a Sustento Alimentos (doc. fls. 173).

Ficou também comprovado que a empresa Central Brasil de Alimentos Com. Import. Export. Ltda, CNPJ: 00.530.540/0001-87 (CBA/Rio de Janeiro), que foi constituída em 23/03/1995, pelos sócios Simon Bolívar da Silveira Bueno, Emílio Maioli Bueno, e Edson Donizette Benette, está por trás das operações da CBA/Jundiaí, pois através dela é que foi possível a CBA/Jundiaí, em maio de 2001, realizar compras a prazo no valor de R\$ 2.520.250,00 em apenas um mês. A ligação entre elas está também comprovada através do cadastro no CNPJ da filial 0025 no endereço da CBA/Jundiaí (Rodovia Anhanguera Km 51,36), e também através do documento de depósito bancário com o CNPJ da CBA/Rio de Janeiro.

A forma de constituição de operação da CBA/Jundiaí foi arquitetada para que, mesmo que seja autuada, não reste nenhum patrimônio para responder pelo crédito tributário, embora ela comercialize valores elevados. Este mesmo tipo de operação é o que foi utilizado para a Central Brasil de Alimentos Com. Import. Export. Ltda (CBA/RJ.), e que resultou na sua declaração como interposta pessoa.

O Sr. Simon Bolívar da Silveira Bueno é na realidade a pessoa que gerencia a CBA/Jundiaí, e isto ficou comprovado no início da fiscalização, em 30/10/2004, quando se apresentou como diretor financeiro da empresa, e demonstrou pleno conhecimento dos problemas que a empresa estava tendo para desembaraçar mercadorias na fronteira (em Jaguarão/R.S.), e falou sobre as medidas judiciais que a empresa estava tomando para poder realizar o desembaraço aduaneiro, seja quando assinou como avalista dos aluguéis devidos pela Sustento Alimentos (filial no Rio de Janeiro), seja quando assinou como caucionante juntamente com sua mulher na locação do imóvel sede da Sustento Alimentos (matriz) em São Paulo, dando inclusive um imóvel como garantia, seja ainda quando este fato foi confirmado inclusive por uma funcionária da empresa em 07/04/2004, quando lá estive para dar ciência de um Termo de Intimação à Colorado Participações.

O contrato de Locação e o Termo de Acordo firmado entre a CBA/Jundiaí e a Colorado Participações e o Sr. Simon Bolívar, apenas comprova a ligação existente entre elas, pois se refere a um investimento de R\$ 12.700.000,00 (no mínimo) sem um retomo determinado podendo ser de R\$ 5.000,00 num mês e de R\$ 90.000,00 no mês seguinte, quando se sabe que esse valor aplicado no mercado financeiro poderia render no mínimo R\$ 190.000,00 sem qualquer risco. Cabe ainda dizer que o alto valor declarado no contrato de locação - R\$ 360.000,00 - resulta em diminuição do lucro tributável para o cálculo do IRPJ e da CSLL devidos.

A forma como a CBA/Jundiaí classificou em sua contabilidade os aluguéis em atraso devidos à Colorado Participações como Empréstimos de Sócios, em 2001, confirma a ligação existente entre a CBA/Jundiaí, a Colorado e seu sócio Simon Bolívar.

Concluiu a fiscalização pela presunção de interposição fraudulenta de terceiros, nos termos do artigo 59 da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002, convertida em Lei nº 10.637, de 30/12/2002, pelo que lavrou o auto de infração objeto da lide para lançamento da multa prevista no artigo 618, XXII, parágrafo 1º, do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 4.543, de 27/12/2002, tendo sido considerados responsáveis pelas infrações decorrentes do presente Auto de Infração, em decorrência do inciso III do art. 134, do art. 135 e do art. 137 da Lei 5172/66, além da empresa em epígrafe, Simon Bolívar da Silveira Bueno, CPF 974777028-87,

Antônio Carlos Bruno, CPF 14840727821, e Márcio Pascoal Guida, CPF 029838668-23, sendo todos eles cientificados do conteúdo do presente, tendo cada um deles impugnado o presente Auto.

Desse termo, todas as partes interessadas tiveram ciência, podendo oferecer defesa.

Da Capitulação Legal e da Penalidade Aplicada:

Alega a interessada que, como o auto não relatou individualmente cada uma das supostas infrações, temos também como violado o próprio artigo 9º do Decreto nº 70.235/72 que faz tal exigência expressamente.

Ora, o artigo 9º do Decreto nº 70.235/72, citado a seguir, apenas prevê a formalização de autos de infração distintos para cada penalidade. Entretanto, houve a aplicação de uma penalidade apenas, não se aplicando tal dispositivo:

"Art. 9º - A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. "

Quanto à descrição dos fatos e a sua correlação com a capitulação legal da infração e da multa, contrariamente ao que alega a interessada, não houve simples menção e mera presunção do cometimento da infração, que já bastariam para fundamentar sua estapafúrdia autuação, mas sim a descrição adequada e completa dos fatos, através de Relatório de Ação Fiscal, constando a devida capitulação legal da infração.

Da Declaração de Inaptidão:

Inicialmente, falaremos um pouco sobre declaração de inaptidão, discutida na impugnação por Márcio Pascoal Guida, a qual é prevista art. 712 do Decreto nº 4543/2002, citado a seguir:

“Seção III

Da Declaração de Inaptidão de Empresas Inexistentes de Fato Art. 712. Será declarada inapta, nos termos e condições definidos em ato normativo do Ministro de Estado da Fazenda, a inscrição da pessoa jurídica que não exista de fato (Lei nº 9.430 de 1996, art. 81).

§ 1º Será também declarada inapta a inscrição da pessoa jurídica que não comprove a origem, a disponibilidade e a efetiva transferência, se for o caso, dos recursos empregados em operações de comércio exterior (Lei nº 9.430, de 1996, art. 81, § 1º, com a redação dada pela Medida Provisória nº 66 de 2002, art. 60).

§ 2º Para fins do disposto no § 1º, a comprovação da origem de recursos provenientes do exterior ocorrerá mediante, cumulativamente (Lei nº 9.430, de 1996, art. 81, § 29, com a redação dada pela Medida Provisória nº 66, de 2002, art. 60).'

I - prova do regular fechamento da operação de câmbio, inclusive com a identificação da instituição financeira no exterior encarregada da O remessa dos recursos para o País; e

II - identificação do remetente dos recursos, assim considerada a pessoa física ou jurídica titular dos recursos remetidos.

§ 3º No caso de o remetente referido no inciso II do § 22 ser pessoa jurídica, deverão ser também identificados os integrantes de seus quadros societário e gerencial (Lei nº 9.430, de 1996, art. 81, § 3º, com a redação dada pela Medida Provisória nº 66, de 2002, art. 60).

§ 4º O disposto nos §§ 2º e 3º aplica-se, ainda, na hipótese de interposição fraudulenta de que trata o § 5º do art. 632 (Lei nº 9.430, de 1996, art. 81, § 4º, com a redação dada pela Medida Provisória nº 66, de 2002, art. 60). "

Conforme visto, a declaração de inaptidão aplica-se, por previsão legal, a diversos casos, inclusive à hipótese de interposição fraudulenta.

A IN/SRF nº 568/2005, citada a seguir, a qual dispõe sobre o CNPJ, prevê que a inscrição no CNPJ será declarada inapta por meio de ADE do Delegado da DRF, da Derat, da DEFIC ou da DEINF, publicado no DOU, no qual serão indicados o nome empresarial e o número de inscrição da pessoa jurídica no CNPJ.

"Art. 34. Será declarada inapta a inscrição no CNPJ de entidade:

I - omissa contumaz: a que, embora obrigada, tenha deixado de apresentar, por cinco ou mais exercícios consecutivos, DIPJ, Declaração de inatividade ou Declaração Simplificada das Pessoas Jurídicas - Simples, e, intimado, não tenha regularizado sua situação no prazo de sessenta dias, contado da data da publicação da intimação;

II - omissa e não localizada: a que, embora obrigada, tenha deixado de apresentar as declarações referidas no inciso I, em um ou mais exercícios e, cumulativamente, não tenha sido localizada no endereço informado à RFB;

III - inexistente de fato;

IV - que não efetue a comprovação da origem, da disponibilidade e da efetiva transferência, se for o caso, dos recursos empregados em operações de comércio exterior, na forma prevista em lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica à pessoa jurídica domiciliada no exterior.

(...)

Art. 42. O Delegado da DRF, da Derat, da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Fiscalização (Defic) ou da Deinf com jurisdição sobre o domicílio tributário da pessoa jurídica, acatando a representação referida no parágrafo único do art. 41, suspenderá sua inscrição no CNPJ, intimando-a, por meio de edital publicado no DOU, a regularizar, no prazo de trinta dias, sua situação ou contrapor as razões da representação.

Art. 43. Na falta de atendimento à intimação referida no art. 42, ou quando não acatadas as contraposições apresentadas, a inscrição no CNPJ será declarada inapta por meio de ADE do Delegado da DRF, da Derat, da Defic ou da Deinf publicado no DOU, no qual serão indicados o nome empresarial e o número de inscrição da pessoa jurídica no CNPJ. "

Quanto à alegação de que a declaração de inaptidão da empresa no CNPJ constituiu-se em óbice ao contraditório e à ampla defesa, não cabe a esta DRJ/FOR manifestar-se, uma vez que não existe tal competência dentre as elencadas para as Delegacias de Julgamento. Entretanto, cumpre, apenas como medida de boa ordem, transcrever o art. 11 da Instrução Normativa (IN) SRF nº 228/2002:

“Art. 11. Concluído o procedimento especial, aplicar-se-á a pena de perdimento das mercadorias objeto das operações correspondentes, nos termos do art. 23, V do Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, na hipótese de:

I - ocultação do verdadeiro responsável pelas operações, caso descaracterizada a condição de real adquirente ou vendedor das mercadorias;

II - interposição fraudulenta, nos termos do § 2º do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455, de 1976, com a redação dada pela Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002, em decorrência da não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados, inclusive na hipótese do art. 10.

Parágrafo único. Nas hipóteses previstas nos incisos I e II do caput, será ainda instaurado procedimento para declaração de inaptidão da inscrição da empresa no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). ”

Sobre o dispositivo reproduzido, duas observações são necessárias. Primeira: “concluído” o procedimento “aplicar-se-á” a pena de perdimento nas hipóteses citadas (incisos I e II). Isto quer dizer que aplicação do perdimento (e a sua eventual conversão em multa, na hipótese de mercadoria não localizada ou que tenha sido consumida) prescinde de qualquer outro ato além da conclusão do procedimento especial de verificação da origem dos recursos aplicados em operações de comércio exterior e combate à interposição fraudulenta 1 as, instituído pela IN SRF nº 228/2002.

Segunda: será instaurado “ainda”., isto é, também o procedimento com vistas à inaptidão da inscrição da empresa no CNPJ. A expressão “ainda” não está ali por acaso. Ela significa que, além do processo de perdimento, será promovido igualmente o processo de inaptidão. Logo, o processo de inaptidão é paralelo ao processo de perdimento e não fundamento deste último.

Em outras palavras, os processos de perdimento e de declaração de inaptidão têm uma origem comum, qual seja o procedimento especial no qual se constata a ocultação do verdadeiro responsável pelas operações ou a interposição fraudulenta, em decorrência da não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados, todavia são autônomos entre si.

Enfim, o término do processo de inaptidão não é pressuposto para o início do processo de perdimento. Um independe do outro.

Da Impossibilidade de Aplicação do Perdimento:

Igualmente não socorre à interessada a alegação de que no caso em tela não foi observado o disposto no art. 73 e parágrafos da Lei nº 10.833/2003.

Para maior clareza de exposição, vale lembrar o que estabelece o art. 73 e parágrafos da Lei nº 10.833/2003:

“Art. 73. Verificada a impossibilidade de apreensão da mercadoria sujeita a pena de perdimento, em razão de sua não-localização ou consumo, extinguir-se-á a processo administrativo instaurado para apuração da infração capitulada como dano ao Erário.

§ 1º Na hipótese prevista no caput, será instaurado processo administrativo para aplicação da multa prevista no § 3º do art. 23 do Decreto-Lei no 1.455, de 7 de abril de 1976, com a redação dada pelo art. 59 da Lei no 10.637, de 30 de dezembro de 2002.

§ 2º A multa a que se refere o § 1º será exigida mediante lançamento de ofício, que será processado e julgado nos termos da legislação que rege a determinação e exigência das demais créditos tributários da União. ”

A única interpretação cabível da norma transcrita é que se e quando já houver processo de aplicação da pena de perdimento instaurado e verificar-se a impossibilidade de apreensão da mercadoria a ela sujeita, deve-se extinguir esse processo, obviamente para que ele não fique pendente por tempo indefinido.

É óbvio que quando não houver processo específico visando à aplicação da pena de perdimento, como no caso dos autos, não há que se proceder à abertura de um, principalmente na hipótese em que sua inocuidade é evidente, em função da prévia constatação da impossibilidade de apreensão em face da não localização ou consumo da mercadoria.

Seria um contra-senso exigir-se a abertura de um processo para a da pena de perdimento quando de antemão já se sabe que ele não poderá ser levado avante pela já verificada inexistência da mercadoria. Cabe frisar que a multa substitutiva foi instituída inclusive para apenar essas ocorrências, que antes do advento da Lei nº 10.637/2002 ficavam impunes em face da impossibilidade de apreensão da mercadoria.

Com relação aos tributos incidentes sobre a importação que a impugnante afirma terem sido recolhidos, cabe ressaltar que não há como se eximir de seu pagamento, pois este é fator condicionante ao registro da Declaração de Importação, ato que dá início ao despacho aduaneiro.

Cumpra observar que tal fato não descaracteriza o dano ao Erário, que se configura, no caso vertente, por presunção legal. Com efeito, o art. 23, inciso V, do Decreto-Lei nº 1.455/1976, uma das bases legais da autuação, dispõe que “consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou_ simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.” Assim, comprovada a ocorrência da interposição fraudulenta, resta configurado o dano ao Erário.

(...)

Contudo, na espécie, uma vez que as possíveis irregularidades, mesmo se existentes, carecem do poder de acarretar prejuízos à impugnante, toma-se despropositado investigar sua possível existência. Por essa razão, as alegações da recorrente devem ser rejeitadas.

Da Inconstitucionalidade da Multa Aplicada:

No que se refere à insurgência contra a aplicação ao caso “de uma multa de 100% sobre o valor do bem” que a defendente julga contrária aos princípios da Vedação ao Confisco e da Capacidade Contributiva, em função do disposto pela Constituição Federal, cabe esclarecer que a apreciação de arguições de inconstitucionalidade/ilegalidade da legislação tributária foge à alçada das autoridades julgadoras administrativas, já que estas não dispõem de competência para afastar a aplicação de normas vigentes por inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Acerca do entendimento de ser confiscatória a multa aplicada, é de se registrar que sua exigência em montante equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida está fundamentada no § 3º do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976, com a redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637/2002, não cabendo a este órgão administrativo manifestar-se sobre sua validade, pois o controle de constitucionalidade é da alçada exclusiva do Poder Judiciário, conforme disciplinado nos incisos I, alínea “a”, e III, alínea “b”, e no §1º do art. 102 da Constituição Federal.

Enquanto a norma não é declarada inconstitucional pelos órgãos competentes do Poder Judiciário e não é eliminada do sistema normativo, tem presunção de validade vinculante para a Administração Pública.

Quaisquer discussões que versem sobre a constitucionalidade, legalidade ou equidade das leis exorbitam da competência das autoridades administrativas, às quais cabe apenas cumprir as determinações da legislação em vigor, principalmente em se tratando de norma validamente editada, segundo o processo legislativo constitucionalmente estabelecido.

Trata-se, na verdade, de entendimento há tempo consagrado no âmbito dos tribunais administrativos. No sentido dessa limitação de competência, têm se firmado tanto a jurisprudência judicial quanto as reiteradas manifestações dos Conselhos de Contribuintes, traduzidas em inúmeros acórdãos, entre eles o de nº 106-07.303, de 05/06/1995:

CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS - Não compete ao Conselho de Contribuintes, como tribunal administrativo que é, e, tampouco ao juízo de primeira instância, o exame da constitucionalidade das leis e normas administrativas.

LEGALIDADE DAS NORMAS FISCAIS - Não compete ao Conselho de Contribuintes, como Tribunal Administrativo que é, e, tampouco ao juízo de primeira instância, o exame da legalidade das leis e normas administrativas.

A autoridade julgadora administrativa está adstrita a se submeter às normas vigentes e impedida de afastá-las. Sua apreciação processual é feita estritamente dentro da ótica da existência de legislação que embase o feito fiscal e sua adequação à ela e não se tais normas são ilegais ou inconstitucionais. Por oportuno, assinala-se que tal é o entendimento que se extrai do Parecer Normativo da Cosit/SRF de nº 329/70:

“Iterativamente tem esta Coordenação se manifestado no sentido de que a arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional. ”

Além disso, a vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador. Tal princípio orienta a feitura da lei, que deve observar a capacidade

contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco. Não observado esse princípio, a lei deixa de integrar o mundo jurídico por inconstitucional.

É de se presumir, portanto, que a lei aprovada nos moldes constitucionais tenha estabelecido multas dentro de limites aceitáveis. No entanto, como exposto acima, a apreciação da constitucionalidade de determinada norma acha-se reservada ao Poder Judiciário.

Da Aplicação da Legislação a Fatos Supostamente Pretéritos:

Podemos ter configurada a interposição fraudulenta toda vez que uma pessoa, física ou jurídica, apresentar-se como responsável por uma operação que não realizou, se interpondo entre determinada parte (no caso o fisco) e outra (no caso, o verdadeiro sujeito passivo - responsável pela promoção da entrada da mercadoria no Território Nacional).

Neste caso, devemos ter em mente que o uso da presunção instituída pela Medida Provisória nº 66/2002 tem natureza exclusivamente procedimental, ou seja, sua utilização limita-se à instrução da ação fiscal: não cria, altera ou revoga direitos, apenas auxilia no enquadramento do fato à norma, conforme esclarece Maria Rita Ferraguti.

“As presunções suprem deficiências probatórias, disciplinam o procedimento de construção de fatos jurídicos, alargam o campo cognoscitivo do homem, e aumentam a possibilidade de maior realização da ordem jurídica, ao permitir que alguns fatos sejam conhecidos por meio da relação jurídica de implicação existente entre indícios e o fato indiciado. No Direito Tributário, assumem significativa importância, tendo em vista que os fatos juridicamente relevantes são muitas vezes ocultados por meio de fraudes à lei fiscal, ficando o processo de posituação do direito obstado de ocorrer.” (destacamos)

Criou-se, portanto, mais uma possibilidade do fisco comprovar um fato mediante a demonstração de um outro distinto, o que, além de gerar uma nova regra de apuração, ampliou significativamente os poderes de investigação dos Auditores-Fiscais da Receita Federal responsáveis pela condução dos procedimentos.

Nesse sentido, há que se afastar a regra de direito material e aplicar a de direito procedimental, definida no § 1º do art. 144 do mesmo Código, que determina:

“§ 1º - Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgando ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros (destacamos)

Assim sendo, deve-se aplicar a presunção estabelecida pelo art. 59, § 2º da Lei 10.637/2002, quando da investigação da interposição de pessoas em operações realizadas antes da edição desse diploma legal.

Quanto ao universo das operações onde podem ser aplicadas as penalidades previstas na nova redação do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76 e do §1º do art. 81 da Lei nº 9.430/96, a resposta está na possibilidade de se estabelecer (ou não) um nexo de causalidade entre a origem dos recursos e aquelas operações no comércio exterior que se encontram sob verificação.

Ficando demonstrado que existe uma mácula que remonta à integralização do capital social e que o câmbio referente ao pagamento das operações foi liquidado com valores originários dessa integralização, independentemente do primeiro ato viciado ter ocorrido antes da edição da norma que passou a punir a ocultação do sujeito passivo, há que se aplicar as penalidades discutidas.

Para se chegar a essa conclusão, deve-se ter em mente que os princípios que norteiam o Direito Penal também contribuem na aplicação de penalidades na esfera administrativa, conforme reiteradas decisões judiciais, a exemplo do acórdão unânime prolatado pela segunda turma do TRF da 5ª Região. Idêntico é o raciocínio de Sacha Calmonj, que defende:

“...é válido afirmar-se que alguns princípios do direito penal se aplicam à interpretação e à aplicação das infrações meramente tributárias, subsidiariamente. A grande maioria das legislações dos povos cultos isto prevê expressamente

Nessa linha, para solução desse questionamento específico, recorre-se à consagrada teoria da continuidade delitiva, aplicável nas hipóteses em que a “conduta delituosa permanece sendo reiterada na vigência da lei nova”, provocando a sua aplicação a todos os atos que passaram a ser classificados como delituosos, sem que isso constitua ofensa ao princípio da legalidade ou retroatividade (raciocínio referendado pelo Superior Tribunal de Justiça⁴, em processo que envolvia a aplicação da Lei nº 8.137/90 a fatos pretéritos).

Ademais, analisando única e exclusivamente a letra da norma e a relação de causalidade entre o recurso e a operação, chegaríamos a essa mesma conclusão.

Se a conduta punível é ocultar o sujeito passivo e o meio para essa ocultação é fornecimento de recursos por um terceiro que não tenha declarado qualquer relação jurídica com o importador ou com a operação de importação, pouco importa quando esses recursos foram fornecidos.

Basta uma simples operação lógica: se aqueles recursos cuja origem não foi comprovada não tivessem sido utilizados, o contribuinte conseguiria operar no comércio exterior? Se a resposta é não, o fato enquadra-se perfeitamente na norma que estabeleceu penalidades para essa modalidade de simulação, a qual, repita-se pune a operação realizada com recursos cuja origem lícita não pode ser comprovada e não o fato anterior que fez nascer esses recursos.

Ademais, é pacífico o entendimento no sentido de que o produto do delito não pode gerar benefícios a quem o praticou, a teor da regra do art. 91, inciso II, alínea “b” do Código Penal, que prevê a perda em favor da União “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.”

Observe-se que a lei não prevê exclusivamente a perda do bem diretamente ligado ao fato delituoso, mas também aqueles que dele tenham se originado indiretamente, conforme esclarece Mirabete:

“Justifica-se, também, a perda em favor da União de todo bem ou valor que, direta ou indiretamente o agente tenha auferido da execução do crime. Podem ser confiscadas, por exemplo, não só a coisa subtraída no furto, como também a importância havida pelo autor do ilícito ao vendê-la

Se permitíssemos que os recursos fossem “regularizados” pela sua circulação em sucessivas transações internacionais estaríamos colaborando para que o ato ilícito recebesse o mesmo tratamento dispensado ao ato lícito, o que esbarraria frontalmente nos princípios que norteiam a Administração Pública, plasmados no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Esse é o sentido da norma: como não se pode definir o universo dos delitos encobertos pela ação de interpostas pessoas, pune-se o meio de execução, sempre no intuito de atingir o maior número possível de contribuintes.

Indiscutivelmente, o interesse final é combater delitos contra a Administração Pública, o Sistema Tributário Nacional, o Sistema Financeiro Nacional. Entretanto, dada a gravidade e a irreversibilidade do prejuízo causado por esses ilícitos, passou-se a punir uma das modalidades de ato preparatório, ainda que aqueles ilícitos de maior gravidade não cheguem a ser consumados.

Vale registrar que esse é um expediente corriqueiramente utilizado pelo Direito Penal, quando criminaliza, por exemplo, as condutas definidas no art. 291 do Código Penal (fabricar, adquirir, possuir, guardar ou fornecer, a qualquer título qualquer instrumento destinado à falsificação de moeda) e no art. 2º, inciso V da Lei 8.137 (utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública).

Não existe dúvida que, no primeiro caso, a intenção do legislador foi impedir a circulação de moeda falsa e, no segundo, o descumprimento da legislação tributária. Mas, considerando o dano impingido à sociedade por um desses delitos, a fim de melhor proteger interesses juridicamente tutelados, resolveu punir atos preparatórios que, isoladamente, não trariam nenhum dano.

Tratando especificamente de infrações tipificadas como Dano ao Erário, pode-se citar como exemplo dessa modalidade de prevenção a ilícitos, a aplicação de pena de perdimento à mercadoria cujo despacho seja instruído com qualquer documento falsificado ou adulterado (art. 105, inciso VI do DL nº 37/66), independentemente dessa falsidade ter causado prejuízo à Fazenda Pública.

Assim sendo, reafirme-se, o fim buscado com o procedimento especial é identificar e, se for o caso, punir quem oculta o sujeito passivo, inclusive por meio da interposição de pessoas, que pode ser provada ao arrimo da presunção inserida pelo novo parágrafo segundo do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/76. Repita-se, portanto, o dano causado e o eventual lançamento correspondente deverão ser tratados em ação fiscal específica, resultado do desdobramento do procedimento especial em discussão.

Da Aplicação da Norma do Artigo 112 do CTN:

No presente caso é inaplicável o disposto no art. 112 do CTN, citado a seguir, uma vez que a descrição dos fatos não se apresenta duvidosa. Quanto à alegação de que não houve individualização de sujeitos passivos, há de se dizer, ao contrário da interessada, que foi mais uma oportunidade para que cada envolvido no processo pudesse trazer aos autos provas da origem dos recursos utilizados nas operações de importação ou de sua não participação no caso:

“Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato; -

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV- à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação. "

Do Direito à Propriedade e a Multa Confiscatória:

Opondo-se ao lançamento incorrido, alega ainda a interessada que a multa em questão é confiscatória, não sendo admitida pela Constituição Federal, valendo-se, ainda, de trechos de doutrinas e jurisprudências, defende que a penalidade há de ser proporcional à gravidade da infração ou ao proveito que o suposto infrator dela obteve.

A multa em tela encontra-se fundamentada no parágrafo 3º do artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455, de 07/04/1976, com a redação dada pelo artigo 59 da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002, tratando-se, portanto, de uma multa legalmente prevista e em pleno vigor quando do lançamento.

Vinculando-se ao princípio da legalidade, cabe à autoridade administrativa, unicamente, a aplicação da lei, independentemente do juízo de valor que se faça a respeito, inclusive, no que tange aos seus aspectos constitucionais.

Não compete à autoridade fiscal, nem ao julgador, determinar outro percentual de multa, visto que o mesmo encontra-se definido em lei, não comportando atividade discricionária. Como a atividade fiscal é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, não é possível se desviar do comando da norma.

Assim, constatado que as alegações de confiscatoriedade e desproporcionalidade da multa em voga possuem cunho eminentemente constitucional, matéria que extrapola o raio de ação da esfera administrativa, e, ainda, que a referida multa foi lançada dentro dos parâmetros da legalidade e na vigência da norma em que se fundamenta, entendo que a mesma não deva ser anulada, mas sim apreciado o seu mérito.

Da Fundamentação Legal Aplicável:

A impugnante aduz que Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002, não poderia ser aplicada ao caso, em face do art. 62, § 1º, II, da CF/88, que veda o uso de medida provisória para a detenção ou seqüestro de bens, sendo que, sua conversão em lei só ocorreu muito tempo depois da ocorrência dos fatos apontados como infração.

A princípio, poderíamos restringir nossa análise, com fulcro no princípio da legalidade, ao fato de que não cabe ao agente público proceder a exame de constitucionalidade da norma jurídica, atendo-se unicamente em executá-la nos seus estritos limites.

Entretanto, adotando-se o cuidado de não resvalar a qualquer exame de constitucionalidade, é importante esclarecer o equívoco inerente à forma como a

questão está sendo tratada, em especial, no que concerne aos institutos da detenção e sequestro de bens em relação à pena de perdimento.

O artigo 62 da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela emenda Constitucional nº 32, de 11/9/2001, aduz que “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

De certo, que o artigo 62, ora mencionado, impõe vedações à edição de medidas provisórias, nos casos previstos em seu parágrafo 1º, inclusive quando se tratar de matéria que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro, conforme prevê seu inciso II.

É importante frisar, que a penalidade aplicada no lançamento em espécie trata-se de perda de bens convertido em multa, em função do dano ao erário decorrente de infração específica, nos termos do Decreto-Lei nº 1.455 de 1976, artigo 23, inciso V, §§ 1º a 3º, com redação dada pela Medida Provisória 66/2002, artigo 59, convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002.

Os institutos jurídicos a que se refere o litigante (inciso II, §1º, art.62 da CF/88) são a detenção e o sequestro de bens. De acordo com o renomado jurista De Plácido e Silva, em sua obra “Vocabulário Jurídico” (Ed. Forense - 11ª Edição), na técnica do Direito Civil ou Comercial, a detenção da coisa significa a posse real ou atual da mesma ou o fato de ter a pessoa a posse material, ou a ocupação do objeto, sem que semelhante fato importe em ser ela o efetivo ou legítimo proprietário da coisa, enquanto que o seqüestro entende-se a apreensão ou o depósito judicial de certa coisa, sobre que pesa um litígio, ou sujeita a determinados encargos, a fim de que seja entregue, quando solucionado a pendência, a quem de direito.

Assim, nem a “detenção”, nem o “seqüestro”, se confundem com a pena de perdimento de bens, que, como forma de sanção, fundamenta-se na figura delituosa do Dano ao Erário, nos termos do DL 1455/76, onde o Estado priva o autor dos bens adquiridos de forma ilícita, em face ao dano social causado pelo mesmo.

Ressalta-se mais uma vez, que a presente análise não visa a examinar se a norma é constitucional ou não, e sim, deixar claro, que a norma constitucional evocada pela impugnante se reporta a institutos (detenção e seqüestro de bens) diversos do que trata a presente lide (pena de perdimento convertida em multa).

Portanto, entendo que a tese impugnativa em apreço não deve prevalecer, visto que a autoridade administrativa, em observância ao princípio da legalidade, fundamentou o lançamento em norma então vigente e com força de lei, cuja matéria - perdimento de bens – não se confunde com os institutos jurídicos da detenção e seqüestro de bens.

III.2 – Questões de mérito – Infração

Em relação ao mérito, verifica-se que a Recorrente, em momento algum, trouxe qualquer argumento ou prova em relação à origem dos recursos utilizados para suportar o volume financeiro transacionado pela contribuinte, nas operações de comércio exterior que foram objeto da autuação, tampouco demonstrou que de fato realizou operações contábeis/empresarias que comprovassem a origem dos recursos utilizados, tais como a integralização do aumento de capital; existência de empréstimos capaz de suportar as operações; e existência de saldo de fornecedores.

Assim, não se tendo comprovada a origem dos recursos empregados nas importações sob análise, tem-se que restou caracterizada a interposição fraudulenta, estabelecida no §3º do inciso V art. 23, do Decreto-lei nº 1.455/76, com a redação dada pelo art. 59 da Lei nº. 10.637/2002, conduta apenada com o perdimento da mercadoria, convertida em multa em razão de a mercadoria ter sido consumida ou entregue a consumo.

Desta forma, não vejo reparos a fazer na decisão recorrida, cujas razões adoto como causa de decidir:

No que pese ao mérito da questão, a defesa se apoiou na tentativa de deixar caracterizada a não ocorrência da infração apontada em face da suposta comprovação da origem dos recursos, além do funcionamento da empresa e sua condição de real adquirente. Para tal, pautou-se na alegação de que as conclusões da autoridade lançadora e o consequente lançamento estariam assentados em meras suposições, desprovidos de qualquer comprovação material, sendo necessário que a Administração demonstre a ocorrência da infração, não sendo suficiente que o contribuinte não consiga demonstrar a sua não ocorrência. De pronto, cabe ressaltar que a discussão está focada na comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados nas mercadorias importadas, que, se negativo, descamba na presunção legal de interposição fraudulenta de terceiros, o que independe da constatação do efetivo funcionamento da empresa e sua condição de real adquirente das mercadorias.

A alegação em destaque traz à tona a delicada matéria concernente ao ônus da prova no processo administrativo fiscal, pelo que se faz necessário tecer as seguintes considerações a respeito.

De certo que a presunção de legitimidade dos atos administrativos não serve como meio de supressão de lacunas probatórias. Tal entendimento, antes de ser resultado de qualquer formulação doutrinária ou jurisprudencial, nasce diretamente da lei, posto que, como se depreende da parte final do caput do artigo 9.º do Decreto n.º 70.235/1972, os autos de infração e notificações de lançamento “deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito”.

Justificada resta hoje a disposição legal, em razão de que, no âmbito de um procedimento obrigatoriamente informado por princípios como o do contraditório e o da ampla defesa, inadmissível toma-se o desequilíbrio na repartição do ônus probatório.

Certo é que as ações fiscais, por estarem submetidas ao princípio inquisitivo - circunstância, por vezes, indispensável aos procedimentos de caráter investigativo -, podem até ser conduzidas unilateralmente por parte da autoridade fiscal; entretanto, os resultados desta conduta unilateral devem ficar devidamente consubstanciados por provas - nos termos do direito -, sob pena de, em assim não sendo, restar comprometida a possibilidade concreta (e assegurada pela Constituição Federal no inciso LV do artigo 5.º) de o contribuinte, na fase litigiosa do procedimento fiscal, contraditar os argumentos e meios utilizados pelo fisco para embasar o lançamento.

No caso concreto, a autoridade administrativa carregou aos autos elementos (Contrato Social, DIRPF dos sócios, Declarações de Importação) que indicam uma incompatibilidade entre o valor da importação e o capital integralizado da interessada, pelo que, é incabível a alegação de que o lançamento estaria assentado

em meras suposições, desprovidas de qualquer comprovação material. Ainda que os referidos elementos apresentem um caráter de prova indireta, é inequívoca a necessidade de que a interessada, ao contraditar, demonstre a origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados através das razões e provas que possuir.

O direito processual brasileiro adotou, em termos de prova, um sistema bastante aberto, fundado em muito poucas restrições à atividade probatória. Assim é que o artigo 332 do Código de Processo Civil assim dispõe:

“Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

Assim, excetuado o uso das provas ilícitas (inciso LVI do artigo 5.º da Constituição Federal), pode-se provar qualquer situação de fato por qualquer via, ou seja, pode-se demonstrar a veracidade de uma dada alegação tanto por meio de uma prova direta (por exemplo, um documento que, por si só, ateste a verdade dos fatos), quanto por meio de provas indiretas (indícios, presunções legais - absolutas ou relativas -, ficções legais, etc.).

Esta ampla abertura à produção de provas homenageia o princípio do livre convencimento do julgador, insculpido no artigo 29 do Decreto nº 70.235/ 1972 (PAF):

“Art. 29 - Na apreciação da, prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, (...)”

No âmbito do Código do Processo Civil - CPC, encontramos um importante preceito que define outra regra fundamental para a compreensão do sistema adotado pelo legislador nacional é o constante do artigo 333, que trata do ônus da prova:

”Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [...]”

Tal dispositivo é a tradução do princípio de que o ônus da prova cabe a quem dela se aproveita. E esta formulação também foi, com as devidas adaptações, trazida para o processo administrativo fiscal, posto que a obrigação de provar está expressamente atribuída tanto ao autor do procedimento, a autoridade fiscal (artigo 9º do Decreto n.º 70.235/72), quanto ao contribuinte que contesta o lançamento (art.16, III do Decreto n.º 70.235/72).

Feitas as devidas considerações, passemos a analisar, à luz dos elementos inseridos nos autos, a situação concreta.

À guisa da legislação pertinente, conforme já mencionado, o artigo 59 da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002, alterou o texto do artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455, de 07/04/1976, passando a constar o seguinte:

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

(...)

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

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

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

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

§ 4º O disposto no § 3º não impede a apreensão da mercadoria nos casos previstos no inciso I ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território nacional. ”

A inclusão de tais dispositivos no _corpo do artigo 23 do Decreto-lei nº 1455/76, conforme acima transcrito, teve o condão de tipificar como dano ao erário as infrações relativas às mercadorias estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros, sendo punida, da mesma forma, com a pena de perdimento das mercadorias importadas, que, caso já tenham sido consumidas ou não forem localizadas, o perdimento se converterá em multa equivalente ao seu valor aduaneiro.

Desta forma, não tendo sido 'apresentados elementos subsidiários e idôneos capazes de comprovar a transferência, a disponibilidade, e até mesmo, a origem dos recursos empregados na importação de bens estrangeiros, a presunção pela interposição fraudulenta de terceiros é legalmente prevista, conforme o disposto no § 2º, V do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/76.

Outrossim, não se revela pertinente a alegação de que a autoridade lançadora, com base na IN SRF 228/2002, presumiu que tais fatos (origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados) não estavam comprovados, prestuniu que as provas não mais poderiam ser produzidas, e, pior, depois de todas essas presunções, encerrou o procedimento administrativo e presumiu que a infração havia sido praticada. Primeiro porque não foi com base na IN SRF 228/2002, e sim, para fins de presunção a base legal utilizada foi o próprio Decreto-lei nº 1.455/76. Segundo porque a autoridade lançadora não presumiu que tais fatos não estavam comprovados, pois, efetivamente, tais fatos não foram comprovados, apesar de haver sido oferecido à interessada todas as oportunidades para que esta produzisse as provas neste sentido. A presunção legal, diante da não-comprovação, se deu em relação à caracterização da interposição fraudulenta de terceiros. E finalmente, em relação ao encerramento do procedimento administrativo, a autoridade lançadora trouxe aos autos elementos probantes que evidenciam a falta de respaldo financeiro para a efetivação das importações objeto da lide, visto que o perfil financeiro da empresa mostrou-se incompatível com montante de recursos empregados na

importação dos bens, o que implicou na necessidade de comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.

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

Resumidamente, as informações que nos levam a entender que houve interposição fraudulenta de terceiros, sem a comprovação da origem de recursos nas operações de comércio exterior, são:

- a existência de um contrato de aluguel, feito entre a Colorado Participações S/C Ltda, CNPJ: 02.856.349/0001-55, representada pelo Sr. Simon Bolívar da Silveira Bueno, e a CBA Comércio, Importação e Exportação Ltda, CNPJ: 04.175.078/0001-06, registrado no Oficial de Títulos e Documentos sob o nº 2662117, de cinco anos, tendo como prazo inicial a data de 20 de março de 2001 e a data de término, 19 de março de 2006, tendo como prazo de pagamento 0 dia 5 do mês seguinte ao mês vencido, sendo que a locatária (CBA/Jundiaí) se obriga a pagar à locadora (Colorado Participações) o valor mensal de R\$ 360.000,00, que, segundo a interessada, desde a existência do contrato de aluguel, não houve pagamento integral do valor contratado.

- a empresa não tem capacidade econômico-financeira para ter operado da forma como operou, ou seja, no volume de compras que realizou, tanto no mercado interno quanto nas importações feitas, não tendo conseguido comprovar sequer a integralização inicial de capital de R\$ 120.000,00, pois a informação de Márcio Pascoal Guida de que as quotas da CBA por ele adquiridas no valor de R\$ 129.999,00 não haviam sido pagas e que, por isso, não houve a necessidade de captação de recursos para a sua quitação, tendo a empresa apresentado como prova de integralização de capital de R\$ 120.000,00 na data de 12/12/2001, o Documento de Crédito - DOC "C" Recibo feito pela CBA Com. Imp. Exp Ltda, CNPJ 00.530.540/0001-87, quando deveria ser o contrário, sendo o depositante CBA Com Imp Exp Ltda, com CNPJ da CBA/Rio de Janeiro.

- o cadastro das empresas e pessoas envolvidas nas sociedades das empresas com sede na Rodovia Anhanguera Km 51,36 são CBA Com. Importação Exportação Ltda (CNPJ: 04.175.078/0001-06) empresa objeto desta fiscalização, e que passaremos a chamar por CBA/Jundiaí, Serra Leste Ind. Com. Import. Export. Ltda (CNPJ: 03.017.711/0001-67), CBA Nutriz Com. de Alimentos Ltda (CNPJ: 02.404.349/0001-14), D'Hoje Supermercados S/A (CNPJ: 05.763.337/0001-74) e Colorado Participações S/C Ltda (CNPJ: 02.856.349/000155).

- Márcio Pascoal Guida (CPF: 029.838.668-23) e Antônio Carlos Bruno (CPF: 148.407.278-21), sócios da interessada, também são sócios conjuntamente em mais duas empresas: a Sul Brasil Alimentos Com. Ltda (CNPJ: 04.851.930/0001-00), e a Sustento Alimentos Comércio Importação e Exportação, CNPJ: 04.838.459/0001-10, sendo que no contrato de locação desta última, firmado em 02 de setembro de 2002, a Colorado Participações, representada por seu sócio Simon Bolívar Silveira Bueno, assina como fiadora e principal pagadora juntamente com o locatário, sendo que o preço contratado é de R\$ 30.000,00 mensais, constando no endereço do correio eletrônico da Sustento Alimentos, o nome do contador da CBA/Jundiaí, tendo, ainda, sido verificado que embora a locatária seja a Sustento Alimentos Comércio Importação e Exportação Ltda, o CNPJ constante do mesmo é da CBA/Jundiaí 04.175.078/001-06 conforme.

- o sócio Márcio Pascoal Guida, possui participação em outras duas empresas: a Guida & Guida Uda ME (CNPJ: 03.762.446/0001-41), e a Nautilus Distribuidora de Derivados de Petróleo (CNPJ: 01.157.100/0001-99), sendo que esta última está declarada in ser considerada omissa - não localizada e declarou, no ano calendário de 2001, rendimentos tributáveis de R\$ 12.000,00 e rendimentos isentos de R\$ 42.000,00. No ano calendário de 2000, foram R\$ 13.500,00 de rendimentos tributáveis e R\$ 94,47 de rendimentos isentos.

- o sócio Antônio Carlos Bruno declarou, no ano calendário de 2001, rendimentos tributáveis de R\$ 12.780,00 e rendimentos isentos de R\$ 32.500,00 e no ano calendário de 2000, foram R\$ 10.800,00 de rendimentos tributáveis e R\$ 0,00 de rendimentos isentos.

- o sócio Márcio Pascoal Guida não soube informar sobre faturamento, compras e outras coisas da empresa. Não correspondem à atuação de um sócio majoritário o desconhecimento dos faturamentos da empresa, ou dos valores de suas compras, bem como o desconhecimento do nome completo de seu diretor financeiro (que na prática seria a pessoa com a qual deveria ter maior contato, visto que o mesmo afirmou que só estava na empresa uma vez por semana ou uma vez a cada dez dias), sendo seu valor de retirada da empresa R\$ 63.000,00, no ano calendário de 2003, não condizente com a posição de um sócio majoritário na empresa, cujo faturamento no ano calendário de 2002 foi de quase 200 milhões de reais.

- a CBA/Jundiaí, em propaganda veiculada na Internet (www.cba.com.br/unidades.htm) cita como uma de suas unidades, a unidade de Curitiba à rua Tomazina, 282 quadra 5, exatamente o mesmo endereço da Sul Brasil Alimentos. Ainda no mesmo endereço eletrônico, é citada como a unidade do Rio de Janeiro da CBA/Jundiaí, a unidade situada na Estrada do Mendanha, nº 3136 em Campo Grande/RJ, exatamente o mesmo endereço da filial da Sustento Alimentos.

- o Sr. Simon Bolívar presta assessoria através de uma empresa sediada em São Paulo, à CBA/Jundiaí, não constando o nome da empresa, e nem quanto é pago a ela, não sendo pagos os aluguéis devidos à Colorado Participações, e que realizou alguns pagamentos de R\$ 50 mil, de R\$100 mil, e um pagamento de R\$ 290 mil, mas não soube dizer quando foi paga esta parcela.

- o sócio Márcio Pascoal Guida faltou com a verdade quando disse que a Sustento Alimentos e a Sul Brasil Alimentos não têm qualquer ligação com a CBA/Jundiaí, pois isto foi comprovado por diversas vezes, seja através da propaganda da CBA/Jundiaí veiculada pela Internet, seja através do depósito bancário feito pela CBA/Jundiaí para a Sustento Alimentos, pois ambas são informadas como unidades da CBA/Jundiaí em seu site na Internet, conforme visto.

- a CBA/Jundiaí, quando solicitada a apresentar os comprovantes de pagamentos feitos à Colorado Participações, apresentou extratos bancários, onde podemos verificar uma transferência de R\$ 325.490,27 feita à Sustento Alimentos.

- do Saldo da conta Empréstimos de Sócios de R\$ 2.779.608,00, conforme informação da interessada, R\$ 1.281.108,90 referem-se a aluguéis não pagos, e R\$ 1.498.500,00 referem-se a empréstimos que a empresa não conseguiu localizar em seus arquivos, cabendo observar que o montante não comprovado de R\$ 1.498.500,00, quando Caixa/Disponível de R\$ 766.229,30 calculado, ou saldo credor de disponível de R\$ 893.545,80 estornado da Demonstração do Fluxo de Caixa - pág. 5 de 7 do Termo de Constatação e Intimação de 24/03/2004, em doc. de fls. 259/265-A

- irá resultar em Saldo Credor de conforme a contabilidade apresentada pelo contribuinte, sendo apenas este fato su para concluirmos pela Interposição Fraudulenta pela não comprovação da origem dos recursos utilizados, uma vez que nenhum dos sócios, constantes do contrato social, como já vimos, dispõe de recursos para efetuar empréstimos à empresa nesse montante.

- a planta do imóvel situado à Rodovia Anhanguera Km 51,36 e respectivas fotos, nos mostram que o mesmo se constitui num prédio de 33.310,76 metros quadrados de área construída. O registro da escritura de compra do terreno indica que o mesmo foi adquirido pela Colorado Participações por R\$ 827.550,00. A área onde está situado o imóvel, com pelo menos 83.000 metros quadrados vale hoje a preço de mercado (R\$ 30,00 a R\$ 40,00 o metro quadrado, valores levantados junto a corretores na cidade de Jundiaí), no mínimo R\$ 2.500.000,00 aproximadamente. A construção, se considerarmos R\$ 305,00 o metro quadrado (valor médio obtido na Revista Construção de fevereiro de 2004, que tem por base a tabela PINI da construção civil de São Paulo), custaria hoje, algo em torno de R\$ 10.160.000,00. Ou seja, está se falando em um empreendimento de cerca de R\$ 12.700.000,00, ou mais.

- podemos concluir que o Sr. Simon não é apenas o sócio da Colorado Participações, mas que o mesmo participa ativamente da administração da CBA (o mesmo podendo-se dizer quanto à Serra Leste). O fato do Sr. Simon ter-se identificado inicialmente (em 30/10/2003) como diretor financeiro da CBA confirma o que poderia ser apenas uma suposição, sendo que as pessoas que se apresentam como sócios da CBA/Jundiaí – Márcio Pascoal Guida e Antônio Carlos Bruno - não tinham e nem têm patrimônio compatível com o de sócios de uma empresa que opere no volume que opera a CBA/Jundiaí.

- analisando os Livros Diário e Razão de 2001 e de 2002 da CBA/Jundiaí, verificamos que até o mês de abril de 2001, a empresa não apresentava movimento, o que passou a ocorrer a partir de maio de 2001. No início de maio de 2001, os saldos das contas do Balanço Patrimonial da empresa eram zero. Apenas no mês de maio, a empresa passou de um saldo zero na conta de Fomecedores para R\$ 6.303.428,29, e de um patrimônio de R\$ 7.310,00 para R\$ 6.220.927,72. Desse total de Fomecedores, R\$ 2.568.372,00 referem-se a compras à prazo lançadas à crédito nas contas Central Brasil; Serra Leste Ind. Com. Central Brasil de Alimentos (doc. fls. 408 a 461). Os documentos apresentados referentes a estas Notas fiscais emitidas pela CBA/Rio de Janeiro (CNPJ: 00.530.540/0001-87), comprovam mais uma vez, a ligação existente entre as empresas CBA/Rio e CBA/Jundiaí. Verifica-se que elas têm até o mesmo logotipo e as Notas Fiscais de entrada da CBA/Jundiaí, ou as fotos da fachada da CBA/Jundiaí. Elas também esclarecem como a empresa saltou de um patrimônio de praticamente zero (em abril de 2001), para um patrimônio de R\$ 6.213.617,72 ainda em maio do mesmo ano. Ou seja, a empresa, que não detinha praticamente nenhum patrimônio em abril de 2001, consegue comprar a crédito R\$ 2.568.372,00 em apenas um mês de praticamente um fomecedor (R\$ 2.520.250,00 referem-se à Central Brasil de Alimentos - CBA/Rio).

- a empresa Central Brasil de Alimentos Com. Import. Export. Ltda, CNPJ: 00.530.540/0001-87 (CBA/Rio de Janeiro), que foi constituída em 23/03/1995, pelos sócios Simon Bolívar da Silveira Bueno, Emílio Maioli Bueno, e Edson Donizette Benette, está por trás das operações da CBA/Jundiaí, pois através dela é que foi possível a CBA/Jundiaí, em maio de 2001, realizar compras a prazo no valor de R\$ 2.520.250,00 em apenas um mês. A ligação entre elas está também comprovada através do cadastro no CNPJ da filial 0025 no endereço da CBA/Jundiaí (Rodovia

Anhanguera Km 51,36), e também através do documento de depósito bancário com o CNPJ da CBA/Rio de Janeiro.

- a forma de constituição e operação da CBA/Jundiaí foi arquitetada para que mesmo que seja atuada, não reste nenhum patrimônio para responder pelo crédito tributário, embora ela comercialize valores elevados. Este mesmo tipo de operação é o que foi utilizado para a Central Brasil de Alimentos Com. Import. Export. Ltda (CBA/RJ), e que resultou na sua declaração como interposta pessoa.

- o Sr. Simon Bolívar da Silveira Bueno é na realidade a pessoa que gerencia a CBA/Jundiaí, e isto ficou comprovado no início da fiscalização, em 30/10/2004, quando se apresentou como diretor financeiro da empresa, e demonstrou pleno conhecimento dos problemas que a empresa estava tendo para desembaraçar mercadorias na fronteira (em Jaguarão/RS), e falou sobre as medidas judiciais que a empresa estava tomando para poder realizar o desembaraço aduaneiro, seja quando assinou como avalista dos aluguéis devidos pela Sustento Alimentos (filial no Rio de Janeiro), seja quando assinou como caucionante juntamente com sua mulher na locação do imóvel sede da Sustento Alimentos (matriz) em São Paulo, dando inclusive um imóvel como garantia.

- O contrato de Locação e o Termo de Acordo firmado entre a CBA/Jundiaí e a Colorado Participações e o Sr. Simon Bolívar, apenas comprova a ligação existente entre elas, pois se refere a um investimento de R\$ 12.700.000,00 (no mínimo) sem um retorno determinado podendo ser de R\$ 5.000,00 num mês e de R\$ 90.000,00 no mês seguinte, quando se sabe que esse valor aplicado no mercado financeiro poderia render no mínimo R\$ 190.000,00 sem qualquer risco. Cabe ainda dizer que o alto valor declarado no contrato de locação - R\$ 360.000,00 - resulta em diminuição do lucro tributável para o cálculo do IRPJ e da CSLL devidos.

- a forma como a CBA/Jundiaí classificou em sua contabilidade os aluguéis em atraso devidos à Colorado Participações como Empréstimos de Sócios, em 2001, confirma a ligação existente entre a CBA/Jundiaí, a Colorado e seu sócio Simon Bolívar.

Diante da numerosa quantidade de provas, é de se entender pela presunção de interposição fraudulenta de terceiros, nos termos do artigo 59 da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002, convertida em Lei nº 10.637, de 30/12/2002, pelo que lavrou o auto de infração objeto da lide para lançamento da multa prevista no artigo 618, XXII, parágrafo 1º, do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 4.543, de 27/12/2002.

Corroborando o quanto explicitado anteriormente, nos autos do PA 13839.000770/2004-83, atuado contra a ora Recorrente, onde se analisou questões fáticas conexas, posto que utilizaram o mesmo procedimento fiscal, restou decidido pela confirmação da conduta infratora da Recorrente, nos termos na ementa abaixo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO II

Período de apuração: 01/10/2002 a 29/02/2004

GREVE DE SERVIDORES. INDISPONIBILIDADE FÍSICA DOS AUTOS.
CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

Inexistente qualquer violação ao direito de defesa da recorrente em razão de movimentos grevistas dos servidores da Receita Federal ou por indisponibilização física dos autos no domicílio do responsável solidário, visto que, após proferida decisão pela DRJ, da qual as recorrentes tomaram ciência por meio de correspondência em que lhes foi entregue cópia da referida decisão, nada mais foi aposto no processo e não houve qualquer outra manifestação, de forma que não havia nos autos nenhum outro elemento de que as recorrentes necessitariam ter conhecimento para o exercício de sua defesa.

COMPETÊNCIA DAS DELEGACIAS DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO. MUDANÇA DO DOMICÍLIO DO CONTRIBUINTE.

A mudança do domicílio fiscal do contribuinte, depois de efetuado o lançamento e antes de apreciada a impugnação, torna-se irrelevante para alterar a competência da autoridade administrativa, que continua sendo a mesma da jurisdição onde o processo foi deflagrado.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. AUSÊNCIA. PRELIMINAR DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

A ausência da expedição do Mandado de Procedimento Fiscal MPF não gera nulidade no âmbito do processo administrativo fiscal, vez tratar-se de mero elemento de controle administrativo, não causando, por si só, prejuízo à defesa do contribuinte.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA.

Por força do princípio do livre convencimento, não há nulidade da decisão de primeira instância que deixa de analisar ponto a ponto das teses de defesa elencadas pela impugnante, quando referida decisão traz fundamentação coerente acerca das razões de decidir.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO. INCOMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA CARF Nº. 02

É vedado aos membros das turmas de julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, não competindo às instâncias administrativas apreciar vícios de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA PRESUMIDA. NÃO COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS.

Nos termos do artigo 23 do DL 1.455/76, com a redação dada pelo artigo 59 da lei 10.637/2002, presume-se a interposição fraudulenta quando a empresa não comprova a origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.

DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO DA MERCADORIA. CONVERSÃO EM MULTA.

Constitui dano ao Erário a interposição fraudulenta de terceiros, sujeita à pena de perdimento das mercadorias, convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro, caso as mercadorias não sejam localizadas ou tenham sido consumidas ou entregues a consumo.

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIRO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM, DISPONIBILIDADE E TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS IMPORTA EM INFRAÇÃO À LEI.

A interposição fraudulenta de terceiro, configurada pela não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados nas operações de importações realizadas pela contribuinte, é infração que importa no cometimento de atos com infração de lei

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIRO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Responde solidariamente com o contribuinte a pessoa física estranha ao quadro societário da empresa que, mantendo vínculo com a contribuinte, exerce, de fato, a gestão empresarial mediante a interposição de sócios fictícios. Preliminares de nulidade rejeitadas; no mérito: a) negado provimento aos recursos voluntários apresentados por Marcelo Pascoal Guida e Simon Bolívar da Silveira Bueno; e b) dado provimento ao recurso voluntário apresentado por Antônio Carlos Bruno.

IV – Conclusão

Diante do exposto, voto por rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

José Renato Pereira de Deus, Relator.