



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

Processo nº 11829.720046/2012-73
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-004.294 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de maio de 2017
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - MULTA ADUANEIRA
Recorrente ENCOMEX TRADING COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2009

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO ART. 83, DA LEI 9.430/96. MATÉRIA NÃO CONHECIDA.

Não há competência para conhecer matéria sobre o sobrestamento do processo de representação fiscal para fins penais pela Secretaria da Receita Federal. Súmula CARF nº 28: O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009

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

Com fundamento no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, o sócio-gerente é responsabilizado pela prática de atos que são considerados infração à lei.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Ano-calendário: 2009

CESSÃO DE NOME. ARTIGO 33, DA LEI 11.488, de 2007. 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 adquirentes fica sujeita à multa do artigo 33, da Lei nº 11.488/2007 e pode ser cumulada com a multa do artigo 689, § 1º, do Decreto nº 6.759/2009, regulamento aduaneiro.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Por unanimidade de votos, não foi conhecida a preliminar suscitada e, no mérito, negado provimento aos recursos voluntários.

A Conselheira Maria do Socorro se declarou impedida.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa - Presidente

(assinatura digital)

Sarah Maria Linhares de Araújo Paes de Souza -Relatora

Participaram do julgamento os Conselheiros: Ricardo Paulo Rosa, José Fernandes do Nascimento, Domingos de Sá Filho, Lenisa Rodrigues Prado, Paulo Guilherme Déroulède, Sarah Maria Linhares de Araújo Paes de Souza e Walker Araujo.

Relatório

Por bem retratar os fatos de uma forma sintética, transcreve-se o relatório da DRJ/Fortaleza, fls. 936/939:

*Trata o presente processo de Auto de Infração para constituição da exigência no valor de **R\$ 36.806,78** (trinta e seis mil, oitocentos e seis reais e setenta e oito centavos), referente à 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, conforme consignado pela fiscalização no Termo de Verificação Fiscal e Descrição dos Fatos, fls. 85/149, doravante, TVFDF,a seguir, em síntese, reproduzido:*

No decorrer da ação fiscal, gerenciada pelo Mandado de Procedimento Fiscal de Fiscalização (MPFF) nº 0817700.2010.000507, foram efetuadas diligências e pesquisas nos sistemas da Receita Federal do Brasil (RFB) e intimações foram expedidas ao importador e a outras pessoas.

*A análise das informações coletadas levou a Fiscalização a concluir que a ENCOMEX TRADING COMERCIAL IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA, doravante ENCOMEX, cedeu seu nome para realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas no acobertamento de seus reais beneficiários. Simulou importações em seu nome, quando, na verdade, as mercadorias importadas eram destinadas a outra pessoa: **MEP Brasil** Comércio e Serviços de Máquinas Equipamentos e Processos na Transformação de Aço Ltda, doravante MEP BRASIL.*

Destaca a fiscalização:

que de acordo com a legislação vigente à época dos fatos de que trata este auto de infração, a empresa MEP BRASIL estava impedida de registrar importação em valor maior de US\$ 150.000,00. Somente em 26.10.2010 a empresa foi habilitada na modalidade ordinária, recebendo a estimativa semestral de importação no valor CIF (“incoterm” que significa valor da mercadoria somado aos valores de frete e seguro) de US\$ 730.000,00. Esta nova habilitação foi concedida através do PAF nº 10314.009561/201074.

Diante da limitação imposta pela legislação, e com ânimo de fazer vir ao País mercadorias estrangeiras, a MEP BRASIL se utilizou da habilitação ordinária da ENCOMEX.

A ENCOMEX, prestando serviços de importadora, registrou no Siscomex a DI nº 09/17196222, em 04.12.2009, para nacionalizar mercadorias fabricadas e exportadas pela MEP MACCHINE ELETTRONICHE PEIGATRICI SPA, a “MEP italiana”. Tais mercadorias somam US\$ 213.979,49 CIF.

Ao registrar a referida DI, informando que se tratava de uma operação de importação direta, a ENCOMEX burlou os controles aduaneiros estabelecidos na legislação vigente – IN SRF nº 225/2002, 634/2006 e 650/2006 –, prejudicando a análise de risco realizada pela Fiscalização aduaneira sobre os intervenientes atuantes no comércio exterior e ocultando o real responsável pela operação, aquele que justificava a vinda das mercadorias do exterior, o adquirente de fato, a empresa MEP BRASIL.

Identificou a fiscalização a ocorrência de responsabilidade solidária, nos termos do art. 135 do CTN, arrolando ao polo passivo da presente autuação as pessoas físicas a seguir elencadas:

a. Eric Moneda Kafer: sócio da ENCOMEX.

b. Vera Lúcia Moneda Kafer, sócia da ENCOMEX.

No TVFDF, fl. 85/149, precisamente às fls.63/64 estão identificados os documentos e provas coletados pela fiscalização e juntados ao processo, os quais estão listados no respectivo termo.

Destaca ainda a fiscalização que a ENCOMEX já fora autuada por ocultação do sujeito passivo em outras operações de comércio exterior.

Destaca ainda a fiscalização no TVFDF 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.

A ciência do AI ocorreu da seguinte forma:

ENCOMEX, ciência por edital em 05/01/2013, fl.851, visto que a publicação ocorreu em 21/12/2012;

Eric Moneda Kafer: sócio da ENCOMEX, ciência por AR, fl.849, em 05/12/2012;

Vera Lúcia Moneda Kafer, sócia da ENCOMEX, ciência por AR, fl.847, em 15/12/2012;

Devidamente intimados do Auto de Infração, os interessados apresentaram suas impugnações.

ENCOMEX, fls.902/917, em 04/02/2013;

Eric Moneda Kafer: sócio da ENCOMEX, fls.887/895 em 04/01/2013;

Vera Lúcia Moneda Kafer, sócia da ENCOMEX, fls.863/880, em 04/01/2013;

Das Impugnações

ENCOMEX

Após recompor em breve síntese os fatos que ensejaram a autuação, inclusive com autuação solidária, colaciona os seguintes argumentos:

a conclusão do A. I. é genérica e não possibilita ao ora Impugnante, detidamente impugna-lo (sic), ou seja esta (sic) 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 trânsito 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”, aplica-se 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;

soma-se 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 À empresa BWS BRASIL 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 capitulação legal caracterizando vício material, que acarreta na nulidade do Processo Administrativo Fiscal;

não demonstrou a fiscalização em qual capitulação 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;

3 – requer seja o ora Processo Administrativo Fiscal, impugnado julgado totalmente improcedente e insubsistente;

Protesta ao final pela posterior juntada de novos documentos e provas que se fizerem necessárias ao deslinde do feito.

ERIC MONEDA KAFER

Traz em sua peça impugnatória igual teor argumentativo apresentado pela empresa ENCOMEX, arguindo adicionalmente o 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 empresa autuada (ENCOMEX), protestando ao final pela exclusão do CPF do ora Impugnante do polo passivo da autuação;

Sobreveio, então, o resultado da DRJ/Fortaleza, com julgamento parcialmente procedente para a exclusão da responsável solidária VERA LÚCIA MONEDA KAFER. A ementa é colacionada abaixo:

Assunto: Normas de Administração Tributária

Data do fato gerador: 04/12/2009

Ementa: 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 sobrestamento do processo de Representação Fiscal para fins Penais.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 04/12/2009

Ementa: 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 – NÃO CABIMENTO

Não restando comprovado nos autos, atos de administração/gerência, praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, torna-se incabível a manutenção do sócio minoritário no polo passivo como responsável solidário.

Assunto: Obrigações Acessórias

Data do fato gerador: 04/12/2009

Ementa: 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).

Inconformados com o resultado da DRJ/Fortaleza, a contribuinte e o responsável solidário Eric Moneda Kafer apresentaram recurso voluntário, onde repisaram a argumentação da impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheira Sarah Maria Linhares de Araújo Paes de Souza, Relatora.

1. Dos requisitos de admissibilidade

Os Recursos Voluntários foram apresentados de modo tempestivo, a ciência do acórdão em relação à contribuinte ocorreu em 02 de abril de 2014, fls. 973, uma vez que a empresa mudou de local e a intimação ocorreu por meio de edital, sendo que o recurso foi protocolado em 25 de março de 2014, fls. 977. Já em relação ao responsável tributário Eric Moneda Kafer, a ciência ocorreu em 27 de fevereiro de 2014, fls. 974, e o recurso voluntário foi apresentado em 25 de março de 2014, fls. 993.

Trata-se, portanto, de recursos tempestivos e de matéria que pertence a este colegiado.

2. Da preliminar**2.1. Representação fiscal para fins penais**

Os Recorrentes requerem, em sede de preliminar, que a representação fiscal para fins penais ocorra somente após o trânsito em julgado na esfera administrativa, pois ela

demonstrará no que atine ao mérito a ausência de dolo específico e diz que, a partir do artigo 83, da Lei nº 9.430/1996, deve-se esperar o fim do trâmite administrativo.

Quanto à tal argumentação, cabe colacionar a seguinte súmula Carf:

Súmula CARF nº 28: O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Assim, tal matéria é estranha aos autos e não pode ser conhecida por ausência de competência por parte deste Tribunal Administrativo.

Ademais, conforme expôs a DRJ/Fortaleza, fls. 943:

Com relação à preliminar arguida acerca do sobrestamento do envio ao Ministério Público Federal do processo de Representação Fiscal para Fins Penais, esclareça-se que os procedimentos a serem observados pela RFB na comunicação ao Ministério Público Federal – MPF de fatos que configurem, em tese, crimes contra a ordem tributária estão normatizados pela Portaria RFB nº 2.439, de 21/12/2010, DOU, de 22/12/2010, alterada pela Portaria RFB nº 3.182, de 29/07/2011, DOU, de 1º/08/2011, não comportando qualquer apreciação por esta instância julgadora quanto à tramitação do referido processo

Portanto, não se conhece a preliminar arguida.

3. Do mérito

3.1. Princípio do *bis in idem*

Os Recorrentes iniciam demonstrando que o ônus da prova não lhe compete e que milita a favor deles a presunção de inocência prevista na Constituição Federal. Ademais, argumentam que tanto pelo princípio da especificidade, quanto pelo princípio de que na dúvida "pro reu", aplica-se apenas e tão somente a penalidade da multa prevista no art. 33 da Lei 11.488/2007, e que todas as operações foram registradas na contabilidade, não havendo, portanto, qualquer tipo de simulação.

E dizem que o processo administrativo fiscal de nº **11829.720045/2012-29** tende a puni-los pelo mesmo fato gerador, deixando explícita a violação à regra descrita acima, de proibição ao *bis in idem*.

Ainda, na sua linha de raciocínio, demonstram que há de se verificar a possível aplicação de dois dispositivos normativos ao caso, qual seja, o previsto no art. 689, § 1º, do Regulamento Aduaneiro ou o previsto no Art. 33 da Lei 11.488/2007.

Eles fundamentam na doutrina e dizem que a aplicação cumulativa de duas penalidades não procede. Diz que lei especial derroga lei geral e afirmam que realizou importação por conta própria, sendo que em uma remota hipótese de se aceitar a tese do processo administrativo fiscal, verifica-se e constata-se que houve a incidência de todos os impostos pertinentes, não havendo que se falar em sonegação fiscal, tampouco quebra de cadeia no recolhimento dos tributos internos, muito menos, que agiram de forma dolosa e, por tal motivação, pleiteiam pela nulidade do auto de infração.

Primeiramente, cabe esclarecer que o ônus da prova cabe aos Recorrentes, vide o seguinte artigo do Código de Processo Civil:

Lei 13.105/2015

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

No caso em análise, houve uma vasta coleta de provas que levam à conclusão de que houve cessão do nome e ocultação do real adquirente das mercadorias e que foram sistematizadas e retratadas no Termo de Verificação Fiscal e descrição dos fatos, fls. 15 e seguintes.

Cabia, no caso, aos Recorrentes desconstituírem os fatos apontados pela fiscalização, o que não ocorreu. Eles simplesmente apresentaram, na fase de produção probatória, a impugnação administrativa, mas não houve a apresentação de qualquer tipo de documentação, que desconstituísse os fatos apurados pela fiscalização.

Quanto à aplicação de duas multas, cabe, inicialmente, esclarecer que o auto de infração, que embasa o presente processo administrativo, só consubstancia a penalidade por cessão do nome, com fundamento no artigo 33, da Lei nº 11.488/2007.

No que toca à argumentação de que não é possível cumular a penalidade do artigo 689, § 1º, do Regulamento Aduaneiro - pena de perdimento em razão de dano ao Erário - com a multa do artigo 33, da Lei nº 11.488/2007 - multa pela cessão do nome -, tal argumentação não procede.

Trata-se de duas condutas distintas, com dois tipos diferentes. No caso do artigo 689, § 1º, do Regulamento Aduaneiro, vale transcrever a legislação:

Decreto nº 6.759/2009

Art. 689. 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 1.455, de 1976, art. 23, caput e § 1º, este com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59):

(...)

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

(...)

*§ 1º 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 1972 (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010, art. 41). (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 2013)

Pune-se, no caso, com a pena de perdimento, a fraude ou simulação, praticada pelo indivíduo, que oculta o sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, por dano ao Erário.

Já no que concerne ao tipo, previsto no artigo 33, da Lei nº 11.488/2007, a penalidade é aplicada em razão da cessão de nome:

Lei nº 11.488/2007

Art. 33. A pessoa jurídica que ceder seu nome, inclusive mediante a disponibilização de documentos próprios, para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas no acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários fica sujeita a multa de 10% (dez por cento) do valor da operação acobertada, não podendo ser inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Parágrafo único. À hipótese prevista no caput deste artigo não se aplica o disposto no art. 81 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Portanto, são duas condutas diferentes, que acarretam dois tipos diferentes: a simulação ou fraude e a cessão do nome. Nesse sentido, já decidiu a Câmara Superior de Recursos Fiscais deste Egrégio Tribunal Administrativo pela cumulatividade das multas, vide precedente abaixo:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 09/01/2004 a 11/02/2006

CESSÃO DE NOME. CUMULATIVIDADE DA MULTA DO ART. 33 DA LEI Nº 11.488/07 E DO PERDIMENTO DA MERCADORIA.

A multa do art. 33 da Lei nº 11.488/07 veio para substituir a pena de inaptidão do CNPJ da pessoa jurídica, quando houver cessão de nome para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas no acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários, e não prejudica a incidência da hipótese de dano ao erário, por ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, prevista no art. 23, V, do DL nº 1.455/76, apenas com perdimento da mercadoria.

Recurso Especial do Contribuinte Negado

(CARF; Acórdão: 9303003.388; Relator: Rodrigo da Costa Pôssas; Data da sessão: 25.01.2016)

No que concerne à afirmativa de que realizou importação por conta própria, as provas, demonstradas pela fiscalização, são vastas e demonstram que a Recorrente praticou atividade de importação com ocultação de real adquirente. A partir do Termo de Verificação

Fiscal, constata-se que a MEP Brasil Comércio e Serviços de Máquinas Equipamentos e Processos na Transformação de Aço Ltda, doravante MEP BRASIL, ocultou-se em operação de importação realizada em nome da ENCOMEX, que simulou importações por sua conta e ordem.

A Recorrente também não apresentava estrutura física para estoque da mercadoria, fls. 108, do TVF:

A sala comercial 404 possui cerca de 46m², de acordo com o informado pelo condomínio. As imagens do local (abaixo) mostram que o ambiente é ocupado por diversos móveis, o que diminui a área útil, e que não é preparado para armazenar mercadorias. Aliás, o próprio edifício possui um sistema de controle de acesso que inibe quem não sabe aonde vai. Os visitantes precisam identificar-se e informar o destino na portaria. Com isso, pode-se afirmar que visita a ENCOMEX apenas quem sabe que uma empresa que realiza operações de comércio exterior funciona naquela sala.

Tampouco mão-de-obra, fls. 111:

Questionada sobre a mão de obra, a empresa afirmou e sustentou que seria do tipo familiar e que não possuía empregados.

A empresa também, no curso da fiscalização, não ofereceu respostas sobre a logística e armazenagem das mercadorias, fls. 115/116, do TVF. Outro elemento convincente de prova é o fluxo das mercadorias, fls. 118 e seguintes, do TVF:

Inúmeros são os exemplos de mercadorias constantes de uma DI da ENCOMEX, sendo vendidas, todas de uma vez (numa nota fiscal), a outra empresa. Em diversos casos, a data de emissão da nota fiscal de saída é a mesma da nota de entrada, o que deixa mais evidente que o importador sabia para quem venderia os produtos importados.

(...)

As mercadorias seguiam diretamente do recinto alfandegado para o estabelecimento do cliente, conforme alegado pela própria empresa fiscalizada. Não havia passagem física da mercadoria pelos armazéns ou depósitos da ENCOMEX, pois não havia, até meados de 2009, local para armazenamento.

Não havia também qualquer prova de negociação da transação das mercadorias após o desembaraço aduaneiro, fls. 48 e seguintes do TVF:

A Fiscalização solicitou, nos itens 2 e 3 do Termo nº 05, que a ENCOMEX apresentasse documentos de negociação das importações e das vendas aos clientes nacionais, incluindo emails.

Diante das evasivas respostas, a Fiscalização explicou mais detalhadamente as solicitações anteriores no Termo nº 06 (vide itens 26, 47, 51, 52, 53 e 58, e os parágrafos anteriores aos itens

47 e 52). Ainda assim, **a ENCOMEX não apresentou emails de negociação.**

Por fim, a fim de colocar uma pá de cal no assunto, a escrituração contábil não deixa qualquer dúvida de que a Recorrente sabia de antemão o real destinatário das mercadorias, fls. 123 e seguintes, do TVF:

Da análise da escrituração contábil da ENCOMEX (arquivos digitais), constatou-se que há provas de que a empresa sabia que receber recursos de clientes nacionais para, então, cobrir despesas decorrentes de operações de importação é irregular, embora a questão não seja saber ou não a legislação, uma vez que não se pode alegar desconhecimento da lei. Esta afirmação está pautada no fato de que diversos preceitos básicos da contabilidade foram ignorados para que “antecipações de clientes” fossem mascaradas das mais diversas formas.

Ademais, ao longo do TVF, fica cabalmente documentado que houve a cessão de nome por parte da Recorrente, fls. 128 e seguintes:

*As mercadorias constantes da referida DI foram fabricadas e exportadas pela MEP MACCHINE ELETTRONICHE PEIGATRICI SPA, assim, **acreditar** que fora o próprio sr. Eric que “descobriu” estas mercadorias no exterior - como se tentou apresentar em resposta à intimação fiscal quando solicitado esclarecimentos acerca da definição das compras - e que este posteriormente as teria ofertado à MEP BRASIL, que desconhecia a importação e ficou “interessada”, decidindo adquirir-las, justamente quando própria MEP estaria impedida de importar tal montante, **tangencia o absurdo!***

(...)

Dos itens listados na tabela acima, se pode facilmente constatar a grande diversidade de produtos. É inimaginável 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.

E fls. 132 e seguintes:

*Assim, concluímos que os **tributos devidos e recolhidos** quando do registro da DI no Sicomex no próprio dia 04.12.2009 e as **demais despesas** relacionadas ao processo de importação foram, **de fato, arcadas pela empresa MEP BRASIL, tendo esta antecipado recursos à ENCOMEX para custear tributos e despesas de uma importação tida como própria da ENCOMEX, permanecendo a MEP BRASIL totalmente oculta em uma operação de importação de mercadorias que destinadas a ela própria.***

(...)

Esta anotação demonstra que a contabilização das notas fiscais de venda à MEP BRASIL não passam de uma simulação de venda de mercadorias. A ENCOMEX recebeu a primeira remessa de recursos da MEP BRASIL em 04.12.2009, conforme já detalhado acima, para custear o registro e desembaraço da

DI. Entretanto, não consta nos extratos bancários enviados pelas instituições financeiras qualquer outra remessa de recursos da MEP BRASIL para a ENCOMEX, embora tenha esta emitido uma série de notas fiscais de venda para a MEP BRASIL das mercadorias importadas ao amparo da citada DI.

No mesmo sentido, foi a decisão da DRJ/Fortaleza, fls. 957:

Embora ressalte em sua peça impugnatória que a operação de importação que ora se analisa, ocorreu como importação direta e com recursos próprios, deixou o impugnante de carrear aos autos elementos probatórios que demonstrem o acerto de sua argumentação, ex vi do art. 16, III, do Decreto nº 70.235, de 1972, com as alterações posteriores.

*No entanto, uma consulta aos autos, precisamente ao Termo de Verificação Fiscal e Descrição dos Fatos, peça que contém a descrição fática e a referência à documentação probatória que a embasa, no qual constata-se que demonstrou a fiscalização, com esteio no art. 9º do diploma legal acima referenciado, uma realidade formal e fática diversa do alegado, haja vista que restou probatoriamente evidenciado que, embora conste na DI informações demonstrando que a modalidade foi de importação própria, a análise dos vários aspectos destacados no referido termo, tais como exemplificativamente se destaca: a amplitude do objeto social, abrangendo 97% da NCM; a inexistência de local para armazenagem; o fluxo de mercadorias; os registros contábeis da ENCOMEX relacionados às transações com a empresa MEP BRASIL demonstrando a antecipação de recursos desta à ENCOMEX ao tempo da importação, **possibilitaram à fiscalização concluir que a empresa ENCOMEX atuava como prestadora de serviços nas operações de importação, tendo um adquirente/encomendante oculto.***

Portanto, pela análise probatória, a Recorrente não operacionalizou, na prática, a importação por conta própria e ainda fez cessão de seu nome para outras empresas, devendo permanecer a multa revista no artigo 33, da Lei nº 11.488/2007.

3.2. Da responsabilidade de terceiros

O responsável solidário argumenta que sua inclusão no polo passivo ocorreu ao arrepio legal, pois carece de fundamentação. Ele fundamenta que a partir da leitura do artigo 135, do Código Tributário Nacional, a responsabilização pessoal depende de comprovação de conduta com excesso de poderes, violação de texto legal, contrato social ou estatutos, sendo certo que tal conduta deve ser comprovada e atribuída totalmente ao sócio responsabilizado, sendo necessária, portanto, a comprovação do itinerário do requisito, desde a conduta, elemento subjetivo e resultado, o que não ocorreu no caso em tela, e que o artigo 124, do Código Tributário Nacional, deve haver a comprovação de interesse comum no fato gerador da obrigação principal, tratando-se, portanto, de uma aberração jurídica.

O Termo de Verificação Fiscal, ao contrário do que alega o sujeito passivo ao afirmar que não houve fundamentação legal para a responsabilização, assim expôs, fls. 141:

A ENCOMEX não responde sozinha pelos atos que infringiram a lei. Há a solidariedade dos sócios. O CTN, em seu art. 135, dispõe que respondem, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração de lei, diversas pessoas relacionadas à empresa:

Para melhor elucidação, transcreve-se o artigo citado:

Código Tributário Nacional

*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:*

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

(grifos nossos)

E transcreve-se também lição de MARIA RITA FERRAGUT ao relacionar o artigo 124, inciso II, do Código Tributário Nacional ao artigo 135, do mesmo diploma legal:

Qual a diferença, então, entre os incisos I e II do artigo 124? Entendemos que, no inciso II, as pessoas solidariamente obrigadas são as referidas nos artigos 134, 135 e 137 do CTN. Lei, aqui, deve ser entendida como o próprio CTN, que contempla diversas situações em que a solidariedade de dois ou mais sujeitos é possível. Essa conclusão não muda o fato de que nos artigos ora referidos a modalidade de responsabilidade prevalece sendo a subsidiariedade no primeiro caso (art. 134) e a pessoalidade nos demais (art. 135 e 137) (...) ¹.

No caso em análise, conforme observado em tópico anterior, houve infração à legislação aduaneira, com a cessão de nome e a ocultação dos reais adquirentes das mercadorias, além disso pelo material probatório, o sr. Eric Moneda Kafer tinha poderes de gerência. Nesse sentido, vale transcrever a decisão da DRJ/Fortaleza, fls. 960:

A instrução probatória, nesse aspecto, pode ser exemplificativamente indicada: (figura ostensivamente como titular da empresa, fl.740, responde às intimações da ação fiscal, fls.420/421, arguindo inclusive quanto à suposta distorção dos fatos pela fiscalização; está identificado como representante legal e nessa condição constitui procuradores, fl.379 com poderes para agir administrativa e judicialmente, os quais prestam as informações solicitadas pela fiscalização quanto ao modus operandi da empresa referente à DI em lide, fls.308/342).

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.

¹ FERRAGUT, Maria Rita. Responsabilidade tributária e o código civil de 2002.3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 81.

Portanto, mantém-se a responsabilidade tributária do sr. Eric Moneda Kafer.

4. Conclusão

Por todo o exposto, conheço dos recursos voluntário, não conhecendo a preliminar arguida e, no mérito, não concedo provimento a ambos.

Sarah Maria Linhares de Araújo Paes de Souza.