



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

Processo n° 12782.000006/2010-96
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3201-002.122 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de abril de 2016
Matéria INFRAÇÃO ADUANEIRA
Recorrente ABC INDUSTRIAL DA BAHIA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 25/05/2009 a 26/08/2009

IMPORTAÇÃO. CESSÃO DO NOME A TERCEIROS. MULTA.

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, está sujeita à multa de 10% (dez por cento) do valor da operação acobertada.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 25/05/2009 a 26/08/2009

PROVAS EMPRESTADAS. LICITUDE.

A prova emprestada, quando submetida a contraditório, é admitida no processo administrativo fiscal.

SIGILO BANCÁRIO E DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

É lícito o acesso a dados bancários e de comunicações telefônicas autorizados em processo judicial.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 25/05/2009 a 26/08/2009

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIO DE FATO.

Nos termos do artigo 124, I, do CTN, são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, incluindo-se aquele que, embora não integrante do quadro societário, é sócio de fato da pessoa jurídica.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar provimento aos recursos voluntários, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencidos os conselheiros Tatiana Josefovicz Belisário, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima e Elias Fernandes Eufrásio. Apresentará declaração de voto a conselheira Tatiana Josefovicz Belisário.

Compareceu ao julgamento o advogado Júlio Cesar Soares, OAB/DF nº 29266.

CHARLES MAYER DE CASTRO SOUZA - Presidente.

CARLOS ALBERTO NASCIMENTO E SILVA PINTO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto, Charles Mayer de Castro Souza (Presidente), Elias Fernandes Eufrásio, Mércia Helena Trajano Damorim, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Tatiana Josefovicz Belisario e Winderley Moraes Pereira. Ausente, justificadamente, a conselheira Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo.

Relatório

Por bem descrever a matéria de que trata este processo, adoto e transcrevo baixo o relatório que compõe a Decisão Recorrida:

Trata o presente processo de auto de infração lavrado para exigência de crédito tributário no valor de R\$ 1.460.676,09 (um milhão quatrocentos e sessenta mil seiscentos e setenta e seis reais e nove centavos) referente a multa prevista no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007.

De acordo com a descrição dos fatos do Auto de Infração este procedimento fiscal (que teve como foco as importações registradas pela empresa ABC INDUSTRIAL DA BAHIA LTDA, ora impugnante, nas operações identificadas, de fato, como realizadas por conta e ordem da empresa MUDE COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, CNPJ 04.867.975/0001-721, beneficiando o Grupo MUDE/CISCO) teve início como resultado nas investigações propiciadas pelo Procedimento Criminal Diverso nº 2005.61.009285-1, em curso na Quarta Vara Federal Criminal na Ia Subseção Judiciária de São Paulo-SP, através do qual os Escritórios de Pesquisa e Investigação da 5a e 8a Regiões Fiscais da Receita Federal do Brasil designaram servidores para atuar na investigação criminal.

Consta que o grupo MUDE/CISCO usava informar à Receita Federal, por intermédio de importadoras "interpostas", que os equipamentos de telecomunicações importados (hardwares) estavam desprovidos de softwares. Entretanto, documentos e planilhas encontrados (controles dos processos de importação), como também laudo pericial elaborado pela Polícia Federal

(ANEXO 02), demonstram que os softwares acompanhavam os hardwares e que os valores dos mesmos não eram declarados nos documentos instrutivos da importação.

Destacou a fiscalização que os valores inicialmente declarados (subfaturados) pelo importador nos itens identificados como subfaturados não correspondiam àqueles efetivamente praticados, reduzidos mediante fraude.

Passou à apuração da diferença de valor ocultada pelo subfaturamento, adicionando tal diferença aos valores das transações inicialmente declarados. O resultado desta adição é a base e cálculo para a aplicação da referida multa.

Cabe, para fiquem bem esclarecidos os fatos, a descrição de parte do Relatório de Auditoria Fiscal - Volume I:

"Os elementos analisados nesta fiscalização são decorrentes, em sua maior parte, de documentos e arquivos magnéticos apreendidos em 16 de Outubro de 2007 pela Polícia Federal, em cumprimento de diversos Mandados de Buscas e Apreensões (MBA) emitidos pela Justiça Federal motivados por investigação, realizada pela Receita Federal em conjunto com a Polícia Federal, de uma organização dedicada à prática de diversas fraudes, inclusive em operações de comércio exterior. Os procedimentos de investigação conduzidos sob a denominação de "OPERAÇÃO PERSONA " iniciaram-se em 2006 e culminaram com a deflagração de uma grande operação ostensiva em vários endereços comerciais e residenciais em diversos estados.

.../...

O presente procedimento fiscal teve como foco as importações pela empresa ABC INDUSTRIAL DA BAHIA LTDA, CNPJ 05.110.380/0001-30, nas operações identificadas, de fato, como realizadas por conta e ordem da empresa MUDE COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, CNPJ 04.867.975/0001-72, beneficiando o Grupo MUDE/CISCO.

.../...

Com o objetivo de reduzir a base de cálculo do imposto de importação, o grupo simulava efetuar a separação dos hardwares de seus softwares, visando recolher menos tributos vinculados à Importação de Mercadorias Estrangeiras.

A análise dos documentos permitiu a identificação e quantificação das operações realizadas, bem como a perfeita caracterização dos elementos de fato das reais operações comerciais.

.../...

Assim, a presente auditoria tratou de proceder à vinculação das operações de importação registradas no SISCOMEX (Sistema Integrado de Comércio Exterior, utilizado pela Receita Federal do Brasil) com as efetivas compras efetuadas pelo Grupo

MUDE/CISCO, apropriando-se àquelas os elementos de fato das operações comerciais. Dessa forma, o presente trabalho de auditoria seguiu as etapas abaixo discriminadas:

Recuperação das Declarações de Importação (DI) registradas no SISCOMEX em nome da empresa ABC INDUSTRIAL DA BAHIA LTDA, nas operações que identificamos como realizadas por conta e ordem da empresa MUDE COMERCIO E SERVIÇOS LTDA, em benefício do Grupo MUDE/CISCO, a partir da vigência da multa prevista no art. 33 da Lei 11.488/2007;

Identificação dos elementos de prova de subfaturamento vinculando as operações efetuadas pela empresa ABC INDUSTRIAL DA BAHIA LTDA com a real adquirente MUDE COMERCIO E SERVIÇOS LTDA;

Apuração dos preços efetivamente praticados, a partir das invoices emitidas pela empresa CISCO, no exterior;

Determinação da base de cálculo para aplicação da multa prevista no art. 33 da Lei 11.488/2007;

Caracterização da solidariedade entre importador efetivo e demais responsáveis pessoas físicas.”

O GRUPO K/E é comandado por CID GUARDIA FILHO, CPF nº 037.619.008-64, conhecido como "KIKO" e ERNÂNI BERTINO MACIEL, CPF 239.033.847-04, Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil - AFRFB, aposentado. Pelo material obtido em interceptação autorizada judicialmente, é possível constatar o controle, por este GRUPO, de diversas pessoas jurídicas. O GRUPO K/E era responsável pelas IMPORTADORAS E DISTRIBUIDORAS INTERPOSTAS sediadas no Brasil. Estas empresas tinham como função (I) ocultar o REAL ADQUIRENTE (MUDE LTDA) e o BENEFICIÁRIO (CISCO BRASIL), (II) propiciar redução ilícita do recolhimento de tributos, notadamente o IPI e o ICMS.

Tendo em vista o disposto no art. 124, I da Lei nº 5.172 de 1966 (Código Tributário Nacional), foi declarada a responsabilidade solidária das seguintes pessoas:

CID GUARDIA FILHO - CPF 037.619.008-64;

ERNÂNI BERTINO MACIEL - CPF 239.033.847-04.

DA IMPUGNAÇÃO DA EMPRESA ABC INDUSTRIAL DA BAHIA LTDA.

Intimada do Auto de Infração em 20/05/2010 (fl. 2), em 21/06/2010, a interessada apresentou a impugnação de fls. 1127/1143, onde alegou:

se exclusivamente em elementos de prova colhidos no âmbito do procedimento criminal, como ocorre no caso sob análise, cita decisão do STJ;

- a utilização de dados obtidos mediante interceptação telefônica e telemática (quebra de sigilo dos envolvidos) deve observar o disposto na Lei nº 9.296/96, que regulamenta o artigo 5º, XII, parte final, da Constituição Federal, que limita a sua utilização ao âmbito do procedimento penal;

- é nulo o procedimento fiscal por violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório;

- a fiscalização pretende imputar aos elementos probatórios extraídos do processo penal um caráter de verdade absoluta que não lhe é próprio, na medida em que ainda não foram submetidos ao regular contraditório no âmbito do procedimento criminal;

- não há, no Relatório Fiscal, uma única linha sequer abordando especificamente as operações de importação das mercadorias às quais a Fiscalização pretende exigir diferenças de tributos sobre o valor supostamente não declarado;

- não se pode presumir a ocorrência de determinado fato simplesmente porque em outra ocasião ele se verificou, utilizando-se da chamada "prova emprestada";

- não houve qualquer antecipação de recursos para a realização, pela Impugnante, das operações em tela, não se caracterizando a operação por conta e ordem de terceiros, conforme acusa a Fiscalização;

- o traço fundamental que distingue entre os dois tipos de operação (por conta própria e por conta e ordem) está na titularidade dos recursos empregados na operação de comércio exterior, como se verifica do disposto na Lei nº 10.637/02 que estabelece "a operação de comércio exterior realizada mediante utilização de recursos de terceiro presume-se por conta e ordem deste, para fins de aplicação do disposto nos arts. 77 a 81 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001". (destacamos);

- a própria Fiscalização parece não se aperceber do fato de que as transferências bancárias por ela referidas nada mais são pagamentos por mercadorias devidamente entregues aos seus adquirentes. Veja-se, por exemplo, o trecho do Relatório Fiscal, em que a Fiscalização afirma que "a conta da TECNOSUL é alimentada exclusivamente, por recursos oriundos da MUDE decorrentes de notas fiscais emitidos contra a mesma, sendo tão logo, transferidos para o exportador, que irá providenciar o fechamento do câmbio "; (grifou)

- trata-se de regular negócio de compra e venda de mercadorias. Sendo assim, os recursos legitimamente pertenciam à empresa vendedora das mercadorias, que deles poderia se utilizar

inclusive para o fechamento do contrato de câmbio, que normalmente ocorre em momento posterior à entrega dos produtos no mercado interno;

- a multa prevista no art. 33 da Lei nº 11.488/2007 foi calculada pela fiscalização sobre o valor das operações declaradas ao Fisco, bem como sobre os montantes que teriam sido supostamente subfaturados;

- caso não seja a multa imposta integralmente cancelada, o que se admite apenas para argumentar, quando menos deverá ser determinado o seu redimensionamento, a fim de que seja excluído o valor relacionado ao suposto subfaturamento, na medida em que, além de ter sido presumido com base em provas emprestadas, o que não pode ser admitido, a Impugnante não teve qualquer participação nos atos que teriam acarretado a diminuição fraudulenta do valor das operações;

- as alegações da Fiscalização quanto ao suposto subfaturamento baseiam-se na Declaração de Importação DI nº 07/1303159-4, registrada pela empresa Brastec Tecnologia e Informática Ltda., conforme fl. 149/279. Do mesmo modo, a perícia técnica que teria comprovado o "split" entre hardware e software foi realizada nas mercadorias que se encontravam no EADI de Salvador (cf. fls. 212/279), pertencentes a outra empresa, que não a Impugnante;

- conclui-se, portanto, que a Fiscalização tomou e empréstimo considerações referentes a mercadorias que não são objeto do Auto de Infração ora impugnado. Trata-se, inequivocamente, de presunção baseada em provas emprestadas de outras operações, o que, como visto no item 3 supra, é manifestamente ilegítimo, não servindo para fundamentar a acusação de subfaturamento. Deve ser excluído do cálculo da multa, portanto, o valor equivalente ao suposto subfaturamento;

- todos os indícios apontados pela Fiscalização como indicadores do subfaturamento referem-se, exclusivamente, à MUDE e a CISCO;

- além da multa objeto do auto de infração ora impugnado, a Fiscalização cominou pelo lançamento, sobre parte das operações de outras duas multas em face da ora Impugnante (processo administrativo nº 12782.000010/2010-54) - a multa majorada de 150% sobre as diferenças de tributos supostamente devidas (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96) cumulada com a multa de 100% sobre as supostas diferenças entre o preço declarado e o efetivamente praticado na importação (art. 88, § único, da MP nº 2.158-35/01);

- a Fiscalização impõe várias sanções ou multas em face da Impugnante, ambas decorrentes do mesmo alegado ato ilícito. Pretende, dessa maneira, penalizar com várias penas, uma única suposta infração, configurando, sem dúvida, inaceitável, "bis in idem" aplicado às obrigações acessórias;

- as infrações, juntas, representam quase 350% do valor do suposto débito tributário. A exigência de penalidades não pode atingir proporções tão absurda; requer seja acolhida a impugnação.

DA IMPUGNAÇÃO DE ERNÂNI BERTINO MACIEL

Intimada do Auto de Infração em 20/05/2010 (fl.287), em 21/06/2010, a interessada apresentou a impugnação de fls. 1243/1264, onde alegou:

- deve ser cancelado o Termo de Sujeição Passiva Solidária, por falta de adequada motivação para a inclusão de pessoa física no pólo passivo do auto de infração;

- ainda que o Impugnante pudesse vir a ser considerado como "sócio de fato" da empresa autuada, o que se admite exclusivamente para efeito de argumentação, de qualquer maneira não poderia prosseguir a exigência. Isso porque o auto de infração não contempla qualquer motivação que pudesse demonstrar o preenchimento dos requisitos mínimos que autorizariam a responsabilização solidária de pessoa física por infração alegadamente cometida pela pessoa jurídica;

- a atribuição de responsabilidade solidária a pessoa física, em decorrência de fatos praticados pela pessoa jurídica do qual é sócio, depende da demonstração, pelo fisco, da ocorrência de uma situação de fato capaz de ensejar o interesse comum da situação que constitui o fato jurídico tributário;

- não consta do Relatório Fiscal, uma única linha sequer comprovando o interesse jurídico que poderia ter o Impugnante na situação ensejadora do fato jurídico tributário, o que seria essencial para fundamentar a sua inclusão no pólo passivo do auto de infração;

- no caso do procedimento administrativo tendente à apuração de supostos ilícitos fiscais, é vedado à Administração Fiscal basear-se exclusivamente em elementos de prova colhidos no âmbito do procedimento criminal, como ocorre no caso sob análise;

- deve ser declarado nulo o Termo de Sujeição Passiva Solidária por violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório;

- a Fiscalização pretende imputar aos elementos probatórios extraídos do processo penal um caráter de verdade absoluta que não lhe é próprio, na medida em que ainda não foram submetidos ao regular contraditório no âmbito do procedimento criminal;

- verifica-se, ainda, que a exigência fiscal não teria condições de prosseguir, na medida em que todas as alegações da Fiscalização são genéricas, não possuindo nenhuma pertinência

com as operações que são objeto do auto de infração lavrado originariamente contra a empresa ABC Industrial;

- o simples fato de todos os elementos probatórios colacionados pela Fiscalização não serem específicos para as operações objeto da autuação torna-os imprestáveis para a comprovação das alegações que constam do Termo de Sujeição Passiva Solidária;

- a fiscalização, sem demonstrar a mínima preocupação de apontar indícios específicos relacionados às operações em tela, optou por presumir a existência de um "modus operandi" e de um "esquema de importações fraudulentas" (nas palavras da própria Fiscalização), e, sob tal presunção, concluiu pela responsabilização solidária do ora Impugnante pelos valores imputados à empresa ABC Industrial nas operações por ela realizadas no mercado interno;

- não foi demonstrada a suposta vinculação do ora Impugnante especificamente com as operações objeto da autuação originária, o que em tese poderia caracterizar hipótese de responsabilização solidária;

- não se pode presumir a ocorrência de determinado fato simplesmente porque em outra ocasião ele se verificou, utilizando-se da chamada "prova emprestada";

- a acusação é de que o Impugnante participaria do suposto esquema no pólo da importação. O termo de Sujeição Passiva Solidária ora impugnado refere-se a imposições relacionadas ao comércio exterior - multa prevista no art. 33 d Lei nº 11.488/2007, IPI, PIS e COFINS incidentes na importação, além de multa administrativa em decorrência de alegado sub-faturamento;

- ocorre, que a própria Fiscalização já imputou ao Impugnante a responsabilização solidária por multa regulamentar e IPI incidentes nas operações de mercado interno;

- de fato, em relação ao período abrangido pelo auto de infração impugnado (operações realizadas no ano de 2007), a Fiscalização lançou, em face da Mude Comércio e Serviços Ltda. (sujeito passivo) o auto de infração que deu origem ao processo administrativo nº 10803.000071/2009-67, por meio do qual são exigidos a multa regulamentar por entrega a consumo de mercadorias importadas irregularmente, além do IPI incidente nas operações de saída das mercadorias da MUDE com destino ao consumidor, acrescido de multa majorada (doe. 03);

- naquela ocasião, o Impugnante foi responsabilizado solidariamente pelos encargos impostos à MUDE em decorrência de supostas irregularidades verificadas nas operações de mercado interno (conforme Termo de Sujeição Passiva - doe. 03);

- em outras palavras, o Impugnante foi responsabilizado solidariamente, em um primeiro momento, sob a acusação de que teria atuado conjuntamente com a MUDE nas operações de mercado interno que destinaram os produtos ao consumidor. Na sequência, o Impugnante vem a ser responsabilizado solidariamente pelas multas e tributos supostamente incidentes nas operações de importação;

- parece, assim, que nem a própria Fiscalização conseguiu concluir qual seria o suposto papel do Impugnante nas operações autuadas. Mesmo analisando hipoteticamente a questão, uma vez que o Impugnante não admite, em hipótese alguma, as acusações fiscais, a conclusão é uma só: ou bem ele poderia em tese ser equiparada ao importador, ou bem ele poderia em tese ser responsável pelas operações internas que destinaram as mercadorias ao consumidor final;

- o que não se pode admitir é que a ele seja imputada a responsabilidade solidária pelas multas regulamentares e pelas exigências tributárias incidentes em ambos os pólos da operação, como pretende fazer a Fiscalização;

- todas as alegações da Fiscalização baseiam-se em meros indícios e presunções, que não emprestam sustentação às conclusões fiscais;

- a Fiscalização reporta-se a arquivos magnéticos apreendidos na sede da empresa Cider Assessoria Empresarial. Alega a Fiscalização que tais documentos demonstrariam que o Impugnante teria "controle das importações" realizadas por diversas empresas;

- no entanto, a própria Fiscalização reconhece que a empresa Cider Assessoria Empresarial, da qual o Impugnante é sócio, presta serviços de assessoria a diversas empresas, entre elas Brastec, Prime e ABC (conforme referido expressamente no relatório do Termo de Sujeição Passiva Solidária, em face de Ernâni Bertino Maciel). Justifica-se, dentro do contexto da relação existente entre as pessoas jurídicas, a existência de arquivos magnéticos de controle das operações de importação realizadas pelas contratadas, bem como de documentos envolvendo a situação jurídica das empresas. Ora, a mera prestação de serviços de assessoria, que envolvem assessoria financeira, tributária, aduaneira, planejamento, coordenação, programação, organização empresarial e controle da produção industrial" (cf. contratos juntados pela própria Fiscalização), não sustenta a conclusão da Fiscalização de que teria havido importações fraudulentas, a justificar a responsabilização solidária do ora impugnante como pretende a Fiscalização;

- com base em arquivos magnéticos, alega a Fiscalização que a empresa Tecnosul Distribuidora de Produtos Eletroeletrônicos Ltda, seria utilizada "para suprir o caixa da LIVON (empresa da qual são sócios ERNÂNI BERTINO MACIEL, CID GUARDIÃ FILHO e JOSE CARLOS MENDES PIRES)" sugerindo que "rendimentos auferidos pelas atividades da TECNOSUL são

transferidos para que a empresa LIVON os utilizasse em suas atividades" (cf. Termo de Sujeição Passiva);

- caso a Fiscalização cumprido minimamente com seu dever e busca da verdade material dos fatos, como lhe determina o art. 142, do CTN, teria verificado que, ao contrário do quanto afirmou, trata-se de empresas que possuem relação comercial absolutamente transparente e idônea, conforme se verifica, exemplificativamente, das notas fiscais anexas e folhas do Livro Razão da empresa Livon Indústria e Tecnologia de Eletrônico Ltda (doe. 04);

- quanto à empresa WKR Brasil Ltda., a qual afirma a Fiscalização "aparentemente não possuir qualquer relação comercial com a empresa "TECNOSUL", foi colacionado arquivo magnético em que constam transferências que seriam "provavelmente retiradas deste para capitalizar a sua empresa WKR", o que daria "forte indicação" de que "a empresa TECNOSUL pertence de fato ao grupo K/E, de propriedade de CID GUARDIA FILHO e ERNANI BERTINO MACIEL" (fl. Termo de Sujeição Passiva);

- verifica-se que os aportes destacados na referida planilha referem-se ao pagamento de parcelas (3x R\$ 30.000,00) relativas à venda de materiais da empresa WKR para a Tecnosul, como demonstra a Nota Fiscal, cuja cópia, a exemplo de outras, segue anexa (doc. 05);

- como se não bastasse tamanha desídia, há, ainda, transcrições de comunicações telemáticas absolutamente irrelevantes para o caso, muito embora a elas pretenda a Fiscalização emprestar a qualidade de elemento probatório da responsabilidade solidária do Impugnante;

- os indícios apontados pela Fiscalização, além de genéricos (não relacionados especificamente às operações autuadas) não são claros, precisos e concordantes, sendo imprestáveis para sustentar a presunção fiscal no sentido da ocorrência de interposição fraudulenta nas importações;

- a hipótese fática que enseja a aplicação da multa prevista no art. 33 da Lei nº 11.488/2007 somente pode ser realizada por pessoa jurídica;

- a Fiscalização se esforça para demonstrar que a MUDE seria a destinatária das mercadorias importadas. Entretanto, a mera presença de comprador predeterminado não caracteriza a importação por conta e ordem, conforme veio a reconhecer o artigo 11 da Lei nº 11.280/2006;

- os indícios reunidos pela Fiscalização não se revestem dos requisitos de gravidade, precisão e concordância, porquanto não possibilitam convencimento seguro de que as operações eram por conta e ordem da empresa autuada (MUDE) admitindo conclusões diferentes, como se demonstrou, sendo, destarte, frágeis e imprestáveis para os fins a que se destinam;

- requer a improcedência da exigência que lhe é imputada.

DA IMPUGNAÇÃO DE CID GUARDIA FILHO

Intimada do Auto de Infração em 20/05/2010 (fl.287), em 21/06/2010, a interessada apresentou a impugnação de fls. 1380/1401, onde alegou:

- deve ser cancelado o Termo de Sujeição Passiva Solidária, por falta de adequada motivação para a inclusão de pessoa física no pólo passivo do auto de infração;

- ainda que o Impugnante pudesse vir a ser considerado como "sócio de fato" da empresa autuada, o que se admite exclusivamente para efeito de argumentação, de qualquer maneira não poderia prosseguir a exigência. Isso porque o auto de infração não contempla qualquer motivação que pudesse demonstrar o preenchimento dos requisitos mínimos que autorizariam a responsabilização solidária de pessoa física por infração alegadamente cometida pela pessoa jurídica;

- a atribuição de responsabilidade solidária a pessoa física, em decorrência de fatos praticados pela pessoa jurídica do qual é sócio, depende da demonstração, pelo fisco, da ocorrência de uma situação de fato capaz de ensejar o interesse comum da situação que constitui o fato jurídico tributário;

- não consta do Relatório Fiscal, uma única linha sequer comprovando o interesse jurídico que poderia ter o Impugnante na situação ensejadora do fato jurídico tributário, o que seria essencial para fundamentar a sua inclusão no pólo passivo do auto de infração;

- no caso do procedimento administrativo tendente à apuração de supostos ilícitos fiscais, é vedado à Administração Fiscal basear-se exclusivamente em elementos de prova colhidos no âmbito do procedimento criminal, como ocorre no caso sob análise;

- deve ser declarado nulo o Termo de Sujeição Passiva Solidária por violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório;

- a Fiscalização pretende imputar aos elementos probatórios extraídos do processo penal um caráter de verdade absoluta que não lhe é próprio, na medida em que ainda não foram submetidos ao regular contraditório no âmbito do procedimento criminal;

- verifica-se, ainda, que a exigência fiscal não teria condições de prosseguir, na medida em que todas as alegações da Fiscalização são genéricas, não possuindo nenhuma pertinência com as operações que são objeto do auto de infração lavrado originariamente contra a empresa ABC Industrial;

objeto da autuação torna-os imprestáveis para a comprovação das alegações que constam do Termo de Sujeição Passiva Solidária;

- a fiscalização, sem demonstrar a mínima preocupação de apontar indícios relacionados às operações em tela, optou por presumir a existência de um "modus operandi" e de um "esquema de importações fraudulentas" (nas palavras da própria Fiscalização), e, sob tal presunção, concluiu pela responsabilização solidária do ora Impugnante pelos valores imputados à empresa ABC Industrial nas operações por ela realizadas no mercado interno;

- não foi demonstrada a suposta vinculação do ora Impugnante especificamente com as operações objeto da autuação originária, o que em tese poderia caracterizar hipótese de responsabilização solidária;

- não se pode presumir a ocorrência de determinado fato simplesmente porque em outra ocasião ele se verificou, utilizando-se da chamada "prova emprestada";

- a acusação é de que o Impugnante participaria do suposto esquema no pólo da importação. O termo de Sujeição Passiva Solidária ora impugnado refere-se a imposições relacionadas ao comércio exterior - multa prevista no art. 33 d Lei nº 11.488/2007, IPI, PIS e COFINS incidentes na importação, além de multa administrativa em decorrência de alegado subfaturamento;

- ocorre, que a própria Fiscalização já imputou ao Impugnante a responsabilização solidária por multa regulamentar e IPI incidentes nas operações de mercado interno;

- de fato, em relação ao período abrangido pelo auto de infração impugnado (operações realizadas no ano de 2007), a Fiscalização lançou, em face da Mude Comércio e Serviços Ltda. (sujeito passivo) o auto de infração que deu origem ao processo administrativo nº 10803.000071/2009-67, por meio do qual são exigidos a multa regulamentar por entrega a consumo de mercadorias importadas irregularmente, além do IPI incidente nas operações de saída das mercadorias da MUDE com destino ao consumidor, acrescido de multa majorada (doe. 03);

- naquela ocasião, o Impugnante foi responsabilizado solidariamente pelos encargos impostos à MUDE em decorrência de supostas irregularidades verificadas nas operações de mercado interno (conforme Termo de Sujeição Passiva - doe. 03);

- em outras palavras, o Impugnante foi responsabilizado solidariamente, em um primeiro momento, sob a acusação de que teria atuado conjuntamente com a MUDE nas operações de mercado interno que destinaram os produtos ao consumidor. Na sequência, o Impugnante vem a ser responsabilizado

solidariamente pelas multas e tributos supostamente incidentes nas operações de importação;

- parece, assim, que nem a própria Fiscalização conseguiu concluir qual seria o suposto papel do Impugnante nas operações autuadas. Mesmo analisando hipoteticamente a questão, uma vez que o Impugnante não admite, em hipótese alguma, as acusações fiscais, a conclusão é uma só: ou bem ele poderia em tese ser equiparada ao importador, ou bem ele poderia em tese ser responsável pelas operações internas que destinaram as mercadorias ao consumidor final;

- o que não se pode admitir é que a ele seja imputada a responsabilidade solidária pelas multas regulamentares e pelas exigências tributárias incidentes em ambos os pólos da operação, como pretende fazer a Fiscalização;

- todas as alegações da Fiscalização baseiam-se em meros indícios e presunções, que não emprestam sustentação às conclusões fiscais;

- a Fiscalização reporta-se a arquivos magnéticos apreendidos na sede da empresa Cider Assessoria Empresarial. Alega a Fiscalização que tais documentos demonstrariam que o Impugnante teria "controle das importações" realizadas or diversas empresas;

- a própria Fiscalização reconhece que a empresa Cider Assessoria Empresarial, da qual o Impugnante é sócio, presta serviços de assessoria a diversas empresas, entre elas a ABC (conforme referido expressamente no relatório do Termo de Sujeição Passiva Solidária). Justifica-se, dentro do contexto da relação existente entre as pessoas jurídicas, a existência de arquivos magnéticos de controle das operações de importação realizadas pelas contratadas, bem como de documentos envolvendo a situação jurídica das empresas. Ora, a mera prestação de serviços de assessoria, que envolvem assessoria financeira, tributária, aduaneira, planejamento, coordenação, programação, organização empresarial e controle da produção industrial" (cf. contratos juntados pela própria Fiscalização), não sustenta a conclusão da Fiscalização de que teria havido importações fraudulentas, a justificar a responsabilização solidária do ora impugnante como pretende a Fiscalização;

- com base em arquivos magnéticos, alega a Fiscalização que a empresa Tecnosul Distribuidora de Produtos Eletroeletrônicos Ltda, seria utilizada "para suprir o caixa da LIVON (empresa da qual são sócios ERNANI BERTINO MACIEL, CID GUARDIÁ FILHO e JOSE CARLOS MENDES PIRES)" , sugerindo que "rendimentos auferidos pelas atividades da TECNOSUL são transferidos para que a empresa LIVON os utilizasse em suas atividades" (cf. Termo de Sujeição Passiva);

- caso a Fiscalização cumprido minimamente com seu dever e busca da verdade material dos fatos, como lhe determina o art. 142 do CTN, teria verificado que, ao contrário do quanto

afirmou, trata-se de empresas que possuem relação comercial absolutamente transparente e idônea, conforme se verifica, exemplificativamente, das notas fiscais anexas e folhas do Livro Razão da empresa Livon Indústria e Tecnologia de Eletrônico Ltda (doe. 04);

- quanto à empresa WKR Brasil Ltda., a qual afirma a Fiscalização "aparentemente não possuir qualquer relação comercial com a empresa "TECNOSUL", foi colacionado arquivo magnético em que constam transferências que seriam "provavelmente retiradas deste para capitalizar a sua empresa WKR", o que daria "forte indicação" de que "a empresa TECNOSUL pertence de fato ao grupo K/E, de propriedade de CID GUARDIA FILHO e ERNANI BERTINO MACIEL" (fl. Termo de Sujeição Passiva);

- verifica-se que os aportes destacados na referida planilha referem-se ao pagamento de parcelas (3x R\$ 30.000,00) relativas à venda de materiais da empresa WKR para a Tecnosul, como demonstra a Nota Fiscal, cuja cópia, a exemplo de outras, segue anexa (doe. 05);

- como se não bastasse tamanha desídia, há, ainda, transcrições de comunicações telemáticas absolutamente irrelevantes para o caso, muito embora a elas pretenda a Fiscalização emprestar a qualidade de elemento probatório da responsabilidade solidária do Impugnante;

- os indícios apontados pela Fiscalização, além de genéricos (não relacionados especificamente às operações autuadas) não são claros, precisos e concordantes, sendo imprestáveis para sustentar a presunção fiscal no sentido da ocorrência de interposição fraudulenta nas importações;

- a hipótese fática que enseja a aplicação da multa prevista no art. 33 da Lei nº 11.488/2007 somente pode ser realizada por pessoa jurídica;

- a Fiscalização se esforça para demonstrar que a MUDE seria a destinatária das mercadorias importadas. Entretanto, a mera presença de comprador predeterminado não caracteriza a importação por conta e ordem, conforme veio a reconhecer o artigo 11 da Lei nº 11.280/2006;

- os indícios reunidos pela Fiscalização não se revestem dos requisitos de gravidade, precisão e concordância, porquanto não possibilitam convencimento seguro de que as operações eram por conta e ordem da empresa autuada (MUDE) admitindo conclusões diferentes, como se demonstrou, sendo, destarte, frágeis e imprestáveis para os fins a que se destinam;

- requer a improcedência da exigência que lhe é imputada.

Sobreveio decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo II, que julgou, por unanimidade de votos, improcedente a impugnação, mantendo o

crédito tributário exigido. Os fundamentos do voto condutor do acórdão recorrido encontram-se consubstanciados na ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Data do fato gerador: 04/02/2010

Ementa

DANO AO ERÁRIO. OCULTAÇÃO DO RESPONSÁVEL PELA OPERAÇÃO DE COMÉRCIO EXTERIOR.

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.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FASE INQUISITÓRIA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Os procedimentos da autoridade fiscalizadora têm natureza inquisitória, não se sujeitando, necessariamente, ao contraditório os atos lavrados nessa fase. Somente depois de lavrado o auto de infração e instalado o litígio administrativo é que se pode falar em obediência aos ditames do princípio do contraditório e da ampla defesa.

SOLIDARIEDADE

Segundo a legislação do Comércio Exterior, respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie.

Os responsáveis solidários CID GUARDIA FILHO e ERNÂNI BERTINO MACIEL, inconformados com a decisão, apresentaram, tempestivamente, recurso voluntário. Na oportunidade, reiteraram os argumentos colacionados em suas impugnações.

A empresa ABC INDUSTRIAL DA BAHIA LTDA apresentou recurso voluntário de forma intempestiva.

A contribuinte, contudo, sustenta sua tempestividade, pois o acórdão recorrido teria sido encaminhado para o antigo endereço de sua sede, e o novo endereço já teria sido comunicado previamente à RFB.

A contribuinte foi cientificada desta decisão por correspondência encaminhada para o endereço “Rua Silvanir F. Chaves, 528, Lauro de Freitas, Bahia”.

Anexa, para comprovar o alegado, protocolo de transmissão da FCPJ, solicitando a alteração de endereço entre municípios do mesmo estado, datado de 6/5/2010.

Em 22/08/2013, decidiu a 1ª Turma da 2ª Câmara da 3ª Seção do CARF pela conversão do julgamento em diligência para verificação da regularidade da intimação fiscal.

A unidade de origem, em atendimento ao pedido de diligência, informa que a correspondência citada pela interessada, de fato, foi encaminhada a endereço diverso do domicílio fiscal da mesma.

Ilustra, contudo, que a contribuinte foi intimada por meio de outro procedimento, qual seja a intimação por edital (Edital ALF/SDR nº 41/2011, publicado no DOU de 22/08/2011), procedimento previsto no artigo 23, § 1º, inciso III do Decreto nº 70.235/72, que prescreve a ciência editalícia como modalidade a ser adotada quando se tratar de contribuinte cuja inscrição no CNPJ tenha sido declarada inapta.

Em sendo esta a situação da recorrente, conclui pela validade e eficácia da *“ciência formalizada por meio do Edital ALF/SDR nº 41 (fl. 1594), de 20 de setembro de 2011, publicado no Diário Oficial da União em 22 de setembro de 2011. Por conseguinte, o prazo para apresentação do Recurso Voluntário expirou em 8 de novembro de 2011, de modo que o Recurso interposto em 24 de maio de 2012 deve ser considerado intempestivo”*.

As partes foram intimadas do resultado desta diligência, não apresentando novas razões.

É o relatório

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto

Da admissibilidade

Os recursos voluntários apresentados pelos responsáveis solidários CID GUARDIA FILHO e ERNÂNI BERTINO MACIEL atendem aos requisitos de legitimidade, razão pela qual deles se toma conhecimento.

Em relação ao recurso voluntário apresentado pela contribuinte ABC INDUSTRIAL DA BAHIA LTDA, contudo, constata-se que o mesmo foi apresentado de forma intempestiva, o que impede a sua apreciação por este colegiado.

Conforme verificado em procedimento de diligência fiscal, a contribuinte foi declarada inapta pela RFB, encontrando-se nesta situação em 22/09/2011, quando foi publicado no DOU o Edital ALF/SDR nº 41, que intima a contribuinte do acórdão objeto do recurso.

O Decreto nº 70.235/72, que rege o Contencioso Administrativo Fiscal Federal, estabelece que, em se tratando de sujeito passivo que possui inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação pode ser feita por meio de edital:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

[...]

§ 1º Quando resultar improficuo 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: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Desta forma, tendo em vista que a contribuinte foi intimada da decisão por meio de edital publicado no Diário Oficial da União em 22/09/2011, a mesma poderia ter apresentado seu recurso voluntário até o dia 08/11/2011. Como seu recurso voluntário foi apresentado apenas em 24/05/2012, resta configurada a sua intempestividade, razão pela qual dele não será tomado conhecimento.

Das preliminares

Os recorrentes sustentam a nulidade dos Termos de Sujeição Passiva Solidária.

Em se tratando de contencioso administrativo tributário, as hipóteses de nulidade encontram-se previstas no artigo 59 do Decreto n.º 70.235/1972:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

Segundo este dispositivo, são duas as hipóteses de nulidade relacionadas ao processo administrativo fiscal federal: a primeira corresponde a um pressuposto subjetivo de atos processuais, qual seja a incompetência funcional do emissor do ato; já a segunda se refere a um pressuposto processual das decisões administrativas, este com fundamento na CF/88, que exige respeito ao contraditório e a ampla defesa. Por conseguinte, considera-se nulo o ato praticado por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa.

As recorrentes sustentam a nulidade dos termos devido à falta de adequada motivação e por acarretar insegurança na determinação do sujeito passivo.

Em análise aos Termos de Sujeição Passiva Solidária, constata-se que ambos definem com clareza os responsáveis passivos solidários (CID GUARDIA FILHO e ERNÂNI BERTINO MACIEL), bem como informam com detalhes que a responsabilidade solidária decorre de os contribuintes serem proprietários de fato da empresa ABC INDUSTRIAL DA BAHIA LTDA. Desta forma, não se mostram presentes os vícios alegados.

A recorrente sustenta ainda a nulidade dos atos por serem baseados apenas em provas emprestadas de procedimento criminal e destinadas exclusivamente a fins penais.

Por prova emprestada entende-se os documentos, depoimentos, perícias, etc., formados em determinado processo administrativo ou judicial e aproveitados em outro processo, com a finalidade de demonstrar a verdade dos fatos alegados neste novo processo.

Constitui meio de prova que, embora não previsto expressamente no Código de Processo Civil, se faz admissível sempre que a prova emprestada guarde pertinência com os fatos cuja prova se pretenda oferecer.

O uso da prova emprestada na esfera administrativa encontra ampla aceitação na jurisprudência pátria, como demonstra a decisão do Supremo Tribunal Federal cuja ementa transcreve-se abaixo:

PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova (Inq-QO 2424/RJ - Relator: Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 20/06/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno DJ 24-08-2007) (grifo nosso)

O presente processo teve por base o conteúdo de interceptações telefônicas e telemáticas, bem como outras quebras de sigilo de dados. Tais procedimentos foram regularmente deferidos judicialmente para apuração de crimes de quadrilha, falsidade documental, descaminho e crimes tributários.

Desta forma, confirmada a regularidade da obtenção dos dados no processo original, é lícita sua utilização como prova para a caracterização de infração à legislação tributária em processo administrativo fiscal.

O motivo de uma eventual rejeição da prova emprestada resulta unicamente do possível cerceamento ao direito de defesa da parte contra a qual é oposta.

Observa-se, contudo, que os recorrentes foram cientificados de todos os documentos anexados ao processo, sendo-lhes ofertada a oportunidade de defesa, a qual os contribuintes aproveitaram com a apresentação de peças impugnatórias e de recursos voluntários.

Constata-se, ainda, que o fato das alegações da Fiscalização não se referirem especificamente às operações objeto do auto de infração originário não corresponde às hipóteses de nulidade previstas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72.

O procedimento, portanto, nada teve de ilegal, sendo mantidos os direitos constitucionais da recorrente.

Do mérito

Os recorrentes alegam que os indícios colacionadas pela Fiscalização não demonstram a ocorrência de importação por conta e ordem de terceiros.

Antes de ingressarmos efetivamente no ponto objeto do recurso, mostram-se necessários alguns esclarecimentos acerca da matéria, iniciando-se pelo seu histórico legislativo, em especial pela Medida Provisória nº 2.158-35/01, que modificou o artigo 32 do Decreto-lei 37/66:

Art. 32 É responsável pelo imposto:

[...]

Parágrafo único. É responsável solidário:

[...]

III – o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora.

Art. 95 Respondem pela infração:

[...]

V – conjunta ou isoladamente, o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora.

A citada norma tratou de disciplinar os efeitos tributários das operações de importação realizadas por conta e ordem de terceiros. O adquirente da mercadoria importada por sua conta e ordem tornou-se responsável solidário pelo Imposto de Importação devido pelo importador, assim como por infrações cometidas.

A MP nº 2.158-35/01, em seus artigos 79 e 81, trata ainda de equiparar o contratante de importação por conta e ordem a estabelecimento industrial, tornando-o contribuinte de direito do Imposto sobre Produtos Industrializados, bem como define a aplicação para este das normas de incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS próprias do importador:

Art. 79. Equiparam-se a estabelecimento industrial os estabelecimentos, atacadistas ou varejistas, que adquirirem produtos de procedência estrangeira, importados por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora.

Art. 81. Aplicam-se à pessoa jurídica adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora, as normas de incidência das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS sobre a receita bruta do importador.

Ainda seguindo as alterações promovidas por este diploma legal, o artigo 80 da MP nº 2.158-35/01 permite à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) estabelecer os requisitos e condições para a atuação de pessoa jurídica importadora por conta e ordem de terceiro:

Art. 80. A Secretaria da Receita Federal poderá:

I – estabelecer requisitos e condições para a atuação de pessoa jurídica importadora por conta e ordem de terceiro; e

II – exigir prestação de garantia como condição para a entrega de mercadorias, quando o valor das importações for incompatível com o capital social u o patrimônio líquido do importador ou do adquirente.

A matéria foi regulamentada pela Instrução Normativa nº 225/02, que estabeleceu as regras para consecução da importação por conta e ordem de terceiro.

Restou definido em seu artigo 1º, parágrafo único, que a operação por conta e ordem de terceiro corresponde à importação promovida no nome da pessoa jurídica para mercadoria adquirida por outra, mediante contrato previamente firmado.

Art. 1º O controle aduaneiro relativo à atuação de pessoa jurídica importadora que opere por conta e ordem de terceiros será exercido conforme o estabelecido nesta Instrução Normativa.

Parágrafo único. Entende-se por importador por conta e ordem de terceiro a pessoa jurídica que promover, em seu nome, o despacho aduaneiro de importação de mercadoria adquirida por outra, em razão de contrato previamente firmado, que poderá compreender, ainda, a prestação de outros serviços relacionados com a transação comercial, como a realização de cotação de preços e a intermediação comercial.

Merece destaque ainda a previsão contida no inciso I do artigo 4º desta IN, segundo o qual as informações a respeito da operação devem, obrigatoriamente, retratar a realidade, sob pena de perdimento das mercadorias:

Art. 4º Sujeitar-se-á à aplicação de pena de perdimento a mercadoria importada na hipótese de:

I – inserção de informação que não traduza a realidade da operação, seja no contrato de prestação de serviços apresentado para efeito de habilitação, seja nos documentos de instrução da DI de que trata o art. 3º (art. 105, inciso VI, do Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966);

[...]

Após a publicação da IN SRF nº 225 de 2002, o artigo 23 do Decreto-lei 1.455/76 foi alterado pela Lei 10.637/02, criando previsão específica de infração punível com a perda dos bens no caso de inobservância dos critérios definidos pela RFB para importação por conta e ordem:

Art. 59. O art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, passa a vigorar com as seguintes alterações:

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

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

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

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

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

No ano seguinte, a Lei nº 10.833/2003 tratou de excluir da incidência do Imposto de Importação as mercadorias cuja pena de perdimento tenha sido convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria:

Art. 77. Os arts. 1º, 17, 36, 37, 50, 104, 107 e 169 do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º

§ 4º O imposto não incide sobre mercadoria estrangeira:

[...]

III – que tenha sido objeto de pena de perdimento, exceto na hipótese em que não seja localizada, tenha sido consumida ou revendida." (NR)

Posteriormente, ainda na busca de adequar o ordenamento jurídico ao comércio internacional, tratou a Lei 11.281/06, em seu artigo 11, de disciplinar uma nova modalidade de importação, denominada importação por encomenda:

Art. 11. A importação promovida por pessoa jurídica importadora que adquire mercadorias no exterior para revenda a encomendante predeterminado não configura importação por conta e ordem de terceiros.

§ 1º-A Secretaria da Receita Federal:

I - estabelecerá os requisitos e condições para a atuação de pessoa jurídica importadora na forma do caput deste artigo; e

II - poderá exigir prestação de garantia como condição para a entrega de mercadorias quando o valor das importações for

incompatível com o capital social ou o patrimônio líquido do importador ou do encomendante.

§ 2º—A operação de comércio exterior realizada em desacordo com os requisitos e condições estabelecidos na forma do § 1º deste artigo presume-se por conta e ordem de terceiros, para fins de aplicação do disposto nos arts. 77 a 81 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

*§ 3º Considera-se promovida na forma do **caput** deste artigo a importação realizada com recursos próprios da pessoa jurídica importadora, participando ou não o encomendante das operações comerciais relativas à aquisição dos produtos no exterior. (Incluído pela Lei nº 11.452, de 2007)*

Restou mantida a atribuição da RFB de definir os critérios e as exigências as quais devem se submeter os interessados.

Foi publicada, então, a IN nº 634/06, definindo as regras à serem observadas nas importações realizadas por encomenda, como a prevista no artigo 2º:

Art. 2º O registro da Declaração de Importação (DI) fica condicionado à prévia vinculação do importador por encomenda ao encomendante, no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex).

§ 1º Para fins da vinculação a que se refere o caput, o encomendante deverá apresentar à unidade da Secretaria da Receita Federal (SRF) de fiscalização aduaneira com jurisdição sobre o seu estabelecimento matriz, requerimento indicando:

I – nome empresarial e número de inscrição do importador no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ); e

II – prazo ou operações para os quais o importador foi contratado.

§ 2º As modificações das informações referidas no § 1º deverão ser comunicadas pela mesma forma nele prevista.

§ 3º Para fins do disposto no caput, o encomendante deverá estar habilitado nos termos da IN SRF nº 455, de 5 de outubro de 2004.

Do exposto, constata-se que foram definidas regras rígidas para a atuação de empresas prestadoras de serviço de importação, regras que almejam não apenas sujeitar o adquirente ou encomendante da mercadoria importada por sua conta e ordem às mesmas regras e condições próprias do importador, mas também evitar que a negociação fosse dissimulada, definindo-a, se assim ocorresse, como hipótese de ocultação e/ou interposição fraudulenta de terceiros.

Dentro deste panorama, alcança-se o dispositivo infringido, inserido em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 11.488/2007, em seu artigo 33:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/06/2016 por CARLOS ALBERTO NASCIMENTO E SILVA PINTO, Assinado digital

mente em 09/06/2016 por CARLOS ALBERTO NASCIMENTO E SILVA PINTO, Assinado digitalmente em 18/06/2016

por CHARLES MAYER DE CASTRO SOUZA, Assinado digitalmente em 15/06/2016 por TATIANA JOSEFOVICZ BELIS

ARIO

Impresso em 20/06/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.

Esta norma apresenta forte ligação com o já citado artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, em especial quanto ao seu inciso V, que estabelece a pena de perdimento de mercadoria importada quando verificada a ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, bem como a conversão em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria quando esta não for localizada ou tenha sido consumida:

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

[...]

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

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

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

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

§ 4º O disposto no § 3º não impede a apreensão da mercadoria nos casos previstos no inciso I ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território nacional.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

A conduta infracional corresponde, portanto, a ocultação dolosa de algum dos participantes de procedimentos de importação ou exportação, quais sejam do sujeito passivo, do real vendedor, do comprador, ou do responsável pela operação.

Ressalte-se, de pronto, que entre estes sujeitos ocultos encontra-se o encomendante predeterminado de mercadorias importadas. Este entendimento fica claro à luz do § 2º do artigo 11 da Lei 11.281/06, que estabelece que a operação de comércio exterior realizada em desacordo com os requisitos estabelecidos pela RFB presume-se por conta e ordem de terceiro.

Exige-se, contudo, para o aperfeiçoamento da infração, que a conduta tenha sido praticada mediante fraude ou simulação, inclusive mediante interposição fraudulenta de terceiros. Não basta, portanto, ocultar o sujeito passivo; há de se fazer mediante fraude ou simulação, que pode se dar por qualquer meio, inclusive pela interposição fraudulenta de terceiros.

O conceito de fraude encontra-se previsto no art. 72 da Lei nº 4.502/64, sendo que, para a sua configuração, é necessária uma ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar total ou parcialmente a obrigação tributária.

A interposição fraudulenta de terceiros, por sua vez, corresponde a presunção legal estabelecida no parágrafo 2º deste mesmo art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/76, segundo a qual “*Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados*”.

Destaca-se, contudo, a possibilidade de desconstituição da presunção legal pela comprovação, segundo as peculiaridades próprias de cada caso e mediante elementos de prova igualmente particulares, que se tratou de mero erro formal escusável.

Ainda em relação as condutas descritas no artigo em comento, a sua prática, por expressa determinação legal, configura dano ao erário independentemente de demonstração da efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos.

Isto pois o que a norma legal claramente intenta coibir é a forma de agir do administrado, potencialmente lesiva ao interesse coletivo.

A penalidade tem origem em um histórico de transações praticadas de forma simulada por operadores do comércio internacional, que impediam ou, no mínimo, causavam grandes dificuldades à atuação da Fiscalização Tributária. Buscou-se, assim, prevenir o abuso de forma, o negócio jurídico atípico e sem motivação aparente, de conformação nitidamente lesiva ao interesse público.

No tocante à figura da simulação, este instituto é conceituado por De Plácido e Silva como “*o artifício ou o fingimento na prática ou na execução de um ato, ou contrato, com a intenção de enganar ou de mostrar o irreal como verdadeiro, ou lhe dando aparência que não possui (...) No sentido jurídico, sem fugir ao sentido normal, é o ato jurídico aparentado enganosamente ou com fingimento, para esconder a real intenção ou para subversão da verdade. Na simulação, pois, visam sempre os simuladores a fins ocultos para engano e prejuízo de terceiros*” (Silva, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico. Ed. Forense, 1990*).

Luciano Amaro complementa que “*a simulação seria reconhecida pela falta de correspondência entre o negócio que as partes realmente estão praticando e aquele que elas formalizam.*” (Amaro, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro. 13ª Ed. Ed Saraiva, 2007, p. 231*)

Simulação corresponde, portanto, a realização de atos ou negócios jurídicos através de forma prescrita ou não defesa em lei, mas de modo que a vontade formalmente

declarada no instrumento oculte deliberadamente a vontade real dos sujeitos da relação jurídica. O ato existe apenas aparentemente; é um ato fictício, uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado.

Ainda a respeito do tipo infracional, verifica-se que o mesmo tem por propósito coibir a ocultação do real adquirente da mercadoria na importação ou do vendedor da mercadoria na exportação.

Ao dificultar o controle da valoração aduaneira e do preço de transferência praticado entre partes relacionadas, o infrator pode obter a redução indevida dos tributos incidentes da importação (IPI, II, PIS/Pasep, Cofins, ICMS), do IPI devido na comercialização no mercado interno da mercadoria importada, bem como do IRPJ e da CSLL.

Logo, nas operações de importação, a infração é caracterizada sempre que um determinado sujeito passivo denominado *importador oculto*, visando a evasão dos órgãos de fiscalização, age em conluio com outrem *importador ostensivo* para que este figure formalmente como importador e omita a identificação do real adquirente perante as autoridades competentes.

Dito isto, esclarece-se que a multa por cessão do nome da pessoa jurídica, prevista no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007 e objeto dos recursos em julgamento, tem por finalidade punir a empresa que foi utilizada no acobertamento dos reais intervenientes ou beneficiários.

Pune-se, portanto, a real adquirente por meio da pena de perdimento da mercadoria, que pode ser convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria quando a mercadoria não seja localizada ou tenha sido consumida, e a empresa que cedeu irregularmente seu nome para a importação com a multa de 10% (dez por cento) do valor da operação acobertada.

Observa-se, ainda, a respeito das penalidades em comento, que o parágrafo único do artigo 33 da Lei nº 11.488/07 estipula como consequência da aplicação da multa de dez por cento a exclusão da hipótese de declaração de inaptidão da empresa cedente do nome.

Ultrapassada a definição conceitual da infração, inicia-se a análise do conjunto probatório trazido pela fiscalização com o objetivo de comprovar a sua ocorrência, por meio da demonstração do *modus operandi* da autuada.

Trata-se de uma farta documentação, em grande parte obtida em investigação criminal por meio de mandados de busca e apreensão, interceptação telefônica e telemática, que inclui extratos bancários, planilhas, fluxogramas financeiros e documentos fiscais.

Toda essa documentação reunida nos autos demonstra de forma inequívoca que as operações de comércio exterior auditadas se davam entre a CISCO SYSTEM, nos Estados Unidos, e a MUDE, no Brasil, e que a empresa autuada ABC, entre outras, foi utilizada para ocultar o real adquirente das mercadorias importadas. As importações do grupo pela ABC eram revendidas sempre para a NACIONAL distribuidora, que por sua vez revende os mesmos produtos para a MUDE.

A operação tinha como objetivo ocultar o real exportador, e ocultar no Brasil o real importador, evitando a sua equiparação a industrial para fins de incidência do IPI.

As comunicações interceptadas pela Polícia Federal demonstram de forma cabal o *modus operandi* do grupo. Mas é preciso ressaltar que a autuação não se baseou só nessas comunicações, que se referem, em sua maioria, a fatos ocorridos em 2007, o ano em que se instaurou o inquérito policial.

Para cada ano-calendário, a fiscalização cotejou o fluxo financeiro entre a MUDE e as supostas importadoras e distribuidoras, e verificou que sempre que uma dessas empresas tinha mercadorias da CISCO para desembaraçar, a MUDE realizava pagamentos ao respectivo fornecedor, por duplicadas vencidas ou a vencer.

Ocorre que esses pagamentos da MUDE não seguiam nenhuma lógica razoável. Algumas faturas, apesar de vencidas eram pagas parcialmente, e outras faturas, apesar de não estarem vencidas, eram pagas antecipadamente.

Curiosamente, no fim das contas, o valor pago era sempre muito próximo ao valor que deveria ser pago nas importações que se avizinhavam, incluídos os tributos, o câmbio e outras tarifas administrativas. Isso quando esse valor não era exatamente igual ao valor da importação.

Nos anos de 2006 e 2007, que são objeto deste julgamento, a empresa ABC Industrial da Bahia apresenta-se como uma das principais empresas interpostas, com um volume de importações surpreendentemente elevado se comparado ao capital nela investido.

Destaco, neste ponto, que a ABC iniciou suas operações com capital inicial registrado de R\$ 300.000,00, tendo este sido alterado em 2006 para R\$ 1.000.000,00.

A empresa atuou no comércio exterior, havendo registrado a primeira importação em 23/09/2002. Nos anos de 2003, 2004 e 2005 a empresa não realizou importações. A partir do 2º semestre de 2006, a ABC retomou as importações que somaram, no ano, US 4.556.284,00, sendo que em 2007, aumentou, consideravelmente, o volume de importações que, até maio, já atingia um total de US\$ 22.309.048,00.

Entre os documentos anexados encontra-se a agenda de Patrícia Savioli, funcionária da MUDE LTDA, encontrada no endereço da MUDE LTDA. (fls. 562 a 580).

Nesta agenda encontram-se inúmeras anotações sobre como o esquema funcionava, como a de fls 566, que detalha as variações do procedimento citando as empresa envolvidas. A anotação de fls. 572, datada de 01/09/2006, explicita ainda diversos valores associados a operações praticadas formalmente pela ABC.

A anotação da folha 573 é ainda mais explícita – apresenta opções de procedimento decorrentes de problemas da ABC com o sistema RADAR. Após ser descartada a opção MUDE => INDUSTRIAL/ABC => MUDE => Cliente por ser muito arriscada, sugere como opção 1 o seguinte trâmite das mercadorias: COTIA => ABC => NACIONAL => MUDE => Cliente; opção 2: WAYTEC => ABC => NACIONAL => MUDE; e como opção 3: WAYTEC => TECNOSUL => MUDE

Consta ainda do presente processo relatório da empresa Mesquita Neto Advogados sobre revisão nos procedimentos fiscais adotados pela empresa MUDE LTDA.

Neste documento são apontados diversos problemas que, segundo o relatório, “[...] poderão levar os Fiscos Federal e do Estado de São Paulo a rastrear as operações da Sociedade[...]”. Transcrevo, abaixo, algumas das constatações deste escritório (fls. 582 a :634).

[...]

Uma pesquisa na Internet revela que essa Sociedade é um dos maiores distribuidores dos produtos fabricados pela Cisco; entretanto, os parceiros Brastec, Waytec, ABC Industrial, Nacional e Tecnosul, não são encontrados, na rede de computadores, como parceiros da Cisco. As importações de determinados produtos fabricados pela Cisco Systems e revendidos no mercado brasileiro por essa Sociedade são realizadas pelas empresas Brastec, Waytec e ABC, que vendem as mercadorias à Tecnosul e Nacional, que por sua vez, as revendem a essa Sociedade.

As referidas empresas (exceto a Cisco) têm as suas operações totalmente comprometidas com o atendimento da demanda dessa Sociedade, o que denota a existência de um acordo de exclusividade vinculando toda a cadeia de comercialização dos equipamentos importados.

Outro ponto de destaque é que desde o momento do desembarque das mercadorias até a efetiva venda final a essa Sociedade-- (ou seja, importação/desembarço aduaneiro, venda aos distribuidores e revenda a Sociedade), são transcorridos aproximadamente 04 (quatro) dias, o que pode sugerir que tanto o importador quanto o distribuidor não têm estrutura física (depósito) para abrigar as mercadorias cuja real importadora seria essa Sociedade.

Corroborando esse entendimento o fato de que o transporte das mercadorias no território nacional é realizado pela mesma transportadora, desde o desembarço aduaneiro, seja este praticado pelos importadores Brastec, Waytec, ou ABC, até a revenda final a Sociedade, seja esta realizada pelos distribuidores Tecnosul ou Nacional.

[...]

De fato, são muito próprias as ponderações, sendo que todos os fatos ali expostos acabaram por ser comprovados pelos documentos anexados ao presente processo.

Outro ponto a ser observado neste processo refere-se a atuação da empresa What's Up, que foi criada para coordenar e concentrar as informações referentes a todos os procedimentos do grupo (fls. 680 a 702).

Entre os documentos apreendidos judicialmente em sua sede encontram-se computadores e HDs externos que trazem informações sobre todas as empresas participantes, com diretórios distintos referentes a todas as importadoras interpostas, entre elas a ABC.

Os arquivos, que contêm cada processo de importação, trazem os preços das mercadorias em todas as empresas da cadeia.

Foram encontrados ainda modelos usados para a confecção de faturas no próprio escritório da What's Up, faturas estas que deveriam ser emitidas pela empresas exportadoras interpostas para as empresas importadoras também interpostas. Tais informações corroboram que esta empresa funcionava como o centro de controle do esquema, ao menos no que tange aos procedimentos de importação.

Interessante ainda é a situação do Sr. Reinaldo de Paiva Grillo, que se encontra formalmente como administrador da empresa What's Up, e afirma em declaração que nunca trabalhou para a MUDE.

Consta dos autos, contudo, organograma da MUDE na qual o Sr. Reinaldo de Paiva Grillo consta como responsável pela área de importação e Logística da própria MUDE (fls. 732), bem como relatórios da empresa CC&G Gestão de Pessoas que o trata como Gerente de Importação (fls 748 e 753).

Tais informações incoerentes tem apenas uma explicação racional: trata-se de uma tentativa de ludibriar o Fisco, por meio da criação de mais uma empresa de fachada, com o objetivo de deixar a MUDE mais distante das operações de importação.

Merece transcrição, para corroborar a versão da Fazenda, a seguinte conversa telefônica:

1141915926 20070423145306 1 5210389 - 23/04/07 14:53 -
MARCOS ZENATTI (TECNOSUL/ABC) X EVERALDO
(WHAT'S UP)

*Audio importante porque demonstra que MARCOS ZENATTI e EVERALDO têm consciência da fraude praticada entre as empresas. EVERALDO inicia o diálogo perguntando a MARCOS se a MUDE pode vender para a ABC. (mostra que a WHAT'S UP tem completo domínio sobre as empresas utilizadas pelo grupo e opta pela empresa interposta mais conveniente). MARCOS ZENATTI diz a EVERALDO que não misture **ABC com NACIONAL senão vai dar merda**. MARCOS ZENATTI se irrita e pergunta a EVERALDO o que a ABC tem haver com a TECNOSUL.*

Aos 1:45 MARCOS ZENAM diz: "eles não podem dar esta vacilada porque senão começam a ligar uma coisa com a outra".

MARCOS ZENATTI diz que o motivo de tudo isso é se livrar e deixar a MUDE zeradinha.

Aos 3:10: MARCOS ZENATTI diz que não podem ligar uma coisa com outra. MARCOS ZENATTI diz ainda que não deveriam falar essas coisas por telefone.

Comentário: Segundo MARCOS ZENATTI a ABC deve manter a independência em relação à TECNOSUL. MARCOS ZENATTI diz que a MUDE deve devolver o produto para a NACIONAL e não para a TECNOSUL (Provavelmente MARCOS teria dito isso porque os produtos que são importados pela ABC utilizam a NACIONAL como empresa interposta, e não a TECNOSUL).

A comunicação corrobora a afirmação que a ABC tinha a função de importadora-interposta, que, na sequência da cadeia engendrada, funcionava ainda como fornecedora da NACIONAL DISTRIBUIDORA DE ELETRONICOS LTDA, sediada em Salvador/BA, que, por sua vez, era quem aparecia como fornecedora direta da importadora de fato, a MUDE COMERCIO E SERVIÇOS LTDA.

Outro áudio ilustra de onde vem o suporte econômico-financeiro da empresa:

1142087736 20070427155857 1 5233742 27/04/07 - 15:58 —
FÁBIO (MUDE) X MARCOS ZENATTI (TECNOSUL)

MARCOS pergunta a FÁBIO se o mesmo enviará o valor para pagamento do IPI da ABC. FÁBIO diz que pagou tudo, ontem teria enviado 500 mil. MARCOS diz que o IPI deles era de 300 e alguma coisa, portanto, concordam que é suficiente. FÁBIO diz que teria falado com ALEXANDRE, que teria pedido dinheiro, e disse a ele (ALEXANDRE) que na semana que viriam os impostos e então lhe perguntara se este já teria feito a reserva, ao respondera que não, e FÁBIO então lhe disse que não teria dinheiro para semana que viria. FÁBIO pondera que, nesse sentido, MARCÍLIO reuniu-se com o KIKO, e que ALEXANDRE teria sido contratado justamente para controlar estes pagamentos, e que, portanto, não seria ele, FÁBIO, que teria de ficar administrando o dinheiro. FÁBIO acrescenta que neste mês já teria enviado 10 MILHÕES DE REAIS para todas as empresas. Pondera que lógico que as empresas teriam pago os impostos, mas que teriam de fazer previsão e deixar um dinheiro de reserva, porque uma hora poderia fazer falta. MARCOS diz que preocupação dele também é essa. FÁBIO diz que ALEXANDRE lhe pediu hoje mais 500 mil para fazer pagamento na NACIONAL, mas lhe respondeu que não poderia, e que a única empresa a que ainda poderia mandar dinheiro era para a BRAS (BRASTEC). Que leria mandado dinheiro a mais para a TECNOSUL e para a PRI (PRIME). FÁBIO poderia transferir dinheiro da TECNOSUL para a BRASTEC. FABJO continua dizendo que enviou dinheiro a mais para a PRI (PRIME), NACIONAL e ABC. FÁBIO diz que não consegue enviar para a NACIONAL (FÁBIO pode transferir dinheiro da TECNOSUL ou da BRASTEC para a NACIONAL porque não há operação de compra e venda entre as empresas, não da para justificar qualquer transação financeira entre estas empresas). FÁBIO diz que a MUDE também tem os próprios impostos para pagar. (FÁBIO quer uma organização melhor dos impostos das empresas a pagar). FÁBIO acrescenta e diz que tem o meu salário (MUDE), tem o salário de vocês (empresas interpostas). FÁBIO diz que é isso que MARCÍLIO defende, uma pessoa para controlar todo esse fluxo financeiro, A conversa é longa e detalhada.

Como se não bastasse todos estes indícios de que a empresa MUDE controlava todo o processo de importação, a planilha TECNO TOTAL, anexa a um e-mail enviado por Patricia Saviolli, funcionária do setor de produto da MUDE LTDA a Reinaldo Grillo, com cópia para Marcílio Lemos (gerente financeiro da MUDE LTDA), veio jogar a pá de cal na discussão (fls. 1076/1077).

Nesta planilha constam informações detalhadas acerca de todos os custos da operação, desde a entrada da mercadoria no país até a chegada na MUDE LTDA, passando pela importadora e pela distribuidora interpostas.

Pois bem, tais informações, dentre as inúmeras apuradas pela fiscalização e que se encontram anexadas aos autos, são uníssonas ao apontar que o real importador, a pessoa que suportava financeiramente as importações, que controlava de fato todas as etapas das operações, era a MUDE, e que a empresa ABC apenas emprestava seu nome para a prática das operações.

O esquema resultava no subfaturamento em importações de equipamentos da marca CISCO, obtendo-se uma redução indevida dos tributos incidentes sobre o comércio exterior. Para afastar os reais adquirentes da operação fraudulenta, os equipamentos eram importados, sob aspecto formal, pela empresa ABC INDUSTRIAL DA BAHIA LTDA,.

Restou demonstrado ainda que as importações realizadas em nome da ABC INDUSTRIAL DA BAHIA LTDA tinham toda a operação comercial e logística comandada pela MUDE LTDA, diretamente ou através da empresa WHAT'S UP. A empresa ABC INDUSTRIAL DA BAHIA LTDA limitava-se ao registro das declarações de importação, interpondo-se de modo fraudulento entre o real fabricante/exportador CISCO SYSTEMS INC. e o real adquirente, a MUDE.

Desta forma, em tendo sido confirmado que a empresa ABC INDUSTRIAL DA BAHIA LTDA cedeu seu nome em operações de comércio exterior com o objetivo de acobertar o real importador, qual seja a empresa MUDE LTDA, mostra-se correto o lançamento fiscal.

Responsabilidade solidária

Ingressando-se na análise da responsabilidade solidária atribuída aos recorrentes, estes afirmam que o instituto não seria aplicável ao caso em tela, pois a multa imposta pelo auto de infração originário não tem natureza tributária, bem como porque a hipótese fática ensejadora de sua aplicação somente pode ser cometida por pessoa jurídica, nunca por pessoa física.

Afirmam ainda que os indícios colacionados pela Fiscalização, a par de não serem claros, precisos e concordantes, não demonstram que os recorrentes seriam sócios da empresa importadora.

Em atenção ao alegado, esclarece-se que a imputação da responsabilidade solidária foi baseada no inciso I do art. 124, do Código Tributário Nacional – CTN, que assim dispõe:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

Segundo o citado dispositivo legal o que define a solidariedade entre a autuada e os intervenientes é justamente o interesse comum na situação que constitua o fato

gerador, isto é, o nexu existente entre os fatos ensejadores da autuação do contribuinte e as pessoas a quem se imputa a solidariedade.

Observa-se ainda que o CTN foi recebido pela Constituição Federal com status de Lei Complementar, definindo normas gerais a serem observadas em matéria tributária, inclusive em relação ao comércio exterior. O Decreto nº 37/66, por sua vez, estabelece regras mais específicas, explicitadas em Regulamento Aduaneiro, atualmente estabelecido pelo Decreto nº 6.759/2009.

Tem-se, desta forma, que o citado dispositivo regula, também, a responsabilidade solidária em decorrência de ilícitos aduaneiros.

Pois bem, constam dos autos diversos elementos que embasam a atribuição de responsabilidade solidária aos recorrentes.

A empresa ABC possui em seu quadro societário o Sr. Marcos Zenatti, com participação de 30%, e uma empresa offshore sediada no Panamá chamada World Control Financial, proprietária dos outros 70%.

Os documentos trazidos aos autos, contudo, demonstram que os verdadeiros proprietários da empresa, seus controladores de fato são os Srs. CID GUARDIA FILHO, conhecido como Kiko, e ERNANI BERTINO MACIEL.

Estes senhores se utilizavam das empresas CIDER ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA. e CM GUARDIA ORGANIZAÇÃO E PLANEJAMENTO S/C LTDA, das quais são sócios formais, para adquirir de fato os valores a que tem direito. Para tanto, firmavam contratos de prestação de serviços genéricos, como "planejamento, coordenação, programação e organização" de atividades, junto às empresas importadoras de fachada.

Como prova deste esquema podem ser citados documentos apreendidos no endereço da CIDER em São Paulo/SP, quais sejam as planilhas:

- PAGAMENTO-RECEBIMENTOS-13- 07.xls (SP37IT3 \Documents and Settings\ADM\Meus documentos\PAGAMENTORECEBIMENTOS- 13-07.xls);
- NACIONAL-08-08.xls (SP37IT3 Docume and Settings\ADM\Meus documentos\NACIONAL-08-08.xls); e
- Livon-35000,00.doc (SP37IT3 \Documents and Settings\ADM\Meus documentos\Livon-35000,00.doc).

Neste documentos encontra-se todo o controle das importações efetuadas pela ABC com destino para a empresa NACIONAL DISTRIBUIDORA DE ELETRÔNICOS LTDA, sendo que no arquivo de nome LIVON consta uma operação cambial efetuada entre a ABC INDUSTRIAL DA BAHIA LTDA e uma empresa constituída nos EUA de nome JUKI AUTOMATION SYSTEMS, INC.

Outro documento importante é a planilha EXTRATO ABC 071.11.xls, que contém lançamentos da conta-corrente da empresa interposta ABC mantida no Banco

Bradesco. Lembre-se que estes documentos estavam em poder da empresa CIDER ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

Consta ainda deste processo cópia de e-mail enviado por CID GUARDIA FILHO no qual ele gerencia negócios da empresa ABC, qual seja a aquisição de um terreno e o pagamento do corretor (fls 962).

Outras duas correspondências eletrônicas deixam ainda mais evidente que o controle da empresas pertencia aos Srs. CID GUARDIA FILHO, conhecido como Kiko, e ERNANI BERTINO MACIEL.

O e-mail de fls. 962, infra, traz a informação ao Sr. CID GUARDIA FILHO que a empresa ABC teria sido submetida a procedimento de controle especial.

Já o e-mail de fls. 963, abaixo transcrito, demonstra claramente que o responsável pelas empresas ABC e Brastec é o Sr. CID GUARDIA FILHO:

From: Kiko <kikoguardia@uol.com.br>

*Message-Id:
<000801c77c31\$3c327550\$583d06c9@kikoab8a697ff2>*

Date: Wed, 11 Apr 2007 09:02:10

Subject: Fw: _Negócios_no_Brasil

Original Message

From: "Jstagni" <jstagni@picomponentes.com.br >

To: <kikoguardia@uolcom.br>

Sent: Tuesday, April 10, 2007 8:14 PM

Subject: Negócios no Brasil

Ola Kiko..

Estou muito frustrado com o desenrolar dos acontecimentos...

Definitivamente lido vejo sinergia nas operações no Brasil.. (Bem diferente da operação USA que funciona muito bem há tempos..)

Note que não quero eleger os culpados... apenas não está rolando....

Acho melhor finalizarmos as operações no Brasil (ABC e Brastek) por enquanto... quem sabe em outro momento de nossas empresas possamos tentar novamente Não acho que vale à pena continuarmos neste nível de stresse....né....Creio que podemos empregar melhor nossas Energias em outros negócios/atividades.... não?

De qualquer forma gostaria de discutir com vc alguns detalhes da operação FOB... Ligo para a sua secretária no fim desta semana para tentar agendar um bate papo...

Abs,

Zeca (grifo nosso)

Foram ainda encontrados, na residência de CID GUARDIA FILHO, documentos contendo relação de processos de comércio exterior envolvendo as empresas BTECH, LATAM, ROMFORD, ABC e BRASTEC.

A ligação de ERNANI BERTINO MACIEL com a empresa ABC também é clara. Ele era o responsável por solucionar os problemas contábeis e judiciais das empresas.

Em diversos diálogos, os advogados, contratados pelo próprio ERNANI, comunicam a ele o andamento dos processos das empresas do grupo. Quando as empresas BRASTEC, PRIME e ABC tiveram problemas com o Fisco, foi ERNANI quem contratou advogados para questionar os procedimentos fiscais no âmbito judicial, demonstrando que o mesmo seria o controlador das empresas.

Em seu escritório foram apreendidos diversos documentos referentes a ABC e as demais empresas interpostas, como, por exemplo, fax versando sobre mandado de segurança impetrado pela ABC (fls. 793).

Pois bem, em análise aos documentos trazidos, mostra-se claro que os contribuintes CID GUARDIA FILHO e ERNANI BERTINO MACIEL são controladores/proprietários de fato da empresa ABC INDUSTRIAL DA BAHIA LTDA. Assim, uma vez constatado que pessoas não integrantes do quadro societário são sócios de fato da pessoa jurídica, recai sobre eles a condição de devedor solidário, dado o interesse comum na prática da conduta definida como infração à legislação.

Desta forma, caracterizada a hipótese prevista pelo artigo 121, inciso I, do CTN, correta a atribuição de responsabilidade solidária.

Quanto ao fato de que a conduta é apenas praticada por pessoa jurídica, o que se está caracterizando aqui é a responsabilidade solidária de pessoas físicas com a pessoa jurídica que praticou a conduta, e não se imputando a pessoas físicas a conduta.

Diante do exposto, voto por negar provimento aos recursos voluntários.

Conselheiro Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto

Declaração de Voto

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/06/2016 por CARLOS ALBERTO NASCIMENTO E SILVA PINTO, Assinado digital

mente em 09/06/2016 por CARLOS ALBERTO NASCIMENTO E SILVA PINTO, Assinado digitalmente em 18/06/2016

por CHARLES MAYER DE CASTRO SOUZA, Assinado digitalmente em 15/06/2016 por TATIANA JOSEFOVICZ BELIS

ARIO

Impresso em 20/06/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Conselheira Tatiana Josefovicz Belisario

Consoante manifestações prévias nessa Turma Julgadora, entendo que para a caracterização de fraude, notadamente no que se refere à extensão de responsabilidade tributária aos sócios e/ou administradores, é necessária a comprovação robusta por parte da Fiscalização.

Não se afirma, a rigor, que a prova emprestada, utilizada no presente caso, seja inadmissível no procedimento administrativo tributário. O que se afirma é que a prova emprestada não pode, jamais, ser utilizada como único meio de prova para se verificar a ocorrência de fato gerador tributário, a conduta fraudulenta ou a corresponsabilidade tributária.

Na hipótese dos autos, nota-se que as provas emprestadas utilizadas pela Fiscalização sequer é contemporânea aos fatos geradores aos quais se atribuiu a responsabilidade tributária. Nesse caso, quando muito, estar-se-ia diante da existência de indícios de prova da conduta fraudulenta do contribuinte e eventuais responsáveis tributários. Caberia ao Fisco, assim, atuar no sentido de obter demais provas cabais das condutas fraudulentas apresentadas.

Desse modo, entendo que o Fisco, na lavratura do Auto de Infração, não se desincumbiu do ônus de comprovar as condutas fraudulentas atribuídas àqueles caracterizados como corresponsáveis tributários, notadamente quanto aos período objeto do lançamento, sendo, portanto, inviável a sua inclusão como devedores do crédito tributário lançado.

Conselheira Tatiana Josefovicz Belisario