



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

Processo nº 11829.720033/2014-66
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-002.239 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de junho de 2016
Matéria AI-Imposto sobre Importação-II
Recorrente CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO LTDA e outros (HÉLIO MARTINEZ e EGISTO FRANCISCO RIGOLI)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 13/09/2009, 06/10/2009, 13/11/2009, 26/01/2010, 04/05/2010, 10/08/2010, 06/09/2010, 18/10/2010, 03/01/2011, 14/01/2011, 14/02/2011, 17/02/2011, 25/02/2011, 04/04/2011, 14/04/2011, 27/04/2011, 06/05/2011, 07/07/2011, 05/08/2011, 02/09/2011, 13/09/2011, 20/09/2011, 18/10/2011, 17/11/2011

IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO. CONVERSÃO EM MULTA NO VALOR DA MERCADORIA. ART. 23, § 3º DO DECRETO-LEI Nº 1.455/76. Não sendo possível a aplicação da pena de perdimento, em razão das mercadorias já terem sido dadas a consumo ou por qualquer outro motivo, cabível a aplicação da multa de conversão da pena de perdimento, prevista no art. 23, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.455/76; tendo em vista dano ao Erário, por conta da ocultação do real adquirente.

INFRAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, respondendo pela infração, conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SOLIDARIEDADE PASSIVA.

A imputação da responsabilidade tributária aos sócios nos termos do art.135, III, do CTN, deve estar lastreado de elementos probatórios da ocorrência de dolo por parte dos supostos infratores. No caso concreto, a autoridade fiscal imputou a responsabilidade solidária aos sócios por vislumbrar a prática de infração à legislação, fato que restou devidamente comprovado, razão pela qual os sócios não devem ser afastados do polo passivo da autuação. Bem como, os ex-sócios respondem pelo cumprimento da obrigação tributária que não é mais possível de ser exigida da pessoa jurídica extinta. Recurso a que

se nega provimento.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.206-2/2001

Autenticado digitalmente em 20/07/2016 por TATIANA JOSEFOVICZ BELISARIO, Assinado digitalmente em 20

/07/2016 por TATIANA JOSEFOVICZ BELISARIO, Assinado digitalmente em 20/07/2016 por MERCIA HELENA TRA

JANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 03/08/2016 por CHARLES MAYER DE CASTRO SOUZA

Impresso em 05/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade. No mérito, por maioria de votos, em negar provimento aos recursos voluntários. Vencidos os Conselheiros Tatiana Josefovicz Belisário, relatora, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima e Cássio Schappo, que davam provimento aos recursos. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim. Ausente, justificadamente, a Conselheira Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo. Fez sustentação oral, pela Recorrente, o advogado Antônio Airton Ferreira, OAB/SP nº 156464.

Mércia Helena Trajano DAmorim-Redatora Designada

Relatório

Segundo a fiscalização, a Empresa MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA. simulou importações em seu nome ocultando ao longo do período (e até mesmo numa única operação) 02 sociedades empresariais distintas, reais interessadas nas operações de importação, entre as quais a

Empresa CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA.

Relata a fiscalização que as sociedades importavam idênticas mercadorias (CD's e DVD's, além de quantidade menos expressivas de fones de ouvido, pens-drives, fitas magnéticas para armazenamento de dados, baterias e recarregadores), sendo que a Empresa MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA. repassava as mercadorias estrangeiras diretamente às sociedades empresariais ou aos clientes destas sociedades.

A fiscalização ressalta que nas declarações de importação a operação de importação foi realizada mediante contratação de serviços da Empresa COLUMBIA TRADING S/A, que figurou como "importador" nessas operações de importação (importação por encomenda). Embora esta empresa tenha registrado as declarações de importação, no entender da fiscalização quem de fato ocultou os reais adquirentes foi a Empresa MAEG COM.DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA., motivo pelo qual aquela empresa não foi incluída no pólo passivo da autuação.

A fiscalização aponta indícios de que a integralização do capital social da Empresa MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA. não foi realizada com recursos de origem conhecida, vez que existem incongruências nas declarações apresentadas para fins de imposto de renda, em especial do Sr. HELIO MARTINEZ (CPF 419.283.348-49).

O Sr. HELIO MARTINEZ também é sócio da Empresa CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA., sendo que seu cônjuge também constava como sócio (administrador) daquela empresa em grande parte do período analisado.

Segundo o relato fiscal, as mercadorias importadas eram, em regra, integralmente "vendidas" em pouquíssimos dias após a entrada em armazém terceirizado.

Ressalta a autoridade que a emissão de notas, no mesmo dia, para destinatários distintos indicam que, na realidade, tratavam-se de mercadorias com destinatários pré-determinados.

Quanto à capacidade operacional da empresa, a fiscalização aponta para o fato de que realizou diligência nos endereços indicados à Fazenda, porém não logrou encontrar o imóvel relativo ao contrato de locação apresentado, sendo o outro imóvel encontrado, porém sem que se possa concluir pela sua aptidão à armazenagem de mercadorias (na escala em que realizadas as importações). Aduz ainda que a empresa não possui estrutura de pessoal compatível com o volume importado no período (apenas um auxiliar de serviços gerais e um supervisor).

Registra a fiscalização que a Empresa MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA. não recolheu o imposto sobre produtos industrializados não vinculado à importação, embora fosse obrigada quando da saída dos produtos que importou por encomenda.

À folhas 39 e 40 a fiscalização apresenta uma tabela onde demonstra o baixo valor nas margens de lucro nas operações em apreço, situação que reforça o entendimento de que tal empresa foi construída como empresa de fachada, sem necessidade de gerar lucro, beneficiando indevidamente as empresas ocultadas.

Uma das correspondências comerciais eletrônicas apresentadas pelo importador, Empresa COLUMBIA TRADING S/A, revela que, sequer a Empresa MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA. era considerada pelo fornecedor estrangeiro, vez que este fez referência expressa à Empresa CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA. (fl. 41).

Segundo a fiscalização, a análise da escrituração contábil e dos extratos bancários da Empresa MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA. revelou que a empresa recebeu recursos de clientes nacionais para cobrir despesas decorrentes da simulação de operação de importação. A Empresa MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA. recebeu recursos para simular a operação de importação, repassou o dinheiro para a Empresa COLUMBIA TRADING S/A (que já havia fechado o câmbio e registrado a declaração de importação) e “vendeu” as mercadorias importadas para quem havia repassado o dinheiro, nesta ordem.

Com vistas a aclarar o modus operandi desenvolvido, à folhas 42 a 47 a fiscalização apresenta exemplos detalhados de todo o ciclo desenvolvido durante o procedimento desenvolvido para realizar a importação das mercadorias.

Alerta a fiscalização para o fato de a Empresa CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA. possuir estrutura operacional compatível com a atividade desenvolvida e de a mesma ser um dos distribuidores oficiais da marca “Philips”, principal marca dos produtos importados pela Empresa MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA.

Também registra que quando a Empresa MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA. parou de figurar como importadora, imediatamente a Empresa CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA. passou a importar as mercadorias estrangeiras que anteriormente “adquiria” daquela empresa, logo após seu desembaraço.

Assim, concluiu a fiscalização que restou caracterizada a ocultação do sujeito passivo nas declarações de importação em apreço. Em razão dos fatos anteriormente citados, a fiscalização considerou então ocorrida a infração tipificada no artigo 23,

inciso V, do Decreto-Lei nº 1.455/76, porém em razão da não

localização das mercadorias foi aplicada a multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias em substituição à aplicação da pena de perdimento, conforme estabelecido no § 3º do mesmo dispositivo legal. Foram autuadas, no presente auto de infração, apenas as mercadorias repassadas ao real adquirente Empresa CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA.

A fiscalização relata (fls. 57 a 61) que é comum, na escrituração contábil da Empresa MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA. (lançamentos relacionados à Empresa CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA.), encontrar histórico com a indicação de uma nota fiscal que só seria emitida dias depois. Também constata que os lançamentos relacionados aos pagamentos efetuados pela Empresa MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA. à Empresa COLUMBIA TRADING S/A indicam que os recursos financeiros eram provenientes de terceiros, que permaneciam ocultos nas operações de importação.

Além da Empresa MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA. foram autuados, como responsáveis solidários seus sócios Sr. HÉLIO MARTINEZ e Sr. EGISTO FRANCISCO RIGOLI (CPF 038.782.618-10) e a Empresa CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA., bem como seu sócio o Sr. HÉLIO MARTINEZ.

Considerando que as declarações de importação correspondentes às operações de importação analisadas não retratam a realidade dos fatos, a fiscalização indica a existência, em tese, de falsidade ideológica.

Ademais, a fiscalização informa que foi formalizada a Representação Fiscal para Fins Penais.

Cientificado, o interessado Sr. HÉLIO MARTINEZ apresentou impugnação de folhas 2.031 a 2.039, anexando os documentos de folhas 2.040 a 2.042. Em síntese apresenta os seguintes argumentos:

Que, devem ser consideradas também as razões de defesa da autuada Empresa CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA., vez que devem ser evitadas repetições desnecessárias;

Que, os sócios das empresas autuadas não foram intimados para prestar esclarecimentos ou sequer participar do procedimento fiscal;

Que, foi colhido como responsável solidário pelo crédito tributário por conta do simples fato de ser sócio administrador da empresa autuada. Não houve a alegada simulação;

Que, o fundamento legal é inaplicável, além de não ter havido ato de gestão com excesso de poderes, contrário à lei ou aos atos

societários, o dispositivo trata de obrigações tributárias, o que não é o caso da sanção aplicada;

Que, não pode haver transferência da pena de perdimento para o Impugnante. A pena não pode ultrapassar a pessoa do agente (aplicação do princípio da personalidade das penas – princípio da intranscendência das penas). A propriedade das mercadorias era da empresa e não do Impugnante;

Requer o recebimento e integral procedência da defesa.

Cientificado, o interessado Sr. EGISTO FRANCISCO RIGOLI apresentou impugnação de folhas 2.047 a 2.055, anexando os documentos de folhas 2.056 a 2.059. Em síntese apresenta os seguintes argumentos:

Que, devem ser consideradas também as razões de defesa da autuada Empresa CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA., vez que devem ser evitadas repetições desnecessárias;

Que, os sócios das empresas autuadas não foram intimados para prestar esclarecimentos ou sequer participar do procedimento fiscal;

Que, foi colhido como responsável solidário pelo crédito tributário por conta do simples fato de ser sócio administrador da empresa autuada. Não houve a alegada simulação;

Que, o fundamento legal é inaplicável, além de não ter havido ato de gestão com excesso de poderes, contrário à lei ou aos atos societários, o dispositivo trata de obrigações tributárias, o que não é o caso da sanção aplicada;

Que, não pode haver transferência da pena de perdimento para o Impugnante. A pena não pode ultrapassar a pessoa do agente (aplicação do princípio da personalidade das penas – princípio da intranscendência das penas). A propriedade das mercadorias era da empresa e não do Impugnante;

Requer o recebimento e integral procedência da defesa.

Cientificada, a interessada Empresa CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA. apresentou impugnação de folhas 2.088 a 2.101, anexando os documentos de folhas 2.102 a 2.185. Em síntese apresenta os seguintes argumentos:

Que, é injustificada a ausência da Empresa COLUMBIA TRADING S/A no rol das empresas autuadas, vez que aquela empresa foi a responsável pelas importações e prestou serviço de armazenagem;

Que, não foi instada a manifestar sobre os fatos imputados à Empresa MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA.;

Que, destaca os pontos principais da defesa apresentada em nome daquela empresa, tanto em razão do uso da prova emprestada, quanto pelo fato de as pessoas jurídicas envolvidas

possuírem ligação em face da participação societária comum (empresas ligadas);

Que, as provas colhidas são nulas porque, tanto os atos emitidos durante o procedimento fiscal, como o ato final (auto de infração), alcançaram uma sociedade que já estava extinta muito antes do início do procedimento fiscal que lhe foi direcionado. O Fisco tinha conhecimento desse fato;

Que, a multa não atingiu o valor da mercadoria importada, há ausência de certeza e liquidez, não foi quantificada adequadamente (base de cálculo foi estimada);

Que, há nulidade em razão da impossibilidade de lançamento de ofício na revisão aduaneira – força extintiva do lançamento por homologação (mudança do fundamento jurídico);

Que, os indícios apontados pela Fiscalização não tem força suficiente para atestar a simulação apontada. Agiu como adquirente de boa fé de mercadoria no mercado interno. Não é possível admitir a alegação da existência de simulação se todas as operações foram regularmente escrituradas e contabilizadas (a validade dessa escrituração não foi questionada);

Que, não há vedação legal para a prática do negócio realizado, as operações além de legítimas decorreram das tratativas mantidas com a Philips;

Que, não houve dano ao Erário;

Que, traz os elementos principais da defesa da empresa acusada de ter cedido seu nome: justificativas da criação e dos negócios da MAEG. Inconsistência dos indícios apontados pelo Fisco. Ofensa aos princípios da estrita legalidade e da tipicidade fechada; contratou Perito para lavrar laudo atestando a regularidade das operações;

Requer o recebimento e integral procedência da defesa.

Cientificados, os ex-sócios da (extinta) Empresa MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA. apresentaram impugnação de folhas 2.064 a 2.072, anexando os documentos de folhas 2.073 a 2.083. Em síntese apresentam os seguintes argumentos:

Que, devem ser consideradas também as razões de defesa da autuada Empresa CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA., vez que devem ser evitadas repetições desnecessárias;

Que, como reconhecido pela própria fiscalização, a pessoa jurídica já foi extinta (arquivamento do distrato social um ano antes do início dos trabalhos de auditoria). A empresa não mais existia, há ilegitimidade passiva. Se fosse possível o lançamento, o mesmo deveria reportar-se ao sujeito passivo atual (ex-sócios da sociedade extinta);

Crédito Tributário Mantido

Foi apresentado Recurso Voluntário pelos contribuintes CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA., HÉLIO MARTINEZ e EGISTO FRANCISCO RIGOLI, cujos pontos serão abordados no voto.

Os autos foram então remetidos a este CARF e a mim redistribuídos por sorteio.

É o relatório.

Voto Vencido

(voto vencido quanto ao mérito)

Conselheira Tatiana Josefovicz Belisário

Conforme bem delineado pelo Relatório elaborado pela DRJ, trata-se de discussão acerca da aplicação da multa substitutiva à pena de perdimento em face do que considerou ocultação do real comprador das mercadorias importadas mediante simulação, conforme Relatório Fiscal.

A fundamentação legal consiste no §3º do art. 23 do Decreto-Lei 1.455 de 7 de abril de 1976, incluído pela Lei 10.637 de 30 de dezembro de 2002, combinado com seu art. 23, incisos IV e V, §1º, com redação dada pela Lei 10.637 de 30 de dezembro de 2002, e combinado com o inciso VI do art. 105 do Decreto-Lei nº 37 de 18 de novembro de 1966:

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

(...)

IV - enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas "a" e "b" do parágrafo único do artigo 104e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966.

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

(...)

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

(...)

§ 3ºA pena prevista no § 1ºconverte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que

tenha sido consumida. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

*§ 3º As infrações previstas no **caput** serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)*

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;

No que toca à simulação pela ocultação do real adquirente, a operação foi assim desenhada pela Fiscalização.

A empresa COLUMBIA TRADING S/A realizava as operações de importação, por encomenda, em nome da empresa MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA. Esta, por sua vez, ocultava o real importador das mercadorias, que seria a empresa CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA..

A Fiscalização ressaltou que a empresa CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA. não era a única adquirente das mercadorias importadas em nome da MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA.

Em face da referida operação, foram lavrados o Auto de Infração nº 11829.720032/2014-11 em face da empresa MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA., com a aplicação da multa de 10% prevista no artigo 33 da Lei nº 11.488/07; e também o presente Auto de Infração, em face das empresas MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA. e CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA., como dito, com a multa substitutiva à pena de perdimento (Auto de Infração sob análise).

No presente Auto foram também incluídos os sócios gerentes das referidas empresas MAEG e CAMPCENTER, respectivamente HÉLIO MARTINEZ e EGISTO FRANCISCO RIGOLI.

A importadora, COLUMBIA TRADING S/A, não foi objeto de autuação fiscal pois, no entendimento da fiscalização, não teria participado da suposta fraude de ocultação do real adquirente.

Por fim, assinala-se que a empresa MAEG foi excluída do pólo passivo da autuação pelo fato de ter encerrado suas atividades anteriormente à lavratura, conforme acórdão da DRJ.

Assim, permanece em litígio os pleitos apresentados pela CAMPCENTER, seu sócio HÉLIO MARTINEZ e de EGISTO FRANCISCO RIGOLI, na condição de sócio responsável pela MAEG, excluída da lide.

Para melhor exame dos argumentos apresentados pelos Contribuintes em seu Recurso Voluntário (recurso único), passo a apreciar cada um dos tópicos de defesa suscitados.

"1. NULIDADE - ACUSAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM ATO SIMULADO SEM A DEVIDA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA"

Nesse tópico os Recorrentes postulam pelo reconhecimento da nulidade da Autuação fiscal por insuficiência na sua instrução probatória. Tal insuficiência decorreria:

(i) da ilegitimidade da "prova emprestada" decorrente a utilização de elementos trazidos de procedimento fiscal dirigido exclusivamente à MAEG, punida com a multa por cessão de nome, lavrado quando esta já se encontrava extinta;

(ii) ausência de participação da empresa CAMPCENTER no procedimento fiscalizatório que culminou com a lavratura de Auto de Infração em face da MAEG (cerceamento de defesa);

(iii) inconsistência entre a alegação de simulação nas operações entre MAEG e CAMPCENTER, ao passo que as operações da empresa importadora, COLUMBIA, foram consideradas legítimas.

Com isso, as Recorrentes concluem que não houve adequada instrução probatória quanto à prática de simulação imputada pela Fiscalização, assim como relativamente à responsabilização solidária dos sócios gerentes.

Pois bem. Em detida e cuidadosa análise dos autos, tenho que as alegações apresentadas pelas Recorrentes neste tópico não merecem prosperar.

O Relatório Fiscal apresentado pela Fiscalização é bastante detalhado, expondo de forma clara e didática a fundamentação utilizada, e foi elaborado de forma individualizada. Ainda que, não se nega, a presente autuação tenha decorrido de procedimento fiscal instaurado em face exclusivamente da empresa MAEG, a Fiscalização cuidou de efetuar a devida correlação daqueles elementos de prova aos fatos apurados no presente Auto de Infração.

Sem adentrar ao mérito da fundamentação e das conclusões obtidas no Relatório Fiscal, tenho que este cuidou de relacionar todos os elementos de prova utilizados, efetuando a devida vinculação aos fatos imputados à CAMPCENTER e aos responsáveis solidários.

Quanto ao fato de a empresa CAMPCENTER não ter sido intimada durante o procedimento fiscal realizado exclusivamente em face da MAEG, também entendo que este não macula os direitos assegurados à ampla defesa e contraditório, uma vez que todos os elementos de prova utilizados na presente autuação constam dos autos e deles foram cientificados os sujeitos passivos.

Nesse sentido, entendo ter sido irretocável a decisão recorrida:

Nos termos do artigo 142 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional – CTN), a atividade relacionada a constituição do crédito tributário, isto é, o procedimento relacionado à

fiscalização é atribuído exclusivamente à autoridade administrativa:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(Grifos acrescidos)

Evidentemente, nos casos em que necessário, a autoridade poderá intimar o sujeito passivo para que este apresente documentos ou esclarecimentos, nos termos previstos pela legislação de regência, mas note-se que nestes casos o interesse tem por origem a fiscalização e não o interesse do sujeito passivo.

Por outro lado, independentemente de decidir por levar adiante a constituição do crédito tributário sem a participação direta do sujeito passivo ou com a participação deste (esclarecimentos e documentos), a fiscalização sempre estará vinculada ao disposto no artigo 9º do Decreto nº 70.235/72, que determina a formalização da exigência com juntada dos respectivos termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito:

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

...(Grifos acrescidos)

Tal exigência tem por objeto resguardar que os interessados conheçam além dos fundamentos, as provas que dão ensejo à exigência imposta para que assim tenham pleno conhecimento dos fatos jurídicos, permitindo então que seja exercido o direito de ampla defesa e, caso desejem, seja apresentado contraditório.

Por fim, o momento para se discordar das provas colhidas e do entendimento firmado no transcurso do procedimento de fiscalização e respectiva autuação se dá na apresentação da impugnação, contestando a exigência efetuada de ofício, quando então a legislação processual oportuniza aos fiscalizados (sujeitos passivos) o contraditório e a ampla defesa, a teor do que dispõe no artigo 16 do Decreto nº 70.235/72:

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;

... (Grifos acrescidos)

No mais, se observa com a mais nítida clareza que os autuados demonstraram total conhecimento dos fatos imputados no auto de infração em trato, bem como da legislação tributária aplicável, tendo exercido suas defesas de forma ampla, não havendo porque cogitar de qualquer hipótese de nulidade por conta do alegado cerceamento do direito de defesa.

Por fim, quanto à alegação de ser inconsistente a atribuição de responsabilidade às empresas MAEG e CAMPCENTER ao mesmo tempo em que se considerou legítimo o procedimento de importação realizado pela *trading* COLUMBIA, entendo que esta, ainda que existente, não vicia a presente autuação.

O fato de, eventualmente, existir uma terceira pessoa a quem se possa atribuir responsabilidade tributária não macula a responsabilização daqueles que, no entendimento do Fisco, participaram da conduta punível.

Pelo exposto, rejeito a preliminar suscitada.

"2. NULIDADE - AUSÊNCIA DE TIPICIDADE: O CRIVO FISCAL ATINGIU OPERAÇÕES REALIZADAS NO MERCADO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE DA CONFIGURAÇÃO DO ILÍCITO ALEGADO (SIMULAÇÃO) SEM A PARTICIPAÇÃO DA EMPRESA IMPORTADORA"

Nesse tópico, após desenvolver a questão relativa à contradição existente entre o fato de ter sido considerado regular a conduta da *trading* importadora COLUMBIA e atribuir a prática fraudulenta apenas à encomendante MAEG e a adquirente CAMPCENTER, afirma que, ao agir desse modo, a Fiscalização acabou por atingir operação realizada exclusivamente no mercado interno:

Indiscutível, portanto, que o reconhecimento do Fisco da correção/regularidade das atividades da importadora forma prova em favor da adquirente/encomendante e, por decorrência, em favor dos demais autuados.

Assim sendo, além da inviabilidade da concretização da simulação sem a participação da importadora, fica evidenciado que o crivo do Fisco não atingiu as operações de importação, mas, sim, as operações realizadas no mercado interno, o que não se compagina com o suporte legal indicado nos questionados atos administrativos, cujo alvo é a operação de importação (inciso V do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76).

Desse modo, conclui a Recorrente que há ausência de tipicidade na conduta apontada:

Assim sendo, a nulidade por ausência de tipicidade é manifesta porque, no final, o crivo fiscal não atingiu as operações de importação, que é o pressuposto do dispositivo legal indicado como arrimo da penalidade aplicada.

Esse tópico, como se verá, acaba por se confundir com o mérito da demanda e será analisado adiante.

"3. NULIDADE - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DAS MERCADORIAS"

Sucintamente, a Recorrente alega apenas:

A penalidade aplicada, não é demais insistir, atingiu as operações internas. Por isso, o auto de infração não foi instruído com a intimação para a entrega das mercadorias para a aplicação da pena de perdimento, que é condição de procedibilidade para a cominação da multa substitutiva, conforme dispõe o § 3º do art. 23 do Decreto-lei 1.455/76.

Todavia, o citado §3º do art. 23 do DL 1.455/76 não impôs tal exigência. O fato de a mercadoria já ter sido revendida (situação atestada no Relatório Fiscal e não contestada pela Recorrente), por si, autoriza a aplicação da pena substitutiva.

§ 3º As infrações previstas no caput serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)

Desse modo, afasto a preliminar aventada.

"4. NULIDADE - FORÇA EXTINTIVA DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO NA REVISÃO ADUANEIRA"

Nesse tópico, o Recorrente afirma que *"concluído o processo de desembaraço, como se observa no caso presente, o Fisco pretende reabrir o controle no âmbito da revisão aduaneira, o que encontra óbice intrasponível da mudança do fundamento jurídico do lançamento já homologado"*.

Todavia, a legitimidade do procedimento de revisão aduaneira encontra respaldo no artigo 54 do DL 37/66:

Art.54 - A apuração da regularidade do pagamento do imposto e demais gravames devidos à Fazenda Nacional ou do benefício fiscal aplicado, e da exatidão das informações prestadas pelo importador será realizada na forma que estabelecer o regulamento e processada no prazo de 5 (cinco) anos, contado do registro da declaração de que trata o art.44 deste Decreto-Lei.

Ademais, o Recorrente não aponta de forma objetiva no que consistiria a alegada revisão no critério jurídico do lançamento (obstativa da revisão aduaneira).

Pelo exposto, rejeito a preliminar suscitada.

"5. NULIDADE - AUSÊNCIA DE CERTEZA E LIQUIDEZ POR IMPOSSIBILIDADE DO CONHECIMENTO DA FORMAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA MULTA APLICADA. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA."

Os Recorrentes afirmam que é nulo o lançamento fiscal por não ter sido demonstrada pela Fiscalização a exata composição da base de cálculo da pena de perdimento aplicada.

Às fls. 42/43 do Relatório Fiscal, foram relacionadas todas as DIs relativas aos produtos repassados da MAEG para a COLUMBIA:

Às fls. 45/47 também do Relatório Fiscal, a Fiscalização esclarece a existência de 8 (oito) DIS nas quais constam produtos entregues tanto à CAMPCENTER, como a empresa diversa, chamada de 'X' em razão de sigilo fiscal. Para estas, foram apresentadas tabelas onde constam a segregação destas mercadorias e o respectivo cálculo dos valores correspondentes àquelas entregues à CAMPCENTER.

Desse modo, entendo que houve efetiva demonstração da base de cálculo utilizada pela Fiscalização, afastando a preliminar.

"6. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA SIMULAÇÃO. ADQUIRENTE DE BOA FÉ DE MERCADORIA NO MERCADO INTERNO"

"6.1. INEXISTÊNCIA DA ALEGADA CONCENTRAÇÃO DAS MERCADORIAS IMPORTADAS NAS EMPRESAS TIDAS COMO 'OCULTADAS' "

"6.2. REGULARIDADE FORMAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS: CLÁUSULA EXCLUDENTE DA SIMULAÇÃO"

"6.3. CAUSAS MATERIAIS PARA A CRIAÇÃO DA EMPRESA APONTADA COMO MERA CEDENTE DO NOME: CLÁUSULA EXCLUDENTE DA SIMULAÇÃO "

Nesse tópico e sub-tópicos as Recorrentes desenvolvem, efetivamente, todo seu arrazoado no sentido de afastar o cenário de fraude e simulação apresentado pelo Fisco.

Pois bem, consoante literal disposição da norma apresentada como tipificadora da conduta de ocultar o real comprador na operação de importação pressupõe a existência de fraude ou simulação. Sem a comprovação da ocorrência de fraude ou simulação, não há falar em conduta de ocultação punível.

A ocorrência de fraude pressupõe a existência de vontade do agente em praticar ato simulado, este definido pelo Código Civil Brasileiro:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Atenta-se que, na hipótese dos autos, a simulação apontada pelo Fisco não está na identificação do real importador, mas na identificação do real encomendante. Ou seja, o efetivo importador, a *trading* COLUMBIA, realizou a importação de forma legítima, indicando que esta se dava por encomenda de empresa diversa, qual seja, a MAEG.

O que o Fisco alega é que a MAEG não poderia apresentar-se como encomendante, que esta figura seria, em fato, exercida pela COLUMBIA e outras 4 (quatro) empresas não nominadas pela Fiscalização em face do sigilo fiscal.

Ou seja, na hipótese dos autos a "ocultação" seria do real encomendante. A Fiscalização entende que a figura da MAEG seria inócua, uma vez que a encomenda poderia (ou deveria) ser feita sob encomenda pela própria CAMPCENTER e as outras 4 empresas que adquiriram os produtos importados.

O seguinte trecho da decisão recorrida deixa claro que, o que pretendeu a Fiscalização, foi desconstituir a existência da pessoa jurídica MAEG:

O que se constata, é que é fato incontroverso nos autos que a Empresa MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA. foi "criada" exclusivamente para atender uma demanda de um dos fornecedores da real adquirente, Empresa CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA. Embora tenha sido criada de "direito", a Empresa MAEG COM. DE PROD. DE ÁUDIO E VÍDEO E INFORMAT. LTDA. não atuou nas operações de importação como real adquirente de fato, dado que, no plano concreto, as mercadorias continuaram a ser repassadas à Empresa CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA. que exercia de fato a atividade de distribuição das mercadorias estrangeiras.

A operação de criar uma empresa específica para apenas figurar nas operações de importação como adquirente, sem que tal empresa possua substancialmente interesse próprio nas operações de importação, revela que de fato houve, nas operações de comércio exterior em apreço, a inclusão de um interveniente com vistas a ocultar os reais interessados nas operações de importação. Verdadeira simulação.

Aqui se reforça que a fiscalização não fundamenta a presente autuação na não comprovação da origem dos recursos, mas ao contrário, na certeza de que os recursos que sustentaram a realização das operações de importação foram disponibilizados pela Empresa CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA., que perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil permaneceu oculta nas declarações de importação formalmente apresentadas.

Ora, ainda que, conforme assenta a Fiscalização, a MAEG tenha figurado como verdadeira prestadora de serviços nas operações de importação analisadas, questiono: Se a importação foi realizada pela Trading COLUMBIA, por encomenda da MAEG, sendo esta operação de importação devidamente legitimada pela Fiscalização, como poderia, nos referidos documentos, ser informado ao Fisco, no momento da importação e desembaraço, que a MAEG repassaria essas mercadorias a terceiros?

Noto que, em verdade, a situação fática descrita pela Fiscalização mais se enquadra na "inexistência de fato" da pessoa jurídica MAEG do que na alegada ocultação fraudulenta ou interposição de terceiros. Assim, a fraude consistiria na própria criação da empresa MAEG.

Nesse aspecto, os Recorrentes justificam a criação da empresa MAEG da seguinte forma: a CAMPCENTER é uma das empresas distribuidoras dos produtos da marca Philips no mercado nacional. além desta, existem outras empresas que também distribuem os mesmos produtos no território nacional.

Esse fato, inclusive, é assinalado pela própria Fiscalização às fls. 37/38 do seu Relatório Fiscal:

Chamo a atenção para o fato de que a CAMPCENTER, diferentemente da MAEG, que se apresenta no registro da JUCESP com o objeto social de "COMÉRCIO VAREJISTA ESPECIALIZADO DE EQUIPAMENTOS E SUPRIMENTOS DE INFORMÁTICA, COMÉRCIO VAREJISTA DE BRINQUEDOS E ARTIGOS RECREATIVOS", a CAMPCENTER se apresenta formalmente como distribuidor.

Ademais, consulta ao sítio da Philips, principal marca dos produtos importados pela MAEG, sobretudo das mídias CD e DVD, revela ser a CAMPCENTER um de seus distribuidores oficiais:



Assim, como esclarecem as Recorrentes, a MAEG foi criada para centralizar, em uma única empresa, a importação de todos os produtos da PHILIPS que seriam comercializados por suas diversas distribuidoras localizadas no território nacional, dentre elas, a Recorrente CAMPCENTER.

E, em face da necessidade de a PHILIPS ter essa figura do importador único (no caso, encomendante, já que o importador era a trading COLUMBIA), os sócios da CAMPCENTER optaram por exercer tal papel, estabelecendo uma nova atividade empresarial. Portanto, evidente o propósito negocial na operação.

Não é ilegítimo que sócios possam fazer parte de mais de uma empresa. É prática corrente no mercado que as empresas tendam a se especializar em uma única atividade. E, como transcrito acima, é também a própria fiscalização que reconhece que a MAEG e a CAMPCENTER possuem objetos sociais distintos, aquela importa e esta comercializa.

Na hipótese dos autos, acrescenta-se que foram os próprios sócios da CAMPCENTER que constituíram a MAEG, ou seja, inexistiu qualquer tentativa de criação de uma empresa laranja, interposta.

E mais, a Fiscalização aponta que a criação da MAEG se deu de forma legítima. Houve a criação jurídica da empresa, houve a integralização do capital social em dinheiro, havia movimentação bancária própria da MAEG, esta declarava e recolhia tributos, possuía empregados, havia contratos de armazenagem dos produtos encomendados, dentre diversos outros aspectos e até mesmo o seu encerramento não foi questionado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Logo, com a devida vênia ao robusto trabalho fiscal realizado, tenho que a conduta que o Fisco pretendia punir não é a ocultação do "real vendedor, comprador ou de responsável pela operação" (no caso, o importador, indiscutivelmente, é a trading COLUMBIA) ou a presença de uma interposta pessoa (importador fictício). Em verdade, o que pretendeu foi a desconstituição da personalidade jurídica da MAEG, encomendante) por suposta inexistência de fato desta.

Assim, por não vislumbrar a subsunção do fato à norma, acolho a argumentação dos Recorrentes no que diz respeito à improcedência do lançamento fiscal.

"7. DA AUSÊNCIA DO DANO AO ERÁRIO"

Os Recorrentes, nesse tópico, desenvolvem a seguinte questão:

A Recorrente não desconhece que a jurisprudência desse egrégio Tribunal Administrativo tem se encaminhado para o entendimento de que o dano ao Erário, no rigor do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/76, decorreria de ilícito de mera conduta, o que levou a conclusão de que a própria ação descrita na Lei autoriza admitir a existência de dano ao Erário, sendo dispensada a produção da prova da sua efetiva existência.

Respeitosamente, pede licença para contraditar essas conclusões. A leitura atenta do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/76 evidencia que na sua redação primitiva, que ia do inciso I a IV, cada dispositivo previa hipótese de perdimento de mercadoria por dano ao Erário em tipo fechado, como ilustram os exemplos destacados a seguir.

Todavia, tenho que toda a discussão relativa à interpretação sistemática ou valorativa do art. 23 do DL 1.455/76 foge à competência desta Corte Administrativa.

É fato, não contestado pelos Recorrentes, que o legislador elegeu como bem a ser tutelado a própria fiscalização aduaneira, definindo como punível a mera conduta de prestar informação não condizente com a realidade dos fatos, não sendo necessária a comprovação de qualquer prejuízo financeiro.

Desse modo, sendo vedado à esta julgadora, afastar a aplicação de dispositivo legal, deixo de acolher a alegação apresentada pelos Recorrentes, em consonância com a jurisprudência deste órgão.

"III. RAZÕES RECURSAIS DAS PESSOAS FÍSICAS MANTIDAS COMO RESPONSÁVEIS: HÉLIO MARTINEZ E EGISTO FRANCISCO RIGOLI"

São dois os itens de defesa relativos à manutenção das pessoas físicas Hélio Martinez e Egisto Francisco Rigoli como solidários pelo débito lançado, os quais se passa a analisar.

"8. DA INEXISTÊNCIA DE CONDUTA QUE SE SUBSUMA AOS DISPOSITIVOS LEGAIS INVOCADOS. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE."

Entendo que o tópico de subsunção do fato à norma foi devidamente abordado no item em que se discorre sobre a responsabilidade da CAMPCENTER, estendendo-se, por óbvio, aos demais responsáveis solidários, acatando, portanto, a argumentação de todos os Recorrentes nesse aspecto.

"9. DA IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DA PENA DE PERDIMENTO AO IMPUGNANTE: PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE DAS PENAS / INTRANSCENDÊNCIA DA SANÇÃO."

Quanto à intranscendência da sanção, entendo não assistir razão aos Recorrentes. Com efeito, o que se "trancendeu" não foi a aplicação da pena, mas, sim, a obrigação de recolhimento de obrigação tributária consistente no descumprimento de obrigação acessória imputada pela Fiscalização. Desse modo, rejeito tal argumento.

Por todo exposto, voto por AFASTAR AS PRELIMINARES APRESENTADAS e, no mérito, DAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO, cancelando integralmente a exigência tributária.

(assinado digitalmente)

Tatiana Josefovicz Belisário - Relatora

Voto Vencedor

(voto vencedor quanto ao mérito)

Conselheira Mércia Helena Trajano DAmarim-Redatora Designada

Inicialmente, ressalte-se que discorrerei sobre o mérito do litígio, já que o julgamento foi proferido no sentido, de rejeitar as preliminares e que foram todas já analisadas.

Registre-se, ainda, que foi excluído do polo passivo da autuação um dos responsáveis solidários, ou seja, a empresa- Maeg Com. de Prod. de Áudio e Vídeo e Informat. LTDA; como não houve exoneração de crédito tributário, considerando o inc. I do art. 34 do Decreto nº 70.235/1972, no art. 70 do Decreto nº 7574/2011 e no art. 1º da Portaria MF nº 03/2008, a DRJ/Florianópolis/SC deixou de recorrer de ofício, logo, não há que se comentar sobre esta matéria (exclusão do polo passivo da Maeg).

Da mesma forma, a decisão *a quo* esclarece, após afastar do polo passivo- Maeg:

Assim, embora seja possível aferir o equívoco fiscal quanto à identificação do sujeito passivo, referido equívoco restou superado em face da atribuição da responsabilidade solidária, tanto aos ex-sócios da empresa extinta quanto à própria Empresa CAMPCENTER COMERCIO E SERVIÇOS DE DISTRIB LTDA., que continuou a desenvolver a atividade comercial anteriormente exercida pela empresa extinta.

Versa o presente processo de auto de infração lavrado para constituição de crédito tributário no valor de R\$ 4.204.374,68 referente a multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias, em substituição à pena de perdimento, pela impossibilidade de sua apreensão, tendo em vista a não localização.

A fiscalização concluiu pela aplicabilidade da pena de perdimento das mercadorias importadas por meio das DI em litígio, pelo cometimento das seguintes infrações, definidas como dano ao erário: a) mercadoria estrangeira importada com ocultação do real comprador, mediante simulação; e b) uso de documento falso necessário ao despacho de importação.

Houve, portanto, conversão do perdimento em multa, pela impossibilidade de apreensão de mercadorias, tendo em vista-mercadoria estrangeira importada com ocultação do real comprador mediante simulação, bem como- uso de documento falso necessário ao despacho de importação.

A fiscalização iniciou-se através de procedimento especial de verificação da origem dos recursos aplicados em operações de comércio exterior e combate à interposição fraudulenta de pessoas.

Através do TVF-Termo de Verificação Fiscal e descrição dos fatos, parte integrante do auto de infração em comento, às e-fls. 11/71, os fatos lá apontados são importantes para entender o *modus operandi* das operações de comércio exterior pela empresa. Transcreve-se alguns trechos:

.....

A análise das informações coletadas levou a Fiscalização a concluir que a MAEG ocultou a CAMPCENTER e a outra sociedade empresária nas operações de comércio exterior, tendo simulado importações em seu nome. Declararam-se importações de mercadorias para a MAEG, quando, na verdade, as mercadorias importadas eram destinadas a essas outras pessoas. Cometeram, com isso, a infração

prevista no art. 23, V, do Decreto-Lei 1.455/1976, com redação dada pela Lei 10.637/2002.

.....

Tendo por base as notas fiscais eletrônicas de saída entre 29/04/2010 a 13/12/2011, verifica-se que a MAEG revendeu seus produtos para apenas 05 (cinco) empresas, sendo que 94,1% do peso líquido importado pelas cinquenta e uma declarações de importação registradas entre junho de 2008 e novembro de 2011 correspondem a CDs e DVDs. Verificou-se ainda que no mesmo período, cerca de 93% das importações da MAEG foram revendidas para apenas dois clientes, sendo um deles a CAMPCENTER.

A importação de mercadorias para terceiros encomendantes (em sentido amplo) é autorizada, desde que respeitadas as normas que tratam das importações indiretas.

.....

Tal como nas modalidades anteriores, a nova legislação tratou de estender as condições de sujeição passiva e responsabilidade tributária ao encomendante, razão pela

qual sua identificação é imprescindível na declaração de importação.

.....

obrigação de o importador informar, no preenchimento da declaração de importação (que é um documento eletrônico), quem é o adquirente da mercadoria, ou o encomendante, consta tanto no art. 3º da IN SRF 225/2002 quanto no art. 3º da IN SRF 634/2006, anteriormente transcritas.

Em ambas as situações – importação por conta e ordem de terceiros ou importação para encomendante predeterminado –, ao preencher a declaração de importação, o importador deve selecionar a opção “importação por conta e ordem” e informar o número de inscrição no CNPJ do adquirente ou encomendante.

.....

A configuração da interposição fraudulenta pode se dar tanto com a identificação do interponente (real beneficiário da operação), como também nas situações em que, não havendo esta identificação, o importador não comprova a origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados nas operações (interposição por presunção).

Assim, o § 2.º do dispositivo acima reproduzido aponta apenas uma das hipóteses de interposição, qual seja, a interposição presumida pela insuficiência patrimonial.

A ocultação do adquirente ou, mais recentemente, do encomendante predeterminado, é artifício empregado para afastar obrigações tributárias principais e acessórias, quais sejam: (a) não figurar como contribuinte “equiparado a industrial” e evitar a incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados nas operações subsequentes; (b) não se submeter a procedimentos fiscais de habilitação para atuar no comércio exterior; (c) não se submeter a controles administrativos dos órgãos públicos intervenientes nas operações de comércio exterior; (d) interromper a cadeia tributária da COFINS e do PIS, prejudicando a arrecadação de recursos destinados à seguridade social, nos termos da CF/1988, art. 195, incisos I, alínea “b”, e IV; entre outros.

.....

Como se observa, a legislação pertinente demonstra uma preocupação que vai além do simples recolhimento de tributos no momento do registro da declaração de importação.

Saliente-se que o caso vertente não se refere à interposição presumida por não comprovação de origem de recursos, mas à simulação tendente a ocultar o real provedor dos recursos, portanto real adquirente das mercadorias importadas.

Tal como o adquirente, o encomendante predeterminado é responsável tributário, e, conseqüentemente, sujeito passivo das obrigações tributárias decorrentes da importação.

.....

Os adquirentes de mercadoria estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem por meio de pessoa jurídica importadora, são estabelecimentos equiparados a industrial. O mesmo ocorre com os estabelecimentos que adquirem produtos de procedência estrangeira importados por encomenda.

Os estabelecimentos equiparados a industrial são contribuintes do IPI.

A saída da mercadoria dos estabelecimentos equiparados a industrial, mesmo que estes não tenham realizado a importação diretamente, constitui fato gerador do imposto, sendo efetivamente devido o valor do IPI em razão da diferença entre o preço de entrada e o preço de saída (não cumulatividade).

Na hipótese de o adquirente ou o encomendante da mercadoria ocultarem-se, não se apresentando à fiscalização nos termos da IN SRF nº 225/2002 ou da IN SRF nº 634/2006, estarão afastando sua condição de contribuinte do IPI.

.....

Nas operações da MAEG, constata-se que as mercadorias importadas eram, em regra, integralmente “vendidas” em pouquíssimos dias após suas entradas no armazém terceirizado.

A ausência de local adequado para armazenamento de mercadorias (o que será abordado no próximo tópico) corrobora a conclusão de que o foco da empresa, na verdade, era ocultar as importações dos verdadeiros intervenientes.

.....

No entanto, não foi apresentado nenhum aditamento com prorrogação deste prazo.

Este é o endereço que consta como sede da empresa na base CNPJ da Receita Federal entre 05/07/2007 e 28/04/2010. Após este período e até o fechamento da empresa, o endereço passa para a Rua Francisco José de Camargo Andrade, número 763. Foi efetuada diligência aos dois locais. O imóvel relativo ao contrato de locação apresentado não foi encontrado. O último número visível na rua é o 507, e o imóvel ao lado encontra-se abandonado, não havendo nele qualquer indicação de numeração

(consta foto do local, retirada do “google maps”/empresa Maeg)

....

Inúmeros são os exemplos de mercadorias constantes de uma DI da MAEG, sendo vendidas, todas no mesmo dia, com apenas 1 ou 2 dias de diferença entre a nota fiscal de entrada e a nota fiscal de saída, havendo inclusive casos das mercadorias saírem

todas de uma vez, com registro numa única nota fiscal. Isso evidencia que o importador sabia, antecipadamente, para quem venderia os produtos importados. As datas são sempre muito próximas.

No item 8 do Termo de início de Ação Fiscal e Intimação, foi solicitado que se apresentassem os conhecimentos de transporte rodoviário de carga de cada despacho de importação. Foram apresentados somente 18 conhecimentos. Destes 18, havia um conhecimento com endereço de entrega diverso do apresentado no contrato de locação da MAEG:

.....

Ou seja, as mercadorias seguiram diretamente do recinto alfandegado para o estabelecimento do cliente, não havendo passagem física por armazém ou depósito da MAEG.

.....

Cabe ressaltar ainda que, no período para o qual constam notas fiscais eletrônicas de saída da MAEG, foram “revendidas” mercadorias importadas ao amparo de 36 (trinta e seis) DIs. Porém, apenas três delas (DIs 10/0911570-9, 10/1159376-0 e 10/1710575-0) tiveram suas mercadorias destinadas a empresas distintas da CAMPCENTER ou da “X”.

.....

*Aqui destaco que há montantes significativos de recolhimento de PIS e COFINS não cumulativos, os quais naturalmente viram crédito para as empresa ocultadas, ou seja, o que a MAEG paga é aproveitado pelas ocultadas. Entretanto, no que tange ao IPI não vinculado à importação, embora fosse obrigação da MAEG recolher quando da saídas dos produtos que importou por encomenda, **não há recolhimento**. O pagamento de IPI pela MAEG viraria custo, não podendo ser aproveitado pelas ocultadas por estas não configurarem como contribuintes do IPI, e, nesta condição, simplesmente deixou de ser recolhido.*

.....

*Dentre a documentação apresentada havia um e-mail de um funcionário da CYBERNETIC (exportador), chamado Celso Marcos, destinado ao Columbia. Neste e-mail, Celso afirma poder explicar de que forma a CYBERNETIC trabalha, e de que forma a empresa é estruturada para servir e dar suporte ao **COLUMBIA E SEUS DISTRIBUIDORES, E NOMEIA A CAMPCENTER**. A MAEG não é sequer citada na negociação!!*

.....

Aqui cabe ressaltar que MARTINA & NEZI COMERCIAL LTDA é o antigo nome da CAMPCENTER, conforme histórico da empresa armazenado no banco de dados da Receita Federal:

.....
Este “modus operandi” se repete durante todo o período abrangido por esta fiscalização, o que comprova que a MAEG ocultou a empresa CAMPCENTER em operações de importação. (consta às e-fls. 41/47, item 6, o modus operandi da Maeg e Campcenter na operação de comércio exterior).

.....
Chamo a atenção para o fato de que a CAMPCENTER, diferentemente da MAEG, que se apresenta no registro da JUCESP com o objeto social de “COMÉRCIO VAREJISTA ESPECIALIZADO DE EQUIPAMENTOS E SUPRIMENTOS DE INFORMÁTICA, COMÉRCIO VAREJISTA DE BRINQUEDOS E ARTIGOS RECREATIVOS”, a CAMPCENTER se apresenta formalmente como distribuidor.

Ademais, consulta ao sítio da Philips, principal marca dos produtos importados pela MAEG, sobretudo das mídias CD e DVD, revela ser a CAMPCENTER um de seus distribuidores oficiais:

.....
Conforme já foi mencionado, verifica-se constantemente um depósito da CAMPCENTER próximo aos pagamentos efetuados pela MAEG ao COLUMBIA nos extratos bancários entregues pela MAEG em resposta ao Termo de Intimação no 01 em função do MPF-F 0817700.2014.00210.

.....
Observa-se pela informações acima que a presente infração (ocultação do real adquirente das mercadorias) decorre da prestação inexata de informação na declaração de importação (DIs), em discussão, obrigação essa, acessória relacionada aos tributos incidentes nas operações de comércio exterior, no caso, importação. Portanto, pode-se concluir que, ainda que decorrente do descumprimento de obrigação acessória, a penalidade pecuniária converteu-se em obrigação principal.

Verifica-se a existência de 5 planilhas contendo os lançamentos contábeis da MAEG relacionados à CAMPCENTER, dos anos de 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012, onde, lá estão indicados todos os recebimentos de recursos financeiros da CAMPCENTER pela MAEG. Como ressalta a fiscalização-Na coluna “Histórico”, há o detalhamento do lançamento. É comum encontrarmos nesta coluna a indicação de uma nota fiscal que só seria emitida dias depois.

As declarações de importação no período estão viciadas pela ocultação do sujeito passivo, então, o montante de multa é o somatório dos valores CIF (valor da mercadoria somado aos do frete e do seguro) em reais dessas declarações, tudo explicado, nos termos do item 9 do TVF.

Então, a empresa MAEG foi “criada” para atender uma demanda de um dos fornecedores da real adquirente, ou seja, a empresa CAMPCENTER. Embora tenha sido criada de “direito”, a MAEG não atuou nas operações de importação como real adquirente de fato, posto que as mercadorias continuaram a ser repassadas à CAMPCENTER que exercia de fato a atividade de distribuição das mercadorias estrangeiras. Conclui-se que a autuação não se baseou na não comprovação da origem dos recursos, mas ao contrário, na certeza de que os recursos que sustentaram a realização das operações de importação foram disponibilizados pela CAMPCENTER, que perante ao Fisco permaneceu oculta nas declarações de importação formalmente apresentadas, daí fica caracterizada a ocultação.

Então, a legislação se preocupa não só com recolhimento de tributos no momento do registro da declaração de importação. No caso, não se trata de interposição presumida pela não comprovação de origem de recursos, mas à simulação tendente a ocultar o real provedor dos recursos, portanto real adquirente das mercadorias importadas. Em assim sendo, tal como o adquirente, o encomendante predeterminado/ importação por conta e ordem é responsável tributário; enfim, sujeito passivo das obrigações tributárias decorrentes da importação.

Destarte, os adquirentes de mercadoria estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem por meio de pessoa jurídica importadora, são estabelecimentos equiparados a industrial. O mesmo ocorre com os estabelecimentos que adquirem produtos de procedência estrangeira importados por encomenda, então, esses estabelecimentos equiparados a industrial são contribuintes do IPI e se observa, claramente a quebra da cadeia do IPI, no caso.

Pois bem, o Regulamento Aduaneiro aprovado pelo Decreto nº. 6.759/2009, vigente à época dos fatos, relacionava a entrada de algumas mercadorias estrangeiras sobre as quais não incidia o imposto de importação. Estes casos estavam listados em seu art. 71. Além destes, a Lei nº. 10.833/2003 criou outras duas situações.

Art. 71. O imposto não incide sobre:

I - mercadoria estrangeira que, corretamente descrita nos documentos de transporte, chegar ao País por erro inequívoco ou comprovado de expedição, e que for redestinada ou devolvida para o exterior;

II - mercadoria estrangeira idêntica, em igual quantidade e valor, e que se destine a reposição de outra anteriormente importada que se tenha revelado, após o desembaraço aduaneiro, defeituosa ou imprestável para o fim a que se destinava, desde que observada a regulamentação editada pelo Ministério da Fazenda;

III - mercadoria estrangeira que tenha sido objeto da pena de perdimento, exceto na hipótese em que não seja localizada, tenha sido consumida ou revendida; (inciso com nova redação da Lei nº. 10.833/2003, art.77) (grifei).

.....

A Lei nº. 10.833/2003 incluiu uma exceção ao inciso III do artigo acima citado. Se a mercadoria não for encontrada, se tiver sido consumida ou revendida, impossibilitando a sua apreensão, o imposto de importação será cobrado visto que a mercadoria está sendo (ou foi) utilizada no País.

A penalidade prevista em lei para o contribuinte que ocultar o sujeito passivo em operação de comércio exterior (e solidários) é, em regra, o perdimento da mercadoria. Quando esta não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida (este é o caso), a penalidade transforma-se em multa, equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria. É o que determina o art. 23 do Decreto-Lei 1.455/1976, com suas alterações:

Assim, a fiscalização, ao concluir o procedimento regular, tendo em vista, a ocultação dos reais intervenientes, aplicou a pena de perdimento às mercadorias nos termos do art. 23, V do Decreto-lei 1.455, de 7 de abril de 1976:

O artigo 23, incisos IV e V do Decreto Lei nº 1.455/76, tipifica bem a situação:

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

...

IV - enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas "a" e "b" do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966.

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

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

§ 2º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 3º A pena prevista no § 1º converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

Nos casos em que as mercadorias não são encontradas, para aplicação da pena de perdimento, será lavrada uma multa no valor aduaneiro da mercadoria, nos termos do § 1º do art. 689 do RA/2009.

Art. 618- Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei nº. 37, de 1966, art. 105, e Decreto-lei nº. 1455, de 1976, art. 23 e §1º, este com a redação dada pela Lei 10.637/2002, art. 59)

§1º A pena de que trata este artigo converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido transferida a terceiro ou

consumida(Decreto-Lei nº.1455 de 1976, art.23, § 3º, com redação dada pela Lei já mencionada 10.637/2002, art. 59)

Considerando os elementos de prova acima comentados e todas as informações abordadas, entendo como correto o procedimento adotado pela fiscalização para o entendimento de que a MAEG serviu apenas para ocultar importações de terceiros, sem a observância de normas vigentes que tratam de importações indiretas ou, por outro lado, de que a CAMPCENTER valeu-se, enfim, de outra empresa habilitada a operar no comércio exterior para ocultar-se do Fisco, ficando demonstrada as infrações à legislação aduaneira, logo, ensejando aplicação de penalidades com atribuição de responsabilidades.

Quanto aos aspectos relacionados à sujeição passiva- **responsáveis solidários**, ou seja, Hélio Martinez: sócio da MAEG e da CAMPCENTER e Egisto Francisco Rigoli, sócio da MAEG.

Verifica-se, pois, que os sócios da empresa MAEG são o Sr.HELIO MARTINEZ , com participação societária de 60%, e o Sr. EGISTO FRANCISCO RIGOLI e da CAMPCENTER possui como sócio administrador o senhor Hélio Martinez, o mesmo que também consta como sócio administrador da MAEG.

Inicialmente, quanto à solidariedade, o artigo 124 do CTN dispõe:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem. (Grifei)

Então, o inciso I acima reproduzido estabelece que existindo interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal haverá obrigação solidária. O inciso II estabelece que, independentemente do interesse comum, a lei poderá designar pessoas que serão solidárias. De outra sorte, uma vez estabelecida a solidariedade, seja por interesse comum, seja por lei, não haverá benefício de ordem.

Pois bem, a infração em discussão não poderia ter sido praticada sem a participação da MAEG, pois referida empresa seria a “real adquirente” das mercadorias estrangeiras, quando em verdade a empresa apenas atuava como mera empresa interposta pelos reais interessados nas operações, recebendo recursos do real adquirente para que as operações de importação pudessem acontecer. Portanto, houve contribuição direta e formal de referida empresa. Já a CAMPCENTER, real adquirente das mercadorias estrangeiras, que embora tenha permanecido oculta nos procedimentos de importação; era a real interessada na aquisição das mercadorias estrangeiras.

Diante desses fatos e como visto nos autos, a responsabilidade dos sócios administradores, no auto de infração, foi baseado no art. 135, III, do CTN, que prevê a possibilidade de responsabilização pessoal aos “diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica”.

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

[...]

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

A pessoa física, quando pertencente ao quadro societário de uma determinada empresa, e aceitar a atribuição de sócio administrador, passa a ser responsável pela gestão da mesma. Então, quanto à responsabilidade dos ex-sócios da já extinta MAEG, não obstante a responsabilidade decorrente da solidariedade na prática das infrações, tais pessoas físicas devem responder ainda em face da responsabilidade decorrente da extinção da empresa (sucessão). Da mesma forma, CAMPCENTER que continuou as atividades comerciais (importação) antes desenvolvidas pela empresa extinta.

Nestes termos fica caracterizada a responsabilidade tributária, estabelecida pelos incisos III do artigo 135 do CTN, sendo certo, e completamente indubitável, que a aplicação daquelas disposições, no presente caso, decorrem da verificação de que, na qualidade de “administrador” da empresa autuada, os sócios tinham, portanto, inteiro e integral conhecimento das operações realizadas objeto destes autos, devendo, assim, responder pela infração apontada.

É importante destacar, a esse respeito, a existência de precedente específico do Superior Tribunal de Justiça-STJ, que, sob a sistemática própria dos chamados “Recursos Repetitivos” (Art. 543-C do CPC), assim então já se pronunciou:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.

ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO POR ESTE TRIBUNAL SUPERIOR. SÚMULA 7/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de condicionar a responsabilidade pessoal do sócio-gerente à comprovação da atuação dolosa ou culposa na administração dos negócios, em decorrência de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, excepcionando-se a hipótese de dissolução irregular da sociedade devedora.

2. A análise da atuação do sócio, para efeito de enquadramento nas hipóteses de redirecionamento previstas no art. 135 do CTN, ou, até mesmo, para constatar a ocorrência de encerramento irregular da sociedade, encontra óbice na Súmula 7 desta Corte: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." 3. Recurso desprovido (grifo nosso).

(AgRg no REsp 596.134/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2006, DJ 10/08/2006, p. 193. g.n.).

Verifica-se, pois, o julgamento paradigma editado pelo STJ a respeito aos específicos contornos da aplicação das disposições do art.135, inciso III do CTN, e, no caso, a **responsabilização tributária do sócio**, é clarividente no sentido que não se mostra suficiente a simples demonstração ou identificação da ocorrência do inadimplemento do montante devido.

É fundamental que, em cada caso, reste devida e especificamente comprovada a atuação com excesso de poder e/**ou infração à lei**, ao contrato social ou ao estatuto da empresa, sem a qual, definitivamente, não se pode admitir a responsabilização dos referidos dirigentes.

A par do esforço empreendido pelo Fisco, entendo que, no caso, restou devidamente comprovada a hipótese mencionada no caput do mencionado Art. 135 do CTN, para que, então, fique evidenciado a viabilidade da aplicação da referida responsabilização, conforme se observa das informações contidas no Termo de Verificação Fiscal.

A responsabilidade tributária apontada teria decorrido, de que os referidos sócios, atuando como “administrador” da empresa, teriam total conhecimento das operações realizadas, sendo por elas, então, imputados como responsáveis solidários.

No caso dos autos, verifica-se a devida configuração das hipóteses autorizativas da referida previsão legal da responsabilidade pessoal do dirigente da pessoa jurídica, contida nas disposições do art. 135, inciso III do CTN, sendo, portanto, completamente devida, assim, a sua imputação, nos termos e fundamentos devidamente apresentados, uma vez que foram reunidos nos autos elementos capazes de aferir, nos termos do art.135 do Código Tributário Nacional, que os integrantes dos quadros societários das empresas, à época da ocorrência dos fatos, agiu **com infração de legislação**.

Com todas essas considerações, dirijo da ilustre relatora e voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário interposto, determinando a manutenção da responsabilidade tributária solidária de Hélio Martinez e Egisto Francisco Rigoli.

Conclusão

Por todo o exposto, rejeitadas as preliminares e em relação ao mérito, nego provimento ao recurso voluntário, determinando a manutenção dos responsáveis solidários- Hélio Martinez e Egisto Francisco Rigoli.

(assinado digitalmente)

Mércia Helena Trajano DAMorim