



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

Processo nº 19515.001245/2006-86
Recurso nº 174.398 Voluntário
Acórdão nº **1803-01.345 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 12 de junho de 2012
Matéria IRPJ - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente VICTORY SÃO PAULO COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA.
(RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO: LIU KUO AN)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 30/06/2002, 30/09/2002

CORRELAÇÃO ENTRE PROCESSOS. DECISÃO DE UM TRIBUNAL. APLICAÇÃO EM OUTRO TRIBUNAL.

Decisão unânime de um Tribunal Administrativo, com pleno atendimento das regras jurídico-legais, é de ser aplicada por outro Tribunal, quando inegável a correlação, em face do princípio vigorante de harmonia e conformidade nas decisões administrativas (Acórdão nº 101-64.700, de 27/06/1973).

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Tendo o auto de infração preenchido os requisitos legais e o processo administrativo proporcionado plenas condições à interessada de contestar o lançamento ou o Termo de Responsabilidade tributária, descabe a alegação de nulidade.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula CARF nº 2)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 30/06/2002, 30/09/2002

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

Atribui-se a responsabilidade solidária a terceira pessoa quando comprovado o nexo existente entre os fatos geradores e a pessoa a quem se imputa a solidariedade passiva, nos termos do art. 124, inciso I, do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Ausente, justificadamente, a Conselheira Meigan Sack Rodrigues.

(assinado digitalmente)

Selene Ferreira de Moraes - Presidente

(assinado digitalmente)

Sérgio Rodrigues Mendes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Selene Ferreira de Moraes, Sérgio Luiz Bezerra Presta, Walter Adolfo Maresch, Victor Humberto da Silva Maizman, Sérgio Rodrigues Mendes e Viviani Aparecida Bacchmi.

Relatório

Por bem retratar os acontecimentos do presente processo, adoto o Relatório do acórdão recorrido (fls. 394 a 399):

Em decorrência de ação fiscal levada a efeito junto ao contribuinte acima identificado e, diante de irregularidades apuradas, foi lavrado Auto de Infração (fls. 06), por meio do qual foi constituído crédito tributário no importe de R\$ 365.952,44 (trezentos e sessenta e cinco mil, novecentos e cinquenta e dois reais e quarenta e quatro centavos), aí compreendidos os valores do IRPJ, da multa de ofício e dos juros de mora (estes calculados até 31/05/2006).

02. Segundo o trazido pela “folha de continuação do AUTO DE INFRAÇÃO” (fls. 08), a infração apurada – e respectivo enquadramento legal - que redundou no lançamento acima, consistiu em, *verbis*:

02.01. *“Razão do arbitramento no(s) período(s): 06/2002 09/2002 – Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte optou indevidamente pela tributação com base no Lucro Presumido. Enquadramento Legal: A partir de 01/04/1999 Art. 530, inciso IV, do RIR/99.*

001 – RECEITAS OPERACIONAIS (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA)

REVENDA DE MERCADORIAS

Intimada a apresentar a escrituração contábil do ano-calendário de 2002, a empresa não logrou comprovar, uma vez que calculou o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, com base no Lucro presumido. A mesma estava impedida de optar pelo Lucro Presumido devido ter obtido receita bruta nas vendas de bens, no ano anterior, no montante de R\$ 244.994.072,18. O cálculo do imposto, tendo como base a receita bruta conhecida, nos valores de R\$ 5.132.752,60 no segundo trimestre e de R\$ 33.130.850,60 no terceiro trimestre do ano-calendário, conforme dos. (sic) de fls....”.

02.01.01. Enquadramento legal: art. 532 do RIR/1999 (fls. 08).

03. O detalhamento dos trabalhos fiscais realizados, bem como da infração apurada, encontram-se exaustivamente descritos no “Termo de Conclusão Fiscal Nº 06 IRPJ LA” (fls. 322/341), do qual destaco os seguintes excertos, *verbis*:

“(.....)

1. INTRODUÇÃO

A presente fiscalização originou-se de uma exaustiva operação de investigação iniciada pelo Serviço de Pesquisa e Investigação da Secretaria da Receita Federal em São Paulo, da qual decorreu a realização de várias diligências, em vários estabelecimentos, no mês de abril de 2002, pela Inspeção da Receita Federal em São Paulo e pela Alfândega do Porto de Santos, tendo resultado na apreensão de documentos, papéis e de mercadorias de origem estrangeira desacompanhada de prova de sua importação regular.

De uma análise preliminar da documentação apreendida e dos registros das declarações de importação, a fiscalização constatou fortes e evidentes indícios de tratar-se de uma complexa organização, envolvendo várias empresas, dentre as quais A EMPRESA ACIMA QUALIFICADA, constituída para realizar a comercialização de importações fraudulentas, principalmente da área de informática, com claro objetivo de sonegar tributos federais incidentes na importação e na comercialização interna,....., mediante a prática de subfaturamento nos preços declarados nas importações de mercadorias estrangeiras.

No dia 10 de julho de 2002, com o objetivo de caracterizar e comprovar as fraudes praticadas pela supracitada "ORGANIZAÇÃO", foram diligenciadas, em conjunto..... (fls. 322/323).

Dos locais diligenciados, um foi na residência do Senhor LIU KUO AN, CPF nº 042.698.128-69, localizada na....., tido como o principal controlador desse esquema de importações fraudulentas. O outro local foi na sede da empresa, ora fiscalizada, situada na....., utilizada para formalizar vendas efetuadas pela organização através da emissão de notas fiscais. Esta empresa foi constituída e registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP)....., em nome de EDINALDO SOUZA RIBEIRO,.....e MARIA FILOMENA PASSALACQUA FROTA DE GODOY FERREIRA DE SOUZA,....., esta retirou-se da sociedade em 22 de maio do mesmo ano, tendo sido admitido na sociedade RONALDO LUIZ VALLADARES,....., interpostas pessoas, com as atividades controladas pela própria ORGANIZAÇÃO. (Ver fluxograma da Organização fls. 170). (fls. 323/324).

Dessa operação, resultou a retenção de grande quantidade de documentos, papéis e outros elementos importantes para a fiscalização, apreensão de mercadorias estrangeiras sem prova de importação regular e cópias de arquivos magnéticos.

Entre os documentos apreendidos constam arquivos gravados, em meio magnético, denominados....., todos dentro do diretório Liu Kuo An\Arquivos Abertos\c\D, com informações sobre controle de remessas de produtos de informática entre diversas empresas:.....Este controle vem demonstrar e comprovar que o comprador de fato exercia completo controle sobre as operações de importação e distribuição dos produtos, controlando inclusive os vendedores de fachada (ver cópia de ata de reunião de 22/05/2000, fls. 171) (fls. 324).

Foi encontrada na Rua do Simbolismo, nº 14,....., residência de MAX ALEXANDRE QUEIROZ CUNHA, sócio da.....Entre os documentos encontrados, destacam-se os seguintes:

a) Cópia de correspondência enviada a....., contendo dados de várias empresas utilizadas pela organização, dentre elas a..... e VICTORY SÃO PAULO COM. INTERNACIONAL LTDA. (docs. de fls. 168 e 169);

b) Arquivo, em formato excel denominado(doc. de fls. 162 a 167), que relaciona as notas fiscais de entrada decorrentes de operação de importação, com saídas paras (sic) as empresas VICTORY e LUMAX. Este arquivo demonstra que as mercadorias desembarçadas por TOFARY destinavam-se às empresas controladas por LIU KUO AN, especialmente quando se tratavam de importação de produtos de informática. Uma vez desembarçadas, as mercadorias tinham como destino armazenagem dos depósitos da AGM e CESARI, para posterior envio aos vendedores de fachada ou mesmo diretamente a estes, sem passagem pela armazenagem.

A LUMAX e a VICTORY, entre outras, são empresas que figuram apenas formalmente como sendo adquirentes de mercadorias dos importadores de fachada e revendedoras dessas mercadorias aos adquirentes finais. Essas empresas interpuseram-se no processo para emitir notas fiscais de vendas e ocultar os verdadeiros beneficiários das operações, e para sonegar expressiva soma de tributos federal e estadual incidentes nas vendas das mercadorias aos adquirentes finais. Os repasses de valores que essas empresas fizeram em benefício dos importadores de fachada, se deram por ordem de LIU KUO AN, a mando deste, não se referindo, portanto, a pagamentos por compra de mercadorias, mas sim a fechamentos de câmbio nas importações subfaturadas, e outras despesas.

Por sua vez, a empresa fiscalizada VICTORY SÃO PAULO COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA., funcionava como o “Caixa Geral” da ORGANIZAÇÃO. Os pagamentos efetuados a terceiros, isto é, empresas ou pessoas que não tinham nenhuma relação comercial com a própria, como, por exemplo, compras de veículos e dólares para viagens, aquisição de salas para a empresa Krypton e outros eram realizados pela Victory.....(fls. 324/326).

2. DA EMPRESA

A empresa fiscalizada, embora constituída em 09 de março de 2000, registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP)....., tendo como sócio EDINALDO SOUZA RIBEIRO,.....e MARIA FILOMENA PASSALACQUA FROTA DE GODOY FERREIRA DE SOUZA,....., esta retirou-se da sociedade em 22 de maio do mesmo ano, tendo sido admitido, na mesma data, RONALDO LUIZ VALLADARES.....

O sócio EDINALDO SOUZA RIBEIRO, sócio-gerente, integralizou 39.600 quotas, no total de R\$ 39.600,00, como sua participação no Capital Social, e MARIA FILOMENA PASSALACQUA FROTA DE GODOY FERREIRA DE SOUZA, integralizou 400 quotas, no total de R\$ 400,00, perfazendo o capital social da empresa a importância de R\$ 40.000,00, totalmente integralizado em moeda corrente nacional (docs. de fls. 26 a 29). Posteriormente, em 22 de maio de 2000, promoveu alteração contratual, com a retirada da sócia MARIA FILOMENA PASSALACQUA FROTA DE GODOY FERREIRA DE SOUZA transferindo suas quotas na sociedade ao novo sócio RONALDO LUIZ VALLADARES. (fls. 327/328).

3. DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Da análise da documentação apreendida e dos arquivos magnéticos copiados, ficou perfeitamente comprovada a existência de uma ORGANIZAÇÃO, formada por diversas pessoas físicas e jurídicas, praticantes de diversas irregularidades e ilícitos, dentre eles, a sonegação de tributos, através de importações fraudulentas.

Há de se ressaltar, entretanto, que, embora tenha contado com a participação de várias pessoas físicas e jurídicas, o controlador desta ORGANIZAÇÃO foi o verdadeiro favorecido e beneficiário das operações fraudulentas. Sendo assim, sem prejuízo da obrigação do contribuinte VICTORY SÃO PAULO COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA., a pessoa que efetivamente controlou a citação (sic) ORGANIZAÇÃO deve ser tratada como RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA àquela, nas obrigações tributárias decorrentes das importações e das comercializações dos produtos, devendo também ser responsabilizada pelas fraudes e irregularidades praticadas. A identificação e vinculação do senhor LIU KUO AN, responsável pela ORGANIZAÇÃO, está suficientemente provada nos documentos, registros e arquivos magnéticos apreendidos e examinados pela Fiscalização.

Convém, porém, analisar o tema da responsabilidade à luz da jurisprudência administrativa e da legislação em vigor, bem assim dos diplomas legais regentes à época da ocorrência dos fatos geradores, antes de se indicar os principais envolvidos no esquema fraudulento. (fls. 328/329).

.....

Porém, há de se ressaltar que, em todas as importações analisadas em outros procedimentos fiscais, ficou evidente o efetivo controle sobre as transações comerciais exercido por LIU KUO AN, o qual, conforme já relatado, também contaram com o auxílio de outras pessoas físicas que agiram em seu nome e com empresas a eles ligadas, dentre elas a empresa KRYPTON.....Essas pessoas físicas que se ocultaram sob a interposição fraudulenta de empresas importadoras e vendedoras de fachada são quem, de fato, controlaram todas as etapas dos processos de importação, desde as compras no exterior até a chegada da mercadoria nos depósitos, inclusive o despacho aduaneiro e o pagamento dos preços efetivamente praticados. (fls. 330).

.....

Embora o fluxo operacional e logístico das operações fraudulentas tivesse envolvido várias pessoas e empresas, entre estes os despachantes aduaneiros (THIERS) que cuidavam dos despachos e liberação das mercadorias importadas, do ponto de vista dos controles aduaneiros, interessa que tenham sido identificados, com clareza, os quatro pólos principais das operações, quais sejam: fornecedor de fato, agente do comprador (fornecedor de fachada no exterior), importador de fachada e comprador de fato (LIU KUO AN).

Assim, o ato de promover a entrada da mercadoria estrangeira foi realizado pelo importador de fachada TOFARY (empresa que formalmente registrou as DIIs), em conjunto com o efetivo controlador das operações, LIU KUO AN.

Conforme já mencionado, preceitua o Código Tributário Nacional que são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Portanto, não restam dúvidas de que tanto a empresa, ora fiscalizada, quanto o comprador de fato, Senhor LIU KUO AN, são pessoas que tiveram interesse comum na situação de “entrada das mercadorias estrangeiras”, a primeira porque, deliberada e fraudulentamente, registrou as operações de comercialização/distribuição em seu nome, e o último porque era o verdadeiro comerciante, comprador e dono das mercadorias ingressadas no país.

Concluindo pelo exame da legislação apresentada temos, então:

.....

b) pelo disposto no artigo 124 da Lei 5.172/66, bem como da análise da documentação apreendida e dos arquivos magnéticos copiados, LIU KUO AN é CONTRIBUINTE SOLIDÁRIO pelo imposto de renda e pelas contribuições sociais, pois claramente teve interesse comum na situação que configura o fato gerador da obrigação tributária, qual seja, “a comercialização de mercadorias estrangeiras”. Esse interesse é amplamente demonstrado pelo total acompanhamento e controle, desta pessoa, sobre as operações comerciais efetuadas pela empresa objeto deste Termo.

Considerando o exposto neste capítulo e ao longo deste relatório, o auto de infração decorrente deste procedimento de fiscalização será lavrado contra a empresa VICTORY SÃO PAULO COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA. (CNPJ: 03.702.463/0001-93) e contra a pessoa física de LIU KUO AN (CPF: 042.698.128-69), CONTRIBUINTE SOLIDÁRIO, com interesse comum nas situações que constituíram os fatos geradores dos referidos tributos, o primeiro por ser o COMERCIANTE/DISTRIBUIDOR de direito, e o outro por ser o COMERCIANTE/DISTRIBUIDOR de fato. (fls. 330/332).

4. DOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO

.....”.

03.01. Diante, então, do acima trazido, ainda que lavrado em nome do contribuinte, a intimação aos Autos de Infração, apresentou o seguinte teor (inicial): Fica o contribuinte VICTORY SÃO PAULO COMERCIO INTERNACIONAL LTDA. e o responsável Senhor LIU KUO AN, CPF nº 042.698.128-69, caracterizado no Termo de Conclusão Fiscal, parte integrante deste Auto de Infração, intimados a recolher ou impugnar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência deste auto de infração, nos termos dos arts. 5º, 15, 16 e 17 do Decreto nº 70.235/72, com as alterações introduzidas pelas Leis nº 8.748/93 e nº 9.532/97, o débito para com a Fazenda Nacional constituído pelo presente Auto de Infração, cujo montante acima discriminado será recalculado, na data do efetivo pagamento, de acordo com a legislação aplicável.;

03.02. o primeiro deles foi cientificado dos teores dos referidos Autos de Infração, via postal, em 03/07/2006 (fls. 348), enquanto que o segundo o foi, por meio de seu representante legal (fls. 362), em 23/06/2006 (fls. 06/07); o contribuinte, apesar de devidamente notificado, não apresentou qualquer impugnação aos lançamentos. Já o segundo, por meio de seus representantes legais (fls. 361/362), impugnou-os em 11/07/2006 (fls. 349/375), alegando, em síntese, que:

03.03. o Impugnante foi intimado, na condição de contribuinte solidário, por supostamente controlar a parte comercial da organização, a efetuar o recolhimento do crédito tributário objeto do auto de infração lavrado contra “Victory São Paulo Comércio Internacional Ltda.”;

03.03.01. preliminarmente, é sabido que a pessoa jurídica é representada por seus sócios, quer seja em juízo ou fora dele. E tais pessoas não se encontram em lugares incertos e não sabidos, visto que a empresa, por meio deles ou de seu advogado, respondeu às intimações que lhe foram formuladas; um dos sócios o é majoritário e era a única pessoa responsável pela emissão de cheques;

03.03.02. já o Impugnante não possui qualquer relação com a constituição da empresa, dela não fazendo parte na condição de sócio, não podendo, portanto, ser responsabilizado pelos tributos exigidos da autuada; tanto é verdade, que nunca foi intimado a prestar quaisquer esclarecimentos sobre os fatos narrados no termo de conclusão fiscal, não tendo tido, portanto, qualquer oportunidade de defesa, em total antagonismo ao previsto pelo art. 5º, LV, da CF/88;

03.03.03. conclui-se, portanto, que o auto de infração lavrado contra o Impugnante, está viciado desde sua constituição, ou seja, é inexistente, não podendo produzir qualquer efeito, devendo ser declarada a sua nulidade, o que se requer desde já. Todavia, na remota possibilidade de não admitida tal preliminar, melhor razão não assiste ao fisco, em relação ao mérito;

03.04. segundo a fiscalização, estaria caracterizado que o Impugnante seria “o verdadeiro controlador da parte comercial da organização”, conforme destacado às fls. 63 (*sic*) – fls 67, em realidade – sendo que tal conclusão baseou-se no constante em termo específico, onde apontado que os elementos mais reveladores do funcionamento da organização e, conseqüentemente, do papel desempenhado pelos importadores de fachada e pelo comprador de fato, foram encontrados na residência de LIU KUO AN.....;

03.04.01. tal relatório, entretanto, é falho, visto apresentar conclusões equivocadas, sendo imprestável a qualquer conclusão no sentido de responsabilizar o Impugnante pelo pagamento de tributos, cujos fatos geradores não tiveram sua participação. Ademais, para que seja configurada a solidariedade, é necessário o preenchimento de um dos requisitos previstos pelo inciso I do art. 124 do CTN, por meio do qual se exige prova incontestável de que “a pessoa” de que trata o artigo supra, tenha interesse no fato gerador da obrigação principal.... Traz doutrina e jurisprudência a esposar tal entendimento;

03.04.02. dessa forma, ao Impugnante não pode ser atribuída a solidariedade, vez que não está demonstrado que o mesmo teve interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal, conforme mencionado dispositivo, sendo que, não basta simples alegação, que, aliás, padece de qualquer fundamento legal;

03.04.02.01. e o simples fato de alguns documentos terem sido encontrados em sua residência, não é o bastante a considerá-lo como contribuinte solidário, necessitando-se, ainda, a devida comprovação da ocorrência do descrito no mencionado inciso I do art. 124, do CTN. Reproduz doutrina, concluindo por dizer que não teve qualquer “interesse comum” na constituição do fato gerador, uma vez que o mesmo não participou da administração da empresa fiscalizada que, por ser devidamente constituída, seus sócios por ela respondem;

03.04.03. ainda que hipoteticamente o Impugnante tivesse qualquer responsabilidade, é de se ressaltar, quanto ao valor da autuação, que os mesmos (*sic*) foram apurados e declarados unilateralmente pela fiscalização, sem qualquer interferência do Contribuinte, motivo pelo qual é inteiramente impugnado nesta defesa. Imprescindível se torna, portanto, a realização de perícia em todos os documentos que serviram à autuação, objetivando sanarem-se os equívocos, de forma a que não venham onerar o Impugnante, em valores indevidos, como os que o fisco pretende ver recolhidos. Traz doutrina;

03.04.04. por sua vez, a multa de ofício aplicada é totalmente abusiva pois, ainda que o Impugnante fosse o responsável pelo pagamento do principal, não há motivo que justifique a aplicação da referida multa. Isto porque o Impugnante nunca foi intimado pela fiscalização a apresentar quaisquer esclarecimentos, visto que o autuado foi a empresa “Victory”, com a qual não possui qualquer tipo de relação;

03.04.04.01. e, ainda que remotamente, o auto de infração venha a ser validado, vale ressaltar que o Impugnante não recebeu qualquer intimação para a apresentação de esclarecimentos, razão pela qual o mesmo não poderá responder pela aplicação de multa, a qual não deu causa.;

03.04.05. pleiteia, ao final, o acolhimento da impugnação apresentada, para que (a) seja declarado nulo o lançamento, pelo fato de não ter sido intimado no decorrer do procedimento fiscal, somente ocorrendo por ocasião da lavratura do Auto de Infração; (b) seja excluído da condição de contribuinte solidário, visto não restar comprovado que o Impugnante se enquadra nos requisitos legais a tal; (c)

demonstrada a insubsistência e improcedência do lançamento, seja o mesmo cancelado em relação ao Impugnante ou; ainda (d) seja excluída a multa qualificada, em razão de o Impugnante não haver recebido qualquer intimação para cumprimento.

2. A decisão da instância *a quo* foi assim ementada, na parte objeto de litígio (fls. 392 e 393).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 30/06/2002, 30/09/2002

CONTRIBUINTE. NÃO APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO. PROSSEGUIMENTO NA COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO.

Não tendo, o contribuinte, apresentado impugnação à exigência contra ele formulada, deve ser dado prosseguimento à cobrança do crédito tributário devidamente constituído.

PRELIMINAR. SOCIEDADE DE DIREITO. NÃO SÓCIO. CONTRIBUINTE SOLIDÁRIO. SOCIEDADE DE FATO. APREENSÃO DE ELEMENTOS A VINCULAREM-NO, DE MANEIRA EXPRESSA, AO CONTRIBUINTE.

Correta a caracterização de contribuinte solidário, na forma do art. 124 do Código Tributário Nacional, quando, ainda que não integrante, na condição de sócio, de “sociedade empresária” (contribuinte), os elementos apreendidos pela fiscalização, na residência do mesmo, procedimento esse devidamente amparado por Mandado de Busca e Apreensão emitido pela Justiça Federal de São Paulo, vinculam-no, de maneira expressa ao contribuinte, demonstrando seu efetivo interesse comum na situação que veio a constituir o fato gerador da obrigação tributária. Rejeita-se a preliminar arguida.

PRELIMINAR. AÇÃO FISCAL EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DO OFERECIMENTO DO CONTRADITÓRIO E AO EXERCÍCIO DE DEFESA.

Enquanto em andamento a ação fiscal, não há que se falar na possibilidade de oferecimento do contraditório e ao exercício do direito à ampla defesa, até porque, enquanto aquela não [for] concluída, nenhuma acusação, caso efetivamente venha a existir, foi apontada como praticada pelo contribuinte (e/ou, na hipótese, o contribuinte solidário). De ser rejeitada a preliminar.

PRELIMINAR. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE.

Somente serão considerados nulos, aqueles atos em que presentes quaisquer das circunstâncias previstas pelo art. 59 do Decreto nº 70.235/1972. Inocorrendo quaisquer daquelas, perfeito o ato. Rejeita-se a perícia Preliminar rejeitada.

MÉRITO. APURAÇÃO FISCAL. PROCEDIMENTO UNILATERAL. ELEMENTOS FORNECIDOS (E/OU APREENDIDOS PELA FISCALIZAÇÃO) PELO CONTRIBUINTE.

Ainda que a apuração fiscal se dê, de maneira unilateral, a mesma se faz mediante elementos fornecidos (e/ou apreendidos pela fiscalização, como no caso presente) pelo contribuinte, sendo que os resultados daquela são levados a

conhecimento deste último, resulte, ou não, o apontamento de irregularidades fiscais. Correto o procedimento adotado pela fiscalização.

ACRÉSCIMOS LEGAIS. MULTA DE OFÍCIO. NÃO ABUSIVIDADE. LEGALIDADE. VINCULAÇÃO DO AUTUANTE.

Por amparada em Lei, não há que se falar em abusividade da multa de ofício aplicada. Dada a estrita vinculação do autuante, o mesmo, na hipótese, apenas fez aplicar o determinado em dispositivo legal, sob pena de, em não o fazendo, vir a ser responsabilizado funcionalmente, na forma do art. 142 do Código Tributário Nacional. Correta a exigência.

NÃO APRESENTAÇÃO DAS ESCRITAS FISCAL E COMERCIAL. DCTF. IMPEDIMENTO À OPÇÃO PELO LUCRO PRESUMIDO. ARBITRAMENTO. CONSIDERAÇÃO DOS VALORES CONSTANTES DE DCTFs.

Correto o método de apuração (arbitramento) do qual fez uso a ação fiscal, visto que o contribuinte, ainda que regularmente intimado, não apresentou suas escritas fiscal e comercial. Encontrava-se, ainda, impedido de optar pelo lucro presumido, conforme declarado em DCTFs, dada a receita bruta auferida em ano-calendário anterior. Correto, também, o procedimento adotado pela fiscalização, ao reduzir dos valores apurados, aqueles declarados, pelo contribuinte, nas DCTFs respectivas.

Lançamento Procedente.

3. Cientificado da referida decisão em 20/06/2008 (fls. 415-verso), a tempo, em 15/07/2008, apresenta o Responsável Tributário, Liu Kuo An, Recurso de fls. 423 a 439, nele reiterando os argumentos anteriormente expendidos - exceto pedido de perícia - e aduzindo mais os seguintes:

- a) que os fatos geradores da obrigação tributária exigida pelo Fisco ocorreram no período de 30 de junho e 30 de setembro de 2002 e o Recorrente tomou ciência da autuação em 23 de junho de 2006, logo, já decorreu o lapso temporal de mais de cinco anos, razão pela qual o crédito tributário encontra-se extinto pela ocorrência do instituto da decadência, nos exatos termos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional;
- b) que, no mérito, é importante destacar que os patronos da autuada são diferentes, ou seja, não pertencem ao mesmo escritório dos subscritores da presente, que defendem exclusivamente os interesses do Recorrente;
- c) que a legislação determina que o contribuinte deve ser cientificado, por meio de intimação, de que há um mandado de procedimento fiscal contra si, o que não ocorreu no caso em tela;
- d) que não se pode admitir erros grosseiros como esse, ou seja, o andamento e conclusão do procedimento fiscal totalmente à revelia do Recorrente, que foi intimado tão somente quando da lavratura do auto de infração;
- e) que esta é uma nulidade flagrante, para a qual não se pode fechar os olhos, pois tal omissão contraria dispositivo de lei; e

Processo nº 19515.001245/2006-86
Acórdão n.º **1803-01.345**

S1-TE03
Fl. 452

f) que as intimações no curso do procedimento fiscal foram sempre encaminhadas à empresa VICTORY SÃO PAULO COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA., e nunca ao Recorrente, razão pela qual a multa é indevida.

4. A pessoa jurídica autuada, embora intimada por edital, de fls. 422, não apresentou Recurso.

5. É o que importa relatar.

Em mesa para julgamento.

Voto

Conselheiro Sérgio Rodrigues Mendes, Relator

Atendidos os pressupostos formais e materiais, tomo conhecimento do Recurso.

Preliminar de decadência do lançamento

6. Argumenta o Responsável Tributário Liu Kuo An que os fatos geradores da obrigação tributária exigida pelo Fisco ocorreram no período de 30 de junho e 30 de setembro de 2002 e que tomou ciência da autuação em 23 de junho de 2006; logo, já teria decorrido o lapso temporal de mais de cinco anos, razão pela qual o crédito tributário se encontraria extinto pela ocorrência do instituto da decadência, nos exatos termos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

7. Se, como reconhece o Recorrente, os fatos geradores ocorreram no período de **30 de junho e 30 de setembro de 2002** e a ciência da autuação se deu em **23 de junho de 2006**, não se passaram os alegados cinco anos, mas, sim, **menos de quatro anos** dos respectivos fatos geradores (art. 150, § 4º, do CTN).

8. **Rejeito** a preliminar de decadência arguida.

Mérito

9. Dispôs o Acórdão nº 101-64.700, de 27/06/1973, da Primeira Câmara do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, unânime:

Decisão unânime de um Tribunal Administrativo, com pleno atendimento das regras jurídico-legais, é de ser aplicada por outro Tribunal, quando inegável a correlação, em face do princípio vigente de harmonia e conformidade nas decisões administrativas.

10. Assim, atento a essa orientação de longo tempo fixada, adoto, como razões de decidir, o voto constante do Acórdão nº 1401-00.622, de 3 de agosto de 2011, da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF, unânime, de autoria do Conselheiro Antônio Bezerra Neto, que abrangeu, relativamente à mesma ação fiscal contra a Recorrente, os fatos geradores de 30/06/2000, 30/09/2000, 31/12/2000, 31/03/2001, 30/06/2001, 30/09/2001, 31/12/2001, resultando, no presente caso, no desenquadramento da Recorrente da sistemática do lucro presumido:

[...].

Delimitação da Lide e Revelia

A Recorrente, Victory, não se insurgiu contra os lançamentos, apesar de devidamente cientificado de seus teores, tendo sido declarado revel (fls. 1206). O lançamento, pois, encontra-se

definitivamente julgado na instância administrativa, pendente de análise apenas a multa de ofício ora contestada e a responsabilidade tributária do Sr. LIU KUO AN.

A lide se sustenta, pois, apenas em função de o contribuinte solidário, LIU KUO AN, defender-se do Termo de Responsabilidade tributária e da multa de ofício.

O Sr. LIU KUO AN será a partir de agora referido como sendo a “Recorrente”.

[...].

Preliminar de Nulidade

Preliminarmente, a Recorrente requer a nulidade dos autos de infração por entender que a pessoa jurídica é representada por seus sócios, que atenderam às intimações, não tendo ela qualquer relação com a sociedade e sequer foi intimado a prestar esclarecimentos sobre os fatos narrados, não tendo tido, portanto, qualquer oportunidade de defesa. Assim, o auto de infração lavrado contra ela é inexistente, não podendo produzir qualquer efeito, devendo ser declarada sua nulidade.

Apenas para um melhor esclarecimento sobre o assunto, transcreve-se o dispositivo que rege a matéria no processo administrativo fiscal. Prescreve o art. 59 do Decreto 70.235/72 com a nova redação dada pela Lei 8.748/93:

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;

Por conseguinte, considera-se nulo o ato, se praticado por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, não tendo se caracterizado quaisquer das situações, pois não se põe em dúvida a competência do autor, nem há que se falar em preterição do direito de defesa, vez que os fatos apurados foram descritos com o respectivo enquadramento legal, e levados ao conhecimento, da autuada, levando a ora imputada responsável tributária a defender-se plenamente através da peça impugnatória e recurso voluntário acostados aos autos.

Na arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, a Recorrente sustenta ainda que, dada sua não participação no quadro societário da pessoa jurídica “Victory”, nunca foi intimada, no decorrer da ação fiscal, a prestar quaisquer esclarecimentos sobre os fatos narrados pelo Termo de Conclusão Fiscal e que, diante disso, o Auto de Infração está eivado de vícios, daí porque há que ser declarado nulo.

De fato os autos demonstram, de forma inequívoca, que a ação fiscal desenvolveu-se junto ao chamado contribuinte (“Victory”), muito embora procedimentos paralelos (diligências)

a ela relacionados tenham atingido várias outras “sociedades empresárias” e, inclusive, pessoas físicas (fls. 102), como foi o que ocorreu com a Recorrente. São desdobramentos naturais da fiscalização feita na Victory e que estão devidamente respaldados por Mandados de Busca e Apreensão emitidos pela Justiça Federal de São Paulo, segundo o descrito no “Termo de Conclusão Fiscal nº 05 IRPJ E REFLEXOS” (fls. 1070).

Portanto, como a ação fiscal encontrava-se voltada à pessoa jurídica “Victory”, por óbvio foi esta que foi a destinatária principal das mais diversas intimações, por parte do fisco federal. Cabe agora à Recorrente defender-se da imputação de responsabilidade solidária configurada nos autos, situação jurídica esta até mesmo considerada por muitos, e até há pouco tempo atrás por parte da jurisprudência administrativa, como incabível nela o exercício do direito de defesa, pois, segundo essa linha de entendimento, que discordo e não foi adotada neste voto, tratar-se-ia de matéria de execução, não envolvendo, pois, a validade do auto de infração e, assim, não caberia o debate que ora está sendo feito e permitido.

Outrossim, a fase preliminar do procedimento fiscal tem natureza inquisitorial, não se aplicando, nesse momento, o princípio do contraditório e da ampla defesa. Até porque nem todo documento apreendido tem, necessariamente, interesse fiscal. Após a lavratura do Auto de Infração, abre-se o prazo para manifestação do sujeito passivo e responsáveis solidários que, além de receberem cópia dos principais elementos identificadores da exigência, têm acesso aos autos e podem solicitar cópias de quaisquer documentos que entender relevantes à sua defesa.

Foi exatamente isso o que ocorreu no presente caso. A interessada foi devidamente cientificada da autuação e do Termo de Responsabilidade Tributária, possibilitando assim o pleno conhecimento do contexto em que se deu o da exigência (sic) e a referida imputação de responsabilidade. Assim, não houve prejuízo à defesa.

Também não cabe a alegação de que o auto de infração seria inexistente para a Recorrente. Por óbvio, a Recorrente fala de “inexistência” em um sentido completamente diferente, querendo significar ineficácia da relação jurídica a ela imputada (contribuinte solidário), porém isso é justamente questão de mérito a ser tratada mais adiante neste voto, no lugar apropriado, e, assim, não pode macular de nulidade o auto de infração ou o Termo de Responsabilidade Tributária.

Acrescente-se que, quando muito, em se admitindo o fato de a autoridade lançadora ter cometido algum engano com relação à matéria de fato ou de direito, no que concerne à imputação da responsabilidade tributária, tratar-se-ia, então, também de questão de mérito, e não de preliminar de nulidade. E como ficará bem demonstrado mais adiante, nem mesmo isso aconteceu.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

MÉRITO

No mérito, aduz que a pessoa jurídica é representada por seus sócios, que atenderam às intimações, não tendo ela qualquer relação com a sociedade e, portanto, a autuação deveria se restringir à empresa e aos sócios dela. Outrossim, alega ainda que a acusação que lhe é feita (“controlador da parte comercial da organização”), é baseada em relatório falho, visto trazer conclusões equivocadas e, portanto, imprestável a responsabilizá-lo como solidário, que o fato de alguns documentos haverem sido encontrados em sua residência não é o bastante a considerá-lo como tal.

Alega, ainda, que haveria erro na imputação de responsabilidade tributária pelo art. 124, I, do CTN, na medida [em] que não teve “interesse comum” na constituição do fato gerador e que os valores apurados o foram, de maneira unilateral, pela fiscalização, sem qualquer interferência do contribuinte, daí porque pleiteia a realização de perícia. Por fim, aduz que a multa de ofício aplicada é abusiva, não tendo havido motivo a tal, até porque o autuado foi a empresa “Victory”, com a qual não mantém qualquer relação, e não foi, em nenhum momento, intimado a prestar esclarecimentos, razão pela qual não pode responder pela multa, à qual não deu causa.

Da preliminar inicial, e transportada para o mérito, de fato, como ponderou a Recorrente, a pessoa jurídica é representada por seus sócios, respondendo eles pela totalidade do capital social daquela, na forma da lei.

Tudo isso é verdade dentro de uma normalidade. Porém, esse não foi o caso. Os fatos ora colhidos do presente processo falam por si sós e não foram desmentidos, ou melhor, não foram nem mesmo arranhados pela defesa da ora Recorrente, muito menos pelo maior interessado (Victory), que nem mesmo veio aos autos se defender.

Essa irregularidade de que os fatos falam não poderia ser acolhida pelo Direito, e justamente por isso é que existem institutos como o da Responsabilidade tributária (art. 124 e 135 do CTN) e da desconsideração da Pessoa Jurídica (Código Civil) etc., com a finalidade nobre e justa de redirecionar a cobrança do imposto sonegado para os verdadeiros responsáveis com capacidade econômica para fazê-lo. Se o direito não compactua nem mesmo com abuso do exercício do próprio direito, o que dirá de situações que envolvem fraude e simulação. Por isso, não é suficiente a mera aparência de direito. No caso, a Recorrente se arroga como um terceiro totalmente desvinculado dos fatos geradores e que essa vinculação não foi comprovada.

Diferentemente do apregoado pela Recorrente, pelas provas dos autos, verifica-se que o Autuante fez um trabalho minucioso e diligente, demonstrando cabalmente, através de fortes e

evidentes indícios, que a Recorrente (LIU KUO AN) era o verdadeiro cabeça, “o principal controlador desse esquema de importações fraudulentas”, de uma complexa organização, envolvendo várias empresas, dentre as quais a Victory, constituída esta última para realizar a comercialização de importações fraudulentas, principalmente da área de informática, com claro objetivo de sonegar tributos federais incidentes na importação e na comercialização interna, bem como os tributos na esfera estadual, mediante a prática de subfaturamento nos preços declarados nas importações de mercadorias estrangeiras.

Prova Indiciária

É sabido que a evidência que se infere a partir de um único ou poucos indícios deve ser aceita com a devida cautela, pois o indício é apenas o ponto inicial para o aprofundamento das investigações.

Os indícios, assim como as presunções, são também considerados como provas no Direito tanto se vistos de forma objetiva, constituindo-se no conjunto de meios ou elementos destinados a demonstrar a existência ou inexistência dos fatos alegados, quanto, subjetivamente falando, meio pelo qual o julgador normalmente se utiliza para formar convicção a respeito da existência ou não de um determinado fato ou situação.

Os indícios, para ter força probante, precisam possuir 2 (duas) características importantes: Precisão ou economia (conduzem a poucas hipóteses ou apontam para poucas causas) e convergência (quando se encaixa com outro indício, conduzindo a uma mesma conclusão).

Especificamente, no caso em comento, não pairam dúvidas da participação da Recorrente como o controlador principal e verdadeiro interessado jurídico e econômico de todo um esquema fraudulento que começava no subfaturamento das importações, passava pela revenda de mercadorias para o mercado interno por empresas de fachada, como é o caso da Victory, deixando uma trilha de sonegação, fraude e simulação por toda a cadeia de comercialização, com o objetivo final de esconder os verdadeiros responsáveis, seja no âmbito jurídico ou econômico, que, no caso, é a pessoa do Sr. LIU KUO AN, o principal controlador desse esquema de importações fraudulentas.

As razões pelas quais ao senhor LIU KUO AN foi atribuída a condição de sujeito passivo solidário se encontram declinadas, com clareza, nos Termos de Conclusão Fiscal, cujos pontos principais se encontram vazados nos seguintes termos, in verbis:

“No dia 10 de julho de 2002, com o objetivo de caracterizar e comprovar as fraudes praticadas pela supracitada “ORGANIZAÇÃO”, foram diligenciadas, em conjunto com a Polícia Federal, com a Fiscalização da Secretaria da Fazenda do

Estado de São Paulo e com o apoio da Polícia Militar do Estado de São Paulo,

Dos locais diligenciados, um foi na residência do Senhor LIU KUO AN, CPF nº 042.698.12869, localizada naO outro local foi na sede da empresa, ora fiscalizada, situada na, utilizada para formalizar vendas efetuadas pela organização através da emissão de notas fiscais. Estas empresas foi constituída em nome de LUIZ NANA O IKEDA e MAX ALEXANDRE QUEIROZ CUNHA, interpostas pessoas, com atividades controladas pela própria ORGANIZAÇÃO. (Ver fluxograma da Organização fls. 145).

Dessa operação, resultou a retenção de grande quantidade de documentos, papéis e outros elementos importantes para a fiscalização, apreensão de mercadorias estrangeiras sem prova de importação regular e cópias de arquivos magnéticos.

(...)

3.1.2 DOS ELEMENTOS NA RESIDÊNCIA DE LIU KUO AN (ANEXO XII)

Os elementos mais reveladores do funcionamento da organização e, conseqüentemente, do papel desempenhado pelos importadores de fachada e pelo comprador de fato, foram encontrados na residência de LIU KUO AN, na rua Vítor Costa, 822, ap. 161, Bairro Jardim da Saúde, em São Paulo/SP. Dentre esses elementos, destacamos:

- Vasto arquivo de dossiês de importação (organizados em oito caixas-arquivo, cada uma com inúmeras pastas A-Z contendo também inúmeros dossiês) relativos a várias operações realizadas por diversos importadores de fachada. Nesses dossiês, organizados sempre por um “número de referência” (que, via de regra, coincide com o número da fatura falsa utilizada na declaração de importação registrada pelo importador de fachada), constam extratos de declarações de importação, faturas falsas utilizadas no despacho de importação, conhecimentos de transporte (conhecimentos marítimos), packing lists, controles intitulados “Listas de Saída de Mercadorias, Quantidades e Contas a Receber”, controles de pagamentos e remessas de valores, faturas das operações reais no exterior e apólices de seguro de transporte internacional, dentre outros, o que demonstra que, tanto as operações comerciais, como as próprias importações eram controladas por LIU KUO AN e seus familiares.

- As “Listas de Saída de Mercadorias, Quantidades e Contas a Receber” descrevem, para cada “número de referência”, que identifica um pedido, as mercadorias marcadas para o Brasil, o navio e a respectiva viagem, os preços unitários efetivos, a data do embarque, a previsão de chegada, o número do container, o valor total da mercadoria embarcada, valor da comissão, as datas dos vencimentos, e outras informações. Esses controles são

escritos em ideograma chinês e são enviados, por fax, pela empresa CHU SHENG.

- Os controles contábeis de Taiwan são controles escritos em ideograma chinês, que apresentam uma espécie de conta-corrente, possuindo, de um lado, a coluna “CONTAS A RECEBER” e, de outro, a coluna “CONTAS A PAGAR”. Na coluna “contas a receber” estão lançados os valores recebidos referentes a remessas efetuadas para aquela conta em Taiwan, e na coluna “contas a pagar”, os valores reais das operações realizadas, o número do pedido (equivalente ao número da “referência”), data de pagamento dos valores e, ainda, uma coluna destinada a observações, dados adicionais da operação (trazendo informações diversas). Nesse controle contábil, constata-se que os pagamentos realizados aos fornecedores de fato possuem valores que são sempre superiores àqueles que são declarados nos despachos aduaneiros. Em tais controles observa-se ainda:

- Os valores totais que constam nestes controles como remessas recebidas em Taiwan (CONTAS A RECEBER) somam aproximadamente US\$ 180.000.000,00, no período de 1998 a 2002. Ressalta-se, entretanto, que os valores registrados nas importações efetuadas por esta organização, utilizando-se de vários importadores de fachada, não ultrapassam US\$ 50.000.000,00. Como se trata de remessas vinculadas a pagamentos de importações de mercadorias que foram comercializadas no Brasil, a origem destas remessas era necessariamente o Brasil. Listamos abaixo alguns elementos que demonstram que LIU KUO AN controlava tais remessas:

- Nos computadores da empresa KRYPTON, empresa que opera como centro administrativo do esquema, cujos sócios são LIU SHUN CHIEN (Fernando Liu, filho de LIU KUO AN) e TIBÉRIO ALVES RODRIGUES, foram encontradas inúmeras mensagens enviadas pela internet por LIU KUO AN para agentes em Taiwan, escritas em ideograma chinês, dentre as quais, uma enviada em 29/06/2000, às 15h 44 min, solicitando que fosse verificada e confirmada uma remessa feita a partir de Hong Kong;

- Foi encontrado um controle que revela remessas efetuadas no período de 11/12/2000 a 03/01/2001, indicando valores remetidos, as datas das remessas e a origem dos recursos. Como origem, aparecem nomes de várias empresas no Brasil, nos EUA e no Uruguai. Os valores que constam nos controles de remessas coincidem com os valores que são lançados na coluna “crédito” do controle contábil de Taiwan.

- Nos arquivos magnéticos encontrados na residência de LIU KUO AN, consta um controle de remessas (Histórico de Remessas Recebidas do Exterior) semelhante ao que foi citado anteriormente, referente ao período de 15/04/2002 a 17/05/2002, indicando também valores, datas dos depósitos e das remessas e a origem dos recursos (arquivo: “DC1.XLS”). Estes valores

coincidem com aqueles que aparecem no controle contábil de Taiwan.

Entre os documentos apreendidos constam arquivos gravados, em meio magnético, denominados MAPAGE~1.XLS MAPAGE~2.XLS MAPAGE~3.XLS e MAPAGE~4.XLS, todos dentro do diretório Liu Kuo An\Arquivos Abertos\c\D, com informações sobre controle de remessas de produtos de informática entre diversas empresas: a) Tofary para Victory; b) MAJ para Victory; c) MAJ para Lumax; e d) Tofary para Lumax (doc. de fls. 84 a 136). Foram lavrados Termo de Copiagem e Autenticação de Arquivos Magnéticos, Declaração/Recibo e Termos de Retenção (docs. de fls. 44 a 83). Este controle vem demonstrar e comprovar que o comprador de fato exercia completo controle sobre as operações de importação e distribuição dos produtos, controlando inclusive os vendedores de fachada (ver cópia da ata de reunião de 22/05/2000, fls. 146).

(...)

A LUMAX e a VICTORY, entre outras, são empresas que figuram apenas formalmente como sendo adquirentes de mercadorias dos importadores de fachada e revendedoras dessas mercadorias aos adquirentes finais. Essas empresas interuseram-se no processo para emitir notas fiscais de vendas e ocultar os verdadeiros beneficiários das operações, e para sonegar expressiva soma de tributos federal e estadual incidentes nas vendas das mercadorias aos adquirentes finais. Os repasses de valores que essas empresas fizeram em benefício dos importadores de fachada se deram por ordem de LIU KUO AN, a mando deste, não se referindo, portanto, a pagamentos por compra de mercadorias, mas sim a fechamentos de câmbio das importações subfaturadas, e outras despesas.

A convergência de indícios é peremptória:

- Cópia de “ata” de Reunião ocorrida em 22/05/2000, às 17,40 horas, tendo como um dos participantes, o Sr. Liu Kuo An (fls. 256), que, dentre outros, a assina/rubrica, de onde se destaca, verbis, em seu item 2-VITORIA, que “O container do “Colorido” - Vai ser feito o desembaraço do container dia 23/05 - Através da empresa Brazpontex - Contato: Sr. Fábio - As despesas de desembaraço e imposto será pago (sic) pelo Sr. Liu. Vai ser passado o valor dia 23/05.”

- Grande quantidade de documentos, todos coerentes entre si e convergentes, encontrados na residência do Sr. Liu Kuo An, resultado de diligência realizada em 10/07/2002, procedimento este amparado, dentre outros, em Mandado de Busca e Apreensão emitido pela Justiça Federal de São Paulo, vinculando-o à denominada “Organização”, da qual uma de suas integrantes era a empresa “Victory”. A apreensão de tais elementos encontra-se devidamente descrita pelo “Relatório de Fiscalização” (fls. 94/95) e pelo “Termo de Conclusão Fiscal” nº 05 IRPJ LR E REFLEXOS” (fls. 1071)

- O fluxograma elaborado pela fiscalização, onde é possível visualizar todo o esquema de funcionamento da “Organização”: Fornecedores de fato no exterior, Compradores de fato (Liu Kuo An), Importador de fachada (Tofary), Vendedores de fachada (Victory, Lumax), Representantes da Organização em Taiwan (remessa ilegal de divisas).

Ressalte-se, ainda, o seguinte trecho do relatório do Termo de Conclusão Fiscal nº 001, no item 3. DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA:

“Porém, há de se ressaltar que, em todas as importações analisadas em outros procedimentos fiscais, ficou evidente o efetivo controle sobre as transações comerciais exercido por LIU KUO AN, o qual, conforme já relatado, também contaram com o auxílio de outras pessoas físicas que agiram em seu nome e com empresas a eles ligadas, dentre elas a empresa KRIPTON. Contaram também com o auxílio das chamadas “vendedoras de fachada” que figuravam como adquirentes dos produtos importados ORGANIZAÇÃO (VICTORY, LUMAX e outras) e pretensos distribuidores de mercadorias no mercado interno, contando ainda com agentes no exterior, no caso a empresa de Taiwan SHU SHENG, que efetuava as compras internacionais em nome do importador de fato. Essas pessoas físicas que se ocultaram sob a interposição fraudulenta de empresas importadoras e vendedoras de fachada são quem, de fato, controlaram todas as etapas dos processos de importação, desde as compras no exterior até a chegada da mercadoria nos depósitos, inclusive o despacho aduaneiro, o pagamento dos preços efetivamente praticados.

Dessa forma, o importador de fachada, a empresa TOFARY no caso, assim como os vendedores de fachada, em especial as empresas LUMAX e VICTORY, na qualidade de pretensos adquirentes das mercadorias importadas no mercado nacional, foram utilizados para ocultar o controlador desta ORGANIZAÇÃO, o qual é o verdadeiro comerciante e beneficiário das operações. (grifos acrescentados)

(...)

Assim, o ato de promover a entrada da mercadoria estrangeira foi realizado pelo importador de fachada TOFARY (empresa que formalmente registrou as DI), em conjunto com o efetivo controlador das operações, LIU KUO AN.

Conforme já mencionado, preceitua o Código Tributário Nacional que são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Portanto, não restam dúvidas de que tanto a empresa, ora fiscalizada, quanto o comprador de fato, Senhor LIU KUO AN, são pessoas que tiveram interesse comum na situação “entrada das mercadorias estrangeiras”, a primeira porque, deliberada e fraudulentamente, registrou as operações de comercialização/distribuição em seu nome, e o último porque era

o verdadeiro comerciante, comprador e dono das mercadorias ingressadas no país.” (grifos acrescidos)

Outras autuações já julgadas no CARF confirmam tanto o esquema retratado no fluxograma descrito acima, onde fica configurada a participação do Sr. Liu Kuo An, como o fato de ser o verdadeiro arquiteto de toda a operação iniciada no exterior e findando no Brasil com as vendedoras de fachada, como é o caso da Victory, sempre referidos julgados mantendo-o como contribuinte solidário.

Veja-se, por exemplo, o Acórdão nº 302-37.392 (processo nº 19515.002567/200308), julgado em que a então Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, “... por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares arguidas pela recorrente e, no mérito, negou provimento ao recurso. (...)”, cuja ementa abaixo se transcreve:

VALORAÇÃO ADUANEIRA. SUB FATURAMENTO. PENALIDADES.

Constatado que os preços das mercadorias consignados nas declarações de importação e correspondentes faturas não correspondem à realidade das transações e são inferiores aos preços efetivamente pagos ou a pagar fica caracterizado o subfaturamento. Portanto, exigíveis os tributos aduaneiros devidos. Cabíveis as multas de ofício agravadas, de 150% sobre o II apurado, por declaração inexata do valor das mercadorias, com evidente intuito de fraude; e 300% sobre o IPI que não foi recolhido, na ocorrência de mais de uma circunstância qualificativa (sonegação, fraude e conluio), conforme legislação de regência. Cabíveis as multas administrativas: de 100% sobre a diferença entre o valor real e declarado, pelo subfaturamento; de 30% sobre o valor das mercadorias, pela falta de licenciamento; e de 100% sobre o valor aduaneiro apurado das mercadorias, por entregar a consumo ou consumir mercadoria estrangeira que tenha sido importada de forma irregular ou fraudulenta, conforme legislação de regência.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Nessa mesma linha, tome-se agora o Acórdão da então Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, de cujo julgamento participei, Ac. nº 103-23.525, de 13 de agosto de 2008, nos autos do processo nº 19515.003501/2005-99, em que foi também mantido o lançamento no CARF contra a empresa LUMAX, empresa esta que, no fluxograma acima, representa idêntico papel da empresa ora autuada, VICTORY, como vendedora no mercado interno de FACHADA. Também nesse Acórdão foi mantida, por maioria de votos, a responsabilidade tributária do Sr. Liu Kuo An, com a mesma motivação ora aduzida neste VOTO:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ

Período de apuração: 01/10/2001 a 31/12/2001, 01/01/2002 a 31/03/2002, 01/04/2002 a 30/06/2002

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO – DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA – POSSIBILIDADE.

É possível a apresentação de impugnação ou recurso voluntário por pessoa incluída no rol dos responsáveis solidários com vista à discussão de aspectos não somente do crédito tributário em si, mas, também em relação à responsabilização que a cada um foi atribuída no lançamento de ofício.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

Atribui-se a responsabilidade solidária a terceira pessoa quando comprovado o nexó existente entre os fatos geradores e a pessoa a quem se imputa a solidariedade passiva, nos termos do art. 124, inc. I, do CTN.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO.

É lícita a imposição de multa de ofício, com agravamento sobre a multa simples (112,5%) ou sobre a multa majorada por circunstâncias qualificativas (225%), tendo em vista a falta de atendimento de intimações nos prazos estipulados, alcançando, inclusive, o Responsável Solidário, considerado o comerciante/distribuidor de fato.

Nessa mesma linha, tome-se agora o Acórdão da então Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, Ac. nº 301-34.007, de 11 de setembro de 2007, nos autos do processo nº 19515.003209/2003-12, em que foi também mantido o lançamento no CARF, dessa feita contra a empresa KREMEL, importadora apenas de direito. Também nesse Acórdão foi mantida, por unanimidade de votos, a responsabilidade tributária do Sr. Liu Kuo An, com a mesma motivação também ora aduzida neste VOTO quanto à responsabilidade tributária.

Segue a seguir a ementa e alguns trechos do relato e voto, respectivamente, que reputo importantes destacar:

Assunto: Imposto sobre a Importação II

Data do fato gerador: 19/07/2001

(...)

RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO CONHECIDO. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

Devem figurar no pólo passivo da obrigação tributária, como contribuintes solidários, as pessoas [que] têm interesse comum nas situações que se constituíram em fatos geradores dos tributos.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO

(...) Depreende-se dos documentos acostados aos autos que, na complexa organização a que aludem as autoridades fiscais, a Kremel Comercial Exportadora Importadora e Distribuidora Ltda., embora se apresentasse como uma importadora de direito, de fato todas as suas atividades operacionais eram comandadas por outras pessoas e empresas, que formam uma grande organização da qual a Kremel participa, promovendo operações de importação de mercadorias com valores subfaturados e venda desses produtos no mercado interno, embora não exercendo efetivamente a gerência sobre as negociações, quer das importações, quer da venda dos produtos importados aos adquirentes finais. (destaques do original)

(...) Do exposto, não resta dúvida que a Fiscalização procedeu acertadamente em trazer as pessoas físicas LIU KUO AN e LIU SHUN JEN para o pólo passivo da obrigação tributária, como contribuintes solidários, pessoas essas que tinham interesse comum nas situações que se constituíram em fatos geradores dos tributos, vez que a sociedade funcionava, segundo apurou-se na ação fiscal, como empresa de fachada para as importações realizadas pelos importadores de fato, *in casu*, os Srs. LIU KUO AN e LIU SHUN JEN.(...)

Outrossim, jurisprudência judicial vem ao encontro deste entendimento:

Ementa: I. As pessoas que têm interesse comum na situação que se constitui fato gerador da obrigação principal estão obrigadas solidariamente.

II. Nos moldes do CTN, art. 124, a hipótese legal diz respeito à ligação do terceiro, de modo direto, por força de interesse jurídico ou econômico, à situação prevista como fato gerador da obrigação tributária.” (TRF 4ª Região. AC 1999.04.01.0027885/ RS. Rel.: Des. Federal Márcio Antônio Rocha. 2ª Turma. Decisão: 04/05/00. DJ de 19/07/00, pp. 154/155.)”

A recorrente acusa a falta de provas. Porém, o que se vê é um conjunto de indícios convergentes e que, por isso, tornam a prova robusta e concludente. Se analisados de forma isolada, de fato nada atestam, agrupados porém, têm o condão de estabelecer a inequivocidade daquela matéria de fato. Portanto, apesar de a Recorrente [alegar] que não participou da administração da empresa VICTORY, da importação ou comercialização de mercadorias ou de organização fraudulenta, não é o que revelam os fatos apresentados e a documentação anexada aos presentes autos, e a verdade apresentada pela fiscalização não foi, de forma alguma, nem mesmo arranhada pela defesa, e tem sido maciçamente mantido esse entendimento perante o CARF em outros julgados interligados, conforme já observado.

Alega ainda a Recorrente que a caracterização de solidariedade não atenderia aos requisitos do artigo 124, I, do CTN, sendo essencial a existência de prova incontestável de que a “pessoa”

de que trata o artigo tenha interesse no fato gerador da obrigação principal.

Assim reza o artigo 124 do Código Tributário Nacional:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Neste ponto, cabe transcrever os comentários ao citado artigo na obra Código Tributário Nacional Comentado, Coordenador Vladimir Passos de Freitas, Ed. Revista dos Tribunais, 1999:

“Para o CTN, interessa a solidariedade passiva, revelando-se que dois ou mais devedores do tributo ou penalidade pecuniária estão obrigados, individualmente, pelo valor total da dívida.

(...)

São dois os tipos de solidariedade na obrigação tributária: a primeira, das pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador e, a segunda, nos casos definidos em lei.

(...)

Já no tocante à primeira, que interesse comum é esse? Pela vagueza do termo, há de se examinar cada situação que constitui o fato gerador, de modo a se averiguar se existe a comunhão de interesses mencionada, acarretando a solidariedade.”

Como já se colocou retro, as irregularidades postas no presente caso, de que os fatos falam por si sós, não poderiam ser acolhidas pelo Direito, e justamente por isso é que existem institutos como o da Responsabilidade tributária (art. 124 e 135 do CTN) e da desconsideração da Pessoa Jurídica (Código Civil) etc., com a finalidade nobre e justa de redirecionar a cobrança do imposto sonegado para os verdadeiros responsáveis com capacidade econômica para fazê-lo. Se o direito não compactua nem mesmo com abuso do exercício do próprio direito, o que dirá de situações que envolvem fraude e simulação. Por isso não é suficiente a mera aparência de direito.

Quando duas ou mais pessoas estiverem ligadas por interesse comum ao fato gerador, dar-se-á a solidariedade legal presumida, sendo considerada devedora solidária em relação ao crédito tributário.

É inerente da atividade negocial a busca do resultado econômico através da realização de operações que caracterizam fatos geradores. A Recorrente não consta oficialmente como sócio da

empresa atuada, mas, efetivamente, pelas provas dos autos, atuando em conluio e fraude com outras empresas, onde se pode constatar que era a controladora de toda uma organização que permeava e envolvia diretamente a Empresa de fachada, Victory, cujos sócios também ficou provado nos autos que não havia capacidade econômica para sustentar os negócios que envolviam grandes fluxos financeiros.

A situação configurada na lei (art. 124, I) é aquela em que todos os envolvidos ganham simultaneamente com o fato econômico (fato gerador).

Adoto também, como razões de decidir, trechos de doutrinas bastante esclarecedores trazidos a lume no bojo do Acórdão nº 301-34.007, retromencionado:

Também merecem ser trazidos a lume os comentários de Cleber Giardino, citado por Renato Lopes Becho, no seu livro *Sujeição passiva e Responsabilidade Tributária* (São Paulo, Dialética, 2000, pág.73/74):

“Outros juristas brasileiros, de reconhecido saber jurídico, afirmaram que a sujeição passiva é reconhecida partindo-se da Constituição Federal. Cleber Giardino foi um deles:

“Será sujeito passivo, no sistema tributário brasileiro, a pessoa que provoca, desencadeia ou produz a materialidade da hipótese de incidência de um tributo (como inferida da constituição) ou ‘quem tenha relação pessoal e direta’, como diz o art. 121, parágrafo único, do CTN.” (...)

Na doutrina estrangeira colhemos, por exemplo, a lição de Giannini, que identifica a relação tributária como “a relação, preestabelecida na lei, pela qual se deve encontrar o sujeito passivo diante do fato, para que possa surgir, para ele, o débito tributário.”

Já segundo Carlos Jorge Sampaio Costa:

“... a solidariedade dos membros de um mesmo grupo econômico está condicionada a que fique devidamente comprovado: a) o interesse imediato e comum de seus membros nos resultados decorrentes do fato gerador; e/ou b) fraude ou conluio entre os componentes do grupo.

Há interesse comum imediato em decorrência do resultado do fato gerador, quando mais de uma pessoa se beneficia diretamente com sua ocorrência. Por exemplo, a afixação de cartazes de propaganda de empresa distribuidora de derivados de petróleo em postos de gasolina é, geralmente, um fato gerador de taxa municipal, cuja ocorrência interessa não somente à empresa distribuidora, beneficiária direta da propaganda, como também ao posto de gasolina, que é solidário com aquela no pagamento da taxa.(...) Na fraude ou conluio, o interesse comum se evidencia pelo próprio ajuste entre as partes, almejando a sonegação. A solidariedade passiva no pagamento de tributos por

aqueles que agiram fraudulentamente é pacífica. (...) Aliás, no caso de fraude, pagam até os representantes pelos representados”.

Já Rubens Gomes de Souza ensinava que:

“É solidária a pessoa que realiza conjuntamente com outra, ou outras pessoas, a situação que constitui fato gerador, ou que, e comum com outras, esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio que dá origem à tributação; por outras palavras, (...) pessoa que tira uma vantagem econômica do ato, fato ou negócio tributado”

Há, pois, claramente interesse comum na situação que configura o fato gerador da obrigação tributária, por parte do Sr. LIU KUO AN, qual seja, a “comercialização de mercadorias estrangeiras”. Esse interesse foi amplamente demonstrado pelo total acompanhamento e controle, desta pessoa, sobre as operações comerciais efetuadas pela empresa objeto deste auto de infração.

Bem, se da situação fática dos autos não se permite utilizar o instituto da “responsabilidade tributária de fato” (art. 124, I) para garantir o crédito tributário, após as robustas conclusões a que chegaram os trabalhos e a atribuir ao LIU KUO AN o interesse comum na situação que constituiu o fato gerador dos tributos da empresa VICTORY, não se sabe que outra serventia possa se dar a tal instituto.

Bem, alguns responderiam à questão anterior, por uma via a meu ver extremamente formalista, restringindo o alcance desse instituto ao interesse comum apenas em situações fáticas preconfiguradas em lei, mas, se assim o fosse, então estar-se-ia admitindo que, em nome de uma legalidade estrita, o Direito e seus princípios amparariam situações irregulares como esta, em que o crédito tributário ficaria completamente desamparado e à mercê de ardis [e] estratégias fraudulentos, como os aqui empregados? O art. 124, I do CTN, a meu ver, vem justamente preencher espaço lógico não abarcado por lei, pois este já estaria previsto no art. 124, II.

Por fim, caso não se mantenha a responsabilidade tributária nos moldes deste voto, estaríamos sendo incoerentes com outros julgados do CARF que, em semelhante situação, mantiveram a responsabilidade tributária, conforme julgados já referidos alhures.

Por todo o exposto, mantenho o termo de responsabilidade tributária.

Perícia e alegação de irregularidade feita de forma unilateral por parte do fisco

Entende necessária a realização de perícia junto aos documentos que serviram à autuação, objetivando verem-se sanados os equívocos, de maneira que não venha a onerar a Recorrente em valores como os exigidos. E o motivo da perícia seria o fato de

que as apurações das irregularidades apontadas se deram de maneira unilateral por parte do fisco, sem qualquer interferência do contribuinte.

A esse respeito, rejeito o pedido de perícia, lastreando-me nas bem fundadas razões postas pela decisão de piso, nada tendo a reparar:

(...) cumpre dizer que, efetivamente, as irregularidades são apontadas, até de forma unilateral, pelo fisco, ainda que com fundamento em elementos fornecidos (ou, até apreendidos, como no caso) pelo próprio contribuinte; no entanto, conforme já dito, as acusações somente se concretizam a partir do momento em que levadas à ciência do interessado, quando, então, passa a fluir o prazo legal para [que] o mesmo apresente provas de forma a contradizê-la e, até, elidi-la de vez, se for o caso. Fosse necessária a anuência do contribuinte, para que o fisco apontasse irregularidades por ele praticadas, com certeza b mesmo adotaria medidas de forma a saná-las, evitando, assim, sofrer os gravames (advindos do ato de ofício) decorrentes de tal prática.

Desnecessária, em razão de tal fato, a realização da perícia pleiteada, assim decidindo na forma do art. 18 do Decreto nº 70.235/1972.

MULTA ABUSIVA

A esse respeito assim se defende a Recorrente:

Verifica-se que a multa aplicada no auto de infração é totalmente abusiva, todavia, mesmo que o Impugnante fosse responsável pelo pagamento do valor principal, não há motivo que justifique a aplicação da referida multa. (...)

O Contribuinte intimado e autuado é a empresa VICTORY SÃO PAULO COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA., com a qual, o Impugnante não possui qualquer tipo de relação. Ora, na hipótese remota deste auto de infração ser considerado válido, vale ressaltar que o Impugnante não recebeu qualquer intimação para a apresentação de esclarecimentos, razão pela qual, o mesmo não poderá responder pela aplicação de multa, a qual não deu causa.

Cabe salientar, em primeiro lugar, que a Administração Pública somente pode fazer o que a lei autoriza, fazendo aplicar o que ela determina, no que respeita à graduação da penalidade diante do procedimento adotado pelo contribuinte. É que, ao julgador administrativo, não é dado apreciar questões – como a de que a multa fiscal seria abusiva ou confiscatória – que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal válido e vigente. Tal prática encontra óbice, inclusive na Súmula nº 2 deste E. Primeiro Conselho de Contribuintes, in verbis:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (PORTARIA MF Nº 383 – DOU de 14/07/2010).

Em relação à sua alegação de unilateralidade na confecção do auto de infração, tal argumento já foi amplamente infirmado, seja na rejeição da preliminar de nulidade, seja no item anterior.

Logo, estando comprovado o papel da Recorrente como Responsável Solidário, não há que se afastar a sanção imposta ao sujeito passivo, uma vez que este se encontra representado pela empresa, ora revel e pela pessoa física, Sr. LIU KUO AN.

[...].

Conclusão

Em face do exposto, e considerando tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Sérgio Rodrigues Mendes