



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

| | |
|--------------------|--|
| Processo nº | 11829.720042/2012-95 |
| Recurso nº | Voluntário |
| Acórdão nº | 3401-005.077 – 4^a Câmara / 1^a Turma Ordinária |
| Sessão de | 22 de maio de 2018 |
| Matéria | CESSÃO DE NOME |
| Recorrente | ENCOMEX TRADING COMERCIAL IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA E OUTROS |
| Recorrida | FAZENDA NACIONAL |

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 20/10/2009 a 30/10/2009, 27/01/2010 a 06/04/2010

CESSÃO DE NOME. ACOBERTAMENTO DE INTERVENIENTES. MULTA. PROCEDÊNCIA

A pessoa jurídica que ceder seu nome, para a realização de operações de comércio exterior de terceiros, com vistas ao acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários fica sujeita a multa de 10% (dez por cento) do valor da operação acobertada, observado o valor mínimo de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 20/10/2009 a 30/10/2009, 27/01/2010 a 06/04/2010

RESPONSABILIDADE DO SÓCIO/MANDATÁRIO NÃO CABIMENTO

Não restando comprovado nos autos, atos de administração/gerência/representação, praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos à época dos fatos, torna-se incabível a manutenção do sócio/mandatário no polo passivo como responsáveis solidários.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso unicamente para afastar Eric Moneda Kafer do polo passivo, em virtude de carência probatória, vencido o conselheiro Robson José Bayerl, e, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso interposto por Encomex Trading Comercial Importação e Exportação LTDA, por ser intempestivo.

(assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonardo Ogassawara de Araújo Branco - Relator

(assinado digitalmente)

NOME DO REDATOR - Redator designado.

Participaram do presente julgamento os conselheiros Robson José Bayerl, Tiago Guerra Machado, Mara Cristina Sifuentes, André Henrique Lemos, Lázaro Antonio Souza Soares, Cássio Schappo, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (Vice-Presidente) e Rosaldo Trevisan (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de **Autos de Infração**, situado às fls. a 05 a 11, lavrados com a finalidade de formalizar a exigência da multa prevista no art. 33 da Lei 11.488/2007, em razão de cessão de nome da pessoa jurídica autuada, para terceiros para realização de operações de comércio exterior, referente aos períodos de apuração de 20/10/2009 a 30/10/2009, e de 27/01/2010 a 06/04/2010, de maneira a totalizar o crédito tributário no valor histórico de R\$ 58.744,06:

| AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO EM 30/11/2012 - Multa | | | | | | | | | | |
|--|---------|------------|---------|-----------------|------------|-----------|------------|-------------------|---------|---------------|
| Acrésc. Legal | Receita | PA/EX | Período | Expr. Monet. | Principal | | Multa | | | Red. Multa |
| | | | | | Vencimento | Saldo | Vencimento | Valor referencial | % Multa | |
| | 5149 | 20/10/2009 | DIARIO | REAL | 06/02/2013 | 7.182,57 | | | | 30% |
| | 5149 | 30/10/2009 | DIARIO | REAL | 06/02/2013 | 7.954,34 | | | | 30% |
| | 5149 | 27/01/2010 | DIARIO | REAL | 06/02/2013 | 27.294,26 | | | | 30% |
| | 5149 | 06/04/2010 | DIARIO | REAL | 06/02/2013 | 16.312,89 | | | | 30% |

Nota: Os valores acima correspondem a valores originais. O pagamento deverá ser efetuado com os acréscimos legais cabíveis.

2. Em conformidade com o longo **termo de verificação fiscal**, situado às fls. 12 a 92, a autoridade fiscal concluiu que: **(i)** a empresa autuada ENCOMEX TRADING COMERCIAL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, doravante ENCOMEX, cedeu seu nome para realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas no acobertamento de seus reais beneficiários e, neste sentido, simulou importações em seu nome, quando, na verdade, as mercadorias importadas eram destinadas à empresa MANETONI DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS SIDERÚRGICOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., doravante simplesmente MANETONI, e ECO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS SIDERÚRGICOS LTDA., doravante simplesmente ECO INDÚSTRIA; **(ii)** pela existência de responsabilidade solidária, com fundamento no art. 135 do Código Tributário Nacional, arrolando ao polo passivo as seguintes pessoas físicas: **(ii.a)** ERIC MONEDA KAFER, doravante simplesmente ERIC, sócio da ENCOMEX; **(ii.b)** VERA LÚCIA MONEDA KAFER, doravante simplesmente VERA, sócia da ENCOMEX; **(ii.c)** SHEILA TATIANA

TOMAZ MARAZZATTO, doravante simplesmente SHEILA, empregada de fato da ENCOMEX que, apesar de não apresentar registro formal em CTPS, seria, segundo ERIC, sua secretária particular, em que pese a existência de documentos indicativos da relação entre SHEILA e a ENCOMEX, inclusive procuração para movimentar a conta bancária da empresa junto ao Banco do Brasil; (iii) a ENCOMEX já fora autuada por ocultação do sujeito passivo em outras operações de comércio exterior; e (iv) 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.

3. Apresentaram **impugnação**: (i) a ENCOMEX, situada às fls. 972/987, em 04/02/2013; (ii) ERIC, situada às fls. 957/965 em 14/01/2013; (iii) VERA, situada às fls. 9082/929, em 14/01/2013; e (iv) SHEILA, situada às fls. 932/950, em 14/01/2013.

4. Em 24/02/2014, a 2^a Turma da Delegacia Regional do Brasil de Julgamento em Fortaleza (CE) proferiu o **Acórdão DRJ nº 08-28.827** às fls. 1004 a 1041, de relatoria da Auditora-Fiscal Maria do Socorro Ferreira Aguiar, que entendeu, **preliminarmente**, por unanimidade de votos: (i) rejeitar as nulidades suscitadas pelos impugnantes; (ii) declarar inexistência de duplicitade de lançamento; (iii) declarar a impossibilidade de sobrerestamento do processo de representação fiscal para fins penais; e, no mérito: por unanimidade de votos, (iv) julgar procedentes as impugnações de VERA e SHEILA, para afastá-las do polo passivo por insuficiência de provas; e, por maioria de votos (v) julgar improcedentes as impugnações da empresa ENCOMEX e do solidário ERIC, mantendo o crédito tributário lançado, sendo que votou pelas conclusões, quanto à manutenção no polo passivo da autuação, de ERIC, o Auditor-Fiscal Luiz Aldeílio de Oliveira Maia, tendo sido vencidos os Auditores-Fiscais Icaro Nonato Lopes Cesar e Ricardo Serra Rocha, que votaram por afastar do polo passivo o sócio-gerente, ERIC, em conformidade com a ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 20/10/2009 a 30/10/2009, 27/01/2010 a 06/04/2010

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DE SUA TRAMITAÇÃO. ART. 83 DA LEI 9.430/96. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO COLEGIADO.

Falece competência a esta instância administrativa decidir sobre o sobrerestamento do processo de Representação Fiscal para fins PenaIs.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 20/10/2009 a 30/10/2009, 27/01/2010 a 06/04/2010

CESSÃO DE NOME. ACOBERTAMENTO DE INTERVENIENTES. MULTA. PROCEDÊNCIA

A pessoa jurídica que ceder seu nome, para a realização de operações de comércio exterior de terceiros, com vistas ao acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários fica sujeita a multa de 10% (dez por cento)

do valor da operação acobertada, observado o valor mínimo de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 02/01/2009 a 30/10/2009, 27/01/2010 a 06/04/2010

RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS DIRETORES, GERENTES OU REPRESENTANTES DAS PESSOAS JURÍDICAS.

Na dicção do art. 135, III do CTN, o sócio-gerente é responsabilizado pela prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, na condição de gerente e não pela sua condição de sócio.

RESPONSABILIDADE DO SÓCIO/MANDATÁRIO NÃO CABIMENTO

Não restando comprovado nos autos, atos de administração/gerência/representação, praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos à época dos fatos, torna-se incabível a manutenção do sócio/mandatário no polo passivo como responsáveis solidários.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido

5. Intimado por meio de envio postal em 18/06/2014, conforme aviso de recebimento de fl. 1055, ERIC apresentou, em 07/07/2014, **recurso voluntário**, situado às fls. 238 a 246, em cujas razões reiterou os argumentos de sua impugnação.

6. Uma vez frustrada a tentativa de intimação da empresa ENCOMEX, conforme aviso de recebimento de fl. 1049, e, portanto, não localizada a contribuinte no domicílio fiscal informado à Secretaria da Receita Federal do Brasil, foi afixado, pela Alfândega do Aeroporto Internacional de Viracopos, o Edital de Intimação/ALF/SECAT nº 11, de 14/05/2014, situado à fl. 1050, com data de afixação de 15/05/2014 e data de desafixação de 30/05/2014, nos termos do § 1º do art. 23 do Decreto nº 70.235/1972 a contribuinte apresentou, em 07/07/2004, **recurso voluntário**, situado às fls. 238 a 246, em cujas razões reiterou os argumentos de sua impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, Relator

O recurso voluntário da empresa ENCOMEX não preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, não merece ser conhecido.

7. Houve tentativa de intimação da ENCOMEX no endereço da Avenida José de Sousa Campos, nº 1815, Conjunto nº 205, Bairro Cambuí, Município de Campinas, Estado de São Paulo, CEP 13025-320, em conformidade com o aviso de recebimento devolvido e situado à fl. 1049:



8. Observe-se que o endereço continua o mesmo até a data da presente assentada de julgamento, em conformidade com consulta ao CNPJ da empresa no site da Receita Federal realizada em 21/05/2018:

A informação sobre o porte que consta neste comprovante é a declarada pelo contribuinte.

| REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL | | |
|---|---|--|
| CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA | | |
| NÚMERO DE INSCRIÇÃO 07.069.077/0001-67 MATRIZ | COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL | DATA DE ABERTURA 14/10/2004 |
| NOME EMPRESARIAL ENCOMEX TRADING COMERCIAL, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA | | |
| TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) ***** | | PORTE DEMAIS |
| CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL 46.19-2-00 - Representantes comerciais e agentes do comércio de mercadorias em geral não especializado | | |
| CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS Não informada | | |
| CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA 206-2 - Sociedade Empresária Limitada | | |
| LOGRADOURO AV JOSE DE SOUSA CAMPOS | NÚMERO 1815 | COMPLEMENTO CJ 205 |
| CEP 13.025-320 | BAIRRO/DISTRITO CAMBUI | MUNICÍPIO CAMPINAS |
| UF SP | | |
| ENDERECO ELETRÔNICO barbosaboutabilidade@sider.net | TELEFONE (019) 3876-2466 | |
| ENTE FEDERATIVO RESPONSÁVEL (EFR) ***** | | |
| SITUAÇÃO CADASTRAL ATIVA | | DATA DA SITUAÇÃO CADASTRAL 14/10/2004 |
| MOTIVO DE SITUAÇÃO CADASTRAL | | |
| SITUAÇÃO ESPECIAL ***** | | DATA DA SITUAÇÃO ESPECIAL ***** |

Aprovado pela Instrução Normativa RFB nº 1.634, de 06 de maio de 2016.

Emitido no dia **21/05/2018** às 22:27:25 (data e hora de Brasília).

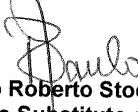
Página: 1/1

9. Assim, uma vez que a intimação via postal no endereço informado pela contribuinte resultou improfícuo, correta a decisão da unidade alfandegária de realizar a afixação de Edital para fins de ciência ficta, nos termos do § 1º do art. 23 do Decreto nº 70.235/1972:

Decreto nº 70.235/1972 - Art. 23. Far-se-á a intimação: (...) § 1º Quando resultar improfícuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, **a intimação poderá ser feita por edital publicado:** (...) I - no endereço da administração tributária na internet; II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. § 2º **Considera-se feita a intimação:** I - na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal; II - no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação (...). § 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência.

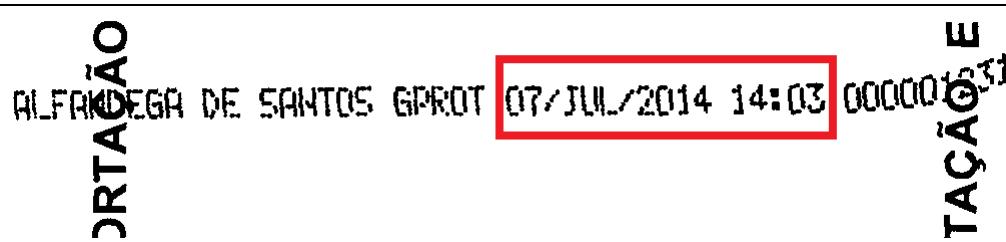
10. O Edital de Intimação/ALF/SECAT nº 11, de 14/05/2014, situado à fl. 1050, foi afixado em 15/05/2014 e desafixado em 30/05/2014 com a seguinte determinação, o que redundaria na intimação editalícia contados 15 dias a partir de 15/05/2014:

Não havendo comparecimento do contribuinte à repartição, será considerado devidamente cientificado dos documentos acima relacionados no 15º (décimo quinto) dia após a data de afixação deste edital, devendo tomar as providências legalmente pertinentes dentro do prazo de 15 (quinze) dias.


Paulo Roberto Stocco Portes
Chefe-Substituto do SECAT

Data de afixação: 15/05/2014
Data de desafixação: 30/05/2014

11. Ainda que se considerado que o prazo de 30 dias deve ser contado do primeiro dia útil seguinte ao da data de desafixação, o **recurso voluntário**, interposto em 07/07/2004, conforme protocolo mecânico situado à fl. 238, prosseguirá inquinado de intempestividade, operando-se, assim, a preclusão temporal à ENCOMEX:



12. Assim, voto por não conhecer o recurso voluntário da ENCOMEX, pois intempestivo.

O recurso voluntário do responsável ERIC preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

13. Argumenta o responsável, desde sua impugnação, em relação à matéria de fundo, que:

"a conclusão do A. I. é genérica e não possibilita ao ora Impugnante, detidamente impugná-lo, ou seja esta eivado de incorreção formal passível de nulidade por cercear o direito de defesa do contribuinte; requer em preliminar, que a Representação Fiscal para fins Penais RFP, seja emitida após o

trânsito em julgado na esfera administrativa fiscal, principalmente porque será demonstrado no mérito ausência do dolo específico;

de tal modo, torna-se impossível a Representação de ilícito penal ao Ministério Público antes do transito em julgado da decisão administrativa por previsão expressa do art. 83 da Lei nº 9.430/96; no mérito, o ônus da prova não é da Impugnante. Se o contribuinte não realizou o pagamento de algum tributo compete exclusivamente ao fisco demonstrar que o fato jurídico tributário ocorreu. Essa demonstração há de ser inequívoca já que se constitui no fato básico para autorizar o reconhecimento da fenomenologia da incidência; sendo assim, tanto pelo princípio da especificidade, quanto pelo princípio de que na dúvida “pro réu”, aplicase apenas e tão somente a penalidade da multa prevista no art. 33 da Lei 11.488/2007, em tese, se os argumentos expostos pela empresa Autuada (ENCOMEX) não forem acolhidas em suas razões de impugnação; todas as operações foram registradas na contabilidade, não houve qualquer tipo de simulação, logo, não ocorreu o dano ao Erário, que todos os tributos foram pagos, que o lançamento foi feito com base apenas em indícios; em nenhum documento fiscal fora apurado o adiantamento de qualquer recurso financeiro – que demonstrasse a ocorrência da cessão do nome e/ou a ocultação de outro sujeito passivo; somase a isso a autuação em outro Processo Administrativo Fiscal como responsável solidário, negligencia o princípio que protege o apenado da aplicação de mais de uma penalidade à mesma conduta, ou seja, a aplicação de duas penalidades para a mesma ocorrência, decorrentes da mesma natureza; o Legislador, nunca intentou apenar duas vezes o mesmo infrator, forçoso assim, que se fosse o caso de multa autuada (ENCOMEX) só poderia responder apenas e tão somente pela cessão de seu nome, nos termos da legislação vigente (art. 727 do Regulamento Aduaneiro 2009) e também o art. 33, caput, da Lei 11.488/2007; portanto, a ora Impugnante não poderá ser apenada em duplicidade, em razão do princípio Bis in Idem. Nesse sentido, apenas a título de argumentação, em remota hipótese o que se aceitaria como norma aplicável à espécie seria exclusivamente prevista no art. 33 da Lei nº 11.488/2007; cita respeitável doutrina; a empresa Impugnante realizou importação por conta própria, ou seja, adquiriu as mercadorias no exterior, em seu nome, sendo responsável pelo fechamento e liquidação do contrato de câmbio com recursos próprios devidamente habilitada no Sistema Radar da Secretaria da Receita Federal do Brasil; as operações objeto da presente autuação foram realizadas integralmente com recursos próprios da Impugnante; a venda quando efetuada, é caracterizada como uma operação mercantil no mercado interno, foi atribuída como uma operação de compra e venda normal (ICMS, IPI e PIS/COFINS) sobre as receitas auferidas. Não há que se falar em sonegação fiscal, quebra de cadeia no recolhimento do Imposto de Importação;

a fiscalização capitulou equivocadamente a responsabilidade tributária da empresa ora Impugnante, nos termos do art. 135 do

CTN, portanto, flagrante erro na capituloção legal caracterizando vício material, que acarreta na nulidade do Processo Administrativo Fiscal; não demonstrou a fiscalização em qual capituloção legal é a responsabilidade da ora Impugnante que fatalmente impossibilita sua defesa; é de se estranhar a “supressão” de documentos apresentados nas respostas às intimações que corroboram com esta defesa no sentido de demonstrar sua capacidade econômica, financeira e estrutural da empresa; Ao final conclui:

1 – que seja acolhida a preliminar de nulidade do Auto de Infração, em virtude do cerceamento de defesa, além de serem reconhecidas todas as nulidades, por vícios materiais; 2 – que seja acolhida a preliminar de observância do art. 83 da Lei nº 9.430/1996 e a Representação Fiscal para Fins Penais seja emitida após o trânsito em julgado da decisão administrativa; 3requer seja o ora Processo Administrativo Fiscal, impugnado julgado totalmente improcedente e insubstancial; Protesta ao final pela posterior juntada de novos documentos e provas que se fizerem necessárias ao deslinde do feito” - (seleção nossa).

14. Argumenta, ainda, especificamente quanto à sua inclusão no polo passivo da demanda, que há equívoco da autuação ao arrolá-lo no polo passivo como responsável solidário, nos termos do art. 135 do CTN, apenas por ser sócio-gerente da ENCOMEX, sem que se apresente qualquer prova de sua participação na operação.

15. Contudo, segundo se denota do termo de verificação fiscal, efetivamente a importadora ENCOMEX prestou informações na Declaração de Importação, documento base do despacho de importação (art. 551 do Regulamento Aduaneiro/2009), que não correspondem à realidade dos fatos, visto que, pela análise probatória, **restou sobejamente demonstrado que o importador de fato, ou adquirente da mercadoria, foi aquele que efetivamente promoveu a operação de importação estava oculto na operação de importação respectiva**, ficando assim caracterizada a tipificação legal imposta pelo art. 33 da Lei 11.488/2007. Corretamente concluiu a decisão recorrida, neste sentido, que:

"Os fatos assim demonstrados à luz da legislação de regência, configuram a ocorrência de fraude ou simulação uma vez que a operação de importação foi formal e ostensivamente declarada ao Fisco como sendo por conta própria, mas efetivamente foi realizada mediante interposição de uma pessoa jurídica, que promoveu a importação por conta e ordem de terceiro ou para encomendante pré-determinado, com ocultação do verdadeiro adquirente ou encomendante" - (seleção e grifos nossos).

16. Conforme se depreende dos fundamentos da autuação, o objeto social da ENCOMEX é "(...) comércio atacadista, importação e exportação de animais vivos, computadores, plantas, metais, equipamentos médicos, veículos dos diversos tipos (ônibus, tratores, automóveis, motocicletas, etc), obras de arte, armas e munições, reatores nucleares, brinquedos, produtos químicos, tecidos, minérios, aeronaves, embarcações, etc.". Assim, esperado seria que apresentasse a capacidade operacional mínima correspondente, tal como

mão de obra, estrutura física, capacidade financeira, etc., bem como clientela que justificassem importação em seu nome, de maneira a justificar, mesmo que minimamente, a formação de estoque. Contudo, a autoridade fiscal aponta para a inexistência de **local para armazenagem**: em verdade, as mercadorias importadas, na imensa maioria dos casos, eram entregues aos clientes imediatamente na oportunidade do desembarque aduaneiro, ou seja, sem armazenamento em local próprio ou de terceiros. Assim, a **ausência de local adequado para armazenamento de mercadorias corrobora a conclusão de que o foco da empresa, na verdade, é a prestação de serviço de importação e exportação**, i.e., com real objeto social de prestação de serviço de importação e exportação de qualquer tipo de mercadoria. Acresce, neste sentido, os dados informados pela própria empresa inseridos no Radar em mais de uma oportunidade:

Por ocasião da habilitação da ENCOMEX, dados coletados dos documentos apresentados pela empresa foram inseridos no sistema Radar (Ambiente de Registro e Rastreamento da Atuação dos Intervenientes Aduaneiros), na ficha de habilitação de operador de comércio exterior. Consta na ficha de habilitação nº 05/00066698, registrada em 22/03/2005, que a ENCOMEX não possuía imóvel próprio nem estabelecimento para armazenar mercadorias. Esta informação se repetiu nas outras duas versões da mesma ficha, quando houve atualização a pedido da empresa e por força de mudança de norma.

17. Informou a ENCOMEX que não possuía empregados, os documentos recolhidos por ocasião da diligência de 09/11/2011 mostram o contrário. Informou, ainda, que não possuía contrato com terceiros no estado de São Paulo para armazenar as mercadorias, mas utilizava o armazém da filial no Espírito Santo e o armazém de sua filial em Campinas. Sobre este particular, e considerando que a empresa opera no comércio exterior desde 2005, e que o contrato de armazenagem no Espírito Santo é datado de maio de 2009, e, ainda, que a filial em Campinas foi constituída em janeiro de 2011, é de se concluir que toneladas de mercadorias foram importadas sem que a empresa tivesse local para armazenagem. Constata-se, ademais, uma enorme diversidade de produtos importados, sendo de todo modo difícil conceber que "(...) uma empresa que sequer dispunha à época de espaço próprio de armazenagem, fosse trazer tal gama e quantidade de produtos para, então, buscar um comprador no mercado", como faz nota a acusação fiscal.

Se apenas com uma análise “logística” já é possível formar convicção da existência de empresa “oculta” nesta operação de comércio exterior, ao analisarmos o fluxo de recursos o entendimento da efetiva interposição fica ainda mais evidente.

Das notas fiscais em papel retidas por ocasião da diligência de 09/nov/2011, foram digitalizadas algumas para ilustrar o modus operandi da ENCOMEX, que, em regra, vendia todas as mercadorias relacionadas numa declaração de importação, de uma vez, a uma pessoa, poucos dias após a importação, caracterizando a ocorrência de importação indireta.

18. Destaca-se, ainda, a relação da ENCOMEX com a ECO Indústria e com a MANETONI:

A ENCOMEX também tentou dissimular os adiantamentos de recursos recebidos da MANETONI para financiamento da importação que viria a ser realizada.

Para tanto, a empresa registra inicialmente a entrada de recursos financeiros em uma conta bancária (conta do ativo circulante), tendo como contrapartida um tipo de "obrigação/dívida" (típico de conta de passivo) junto ao cliente (conta de ativo, com saldo credor), e como histórico a realização de uma venda que ainda não havia ocorrido.

Vale ressaltar que, nesta dissimulação, são informadas nos históricos dos lançamentos contábeis, para justificar os referidos adiantamentos, notas fiscais de venda de número zero, como pode ser observado na Tabela 10 na página 41.

Por ocasião da (posterior) venda (emissão da nota fiscal), registrase a ocorrência de receita (devido ao regime de competência para registros contábeis) e baixase, ou abatese, a "dívida".

Considerando que há diversas importações e vendas, os lançamentos se misturam e os repasses de recursos podem se referir a mais de uma importação, inclusive a uma importação que já ocorreu e a outra que está para ocorrer.

E, considerando que a ENCOMEX não apresentou a escrituração contábil referente aos exercícios de 2010 e 2011, a análise completa fica prejudicada, mas não a ponto de tornar a afirmativa "não houve adiantamento de recursos" verdadeira.

(...)

Esta tabela se trata de um extrato do livro diário. Os registros contábeis identificados como relacionados às transações com a ECO INDÚSTRIA e com a MANETONI encontram-se anexo ao processo. Vide item 16.27 Extratos da escrituração contábil da ENCOMEX com os lançamentos pertinentes.

As colunas "Débito (aplicação)" e "Crédito (origem)" são preenchidas com o código e o nome da conta contábil adotados pela ENCOMEX em seu plano de contas.

As notas fiscais 84, 85,94 e 95 foram emitidas eletronicamente (eNF) e enviadas ao SPED (Sistema Público de Escrituração Digital), ao qual a RFB tem acesso para baixar os respectivos arquivos.

(...)

O agrupamento das contas referentes aos clientes (ECO INDÚSTRIA e MANETONI) da ENCOMEX facilita a visualização do motivo daqueles lançamentos que correspondem ao que a ENCOMEX chamou de "compensações de

emprestimos" (destacado em azul no arquivo original). De fato, tratase de observar parte do livro razão (a tabela anterior seria um extrato do livro diário).

Analisando a conta "9857 Eco Indústria", verifica-se que a ECO INDÚSTRIA teria depositado na conta bancária da ENCOMEX no banco Bradesco o valor de R\$ 244.000,00 em 20/10/2009. Consultando os extratos bancários da ENCOMEX, constata-se que quem realizou a transferência, na verdade, foi a MANETONI.

(...)

Esta "dívida" contraída com o cliente ECO INDÚSTRIA passaria a ser abatida com a realização de vendas valores de R\$ 121.758,59 e R\$ 139.971,87, mediante emissão de notas fiscais pela ENCOMEX destinadas à ECO INDÚSTRIA.

A soma dessas vendas (R\$ 261.730,46), que corresponde à soma das notas fiscais 84 e 94, ultrapassou o valor do depósito que foi atribuído à ECO INDÚSTRIA em R\$ 17.730,46, ou seja, a ECO INDÚSTRIA adquiriu mercadorias em valor maior do que o que teria passado à ENCOMEX, ficando, assim, "devendo".

Por outro lado, uma análise da conta "11653 Manetoni Dist Prod Siderúrgicos Ltda" mostra que a MANETONI tinha R\$ 191.634,55 em créditos junto à ENCOMEX por aquela ter passado a esta os valores: R\$ 56.920,00, R\$ 58.500,00 e R\$76.214,55. Reparemos que o histórico de dois desses lançamentos possui a expressão "NFV.: 0" (número zero para nota fiscal).

Considerando que a MANETONI e a ECO INDÚSTRIA possuem os mesmos sócios e que o adiantamento de R\$ 244.000,00 atribuído à ECO INDÚSTRIA para a ENCOMEX saiu, na verdade, de uma conta bancária da MANETONI, a ENCOMEX procedeu à compensação de R\$ 17.730,46 entre as duas empresas clientes, pois uma "estava devendo-lhe" (ECO INDÚSTRIA) enquanto outra possuía créditos (MANETONI).

Com este lançamento, a conta ECO INDÚSTRIA ficou zerada.

O mesmo ocorreu com a conta "9863 Manetoni Dist Cimento Prod Siderúrgicos". As vendas à MANETONI registradas nesta conta contábil excederam os pagamentos (também registrados nesta conta). Uma vez que a MANETONI possuía ainda créditos com a ENCOMEX na conta 11653, a ENCOMEX procedeu à compensação entre esse crédito e saldo devedor da conta 9863, valor de R\$ 21.377,16.

Vale reforçar que não se tratou de compensação de empréstimo. O que a ENCOMEX chamou de "emprestimo" não foi saldado com devolução de moeda, que é a essência de "emprestimo", mas com mercadorias. A troca entre dinheiro e mercadorias se chama "compra e venda".

(...)

Os pagamentos ao exportador das mercadorias importadas para a MANETONI e para a ECO INDÚSTRIA se deram antes dos registros das respectivas declarações de importação e foram realizados, de fato, pela própria MANETONI através da transferência à ENCOMEX do recurso financeiro necessário à liquidação do contrato de câmbio.

E o que se constada da análise dos contratos de câmbio e de outros documentos, como os extratos bancários da ENCOMEX e as informações prestadas pelo Banco Bradesco em atendimento à Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) nº 0817700.2011.000098. (fls.641/657)

Essa análise demonstra que a ENCOMEX realizou as importações com recursos da empresa ocultada MANETONI em desacordo com as normas que tratam das importações por conta e ordem ou por encomenda.

(...) nem todos os pagamento da MANETONI à ENCOMEX foram identificados, seja por distorção da contabilidade, seja por não entrega de algum documento.

Algumas das transferências de recursos foram identificadas somente pela apresentação de informações por parte do Banco Bradesco, em atendimento à RMF nº 0817700.2011.000098.

A diferença entre valor de venda e valor de pagamento de cerca de R\$ 103.000,00, constatada da tabela acima, seria reduzida a menos de R\$ 2.000,00, caso se confirmasse que os depósitos de R\$ 30.300,00, a que se refere o item anterior, e o de R\$ 71.000,00, ocorrido em 16/09/2009, mesma data de outra liquidação de contrato de câmbio (valor de R\$ 69.715,78), são originários da MANETONI.

Pesquisando "MANETONI" no campo "histórico" do extrato bancário apresentado pelo Banco Bradesco em resposta à RMF, constataram-se os seguintes lançamentos (...) - (seleção nossa).

19. Logo, a autuação e, por consequência, a decisão recorrida, devem ser mantidas por seus próprios fundamentos.

20. No entanto, maior atenção merece a imputação de responsabilidade atribuída ao sócio ERIC. Como aponta o relator da decisão de primeiro piso, a atribuição de responsável ao recorrente tem por base unicamente o fato de se tratar de sócio gerente na data dos fatos:

"(...) pode-se inferir à luz dos princípios condutores da Hermenêutica que o inciso III do citado artigo, trata da responsabilidade dos administradores das pessoas jurídicas, sendo importante destacar que o fundamento dessa responsabilização de pessoas com poderes de gerência não é o fato de ser sócio, mas ser administrador e nessa condição, ter

praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, à época dos fatos.

Ou seja, para fins de responsabilização com base no inciso III do art. 135 do CTN, entende-se como responsável solidário o sócio, pessoa física ou jurídica, ou o terceiro não sócio, que possua poderes de gerência sobre a pessoa jurídica e no exercício dessa administração, cometa atos ilícitos como acima especificados, à época da ocorrência do fato gerador da penalidade.

A jurisprudência do STJ, abaixo transcrita, aponta no sentido de que o “sócio” só pode ser responsabilizado solidariamente se detiver poderes de gerência e se tiver praticado ato ilícito no exercício dessa gerência, na forma do art. 135, III, do CTN.

(...)

Nesse diapasão, há portanto que ser demonstrado o vínculo de responsabilidade em função de atos praticados acima especificados, no exercício da gerência.

À luz desse viés interpretativo e com base no conjunto probatório dos autos, acostado pela fiscalização, constata-se que o sócio ERIC MONEDA KAFER, além de sua participação majoritária, tem capacidade decisória sobre as operações da empresa, exercendo de fato a gerência ou administração desta.

A instrução probatória, nesse aspecto, pode ser exemplificativamente indicada: (figura ostensivamente como titular da empresa, fl.634 e titular da conta corrente, fl.641/644, onde transitaram as antecipações de recursos da empresa MANETONI, como constatado e demonstrado pela fiscalização).

Infere-se assim que o referido sócio, embora conteste sua imposição pelo vínculo da responsabilidade no auto de infração, enquadra-se nos requisitos do art. 135, III acima, sendo portanto incabível afastá-lo do polo passivo.

21. Como bem apontado pelo Auditor Fiscal Ícaro Nonato Lopes Cesar, que atuou como julgador no colegiado que proferiu o acórdão recorrido, em sua declaração de voto, é necessário que se comprove "(...) a concorrência ou o benefício com a prática da infração por parte deste sócio, pois tais fatos não podem ser presumidos pelo simples fato de ser sócio, ainda que administrador", devendo ser provados, o que não ocorreu no caso concreto, conforme trecho que a seguir se transcreve:

"Portanto, para que as consequências da conduta realizada em nome da empresa alcancem o sócio, que agiu dentro dos limites estabelecidos no estatuto, na lei ou no contrato social, é necessário que se comprove a concorrência ou o benefício com a prática da infração por parte deste sócio, pois tais fatos não podem ser presumidos pelo simples fato de ser sócio, ainda que administrador.

Pois bem, in casu, a fiscalização atribuiu a responsabilidade tributária aos sócios pelo simples fato de serem sócios, fundamentando no art. 135 do CTN, sem sequer apontar qual inciso do referido artigo estaria sendo aplicado, procedimento que carece de amparo legal.

Assim, diante de tudo que foi exposto, vejo que a circunstância posta no auto de infração não se amolda aos pressupostos fáticos, tanto do inciso III, do artigo 135 do CTN, que trata de responsabilidade pessoal; quanto do inciso I, do artigo 124 do mesmo código, que deve ser utilizado quando houver "interesse comum" (não econômico) na ocorrência do fato gerador, sendo, então, estranhos ao caso concreto. E que, embora entenda ser perfeitamente aplicável à hipótese dos autos o disposto no inciso I do art. 95 do Decreto-lei no 37/66, considero que a autoridade autuante não trouxe os elementos probatórios suficientes para caracterizar a responsabilidade tributária dos sócios, que devem ser excluídos do polo passivo" - (seleção nossa).

22. Em idêntico sentido, e especificamente com relação ao sócio Eric, a declaração de voto merecedora de encômios do Auditor-Fiscal Ricardo Serra Rocha:

*"(...) a responsabilidade desses administradores, por ter natureza de relação jurídica de garantia, **pode ser declarada** a qualquer tempo para que todos os instrumentos de coerção aplicáveis ao contribuinte passem também a valer em face dos responsáveis solidários, prescindindo-se inclusive de constar ou não do lançamento tributário.*

Contudo, tais circunstâncias, por si sós, não possuem o condão de afastar o dever de motivação do ato administrativo, sob pena de macular o devido processo legal.

Nesse desiderato, percebe-se que a acusação fiscal acerca da responsabilidade do sócio-administrador aqui em apreço está desprovida de sua fundamentação fática, ou seja, dos ilícitos a ele atribuído.

*Dessa forma, com as devidas vêniás, penso que não basta a mera reprodução do dispositivo legal (Art. 135, inciso III, do CTN) para arrolar o sócio-administrador no polo passivo dessa exação; **necessário seria que se houvesse discorrido acerca dos atos ilícitos pelos quais está o sócio-administrador ERIC MONEDA KAFER sendo acusado, bem como ajuntar os elementos probatórios desse libelo (não se prestando para isso meros atos gerenciais).** Afinal, é consabido o entendimento do egrégio STJ que o administrador infrator é chamado a pagar o crédito da pessoa jurídica em forma de responsabilidade por ato ilícito.*

*Portanto, estou que a acusação feita ao sócio-administrador **ERIC MONEDA KAFER** não foi o bastante para responsabilizá-lo solidariamente por este crédito, por ausência de fundamentação fática e de elementos probantes nesse sentido,*

devendo nesse momento processual o mesmo ser afastado do polo passivo; o que, a meu ver, por si só, não inibe a possibilidade desta responsabilidade puder vir a ser devidamente declarada em um outro momento processual, seja na CDA por ato do Procurador da Fazenda Nacional, seja pela autoridade judicial.

Dessarte, por ausência de provas de sua direta participação nas infrações praticadas, estou que não há o porquê de sua permanência no polo passivo dessa penalidade" - (seleção nossa).

Assim, pelos fundamentos acima expostos, voto por conhecer e dar provimento ao recurso voluntário unicamente para afastar ERIC do pólo passivo, em virtude de carência probatória.

(assinado digitalmente)

Leonardo Ogassawara de Araújo Branco - Relator