



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

Processo n° 13839.000770/2004-83
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3202-001.142 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de março de 2014
Matéria INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIROS
Recorrente CESTAS NORDESTE COMÉRCIO DE ALIMENTOS, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA (antiga CBA COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA) E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 01/10/2002 a 29/02/2004

GREVE DE SERVIDORES. INDISPONIBILIDADE FÍSICA DOS AUTOS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

Inexistente qualquer violação ao direito de defesa da recorrente em razão de movimentos grevistas dos servidores da Receita Federal ou por indisponibilização física dos autos no domicílio do responsável solidário, visto que, após proferida decisão pela DRJ, da qual as recorrentes tomaram ciência por meio de correspondência em que lhes foi entregue cópia da referida decisão, nada mais foi apostado no processo e não houve qualquer outra manifestação, de forma que não havia nos autos nenhum outro elemento de que as recorrentes necessitariam ter conhecimento para o exercício de sua defesa.

COMPETÊNCIA DAS DELEGACIAS DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO. MUDANÇA DO DOMICÍLIO DO CONTRIBUINTE.

A mudança do domicílio fiscal do contribuinte, depois de efetuado o lançamento e antes de apreciada a impugnação, torna-se irrelevante para alterar a competência da autoridade administrativa, que continua sendo a mesma da jurisdição onde o processo foi deflagrado.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. AUSÊNCIA. PRELIMINAR DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

A ausência da expedição do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF não gera nulidade no âmbito do processo administrativo fiscal, vez tratar-se de mero elemento de controle administrativo, não causando, por si só, prejuízo à defesa do contribuinte.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA.

Por força do princípio do livre convencimento, não há nulidade da decisão de primeira instância que deixa de analisar ponto a ponto das teses de defesa elencadas pela impugnante, quando referida decisão traz fundamentação coerente acerca das razões de decidir.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO. INCOMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA CARF Nº. 02

É vedado aos membros das turmas de julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, não competindo às instâncias administrativas apreciar vícios de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA PRESUMIDA. NÃO COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS.

Nos termos do artigo 23 do DL 1.455/76, com a redação dada pelo artigo 59 da lei 10.637/2002, presume-se a interposição fraudulenta quando a empresa não comprova a origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.

DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO DA MERCADORIA. CONVERSÃO EM MULTA.

Constitui dano ao Erário a interposição fraudulenta de terceiros, sujeita à pena de perdimento das mercadorias, convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro, caso as mercadorias não sejam localizadas ou tenham sido consumidas ou entregues a consumo.

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIRO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM, DISPONIBILIDADE E TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS IMPORTA EM INFRAÇÃO À LEI.

A interposição fraudulenta de terceiro, configurada pela não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados nas operações de importações realizadas pela contribuinte, é infração que importa no cometimento de atos com infração de lei

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIRO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Responde solidariamente com o contribuinte a pessoa física estranha ao quadro societário da empresa que, mantendo vínculo com a contribuinte, exerce, de fato, a gestão empresarial mediante a interposição de sócios fictícios.

Preliminares de nulidade rejeitadas; no mérito: a) negado provimento aos recursos voluntários apresentados por Marcelo Pascoal Guida e Simon Bolívar da Silveira Bueno; e b) dado provimento ao recurso voluntário apresentado por Antônio Carlos Bruno.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito: a) em negar provimento aos recursos voluntários apresentados pela contribuinte e pelos responsáveis solidários Márcio Pascoal Guida e Simon Bolívar da Silveira Bueno; e b) em dar provimento ao recurso voluntário apresentado por Antônio Carlos Bruno.

Irene Souza da Trindade Torres Oliveira – Presidente e Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Irene Souza da Trindade Torres, Gilberto de Castro Moreira Junior, Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Thiago Moura de Albuquerque Alves, Charles Mayer de Castro Souza e Tatiana Midori Migiyama.

Relatório

Em 22/04/2004, foi lavrado Auto de Infração para constituição de crédito tributário referente à multa substitutiva da pena de perdimento, equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, no valor de **R\$ 29.975.843,00** (fls. 02/05).

A contribuinte autuada é a empresa **CBA- COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA** (atualmente denominada CESTAS NORDESTE COMÉRCIO DE ALIMENTOS, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA), doravante denominada “CBA-Jundiaí”), a qual teria entregue a consumo produtos estrangeiros por ela importados com a ocultação do sujeito passivo, do real comprador ou do responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive interposição fraudulenta de terceiros, visto não restar comprovada a origem, disponibilidade e transferência dos recursos utilizados nas importações efetuadas.

Além da contribuinte retrocitada, foram também autuados, como responsáveis solidários, os sócios da CBA, os senhores **ANTÔNIO CARLOS BRUNO** e **MÁRCIO PASCOAL GUIDA**, bem como o Sr. **SIMON BOLÍVAR DA SILVEIRA BUENO**, proprietário da empresa “Colorado Participações” e que seria, na realidade, a pessoa que gerenciaria a antiga CBA.

O procedimento de fiscalização teve início em função de demanda da Inspeção da Receita Federal em Jaguarão/RS, em outubro de 2003, ao verificar, por meio do Sistema RADAR, que a empresa não disporia de recursos para realizar a importação de 270.000 kg de arroz, registrada na DI nº. 03/0751974-5, no valor de R\$ 294.000,00.

O Termo de Constatação Fiscal integrante do Auto de Infração relata, minudentemente, os fatos apurados que levaram à autuação (efls. 110/132).

Tanto contribuinte quanto responsáveis solidários foram devidamente intimados da autuação e apresentaram impugnação tempestiva.

Em 13/10/2004, a DRJ-São Paulo-II/SP converteu o julgamento em diligência (efls. 2.263/2.265), a fim de que o Auto de Infração fosse retificado, para dar tratamento objetivo aos fatos apreciados e fosse juntada relação discriminada das importações objeto de autuação.

Como resultado da diligência, foi lavrado Termo de Constatação Fiscal Complementar (fls. 2.102/2.112).

Em 25/01/2005, foi dado ciência do Termo de Constatação Fiscal Complementar ao contribuinte CBA Comércio, Importação e Exportação Ltda (fl. 2.113), reabrindo-se o prazo para defesa. Transcorrido o prazo legal sem que fosse apresentada nova impugnação, seguiram os autos para julgamento (fl. 2.115).

A DRJ-São Paulo II/SP, então, converteu novamente o julgamento em diligência, para que fosse dado ciência do Termo de Constatação Fiscal Complementar aos responsáveis solidários autuados, reabrindo-se, para estes, novo prazo de defesa (fls. 2.115/2.116). Conforme atesta o documento de fl. 2.154, somente o Sr. Márcio Pascoal Guida apresentou nova impugnação (fls. 2.133/2.143).

A DRJ-São Paulo II/SP julgou procedente o lançamento, nos termos da ementa transcrita adiante (fls. 2.155/2290):

Assunto: Imposto sobre a Importação - II

Período de apuração: 01/10/2002 a 29/02/2004

Ementa: IMPORTAÇÃO. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTE DE TERCEIROS. DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. CONVERSÃO EM MULTA.

A lei prevê a presunção de interposição fraudulenta de terceiros na operação de comércio exterior se a origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados na importação de mercadorias estrangeiras não for comprovada.

Considera-se Dano ao Erário a interposição fraudulenta de terceiros, infração punível com a pena de perdimento, que é convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro, caso as mercadorias não sejam localizadas ou tenham sido consumidas.

Irresignada, a contribuinte **CESTAS NORDESTE COMÉRCIO DE ALIMENTOS, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA** apresentou recurso voluntário (efls. 2.465/2513), alegando, em síntese:

- nulidade do processo, por cerceamento ao seu direito de defesa, em razão de não ter tido acesso aos autos para que pudesse xerocopiá-los, em função de greve de servidores da Receita Federal;

- nulidade da decisão recorrida, em razão de a DRJ-São Paulo/SP não ser autoridade competente para proceder o julgamento da lide. Afirma que, com a mudança do estabelecimento matriz da empresa para a cidade de Fortaleza, ficou deslocada a competência para o conhecimento, cobrança e julgamento para aquela cidade, na medida em que a competência seria definida pelo domicílio tributário, na forma do art. 24 do Decreto nº. 70.235/1972;

- nulidade da decisão recorrida, por ausência de motivação e fundamentação, uma vez que deixou de apreciar todos os argumentos apresentados na impugnação;

- nulidade do auto de infração em razão de não ter sido expedido MPF correspondente;

- nulidade do auto de infração por ausência minuciosa e indubitosa dos fatos que dão suporte à autuação, o que teria acarretado cerceamento ao seu direito de defesa. Afirma que, analisando a descrição dos fatos ofertados pelo Sr. AFRF, que ensejaram a lavratura do auto de infração, não é possível identificar os fatos que foram cometidos quer pela empresa, ou pelas demais pessoas arroladas como responsáveis, que fossem suficientes para a lavratura do auto de infração e a imposição da penalidade imposta, havendo violação da certeza jurídica e do art. 10, III, do Decreto nº 70.235/1972.

- nulidade do lançamento por violação ao art. 142 do CTN, pois o Auto de Infração, além de não descrever minuciosamente os fatos, teria deixado de identificar claramente o sujeito passivo que deve responder pela infração, com a descrição de sua conduta e os fatos que eventualmente cometeu e que concorreu para a prática da infração;

- que houve violação aos princípios da tipicidade e legalidade, em razão da deficiência na instrução probatória e da ausência de descrição dos fatos e identificação e individualização das condutas praticadas por cada uma das pessoas apontadas como responsáveis pela infração;

- que, em face da inconstitucionalidade do Decreto nº 1.455/76 não há previsão legal para aplicação da pena de perdimento;

- que o auto de infração também seria nulo em razão de validar a constituição de crédito tributário alcançando fatos ocorridos antes da vigência da norma que estabeleceu a pena de perdimento da mercadoria, que é de dezembro de 2002;

- que a autuação fiscal afronta as garantias constitucionais da livre iniciativa e o direito de propriedade, *na medida em que aplicou pena de perda de mercadoria a todas as importações que a recorrente realizou no desenvolvimento regular de suas atividades, por suposta infração, o que redundava em odiosa interferência nas atividades econômica e na liberdade de iniciativa e desenvolvimento de atividade lícita pelos particulares;*

- cita as súmulas/STF nºs. 70 (“É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”) e 323 (“É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. e 323”) e alega que sequer foi apurada a obrigação de pagar tributo, tendo sido exclusivamente imposta multa punitiva e isola sem qualquer embasamento;

- que a norma em que se funda a autuação teve início em Medida Provisória, o que representa ofensa ao § 10 do artigo 62 da Constituição Federal, pois este veda que matérias relativas à pena de perda de mercadoria sejam objeto de deliberação através de medida provisória;

- que, em razão de o auto de infração ser impreciso e indubitoso, deixando de indicar os sujeitos passivos e os fatos e as infrações que cada uma das pessoas arroladas como infratores cometeram, é de se aplicar o art. 112 do CTN;

- que o auto de infração violou o princípio constitucional da presunção de inocência insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal e que o ônus da prova cabe somente ao Fisco;

Ao final, requereu, preliminarmente, a nulidade do auto de infração e, no mérito, a reforma da decisão recorrida, sendo julgado improcedente o auto de infração em sua totalidade.

O autuado **SIMON BOLÍVAR DA SILVEIRA BUENO** apresentou, em recurso voluntário, os seguintes argumentos de defesa, em síntese (efls. 2.456/2.566):

- nulidade do processo, em virtude do cerceamento do direito de defesa, pela impossibilidade de vista dos autos, pois, mesmo tendo seu domicílio em São Paulo, foram os autos remetidos à DRF/Fortaleza;

- nulidade da decisão recorrida por ter deixado de apreciar os argumentos trazidos na impugnação;

- ilegitimidade passiva, pois não é sócio da empresa autuada, nem diretor, gerente ou nem mesmo mandatário da empresa, não havendo nos autos qualquer comprovação de que tenha praticado atos de gestão ou de representação da empresa autuada;

- que não é diretor financeiro da empresa autuada e não guarda qualquer vínculo ou relação com o fato gerador da responsabilidade tributária;

- que não consta do auto de infração *sequer a descrição dos fatos que possam ser atribuídos ao recorrente e que, em consequência deles, tenha infringido dispositivo legal capaz de fundamenta sua inclusão no pólo passivo de autuação fiscal que lhe é estranha;*

- que a responsabilidade solidária baseada nos artigos 134, 135 e 137 do CTN, depende da comprovação de conduta dolosa ou culposa praticada pelas pessoas por ocasião de atos praticados com excessos de poderes ou infração à lei ou ao contrato social. Assim, como nunca praticou atos de gestão ou de representação da sociedade, não pode figurar como responsável solidário;

- que não há, no auto de infração, a individualização dos fatos e da respectiva penalidade aplicada para cada uma das pessoas, o que o tornaria nulo, por cerceamento do direito de defesa

nulidade do auto de infração em razão de ter havido descrição fática única para sustentar a penalidade, sem que tenha sido feita uma individualização dos fatos e da respectiva penalidade para cada um dos autuados.

Ao final, requereu, preliminarmente, a nulidade do auto de infração e, subsidiariamente, seja declarada a ilegitimidade para figurar no pólo passivo. Superar as preliminares, seja o auto de infração julgado improcedente em sua totalidade

Em 04/05/5011, por meio da Resolução nº. 3202-000.028, este CARF converteu o julgamento em diligência, para que fossem intimados da decisão administrativa de primeira os demais responsáveis solidários.

Às efls. 2.628/2.660, recurso voluntário apresentado por **MÁRCIO PASCOAL GUIDA**, que repisa os mesmos argumentos de defesa apresentados na impugnação e em grande parte também aduzidos pela recorrente Cestas Nordeste. Alega, em síntese:

a) Nulidade do Auto de Infração por falta de demonstração da responsabilidade atribuída ao recorrente:

- que é o sócio administrador da empresa autuada e o único que atua na sua gestão e representação;

- que dos autos não consta qualquer comprovação de que tenha agido com excessos de poderes ou com infração à lei ou ao contrato social; e

- que, se restasse comprovada sua responsabilidade, não caberia a atuação da contribuinte, visto que a responsabilidade do art. 137 do CTN é pessoal do agente e não comporta solidariedade;

b) Nulidade do Auto de Infração por ausência de descrição minuciosa e indubitosa dos fatos que dão suporte à atuação:

- que, analisando a descrição dos fatos ofertados pelo Sr. AFRF, que ensejaram a lavratura do auto de infração, não é possível identificar os fatos que foram cometidos quer pela empresa, ou pelas demais pessoas arroladas como responsáveis, que fossem suficientes para a lavratura do auto de infração e a imposição da penalidade imposta, havendo violação da certeza jurídica e do art. 10, III, do Decreto nº 70.235/1972.

c) Nulidade do lançamento tributário:

- que houve violação ao art. 142 do CTN, pois o Auto de Infração, além de não descrever minuciosamente os fatos, deixou de identificar claramente o sujeito passivo que deve responder pela infração, com a descrição de sua conduta e os fatos que eventualmente cometeu e que concorreu para a prática da infração;

- que, como o auto não relatou individualmente cada uma das supostas infrações, tem-se também como violado o próprio artigo 90 do Decreto nº 70.235/1972

d) Cerceamento do direito de defesa

- que, em decorrência das deficiências apontadas no Auto de Infração, houve violação ao seu direito de defesa

e) Violação aos princípios da tipicidade e legalidade

- que, pela deficiência na instrução probatória e a ausência de descrição dos fatos, identificação e individualização das condutas praticadas por cada uma das pessoas apontadas como responsáveis pela infração, não é possível estabelecer qualquer vínculo de pertinência lógico entre os fatos e o enquadramento legal;

- que, *não tendo o recorrente agido de forma a gerar a sua responsabilidade pessoal e tendo o recorrente consumido, no desenvolvido regular de suas atividades, as mercadorias que importou licitamente, com recursos advindos de suas atividades e não de terceiros, não é possível aceitar a descrição dos fatos e o enquadramento legal dado pelo Sr. AFRF;*

- que *não é possível encontrarmos qualquer dispositivo legal para enquadramento legal da penalidade*

f) Inconstitucionalidade do Decreto nº. 1.455/1976:

- que, com a vigente Constituição Federal, especialmente o que dispõe o artigo 5º, incisos XLV, XLVI, a **decretação da pena de perdimento de bens depende de decisão judicial, através de condenação em matéria penal**. Logo, pela Constituição Federal de 1988, não mais subsiste a pena de perdimento de bens aplicada por qualquer autoridade do Poder Executivo, podendo essa sanção ser decretada tão somente por membro do Poder Judiciário, em caso de condenação criminal (art. 5º, XLV e XLVI, "b")

g) Impossibilidade de retroatividade da lei para fundamentar a infração e impor penalidades

- que o auto de infração também seria nulo em razão de validar a constituição de crédito tributário alcançando fatos ocorridos antes da vigência da norma que estabeleceu a pena de perdimento da mercadoria, que é de dezembro de 2002;

h) Violação ao direito de propriedade e ao princípio da livre iniciativa:

- que a autuação fiscal *afrota as garantias constitucionais acima apontadas, na medida em que aplicou pena de perda de mercadoria a todas as importações que a recorrente realizou no desenvolvimento regular de suas atividades, por suposta infração, o que redundou em odiosa interferência nas atividades econômica e na liberdade de iniciativa e desenvolvimento de atividade lícita pelos particulares;*

h) Súmulas do STF:

- cita as súmulas/STF nºs. 70 (“É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”) e 323 (“É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. e 323”) e alega que sequer foi apurada a obrigação de pagar tributo, tendo sido exclusivamente imposta multa punitiva e isolada, sem qualquer embasamento.

i) Impossibilidade de Medida Provisória criar normas penais e de detenção de bens

- que a norma em que se funda a autuação teve início em Medida Provisória;

- que *é ineficaz a norma que impôs a pena de perda de mercadoria por ofensa ao § 10 do artigo 62 da Constituição Federal, que veda que tais matérias sejam objeto de deliberação através de medida provisória.*

k) Aplicação do art. 112 CTN;

- que, em razão de o auto de infração ser impreciso e indubitado, deixando de indicar os sujeitos passivos e os fatos e as infrações que cada uma das pessoas arroladas como infratores cometeram, é de se aplicar o art. 112 do CTN;

l) Presunção de inocência e inconstitucionalidade do lançamento presuntivo

- que o auto de infração violou o princípio constitucional da presunção de inocência insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal;

- que a mera presunção não dá nascimento à obrigação tributária nem à aplicação de penalidade, de forma que não há como impor pena e infração sem que seja efetivamente comprovada a infração, com a devida e precisa descrição dos fatos cometidos pelo infrator e a sua subsunção à norma de incidência tributária; e

- que o ônus da prova cabe ao Fisco

m) Caráter confiscatório da multa aplicada

- que a multa aplicada é desproporcional, abusiva e confiscatória, violando o princípio da não-utilização do tributo com efeito de confisco, estabelecido no art. 150, VI, da Constituição Federal.

Ao final, requereu, preliminarmente a nulidade do auto de infração e, no mérito, a sua improcedência total.

Às efls. 2.667/2.677, o recurso voluntário apresentado por **ANTÔNIO CARLOS BRUNO**, por meio do qual alega o seguinte:

a) Nulidade do Auto de Infração por falta de demonstração da responsabilidade atribuída ao recorrente:

- que é sócio quotista, detentor de uma única quota, nunca tendo praticado qualquer ato de gestão, conforme se verifica de simples leitura do contrato social da empresa; e

- que a responsabilidade atribuída aos sócios baseada nos artigos 134, 135 e 137 do CTN, depende da comprovação de conduta dolosa ou culposa praticada pelas pessoas por ocasião de atos praticados com excessos de poderes ou infração à lei ou ao contrato social. Assim, como nunca praticou atos de gestão ou de representação da sociedade, não pode figurar como responsável solidário.

b) Nulidade do auto de Infração pela ausência de descrição minuciosa e indubitosa dos fatos que dão suporte à autuação

- que, analisando a descrição dos fatos narrados pelo Sr. AFRF que ensejaram a lavratura do auto de infração, não é possível identificar os fatos que foram cometidos pelo recorrente que acarretaram a lavratura do auto de infração e a imposição da penalidade a ele imposta, o que acarreta a sua nulidade; e

- que não houve a individualização dos fatos nem da respectiva penalidade aplicada a cada uma das pessoas.

Requereu, preliminarmente, a nulidade do auto de infração e, no mérito, a reforma da decisão *a quo*, declarando-se a improcedência da autuação.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres Oliveira, Relatora

Os recursos voluntários são tempestivos e preenchem as condições de admissibilidade, razões pelas quais deles conheço.

Ao teor do relatado, trata a lide de Auto de Infração lavrado em 22/04/2004, contra a contribuinte e responsáveis solidários, todos já identificados nos autos, para constituição de crédito tributário decorrente da multa substitutiva da pena de perdimento, no valor de R\$ 29.975.843,00.

A análise das alegações trazidas pelas defesas será feita de forma conjunta, em razão da matéria apresentada, vez que diversas matérias são abordadas em mais de um dos recursos.

Do Cerceamento do Direito de Defesa

Em sede de recurso voluntário, a contribuinte e o responsável solidário Simon Bolívar da Silveira Bueno suscitam nulidade do processo, em razão de ter havido cerceamento do seu direito de defesa: a primeira, por conta de greves na Receita Federal, alegando que teria ficado impossibilitada de tirar cópia do processo; já o segundo, em razão de os autos terem sido encaminhados à DRF-Fortaleza, quando, no entanto, possuía domicílio em São Paulo.

Diferentemente do alegado, tenho por inexistente qualquer violação ao direito de defesa dos recorrentes em razão de movimentos grevistas dos servidores da Receita Federal ou por indisponibilização física dos autos no domicílio do responsável solidário.

Isso porque, após a decisão da DRJ, da qual os recorrentes tomaram ciência por meio de correspondência em que lhes foi entregue cópia da referida decisão, nada mais foi aposto no processo. Não houve qualquer outra manifestação após a deliberação daquele órgão julgador, de forma que não havia nos autos nenhum outro elemento de que os recorrentes necessitariam ter conhecimento para o exercício de sua defesa.

Demais disso, os recursos voluntários apresentados deixam ver, claramente, que os autuados tinham pleno conhecimento da infração que lhes foi imputada, bem como de todos os elementos fáticos e probatórios que envolveram a autuação.

Não restando configurado prejuízo ao exercício do direito de defesa, não há como acatar-se a pretensão dos recorrentes.

Da Competência para Julgar da DRJ-São Paulo/SP e da Remessa dos Autos à DRF-Fortaleza/CE

Suscita-se a nulidade do Acórdão recorrido, em face da incompetência do órgão julgador para exame do litígio, vez que, à época do julgamento, a empresa autuada já teria mudado o estabelecimento matriz para a cidade de Fortaleza/CE, o que teria deslocado, para esta cidade, a competência para o julgamento do litígio, na medida em que a competência seria definida pelo domicílio tributário, nos termos do Decreto nº. 70.235/72.

Na verdade, esta questão foi muito bem explicada pela própria DRF-Fortaleza/CE, ao declinar da competência em favor da DRJ-São Paulo II/SP (efl. 2.261). Confira-se:

“Trata o presente processo de Auto de Infração lavrado pela DRF em Jundiaí-SP, domicílio fiscal do contribuinte à época, para a exigência do crédito tributário relativo à multa por dano ao Erário no valor de R\$29.975.843,00.

O Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário da DRF em Fortaleza encaminhou o presente processo a esta Delegacia de Julgamento por equívoco, posto que, consoante dispõe o parágrafo 3º do artigo 9º do PAF-Decreto nº 70.235/72, **a formalização da exigência, nos termos do parágrafo 2º do citado diploma legal, previne a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeiro conhecer.**

Em consequência, torna-se irrelevante neste caso, a questão do domicílio fiscal do contribuinte para alterar a competência da autoridade administrativa julgadora, no caso DRJ/SÃO PAULO II/SP, à qual é jurisdicionada a Unidade onde o processo foi deflagrado.

Fica, entretanto, ressalvada para fins de ciência e eventual cobrança de crédito tributário a competência da autoridade que jurisdicione o novo domicílio fiscal do interessado, Parecer CST/SIPR N°45 de 21 de janeiro de 1991.”

(grifo não constante do original)

A empresa foi constituída em 15/09/2000, com sede inicialmente em São Paulo/capital. A primeira alteração contratual, realizada em 20/03/2001, mudou a sede da empresa para Jundiaí/SP, no endereço Rodovia Anhanguera Km51+ 360 mts. Tendo em vista o domicílio fiscal da empresa à época, em 30/10/2003 foi aberto, na DRF-Jundiaí/SP, o procedimento de fiscalização constante da I.N./SRF nº 228/2002.

Tendo sido iniciado o procedimento de fiscalização pela DRF-Jundiaí/SP, sendo, portanto, deflagrado o processo por aquela DRF, tal fato levou à prorrogação da competência para aquela Delegacia, na forma do §3º do art. 9º do Decreto nº. 70.235/72:

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

§2º. Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa do domicílio tributário do sujeito passivo.

§3º A formalização da exigência, nos termos do parágrafo anterior, previne a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeira conhecer.

(destaques não constantes do original)

Por outro lado, em sentido diametralmente oposto, o responsável solidário Simon Bolívar da Silveira Bueno alega cerceamento do seu direito de defesa em razão de terem

sido encaminhados os autos da DRF-São Paulo/SP para a DRF-Fortaleza/CE, uma vez que ele possui domicílio fiscal em São Paulo.

No caso, não se vislumbra qualquer cerceamento do direito de defesa, vez que os autos foram encaminhados para a unidade da Receita Federal que jurisdiciona o domicílio tributário da contribuinte atuada para fins de controle do crédito tributário, visando futura cobrança, conforme assinala o Parecer CST/SIPR nº. 45, de 25/01/1991, cuja ementa é a seguinte:

COMPETÊNCIA DAS DELEGACIAS DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO. MUDANÇA Do DOMICÍLIO DO CONTRIBUINTE. A mudança do domicílio fiscal do contribuinte, depois de efetuado o lançamento e antes de apreciada a impugnação, torna-se irrelevante para alterar a competência da autoridade administrativa, que continua sendo a mesma da jurisdição onde o processo foi deflagrado. A cobrança, contudo, compete à autoridade que jurisdicione o novo domicílio fiscal.

Demais disso, repita-se, o responsável solidário foi devidamente intimado da decisão da DRJ, tendo recebido cópia daquela decisão junto à intimação, nada mais tendo sido aposto aos autos que fosse necessário ao seu conhecimento para que pudesse exercer o seu direito de defesa, razão pela qual não se vislumbra qualquer cerceamento a tal direito.

Assim, não há que se falar em nulidade da decisão da DRJ-São Paulo II/SP em razão de sua incompetência para julgar, tampouco em nulidade do processo, por cerceamento do direito de defesa, em razão da remessa física dos autos à DRF-Fortaleza/CE, razão pela qual devem também ser rejeitadas estas preliminares.

Da Nulidade do Auto de Infração em razão de Ausência do MPF

Alega-se que o procedimento realizado pela DRF-Jundiá/SP não foi iniciado com a emissão de Mandado de Procedimento Fiscal -MPF, o que inquinaria de nulidade o Auto de Infração.

Registre-se, não obstante, que o Termo de Intimação nº 001 está amparado pelo MPF nº. 0812400/00044/2003 e o Auto de Infração, pelo MPF nº 0812400/00380/04.

Demais disso, tem-se que a questão relativa à necessidade de expedição de MPF já foi fartamente discutida no âmbito deste CARF, desde o tempo dos Conselhos de Contribuintes, sendo manso e pacífico o entendimento de que o MPF tem caráter subsidiário em relação aos atos de fiscalização, vez que a atividade de lançamento é obrigatória e vinculada, não podendo a autoridade fiscal deixar de exercê-la diante da ocorrência do fato gerador do tributo, de forma que não possui o MPF o poder de retirar da autoridade lançadora a competência a ela atribuída por lei.

O Mandado de Procedimento Fiscal consiste em uma ordem específica, emitida por autoridade competente da Secretaria da Receita Federal, para que servidor a ela subordinado proceda, no caso de fiscalização, à verificação do cumprimento das obrigações tributárias, por parte do sujeito passivo, relativas aos tributos e contribuições administrados pela SRFB, bem como da correta aplicação da legislação, e, se for o caso, à constituição do crédito tributário devido ou à apreensão de mercadorias em situação irregular.

O MPF tem por escopo o planejamento e o controle, por parte da Receita Federal, das atividades de fiscalização externa dos tributos e contribuições federais a serem desenvolvidas em cada exercício fiscal. O Mandado de Procedimento Fiscal visa, ainda, permitir ao sujeito passivo assegurar-se da autenticidade da ação fiscal contra ele instaurada, e, com isso, evitar a ataques de maus servidores ou de pessoas que se fazem passar por eles. Todavia, esse não é o caso dos autos, pois a empresa já tinha conhecimento de que a Fiscalização contra ela empreendida era regular, posto haver sido cientificada, em 30/10/2003, do início da fiscalização por meio do Termo de Intimação nº 001 (efls. 168/169), onde constava o nome dos auditores encarregados da fiscalização, bem como demais informações necessárias para bem identificar os trabalhos fiscais iniciados e as autoridades por eles responsáveis.

Desta feita, não causa qualquer vício ao lançamento a inexistência de emissão de MPF com o fim específico de informar ao sujeito passivo as averiguações fiscais pertinentes. Veja-se que a alegada inexistência do referido mandado não causou qualquer prejuízo à defesa e, sem prejuízo, não há nulidade.

Por fim, cabe a análise dos artigos 59 e 60 do Decreto 70.235/1972, que assim dispõem:

Art. 59. São nulos:

- a) Os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*
- b) Os despachos e decisões proferido por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa*

§§- omissis.

Art. 60 As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Ao teor desse dispositivo, as irregularidades que tornariam nulo o lançamento fiscal resumem-se aos casos de atos e termos lavrados por servidor incompetente, ou aos de despachos e decisões proferidos por autoridades incompetentes ou com cerceamento do direito de defesa. Afora as hipóteses retro citadas, as demais irregularidades que possam vir a ocorrer no processo fiscal não acarretariam nulidade do lançamento fiscal.

Conclui-se, pois, diante das considerações acima expendidas, que não há como ser acolhida a preliminar de nulidade arguida.

Da Nulidade do Auto de Infração por Ausência de Descrição dos Fatos

Não há como se conceber a alegação feita pelas recorrentes de que o Auto de Infração seria nulo em razão de cerceamento do direito de defesa, por ausência minuciosa e indubitosa dos fatos que deram suporte à autuação, tendo deixado de identificar claramente o sujeito passivo que deve responder pela infração, com a descrição de sua conduta e os fatos que eventualmente cometeu e que concorreu para a prática da infração.

O Auto de Infração foi acompanhado de Termo de Constatação Fiscal (efls. 110/132 – vol. I), tendo sido complementado em razão de diligência requerida pela DRJ, ao que foi elaborado Termo de Constatação Complementar (efls. 2.268/2.274 – vol. XI), tendo sido reaberto prazo de 30 dias para manifestação de todos os autuados.

Resta claro que a autuação deveu-se à configuração de interposição fraudulenta presumida, prevista no art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, com redação dada pelo parágrafo 2º do inciso V do artigo nº 59 da Lei nº. 10.637 de 30 de dezembro de 2002 (conversão da Medida Provisória nº 66 de 29/08/2002 em lei), em decorrência de não se haver comprovado a origem dos recursos empregados em diversas operações de importação realizadas em nome da contribuinte, no período de 01/10/2002 a 18/02/2004 (relação constante às efls.2.276/2.278). Todo o conjunto probatório da infração perpetrada encontra-se descrito minuciosamente pela autoridade fiscal nos Termos de Constatação Fiscal originário e complementar, de forma que se mostra inadmissível entender-se que não há, na peça de autuação, a descrição dos fatos que deram origem à autuação.

Mais uma vez, sem razão os recorrentes em suas alegações.

Da Nulidade do Auto de Infração por Abranger Fatos Anteriores à Vigência de Lei

Alega-se que a infligência da multa decorreu da aplicação retroativa da norma legal. Ledo engano, vez que a interposição fraudulenta presumida foi instituída pela MP nº. 66, de 29/08/2002, tendo-se convalidado na Lei nº. 10.637, de 30/12/2002.

Tendo sido objeto da autuação as importações realizadas entre 01/10/2002 e 18/02/2004, quando da ocorrência do fato gerador, qual seja, o emprego em operação de comércio exterior de recursos sem a comprovação da origem dos recursos, já existia dispositivo legal que permitia a aplicação da multa:

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

"Art. 23

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 transferida a terceiro ou consumida.

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

Assim, ao tempo da aplicação dos recursos no comércio exterior, a MP 66/2002 estava em pleno vigor, de modo que a recorrente tinha pleno conhecimento de que tal conduta importaria em infração à ordem aduaneira.

No mais, vale reprimir as considerações da egrégia DRJ:

“Quanto ao universo das operações onde podem ser aplicadas as penalidades previstas na nova redação do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76 e do §1º do art. 81 da Lei nº 9.430/96, a resposta está na possibilidade de se estabelecer (ou não) um nexo de causalidade entre a origem dos recursos e aquelas operações no comércio exterior que se encontram sob verificação.

Ficando demonstrado que existe uma mácula que remonta à integralização do capital social e que o câmbio referente ao pagamento das operações foi liquidado com valores originários dessa integralização, independentemente do primeiro ato viciado ter ocorrido antes da edição da norma que passou a punir a ocultação do sujeito passivo, há que se aplicar as penalidades discutidas.

(...)

Se a conduta punível é ocultar o sujeito passivo e o meio para essa ocultação é o fornecimento de recursos por um terceiro que não tenha declarado qualquer relação jurídica com o importador ou com a operação de importação, pouco importa quando esses recursos foram fornecidos.

Basta uma simples operação lógica: se aqueles recursos cuja origem não foi comprovada não tivessem sido utilizados, o contribuinte conseguiria operar no comércio exterior? Se a resposta é não, o fato enquadra-se perfeitamente na norma que estabeleceu penalidades para essa modalidade de simulação, a qual, repita-se pune a operação realizada com recursos cuja origem lícita não pode ser comprovada e não o fato anterior que fez nascer esses recursos.

(...)

Se permitíssemos que os recursos fossem “regularizados” pela sua circulação em sucessivas transações internacionais, estaríamos colaborando para que o ato ilícito recebesse o mesmo tratamento dispensado ao ato lícito, o que esbarraria frontalmente nos princípios que norteiam a Administração Pública, plasmados no art. 37 da Constituição Federal de 1988.”

Quanto à alegação de que a questão não poderia ser tratada por meio de Medida Provisória, pois tal fato afrontaria o comando constitucional do §10 do art. 62 da Constituição Federal, valem sobre tal alegação as considerações efetuadas mais adiante neste voto, relativas às questões referentes às alegações de inconstitucionalidade.

Da Nulidade da Decisão de Primeira Instância por Ausência de Motivação e Fundamentação

Alega-se nulidade da decisão administrativa de primeira instância em razão de não haver apreciado todos os argumentos apresentados na impugnação, o que, no entender dos recorrentes, levaria à sua nulidade.

Conforme entendimento já manifestado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial 2005/0163564-0, por força do princípio do livre convencimento, o julgador, ao apreciar a lide, não está obrigado a emitir pronunciamento, ponto a ponto, sobre as teses elencadas pelas partes, mas tão-somente a fundamentar coerentemente as razões que o levaram a decidir desta ou daquela maneira, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.

In casu, o acórdão recorrido relatou as questões de defesa trazidas pelos então impugnantes, enfrentou as matérias preliminares e as questões de mérito, bem como analisou a questão relativa à responsabilidade solidária dos autuados. Abordou, assim, os aspectos principais atinentes à lide e afetou a todas as partes, fundamentando de forma clara, lógica e coerente o seu posicionamento, não se podendo falar, portanto, em nulidade do julgamento de primeira instância.

Rejeito, pois, mais esta preliminar.

Das Questões Referentes à Inconstitucionalidade

Diversos são os princípios constitucionais que os recorrentes julgam ter havido violação: da livre iniciativa, da proibição ao confisco, da presunção de inocência e até mesmo do direito à propriedade. Também alega-se a inconstitucionalidade do Decreto n.º 1.455/76 e da Medida Provisória n.º 66/2002.

No Direito brasileiro, o controle de constitucionalidade das leis em vigor é atribuição exclusiva do Poder Judiciário. Com isso, não sendo declarada a inconstitucionalidade por este Poder - seja com efeitos *erga omnes* (no controle concentrado de constitucionalidade), seja com efeito *inter partes* (no controle difuso) - a lei gozará de presunção de constitucionalidade, e, por conseguinte, será válida e terá aplicação cogente em todo o território nacional.

É óbvio que a Administração tem o poder e até mesmo o dever de afastar a aplicação de lei inconstitucional, pois esta é ato nulo, não obriga, não vincula. Entretanto, não pode a Administração negar-se à aplicação de lei que apenas entenda ser inconstitucional, pois não lhe compete realizar o controle difuso de constitucionalidade.

Sem a declaração de inconstitucionalidade daquele que é competente para tanto, não há que se falar em lei inconstitucional. Não tendo a Constituição Federal dado competência aos órgãos da Administração para efetuarem o controle de constitucionalidade das leis, não podem seus órgãos judicantes afastar a aplicação de lei que julgarem inconstitucional.

Desta feita, se o órgão administrativo deixa de aplicar lei vigente por considerá-la inconstitucional, não apenas invade a esfera de competência do Poder Judiciário, como também fere de morte um dos princípios norteadores da Administração Pública, qual seja, o princípio da hierarquia, pois se está discordando do Chefe do Poder Executivo que, ao não vetar a lei, está reconhecendo sua constitucionalidade.

A propósito da controvérsia empreendida pela contribuinte, cito, por fim, excerto do professor Hugo de Brito Machado (Temas de Direito Tributário, Vol. I, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1994, p. 134):

“(…) Não pode a autoridade administrativa deixar de aplicar uma lei ante o argumento de ser ela inconstitucional. Se não cumpri-la sujeita-se à pena de responsabilidade, artigo 142, parágrafo único, do CTN. Há o inconformado de provocar o Judiciário, ou pedir a repetição do indébito, tratando-se de inconstitucionalidade já declarada.”

O que se verifica nos autos é a aplicação da legislação tributária em vigor à época, nos seus estritos limites, inclusive em relação à presunção de interposição estabelecida em lei, não sendo possível à autoridade fiscal eximir-se da aplicação da lei por reputá-la inconstitucional.

De outro lado, os argumentos relativos à inconstitucionalidade do Decreto nº. 1.455/76 não devem ser conhecidos por este órgão julgador, vez que às autoridades julgadoras administrativas falece competência para apreciar questões relativas à inconstitucionalidade de lei, conforme dispõe a Súmula CARF nº 02.

Assim, deixo de conhecer dos recursos voluntários nas partes referentes às inconstitucionalidades apontadas pelos recorrentes.

Da Infração

Verifica-se que a recorrente, em momento algum, trouxe qualquer argumento ou prova em relação à origem dos recursos utilizados para suportar o volume financeiro transacionado pela contribuinte, nas operações de comércio exterior que foram objeto da autuação.

A contribuinte não conseguiu provar sequer a integralização do aumento de capital, que elevou o capital social da empresa de R\$ 10.000,00 para R\$ 130.000,00, ocorrida em 12/12/2001. Ao invés de demonstrar a injeção de R\$ 120.000,00 na CBA-Jundiaí, foi apresentado um DOC-C emitido pela CBA-Rio de Janeiro (que não é a autuada) em favor da antiga sócia proprietária da CBA-Jundiaí, a “Janesville Participações e Locações Mobiliárias S/C Ltda” (doravante denominada “Janesville”). Note-se que, embora no DOC conste como remetente a CBA-Jundiaí, o CNPJ ali indicado é o da CBA-Rio de Janeiro.

Em 17/12/2001, na segunda alteração contratual da empresa, as 129.999 quotas pertencentes à “Janesville” foram transferidas para o Sr. Márcio Pascoal Guida. Este, ao ser intimado pela Inspeção de Jaguarão/RS para informar a origem dos recursos por ele utilizados para adquirir as referidas quotas, no valor de R\$ 129.999,00, declarou que tinha usado recursos próprios. Posteriormente, intimado em 30/10/2003 a informar e comprovar a origem daqueles recursos, declarou que o valor ainda não tinha sido pago, dizendo que o procurador da “Janesville” havia falecido e que ele não tinha sido comunicado sobre o novo procurador da empresa para finalizar as negociações. Essa comprovação, no entanto, nunca foi efetuada.

Na quinta alteração contratual da empresa, consta registrado na Junta Comercial a subscrição e integralização do capital social em R\$ 3.000.000,00, totalizando o capital da empresa em R\$ 3.130.000,00. Três meses depois, o capital social voltou para R\$ 130.000,00. Intimada a contribuinte, pela Inspeção de Jaguarão/RS, a comprovar a origem dos recursos utilizados nessa integralização de capital, o Sr. Márcio Pascoal Guida, na condição de

representante da empresa, informou que a integralização não ocorreu em razão da conjuntura econômica.

De outro giro, conforme esclarecido no Termo de Verificação Fiscal complementar, até maio de 2001 a CBA-Jundiaí não apresentou nenhum movimento. Na DIPJ/2002, ano-calendário 2001, surgiu uma origem de recursos de R\$ 2.779.608,90 na conta Empréstimos de Sócios. Na DIPJ/2003, a empresa apresentou um saldo na conta Fornecedores de R\$ 8.624.140,40 (vide Termo de Constatação e de Intimação Fiscal de 23/03/2004, fls. 359/365).

Instada a apresentar documentos de comprovação dos saldos das contas Fornecedores e Empréstimos de Sócios, nada restou comprovado, conforme relatou a fiscalização (fl. 2270):

"Em resposta àquele Termo de Constatação e de Intimação Fiscal (doc. fls. 304 a 387), a empresa diz textualmente:

"No caso da Conta de Empréstimos de Sócios, informamos que **o valor de R\$ 1.281.108,90 refere-se a aluguel não pago, portanto, classificado incorretamente** e a diferença refere-se a empréstimos, os quais estamos localizando a documentação em nossos arquivos."

O contribuinte diz ainda que o detalhamento dos R\$ 1.281.108,90 e a documentação estão discriminados no Anexo "A", que consiste apenas em lançamentos de aluguéis devidos à Colorado Participações, e recibos assinados pelo Sr Simon Bolívar em nome da Colorado Participações (doc. fls. 305 a 324). **Cabe ressaltar que a diferença de R\$ 1.498.500,00 nunca foi comprovada.**

Com relação ao saldo da conta Fornecedores de longo Prazo, de 31/12/2002, no valor de R\$ 8.624.140,40, o contribuinte diz textualmente: "**Nesta conta, informamos que consta o valor de R\$ 4.050.000,00, referente a aluguel não pago, o qual foi lançado indevidamente na linha de fornecedores**, sendo o correto em Outras Contas. A documentação está no Anexo "B". Quanto a diferença, refere-se a empréstimos os quais estamos localizando a documentação em nossos arquivos."

O anexo "B", assim como na resposta dada no anexo "A", também se constitui apenas em lançamentos em nome da Colorado Participações e recibos assinados pelo Simon Bolívar. **Não foi apresentada, posteriormente a esta fiscalização, nenhuma documentação que comprovasse a diferença de R\$ 4.574.140,40."**

Assim sendo, constatou-se que os valores iniciais de sua operação não tiveram a origem comprovada, vez que:

- O capital social não foi integralizado.

- Os R\$ 2.779.608,90 registrados como empréstimos de sócios, não se referiam, na realidade, a empréstimo algum. Tratam-se de recursos sem origem comprovada, que foram utilizados para suportar as importações da recorrente.

- O saldo de R\$ 8.624.140,40 na conta Fornecedores não foi comprovado, tendo-se apresentado justificativa inconsistente em relação a apenas parte deste valor (R\$ 4.050.000,00), não havendo justificativa alguma para a diferença de R\$ 4.574.140,40. E, mesmo em relação à parte "justificada", tem-se que esta consiste, na verdade, em meros recibos da empresa "Colorado Participações", assinados pelo Sr. Simon Bolívar, que, conforme demonstrado no auto de infração, integra o grupo econômico da recorrente. Como é cediço, a

constatação de saldo na conta fornecedores, sem documento que lhe dê amparo, caracteriza a figura anômala do passivo fictício, o que por sua vez indica receitas de origem não comprovada (art. 281, III do RIR/99).

Assim, não se tendo comprovada a origem dos recursos empregados nas importações realizadas pela autuada CBA-Jundiaí, tem-se que restou caracterizada a interposição fraudulenta de terceiros presumida, estabelecida no §2º do art. 23, do Decreto-lei nº 1.455/76, com a redação dada pelo art. 59 da Lei nº. 10.637/2002, conduta apenada com o perdimento da mercadoria, convertida em multa em razão de a mercadoria ter sido consumida ou entregue a consumo, nos termos da legislação que abaixo se transcreve:

Lei nº. 10.637/2002

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

"Art. 23.

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.

Decreto nº. 4.543, de 26/12/2002 (RA/2022)

Art. 618. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-lei nº. 37, de 1966, art. 105, e Decreto-lei nº. 1.455, de 1976, art. 23 e §1º, com a redação dada pela Lei nº. 10.637, de 2002, art. 59):

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

§1º. A pena de que trata este artigo converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida (Decreto-lei nº. 1.455, de 1976, art. 23, §3º, com a redação dada pela Lei nº. 10.637, de 2002, art. 59).

.....

Demais disso, tem-se que a autoridade fiscal carrou aos autos diversos outros elementos que demonstram claramente a incompatibilidade entre o valor transacionado pela contribuinte e o capital social por ela integralizado (contrato social, DIPJ, DIRPF dos sócios, Declarações de Importação). Tais elementos, no meu entender, formam um quadro indiciário robusto, suficiente para, analisado em conjunto, caracterizar a utilização de interposta pessoa nas atuações do Sr. Márcio Pascoal Guida e do Sr. Simon Bolívar da Silveira Bueno. Tais elementos de prova não sofreram contraprova por parte dos autuados, nem quando do oferecimento da impugnação, nem quando da apresentação do recurso voluntário. São eles:

- existência de contrato de aluguel, firmado em 20/03/2001, entre a empresa “Colorado Participações S/C Ltda”, representada pelo Sr. Simon Bolivar da Silveira Bueno, e a “CBA Comércio, Importação e Exportação Ltda” (CBA/Jundiaí), firmado pelo prazo de cinco anos (de 20/03/2001 a 19/03/2009), para pagamento todo dia 5 do mês subsequente ao mês vencido, no valor mensal de R\$ 360.000,00 (efls. 205/207). Segundo a interessada, desde a existência do contrato de aluguel, não houve pagamento integral do valor contratado (doc. fls. 97 a 98);

- ainda em relação ao mesmo imóvel alugado, onde se localiza a CBA-Jundiaí, situado à Rodovia Anhanguera Km 51,36, tem-se que este se trata de um prédio de 33.310,76 m² de área construída. O registro da escritura de compra do terreno indica que este foi adquirido pela “Colorado Participações”, por R\$ 827.550,00 (doc. fls. 99 a 100). A área onde está situado o imóvel, com pelo menos 83.000 m² vale, a preço de mercado, pelo menos R\$ 2.500.000,00, aproximadamente (R\$ 30,00 a R\$ 40,00 o metro quadrado, valores levantados junto a corretores na cidade de Jundiaí). A construção, considerando-se o valor de R\$ 305,00 para o metro quadrado (valor médio obtido na Revista Construção de fevereiro de 2004, que tem por base a tabela PINI da construção civil de São Paulo), custaria, hoje, algo em torno de R\$ 10.160.000,00. Ou seja, está-se falando em um empreendimento de cerca de R\$ 12.700.000,00, cujo aluguel foi estabelecido sem um retorno determinado, podendo o pagamento da CBA-Jundiaí ser de R\$ 5.000,00 num mês e de R\$ 90.000,00 no mês seguinte, quando se sabe que esse valor aplicado no mercado financeiro poderia render no mínimo R\$ 190.000,00 sem qualquer risco.

- Márcio Pascoal Guida e Antonio Carlos Bruno, sócios da interessada CBA-Jundiaí, também são sócios conjuntamente em mais duas empresas: a “Sul Brasil Alimentos Com. Ltda” e a “Sustento Alimentos Comércio Importação e Exportação”, sendo que no contrato de locação desta última, firmado 02/09/2002, a “Colorado Participações”, representada por seu sócio Simon Bolivar Silveira Bueno, assina como fiadora e principal pagadora, juntamente com a locatária. Embora a locatária nominada seja a “Sustento Alimentos Comércio Importação e Exportação Ltda”, o CNPJ constante do contrato de locação é o da CBA-Jundiaí (efl. 292);

- o sócio Márcio Pascoal Guida não soube dar informações sobre os valores aproximados do faturamento e das compras efetuadas pela empresa, nem soube informar o nome do seu diretor financeiro. Indagado sobre o valor aproximado das vendas (faturamento), disse que em 2002, havia sido de R\$ 25 a R\$ 26 milhões, no entanto, consta na DIPJ do ano calendário de 2002, a receita da venda de mercadorias de R\$ 197.790.626,99, ou seja, um valor

quase oito vezes maior que o informado. Em 2003, ele informou que a empresa teve faturamento de R\$ 16 milhões; no entanto, só em importação a empresa gastou US\$ 5.539.703,00 (aproximadamente R\$ 17.605.191,00), sendo que a empresa importa apenas parte do que comercializa. Tal desconhecimento não corresponde à atuação de um sócio majoritário de uma empresa de porte da CBA-Jundiá;

- o sócio Marcio Pascoal Guida declarou, no ano-calendário de 2001, rendimentos tributáveis de R\$ 12.000,00 e rendimentos isentos de R\$ 42.000,00; já no ano-calendário de 2000, foram R\$ 13.500,00 de rendimentos tributáveis e R\$ 94,47 de rendimentos isentos. (doc. fls. 240). Por sua vez, o sócio Antonio Carlos Bruno declarou, no ano calendário de 2001, rendimentos tributáveis de R\$ 12.780,00 e rendimentos isentos de R\$ 32.500,0; já no ano-calendário de 2000, foram R\$ 10.800,00 de rendimentos tributáveis e R\$0,00 de rendimentos isentos. (doc. fls. 241). Esse números não são compatíveis com os rendimentos de sócios de uma empresa do porte da CBA-Jundiá;

- a CBA-Jundiá, em propaganda veiculada na internet (www.cba.com.br/unidades.htm) cita como uma de suas unidades, a unidade de Curitiba, que estaria localizada à rua Tomazina, 282 quadra 5. Esse endereço é exatamente o mesmo endereço da empresa “Sul Brasil Alimentos”. Ainda no mesmo endereço eletrônico, em relação à unidade da CBA-Rio de Janeiro é informado o endereço situado na Estrada do Mendanha, nº 3136, em Campo Grande/R.J, que é exatamente o mesmo endereço da filial da “Sustento Alimentos”;

- a CBA-Jundiá, quando solicitada a apresentar os comprovantes de pagamentos feitos à “Colorado Participações”, apresentou extratos bancários (doc. fls. 168 a 194), onde se pode verificar no doc. de fls. 173 uma transferência de R\$ 325.490,27 feita à “Sustento Alimentos”;

- do saldo da conta “Empréstimos de Sócios”, de R\$ 2.779.608,00, conforme informação da interessada, R\$ 1.281.108,90 referem-se a aluguéis não pagos e R\$ 1.498.500,00 referem-se a empréstimos que a empresa não conseguiu localizar em seus arquivos (doc. fls. 304 a 306). O valor não justificado, no montante de R\$ 1.498.500,00, quando estornado da Demonstração do Fluxo de Caixa - p. 5 de 7 do Termo de Constatação e Intimação de 24/03/2004, em doc. de fls. 295 a 302 - irá resultar em Saldo Credor de Caixa/Disponível de R\$ 766.229,30 calculado, ou saldo credor de disponível de R\$ 893.545,80 conforme a contabilidade apresentada pelo contribuinte. Este fato já é suficiente para se concluir pela interposição fraudulenta pela não comprovação da origem dos recursos utilizados, cabendo ressaltar que nenhum dos sócios, dispõe de recursos para efetuar empréstimos à empresa nesse montante (doc. fls. 240 e 241);

- analisando os Livros Diário e Razão de 2001 e de 2002 da CBA-Jundiá , verifica-se que até o mês de abril de 2001, a empresa não apresentava movimento, o que passou a ocorrer a partir de maio de 2001. No início de maio de 2001, os saldos das contas do Balanço Patrimonial da empresa eram zero. Apenas no mês de maio, a empresa passou de um saldo zero na conta de Fornecedores para R\$ 6.303.428,29 (doc. fls. 408 a 461), de um patrimônio de R\$ 7.310,00 para R\$ 6.220.927,72 (doc. fls. 534 a 541). Desse total de Fornecedores, R\$ 2.568.372,00 referem-se a compras a prazo lançadas a crédito nas contas Central Brasil; Serra Leste Ind. Com . Central Brasil de Alimentos (doc. fls. 408 a 461). Os documentos apresentados, referentes a estas Notas Fiscais, emitidas pela CBA-Rio de Janeiro, comprovam a ligação existente entre as empresas CBA-Rio e CBA-Jundiá. Elas também esclarecem como a empresa saltou de um patrimônio de praticamente zero (em abril de 2001),

para um patrimônio de R\$ 6.213.617,72 (doc. fls. 534 a 541) ainda em maio do mesmo ano. Ou seja, a empresa, que não detinha praticamente nenhum patrimônio em abril de 2001, conseguiu comprar a crédito R\$ 2.568.372,00, em apenas um mês, de praticamente um único fornecedor (R\$ 2.520.250,00 referem-se à Central Brasil de Alimentos - CBA/Rio);

- a empresa Central Brasil de Alimentos Com. Import. Export. Ltda (CBA-Rio de Janeiro) foi constituída em 23/03/1995 pelos sócios Simon Bolívar da Silveira Bueno, Emilio Maioli Bueno e Edson Donizette Benette, tendo sido submetida ao procedimento especial de fiscalização da IN/SRF nº. 228/2002, pois estava omissa em relação à DIPJ/2001 (ano- calendário de 2000) e apresentava dispêndios na importação, no ano calendário de 2001, superiores ao faturamento declarado. Intimada a comprovar a origem dos recursos, a empresa não se manifestou no prazo regular de sessenta dias, sendo declarada Interposta Pessoa pela não comprovação da origem dos recursos utilizados na importação. (doc. fls. 246); e

- o Sr. Simon Bolívar da Silveira Bueno, quando do início da fiscalização, em 30/10/2004, apresentou-se como diretor financeiro da empresa e demonstrou pleno conhecimento dos problemas que a empresa estava tendo para desembaraçar mercadorias na fronteira (em Jaguarão/RS), tendo falado sobre as medidas judiciais que a empresa estava tomando para poder realizar o desembaraço aduaneiro.

Assim, não bastasse a presunção legal de interposição fraudulenta em razão da não comprovação da origem dos recursos, fortes são as outras provas carreadas pela Fiscalização que levam a se concluir, indene de dúvidas, pela interposição fraudulenta de terceiros.

Da Solidariedade dos Responsáveis Autuados

Quanto à responsabilidade do sócio-gerente, o sr. Márcio Pascoal Guida, tem-se que esta é expressamente prevista pelo art. 135 do CTN, que confere responsabilidade solidária aos gerentes e representantes de pessoas jurídicas de direito privado que praticam atos com infração à lei.

Procura o recorrente ilidir-se da responsabilidade solidária afirmando que não houve nos autos qualquer comprovação de que tenha agido com excesso de poder ou infração de lei ou contrato social, não podendo ser responsabilizado solidariamente pelo pagamento do crédito tributário lançado.

No caso, houve a interposição fraudulenta de terceiro, ocorrida presumidamente em face da determinação legal contida no §2º do art. 23 do Decreto-Lei 1.455/76, em função da não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados nas operações de importações realizadas pela contribuinte. Houve, assim, ato praticado pelo representante da empresa – um dos sócios fundadores da empresa importadora – com infração à lei, já que a interposição fraudulenta importa, necessariamente, na prática de ato infracional, de sorte que não vejo elementos que possam tornar ilegítima a sujeição passiva do sócio Márcio Pascoal Guida.

Quanto à responsabilidade solidária do Sr. Simon Bolívar da Silveira Bueno, sócio da empresa “Colorado Participações Ltda”, que seria o verdadeiro gestor da empresa autuada, tenho que também contra ele foi devida a autuação.

Afirma o Sr. Simon Bolívar que não poderia figurar no pólo passivo da relação tributária por não pertencer ao quadro societário da empresa e não ter praticado nenhum ato de gestão ou representação da empresa autuada.

Ora, se estamos tratando de interposição fraudulenta, óbvio é que o importador oculto não será aquele que aparece nos quadros societários da empresa, muito menos aquele que praticará atos ostensivos de gestão. Ele é o sócio oculto, que se vale de outras empresas ou pessoas como “laranja” nas negociações que, de fato, efetua.

O Sr. Simon Bolívar e outros dois sócios são os fundadores da empresa denominada CBA-Rio de Janeiro, CNPJ 00.530.540/0001-87/01, constituída 23/03/1995. Esta empresa foi submetida ao procedimento especial de fiscalização da IN/SRF nº 228/2002, pois estava omissa em relação à DIPJ/2001 (ano calendário de 2000), e apresentava dispêndios na importação no ano calendário de 2001 superiores ao faturamento declarado. Intimada a comprovar a origem dos recursos, a empresa não se manifestou no prazo regular de sessenta dias, sendo declarada Interposta Pessoa, em face da não comprovação da origem dos recursos utilizados na importação. (doc. fls. 246).

Os três ex-sócios da CBA-Rio de Janeiro são os atuais sócios da “D’Hoje Supermercados S/A”, CNPJ: 05.763.337/0001-74, empresa constituída em 08/07/2003, com sede na Rodovia Anhanguera Km 51,360, mesmo domicílio da CBA/Jundiaí (doc. fls. 249).

Os três ex-sócios da CBA-Rio de Janeiro, e atuais sócios da “D’Hoje Supermercados S/A”, também eram sócios da Triunfo do Brasil Import. Export. Ltda, CNPJ 00.936.309/0001-98, constituída em 28/11/1995 em Belo Horizonte, cujo nome fantasia é CBA - Cestas Básicas e Cestas de Natal (doc. fls. 250).

Constam, no cadastro da CBA-Rio de Janeiro (doc. fls. 252), vinte e cinco filiais. A filial de nº 0024/73 tem como endereço o mesmo endereço inicial da matriz da “Sustento Alimentos”, empresa que tem identidade de quadro societário com a autuada.

Já no site da CBA-Jundiaí, é citada como filial desta no Rio de Janeiro, a unidade situada na Estrada do Mendanha, nº 3136 em Campo Grande/R.J., exatamente o mesmo endereço da filial da “Sustento Alimentos”.

Cabe também verificar que a filial de nº 0025/54 da CBA-Rio de Janeiro tem o mesmo endereço da CBA-Jundiaí, ou seja, Rodovia Anhanguera Km 51,36.

A “Colorado Participações”, de propriedade de Simon Bolívar, foi avalista de um contrato de locação de imóvel no Rio de Janeiro, firmado entre a “Sustento” (locatária) e a “Construtora Internacional Ltda” (doc. fls. 223 a 228), responsabilizando-se solidariamente pelo pagamento de um aluguel de R\$ 30.000,00 mensais, sendo que, à esta época, a empresa CBA-Jundiaí já se encontrava inadimplente em relação ao contrato de locação firmado com a Colorado.

O Sr. Simon Bolívar também prestou caução, desta vez pessoalmente, em conjunto com sua mulher, a outro contrato de locação da “Sustento Alimentos” (matriz), em São Paulo (doc. fls. 229 a 239).

As empresas CBA, “Colorado Participações” e “Supermercados D’Hoje” dividem um mesmo imóvel, de propriedade da “Colorado Participações”, cujo aluguel, nada

desprezível no valor de R\$ 360mil, está sob encargo exclusivamente da CBA, a qual não o paga devidamente.

Por todo este quadro probatório, pode-se concluir que o Sr. Simon Bolívar não é apenas o sócio da “Colorado Participações”, mas também participa ativamente da administração da CBA-Jundiaí. O Sr. Simon Bolívar identificou-se, inicialmente, em 30/10/2003, como diretor financeiro da CBA, fato que se confirma diante da falta de conhecimento da situação da empresa demonstrada pela pessoa que se apresenta como sócio gerente da CBA-Jundiaí, o Sr. Marcelo Pascoal Guida.

Trata-se, como se vê, de um grande grupo econômico envolvendo, entre outras empresas, a autuada, a CBA-Rio de Janeiro, a Sustento Alimentos, os Supermercados D’Hoje e a Colorado Participações.

De certo, a fiscalização não logrou desvendar todo o emaranhado intencionalmente formado para dificultar a identificação dos reais administradores e responsáveis pelo grupo econômico. Quando o assunto envolve interposição fraudulenta de terceiros, dificilmente se terá documentos formalmente pactuados a dar margem à revisão da interpretação dos fatos. E o que se demonstrou foi uma verdadeira identidade entre pessoas físicas e jurídicas, em um encadeamento de composições societárias que vão além das relações formais apresentadas ao Fisco, consistindo-se em elementos robustos de prova da atuação do Sr. Simon Bolívar nas operações de importação praticadas pela CBA-Jundiaí sem comprovação da origem dos recursos.

Assim, entendo que as informações coletadas e organizadas pela Fiscalização são suficientes para identificar o Sr. Simon Bolívar da Silveira Bueno como o cabeça do grupo econômico, responsável ostensivo pelo gerenciamento da “Supermercados D’Hoje” e responsável oculto pelo gerenciamento da autuada CBA-Jundiaí, a qual ocupa, inclusive, o mesmo espaço físico da “Supermercados D’Hoje”, alugado graciosamente pela “Colorado Participações”, de propriedade do próprio Sr. Simon Bolívar. Isto sem mencionar que, no início da fiscalização, em 30/10/2003, ele mesmo, Sr. Simon Bolívar, apresentou-se como diretor financeiro da empresa CBA-Jundiaí, bem como se colocou, de maneira graciosa, como avalista dos aluguéis devidos pela Sustento Alimentos no Rio de Janeiro (a qual se confunde com a CBA – mesmo quadro societário e filiais coincidentes), e ainda assinou como caucionante na locação do imóvel sede da Sustento Alimentos em São Paulo, dando inclusive um imóvel como garantia.

De outro giro, entendo que ao sócio Antônio Carlos Bruno não restou nos autos delineada, de forma contundente, a extensão de sua atuação, vez ser ele detentor de apenas 1 cota da empresa CBA-Jundiaí e não praticar atos de gerenciamento. Para a sua responsabilização, não basta a sua configuração como sócio da empresa: é preciso que se demonstre o proveito direto que por ele teria sido auferido, o seu interesse comum na relação jurídica que constituiu o fato imponible.

Em relação ao Sr. Antônio Carlos, a autuação nada trouxe para demonstrar a sua participação ou o seu proveito direto, nem mesmo indícios robustos, vez que a Fiscalização trouxe, como elemento de prova, apenas os valores irrisórios declarados na DIRPF a título de rendimentos isentos e tributáveis e nada mais além disso, razão pela qual entendo que, por falta da formação de um quadro indiciário robusto, deva ele ser excluído do pólo passivo da autuação.

Assim, tendo sido carregado aos autos elementos contundentes que demonstram incompatibilidade entre os valores importados e as disponibilidades econômicas

iniciais da contribuinte (Contrato Social, DIPJ, DIRPF dos sócios, Declarações de Importação), que, diante da presunção que a lei estabeleceu, deveria ter feito prova de sua capacidade financeira e operacional, não vejo como se concluir pela improcedência do lançamento, tampouco pela ilegitimidade passiva dos autuados Marcelo Pascoal Guida e Simon Bolívar da Silveira Bueno, em razão de suas inegáveis participações na situação que constituiu o fato gerador da obrigação tributária.

Por todo o exposto, **REJEITO AS PRELIMINARES** suscitadas e, no mérito: a) **NEGO PROVIMENTO** aos recursos voluntários apresentados pela contribuinte e pelos responsáveis solidários Marcelo Pascoal Guida e Simon Bolívar da Silveira Bueno e b) **DOU PROVIMENTO** ao recurso voluntário apresentado por Antônio Carlos Bruno.

É como voto.

Irene Souza da Trindade Torres Oliveira