



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

Processo nº 19515.001254/2006-77
Recurso nº 999999 Voluntário
Acórdão nº 1401-000.623 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de agosto de 2011
Matéria CSLL
Recorrente VICTORY SÃO PAULO COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA
(Responsável tributário: LIU KUO AN)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

CSLL Assunto: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO –

Data do fato gerador: 30/06/2000, 31/12/2000, 31/03/2001

CSLL. PRAZO DECADENCIAL. DOLO FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

A existência de dolo, fraude ou simulação na conduta do contribuinte, bem assim a ausência de pagamentos impõe necessariamente que o termo inicial do prazo decadencial de 5 anos para constituição de créditos referentes à CSLL, submetido a lançamento por homologação, seja deslocado da ocorrência do fato gerador para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento já poderia ter sido efetuado.

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.

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.

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)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, acolher parcialmente a decadência da CSLL para o 2º trimestre de 2000, rejeitar o pedido de perícia e a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso para manter o Termo de Responsabilidade Tributária.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner – Presidente

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Roberto Armond Ferreira da Silva, Karem Jureidini Dias e Viviane Vidal Wagner.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 16-17.196, da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo I-SP.

Por economia processual, adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância:

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\$ 4.970.247,88 (quatro milhões, novecentos e setenta mil, duzentos e quarenta e sete reais e oitenta e oito centavos), aí compreendidos os valores da CSLL, da multa de ofício e dos juros de mora (estes calculados até 31/05/2006).

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

02.01. CSLL - Diferença Apurada entre o Valor Escriturado e o Declarado/Pago - "Durante o procedimento de verificações obrigatórias foram constatadas divergências entre os valores declarados nas DCTF e os valores informados nas DIPJ e a sua escrituração contábil, conforme demonstrativo de fls."

02.01.01. Enquadramento legal: art. 77, inciso III, do Decreto-lei nº 5.844/1943; art. 149, da Lei nº 5.172/1966; art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/1988; art. 19 da Lei nº 9.249/1995; art. 1º da Lei nº 9.316/1996; art. 28 da Lei nº 9.430/1996, e; art. 6º da MP nº 1.858/1999 e suas reedições (fls. 08).

03. O detalhamento dos trabalhos fiscais realizados, bem como da infração apurada, encontram-se exaustivamente descritos no "Termo de Conclusão Fiscal Nº 04 CSLL" (fls. 372/395), 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. 372/373).

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. 169). (fls. 373/374)

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 magnéticos, 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. 170). (fls. 374).

Foi encontrada na Rua do Simbolismo, nº 14,....., residência de MAX ALEXANDRE QUEIROZ CUNHA, sócio daEntre 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. 167 e 168);

b) Arquivo, em formato excel denominado(doc. de fls. 161 a 166), que relaciona as notas fiscais de entrada decorrentes de operação de importação, com saídas para(sic) as empresas VICTORY e LUMAX. Este arquivo demonstra que as mercadorias desembaraçadas por TOFARY **destinavam-se às empresas controladas por LIU KUO AN, especialmente quando se tratavam de importação de produtos de informática**. Uma vez desembaraçadas, 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. 375/376).

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 PASSLACQUA 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 (does. de fls. 64 a 67). Posteriormente, em 22 de maio de 2000 promoveu alteração contratual com a retirada da sócia MARIA FILOMENA PASSLACQUA FROTA DE GODOY FERREIRA DE SOUZA transferindo suas quotas na sociedade ao novo sócio RONALDO LUIZ VALLADARES (fls. 67 a 70).

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 citada 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. 378/379).

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. 380).

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 DIs), 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 logo 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. 380/382).

4. DOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO

03.1. 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 solidário Senhor LIU KUO AN, CPF nº 042.698.128-69, conforme 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.;

03.2. o primeiro deles foi cientificado dos teores dos referidos Autos de Infração, via postal, em 03/07/2006 (fls. 402), enquanto que o segundo o foi, por meio de seu representante legal (fls. 419), 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. 418/419), impugnou-os em 11/07/2006 (fls. 406/431), alegando, em síntese, que:

03.3. o Impugnante foi intimado, na condição de contribuinte solidário, por supostamente controlar a parte comercial da organização, a efetuar os recolhimentos dos créditos tributários objeto dos autos de infração lavrados 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 seu advogado, respondeu às intimações que lhe foram formuladas; um dos sócios 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. 66, 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 que os mesmos **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;

03.04.04. 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 que 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.

04. É o relatório. Passo ao voto.

A DRJ, manteve integralmente o lançamento, nos termos da ementa abaixo:

Assunto: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL

Data do fato gerador: 30/06/2000, 30/09/2000, 31/12/2000, 31/03/2001, 30/06/2001, 30/09/2001, 31/12/2001

CONTRIBUINTE. NÃO APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO. REVELIA. PROSSEGUIMENTO NA COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO. Não tendo, o contribuinte, apresentado impugnação às exigências contra ele formuladas, 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, em sua residência, devidamente amparada 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 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.

Irresignada com a decisão de primeira instância a interessada interpôs recurso voluntário a este Conselho, repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação, dessa feita suscitando decadência parcial, utilizando-se da regra do art. 150, , § 4º do CTN, conforme jurisprudência administrativa que transcreve.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator.

O recurso reúne as condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, a autuação envolveu omissão de receitas financeiras, glosa de custos, glosa de despesas e, por haver sido reduzido indevidamente o lucro real do contribuinte;

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. 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”.

DECADÊNCIA CSLL

Suscita decadência parcial da CSLL, utilizando-se da regra do art. 150, , § 4º do CTN.

No tocante ao prazo de decadência, em primeiro lugar, reconhecendo a controvérsia que o tema envolve, ressalvo a minha opinião particular de ter defendido anteriormente que o fato contingente de existir ou não pagamentos não teria o condão de interferir na natureza do tributo sujeito a homologação e por consequência aplicar-se-ia a regra do art. art. 150, § 4º do CTN, ressalvado o caso de fraude ou dolo em que preponderaria a regra do art. 173, I do CTN.

Entretanto, curvo-me a partir à jurisprudência atual do STJ, no sentido de entender que a aplicação do art.150, §4º, do CTN atrai a realização de um pagamento. Na ausência desse pagamento, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se também após 5 (cinco) anos, mas, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art.173, I, do CTN).

Quanto à matéria, adoto, portanto, a posição consolidada do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PETIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL ASSINADA POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. SÚMULA 115/STJ. TRIBUTO

SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

.....

3. Nos créditos tributários relativos à contribuição previdenciária – tributo sujeito a lançamento por homologação – cujo pagamento não foi antecipado pelo contribuinte, caso em que se aplica o art. 173, I, do CTN, deve o prazo decadencial de cinco anos para a sua constituição ser contado a partir do primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, escoreito o acórdão recorrido, o qual entendeu pela exigibilidade integral dos débitos referentes ao ano base de 1992.

.....

7. Recurso especial não conhecido. **(Segunda Turma, REsp 1154592 / PR, Min. Castro Meira, Julg. 20/05/2010, DJe 02/06/2010).**

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL.

1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando inocorre o pagamento antecipado pelo contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de ofício substitutivo é determinado pelo artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

2. Orientação reafirmada pela Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp nº 973.733/SC, Relator Ministro Luiz Fux, sob o rito dos recursos repetitivos (Código de Processo Civil, artigo 543-C).

3. Agravo regimental improvido. **(Primeira Turma, AgRg no REsp 1120220 / PR, Min. Hamilton Carvalhido, Julg. 18/05/2010, DJe 02/06/2010)**

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki,

julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

.....

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (Primeira Seção, REsp 973.733/SC, Min. Luiz Fux, Julg. 12/08/2009, DJe 18/09/2009)

No caso concreto, não houve pagamento por se tratar de contribuinte devedor contumaz.

De qualquer sorte, como se demonstrará mais adiante neste voto, a regra do art. 173, I seria atraída de qualquer forma por força da existência de fraude/dolo no presente caso, tendo sido a multa qualificada, defendendo-se quanto à multa, conforme item mais adiante deste Voto, apenas no tocante à “abusividade” da mesma.

Ressalte-se que a conclusão supra só foi possível para a Contribuição Social – CSLL, pois seu disciplinamento original envolvendo a decadência não mais subsiste (artigo 45, da Lei nº 8.212, de 1991), após a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 44 e 45 do referido diploma legal. A matéria foi contemplada com a Súmula Vinculante nº 8:

“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Dessa forma, a regra do art. 173, I do CTN, no caso de ausência de pagamento ou de fraude ou dolo, como é o caso, também se aplica às contribuições sociais (tributos sujeitos à homologação).

Vejamos agora a aplicação da regra geral referida no art. 173, I do CTN ao caso concreto.

Assim, em relação a CSLL com apuração trimestral, para o fato gerador de 30/06/2000 (o mais antigo), pelo art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial iniciou-se em 1/01/2001 (exercício seguinte ao que poderia ser lançado) e findou em 31/12/2005. Como a ciência do lançamento foi posterior, isto é, em 23/06/2006 (fl. 427), decaídos está tal trimestre. Para o próximo trimestre, 31/12/2000, o *dies a quo* é 01/01/2002 e, portanto a decadência está afastada, pois o fim do prazo decadencial se daria em 31/12/2006.

Portanto, acolhe-se parcialmente a decadência apenas para o segundo trimestre de 2000.

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 70235/72 com a nova redação dada pela Lei 8748/93:

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 intimado, 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 04 - CSLL" (fls. 374/375).

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, tem acesso aos autos e pode 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 Tributário, possibilitando assim o pleno conhecimento do contexto em que se deu o da exigência 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 da 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 inda 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 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 julgado 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 no mercadorias para o mercado interno por empresas de fachadas, 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 NA, 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 042.698.128-69, 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 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 Vitor 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 os 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 tratam 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 cinglês, 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 Na\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 (*docs. de fls. 102 a 157 e 252*). Foram lavrados Termo de Copiagem e Autenticação de Arquivos Magnéticos, Declaração/Recibo e Termos de Retenção (*docs. de fls. fls. 103 a 141*). 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. 256).

(...)

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 revendas 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. 170), 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 diligencia 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. 48/49) e pelo "Termo de Conclusão Fiscal nº 04 - CSLL" (fls. 372/395) que, sobre o assunto, assim nos dizem, respectivamente.

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).

Fiscal. Ressalte-se, ainda, o seguinte trecho do relatório do Termo de Conclusão 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 acrescidos)

(...)

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)

A 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 1999.04.01.002788-5/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 da Recorrente 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 arranhado pela defesa.

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 a 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 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 sonogado 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 autuada, mas, efetivamente, pelas provas dos autos, era a controladora de toda uma organização que permeava e envolvia diretamente a Empresa de fachada, Victory, cujos sócios 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).

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 a 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 ampararia situações irregulares como esta, em que o crédito tributário ficaria completamente desamparado e a mercê de ardis 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 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 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 a ciência do interessado, quando, então, passa a fluir o prazo legal para o mesmo apresentar 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 o 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 a 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 N.º 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.

Por todo o exposto, em relação à CSLL, com apuração trimestral, acolhe-se parcialmente a decadência para o segundo trimestre de 2000. Rejeito o pedido de perícia e a

preliminar de nulidade e, no mérito, nego provimento ao recurso para manter o Termo de Responsabilidade Tributária.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto