



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

Processo n° 11829.720049/2012-15
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-004.295 – 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, 2010, 2011

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 n° 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, 2010, 2011

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, 2010, 2011

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 n° 11.488/2007 e pode ser cumulada com a multa do artigo 689, § 1º, do Decreto n° 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. 991/995:

*Trata o presente processo de Auto de Infração para constituição da exigência no valor de **R\$ 71.823,49** (setenta e hum mil, oitocentos e vinte e três reais e quarenta e nove 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. 12/122, doravante, TVFDF, a seguir, em síntese, reproduzido:*

No decorrer da ação fiscal, gerenciada pelo Mandado de Procedimento Fiscal de Fiscalização (MPF-F) 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.

No TVFDF, discorre inicialmente a fiscalização sobre a existência de intrínseca relação entre a empresa J. M. FOTOS E FILMES LTDA – ME, doravante J M FOTOS e a empresa GUSTAVO FERRAMOLA GARCIA – EPP, doravante GUSTAVO FERRAMOLA, adquirentes das mercadorias importadas pela ENCOMEX.

A análise das informações coletadas levou a Fiscalização a concluir que a 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. Simulou importações em seu nome, quando, na verdade, as mercadorias importadas eram destinadas ora a J.M FOTOS E FILMES LTDA – ME, ora a GUSTAVO FERRAMOLA.

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. 12/122, 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.906, visto que a publicação ocorreu em 21/12/2012;

Eric Moneda Kafer: sócio da ENCOMEX, ciência por AR, fl.904, em 15/12/2012;

Vera Lúcia Moneda Kafer, sócia da ENCOMEX, ciência por AR, fl.902, em 15/12/2012;

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

ENCOMEX, fls.957/985, em 04/02/2013;

Eric Moneda Kafer: sócio da ENCOMEX, fls.942/954 em 04/01/2013;

Vera Lúcia Moneda Kafer, sócia da ENCOMEX, fls.918/935, 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 (sic) 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 outros Processos Administrativos Fiscais, 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 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 o reconhecimento dos efeitos da decadência em relação ao lançamento, exonerando a contribuinte ENCOMEX TRADING COMERCIAL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA e responsáveis solidários ERIC MONEDA KAHER e VERA LÚCIA MONEDA KAHER do pagamento da exigência lançada no valor de **R\$ 15.000,00**, referente aos fatos geradores ocorridos em 17/09/2008, 17/10/2008 e 06/11/2008 e a exclusão da responsável solidária VERA LÚCIA MONEDA KAHER. A ementa é colacionada abaixo:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 17/09/2008, 17/10/2008, 06/11/2008

Ementa: DECADÊNCIA MULTA DE NATUREZA ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIA INFRAÇÃO.

O prazo para efetuar lançamento de multas relacionadas ao controle aduaneiro das importações é de 5 (cinco) anos, contado da data da infração. A natureza administrativo-tributária das multas relacionadas ao controle aduaneiro das importações permite que a elas se apliquem regras tributárias de constituição e cobrança do respectivo crédito, inclusive o rito estabelecido pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 (Processo Administrativo Fiscal), mas não a regra de contagem do prazo decadencial prevista no inciso I do art. 173 do CTN, pois a norma aplicável à espécie, pelo critério da especialidade, é o art. 78 da Lei nº 4.502, de 1964.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Período de apuração: 15/07/2009 a 13/01/2011

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

Período de apuração: 15/07/2009 a 13/01/2011

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

Período de apuração: 15/07/2009 a 13/01/2011

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. 1030, uma vez que a empresa mudou de local e a intimação ocorreu por meio de edital, sendo que o recurso foi protocolado em 27 de março de 2014, fls. 1034. Já em relação ao responsável tributário Eric Moneda Kafer, a ciência ocorreu em 27 de fevereiro de 2014, fls. 1031, e o recurso voluntário foi apresentado em 27 de março de 2014, fls. 1048.

Trata-se, portanto, de recurso tempestivo 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 eles demonstrarão 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. 1000:

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*

Iniciam os Recorrentes demonstrando que o ônus da prova não lhes compete e que milita a favor deles a presunção de inocência prevista na Constituição Federal. Ademais, argumenta 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 diz que os processos administrativos fiscais de nºs **11829.720047/2012-18**, **11829.720048/2012-62**, **11829.720049/2012-15** e **11829.720050/2012-31** tendem 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 diz que a aplicação cumulativa de duas penalidades não procede. Dizem que lei especial derroga lei geral e afirmam que a empresa 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 ela agiu de forma dolosa e, por tal motivação, pleiteia pela nulidade do auto de infração.

Primeiramente, cabe esclarece 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 coleta vasta 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. 12 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 desconstituisse 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 Póssas; 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 havia a existência de intrínseca relação entre a empresa J. M FOTOS E FILMES LTDA - ME e a empresa GUSTAVO FERRAMOLA GARCIA – EPP, e que a ENCOMEX as ocultava, sendo que elas eram as reais adquirentes. Extrai-se do TVF, *in verbis*, fls. 16/34:

- *As empresas co-participam nos adiantamentos de recursos a ENCOMEX; ou seja, chegaram a aportar cada uma parte dos recursos antecipados para o fechamento do contrato câmbio relacionado a uma mesma DI;*
- *Estavam estabelecidas, a época das importações detalhadas, no mesmo endereço;*
- *Revendem os mesmos tipos de mercadorias importadas, do mesmo fabricante, do mesmo exportador, mercadorias estas que ostentam a marca HITI;*
- *O sócio da empresa GUSTAVO FERRAMOLA, Sr. Gustavo Ferramola Garcia foi, até 07.05.2009, sócio da empresa J.M FOTOS;*
- *Os sócios das empresas GUSTAVO FERRAMOLA (Gustavo Ferramola Garcia) e J.M FOTOS (Juliana Ferramola Garcia) são irmãos;*

(...)

- *Os lançamentos contábeis registrados pela ENCOMEX nas operações realizadas por esta com GUSTAVO FERRAMOLA e com a J M FOTOS se confundem, registrando o recebimento de recursos oriundos de uma como se fossem recebidos da outra, e vice-versa;*
- *As empresas compartilham da mesma estrutura e modus operandi quando se utilizaram da empresa ENCOMEX para permanecer ocultas nas operações de importação;*

(...)

Em vez de selecionar “importação por conta e ordem”, a ENCOMEX selecionou “importação própria”, em todas as declarações de importação citadas no item CONSIDERAÇÕES INICIAIS, constituindo ato simulado.

A Recorrente também não apresentava estrutura física para estoque da mercadoria, fls. 35, 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. 38:

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. 41/44, do TVF. Outro elemento convincente de prova é o fluxo das mercadorias, fls. 44 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 n° 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 n° 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. 50 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. 58 e seguintes:

Porém, conforme será fartamente detalhado ao longo do item DAS DECLARAÇÕES DE IMPORTAÇÃO REGISTRADAS

PELA ENCOMEX, os administradores da empresa J.M FOTOS, optaram por caminho torto ao interpor empresa de terceiro para, temporariamente, dar continuidade aos seus negócios, relacionados ao comércio exterior, utilizando-se da habilitação do terceiro interposto para operar no comércio exterior quando, devido ao seu tipo de habilitação, estava impossibilitado de fazê-lo.

E fls. 113 e seguintes:

A ENCOMEX registrou declaração de importação viciada por simulação, uma vez que estava declarando importação em seu nome quando, na verdade, destinava-se às empresas J.M FOTOS e GUSTAVO FERRAMOLA. Cedeu seu nome, portanto, a operações de importação cujo real destinatário das mercadorias importadas era terceiro.

No mesmo sentido, foi a decisão da DRJ/Fortaleza, fls. 1013:

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 transções (sic) com as empresas JM FOTOS E GUSTAVO FERRAMOLA demonstrando a antecipação de recursos (sic) destas à ENCOMEX ao tempo da importação, situação demonstrada pelo extrato da escrituração contábil de fl.s 685/700, 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. 114:

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 colaciona-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. 1016:

A instrução probatória, nesse aspecto, pode ser exemplificativamente indicada: (figura ostensivamente como

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

titular da empresa, fl.701, responde às intimações da ação fiscal, fl.397, arguindo inclusive quanto à suposta distorção dos fatos pela fiscalização; está identificado como representante legal e nessa condição constitui procuradores, fl.364 com poderes para agir administrativa e judicialmente, os quais prestam as informações solicitadas pela fiscalização quanto ao modus operandi da empresa referentes às DI em lide, fls.284/331).

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.

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

4. Conclusão

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

Sarah Maria Linhares de Araújo Paes de Souza.