



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Paraná
2ª Vara Federal de Curitiba

Avenida Anita Garibaldi, 888, 4º andar - Bairro: Cabral - CEP: 80540-400 - Fone: (41)3210-1742 -
www.jfpr.jus.br - Email: prctb02@jfpr.jus.br

PROCEDIMENTO COMUM Nº 5046019-20.2016.4.04.7000/PR

AUTOR: I T S DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COMPUTADORES LTDA ME

RÉU: UNIÃO - FAZENDA NACIONAL

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por ITS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COMPUTADORES LTDA – ME. em face da UNIÃO objetivando, "... em sede de liminar, a (re) ativação do CNPJ e do Radar da Autora, a fim de que possa comercializar; 2. Os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita ao Requerente, por ser pessoa pobre na acepção jurídica do vocábulo, conforme faz prova declaração de situação econômica anexa; 3. A procedência da presente ação em todos os termos e a conseqüente condenação da Requerida ao pagamento de: a) danos materiais no valor dos produtos, no total de R\$ 841.292.55 (oitocentos e quarenta mil duzentos e noventa e dois reais e cinquenta e cinco centavos), devidamente corrigidos e atualizados, inclusive com a aplicação dos juros legais; b) A condenação da Requerida ao pagamento de lucros cessantes durante todo o período de inatividade, fixados entre a data da apreensão até o trânsito em julgado do mandado de segurança ou, alternativamente, a ser fixado por meio de perícia e avaliação técnica, tendo por base a linha ascendente nas importações, nos termos da fundamentação e planilhas apresentadas e relatório contábil (entrada menos saída) do ano de 2011 até o ano de 2015, no valor de R\$ 3.957.339,60 (três milhões novecentos e cinquenta e sete mil trezentos e trinta e nove reais e sessenta centavos), com juros e correção da data do dano."

Para tanto, assevera que, "... no exercício regular de suas atividades mercantis internacionais, entre maio e julho de 2011 teve todas suas importações retidas pela Receita Federal e, posteriormente, determinado o perdimento de todas as mercadorias. Impetrado Mandado de Segurança, processo nº 5000523-07.2012.4.04.7000, foi extinto, sem a resolução do mérito, por entenderem que, tendo em vista as particularidades do caso, a esfera mandamental não ser a via adequada para aferição do feito...", acrescentando que "... o Mandado de Segurança Transitou em julgado no dia 02 de junho de 2015...", não lhe assistindo opção, se não o ajuizamento da presente ação para reparar a injustiça.

Diz que em 27/05/11 importou e registrou mercadorias por meio da Declaração de Importação nº 11/0976097-5, parametrizado para o "canal amarelo" de conferência aduaneira, quando não foram constatadas quaisquer irregularidades após conferência física.

Ocorre que, "... não satisfeitos ainda, no dia 03 de junho de 2011 a documentação foi encaminhada ao SAPEA - Setor de Procedimentos Especiais Aduaneiros - a fim de que fosse instaurado procedimento especial aduaneiro. Ou seja, foi determinado auditoria na empresa...", e, após prestados todos os esclarecimentos sobre sua regularidade fiscal, econômica e contábil, "... o agente fiscal responsável pelo procedimento (Fábio) informou que as declarações prestadas eram suficientes e que o produto seria liberado no prazo (máximo) de 2 (dois) dias...", porém, "... passados quase 30 (trinta) dias do desembaraço aduaneiro, a empresa foi informada de que foram detectadas irregularidades nas importações e que nenhuma carga seria liberada. Contudo, não foi informado em que consistiam as irregularidades. Por conseguinte, todas as importações efetuadas posteriormente foram retidas... devido a ordem interna de retenção de qualquer importação efetuada, a empresa foi compelida a parar suas atividades, encontrando-se fechada até a presente data."

Ainda, houve o cancelamento do seu CNPJ.

Esclarece que por ocasião do mandado de segurança nº 500.0523-07.2012.404.7000, inteirou-se de que a conclusão do fisco foi no sentido de que, "... embora possua uma capital social registrado de R\$ 150.000,00, apresenta um histórico de importações que totalizam, no último trimestre, US\$ 1.031.387,54 (R\$ 1.622.372,60). Se considerados os últimos vinte e quatro meses, o valor total das importações da impetrante é de US\$ 2.870.440,88 (4.515.203,50)... diante de tais indícios, conclui a fiscalização pela aparente ausência de capacidade econômica e financeira da impetrante, bem como de seus sócios, para fazer frente ao volume de importações por ela levado a efeito no período mencionado."

Ressalta que o procedimento consumiu mais de 200 dias e que apresentou todos os documentos solicitados, sendo apreendidos outros na sede da empresa, porém sem prova de irregularidade.

Ainda assim, em 07/11/11 sobreveio laudo conclusivo e a determinação da pena de perdimento "... por presunção da ocultação do real comprador e/ou responsável."

Entende que o laudo conclusivo "... não passa de um emaranhado de conjecturas e suposições. Entretanto, mesmo sem qualquer base concreta ou elemento factual substancial, à Receita Federal, POR PRESUNÇÃO, determinou o perdimento de TODAS as mercadorias."

Alega que, todavia, "... conforme se pode constatar pelos documentos em anexo, todas as Faturas Comerciais foram emitidas do exportador diretamente a empresa Autora; os comprovantes de coleta, emitidos pelas companhias aéreas, estão em nome da Autora; os Conhecimentos de Carga (AWBs), emitidos ainda no exterior, estão em nome da Autora; os documentos de chegada, conferência de carga registrado no sistema MANTRA (Sistema Integrado de Gerência do Manifesto, do Trânsito e do Armazenamento), bem como as Declarações de Importação (DI's), todos estão em nome da Autora...", de modo que "... se a Receita Federal 'afirma' que houve 'fraude ou simulação' deveria apontar de forma concreta como ocorreu a fraude e/ou a simulação. A mera presunção poderia servir de base para a instauração do procedimento fiscalizatório (e em alguns casos), contudo jamais como base para aplicação da pena de perdimento."

Aduz ter majorado o capital social em 2006 para fazer frente às operações de comércio exterior, quando recebeu habilitação para operar com mercadorias no valor de até US\$ 243.869,28, ou R\$ 571.000,00 na época, estimativa de 4 vezes seu capital social segundo a própria Receita Federal, quem depois se voltou contra seus próprios critérios, arrematando que, "... por outro lado, é deveras sabido que o valor do capital social jamais foi critério para se avaliar o potencial econômico de qualquer empresa."

Prossegue defendendo que "... a alegação de que com o capital social declarado não poderia a empresa ter importado o total de US\$ 2.870.440,88 (R\$ 4.515.203,50), nos últimos 24 meses, tampouco se sustenta. Se dividirmos R\$ 4.515.203,50 em 24 meses, encontraremos o valor de R\$ 188.133,46 (cento e oitenta e oito mil cento e trinta e três reais e quarenta e seis centavos)/mês. Ou seja, o valor das importações realizadas nos últimos 24 meses correspondem, mensalmente, a pouco mais do valor do capital social declarado, que era de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)."

Ressalta ter realizado inúmeras importações mensais, diluindo-se o valor nas várias operações, além do que "... quase todas as importações foram realizadas a prazo... ou seja, a maior parte das importações foram efetuadas com créditos dos próprios fornecedores...", certo ainda que as importações não são de grande vulto econômico, mas compatíveis com o capital social e não poderia a ré decretar perdimento por falta de comprovação de origem dos

recursos quando as operações ocorreram com créditos dos fornecedores no exterior.

Reforça ter se valido, predominantemente, de linha de crédito dos próprios fornecedores, que ascendia a US\$ 1.125.000,00 quando se considera apenas cinco fornecedores, não havendo necessidade de emprego de recursos de terceiros, o que acabou sendo reconhecido pela própria ré, quem se contradisse nos fundamentos da pena de perdimento.

Diz que opera com diversos clientes no mercado interno e que sua escrita contábil seguiu os requisitos da Instrução Normativa nº 787/07 da Receita Federal, por meio digital, devendo ser remetida até o último dia do mês de junho do ano seguinte ao ano-calendário, "*... portanto, os livros diário e contábeis, aos quais se referiam os auditores, é simples espelho de uma escrituração em andamento, com fechamento aceito até 31 de junho de 2012, conforme determina instrução normativa emitida pela própria Receita Federal.*"

Nega a interposição fraudulenta de terceiros porque as operações foram realizadas individualmente, não sendo de grande valor econômico; na maioria dos casos valeu-se de linhas de créditos dos fornecedores no exterior; seu capital social, somente no exercício fiscal de 2010, acumulou lucros no valor de R\$ 268.284,02; estima tenha atendido mais de 150 clientes no período; os livros contábeis referidos pelos auditores são "*... simples espelho de uma escrituração em andamento, com fechamento aceito até 31 de junho de 2012, conforme determina instrução normativa emitida pela própria Receita Federal...*", e, finalmente, o laudo conclusivo reconheceu a interposição fraudulenta de terceiro e aplicou pena de perdimento ante a mera presunção.

Invoca o art. 112 do Código Tributário Nacional, colacionando precedentes e o teor da decisão liminar no já mencionado mandado de segurança nº 500.0523-07.2012.404.7000, explicando a impossibilidade de oferecer caução para liberação das mercadorias.

Justifica o dano material e os lucros cessantes, decorrentes da perda das mercadorias e privação de ganho de justa expectativa, inclusive porque houve o cancelamento do CNPJ e cessação das atividades ante a manutenção da aplicação da penalidade, esclarecendo que o que busca é "*... a recomposição da efetiva situação patrimonial que se tinha antes da ocorrência do dano, sendo no caso em tela o dano material, que corresponde aos prejuízos imediatos suportados pela parte lesada (desvalorização o valor do produtos) e o que deixou de aferir em todo o tempo em que esteve impossibilitada de exercer suas atividades (lucros cessantes).*"

Também invoca os arts. 402, 404 e 405 do Código Civil, pontuando ter sido cancelado do CNPJ em 22/02/12 e ocorrida a última importação em

02/09/11, provocando a cessação de todas as atividades da autora, inclusive no mercado interno.

Estima o valor das mercadorias apreendidas em R\$ 841.292,55 e os lucros cessantes no ano de 2011 em R\$ 791.467,92, contabilizando indenização em R\$ 3.957.339,60, procedendo observações sobre o dano moral, a ser arbitrado pelo Juízo levando-se em conta o poder econômico da União e o efeito de demover novas condutas lesivas pela ré, estimando o dano moral em R\$ 1.500.000,00.

Por fim, entende desproporcional e arbitrária a suspensão do CNPJ, que deve ser imediatamente reativado.

Formula os pedidos descritos em inicial, inclusive em liminar e sob o pálio da Justiça Gratuita.

Junta instrumento de procuração e documentos.

Deferida a Justiça Gratuita e comandada prévia citação (EVENTO 9), foi reiterado o pedido de antecipação de tutela (EVENTO 13) e mantida a prévia angularização.

A União apresenta contestação no EVENTO 17 defendendo, inicialmente, ofensa à coisa julgada e à súmula 304 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que *"... a autora, antes de propor a presente ação ordinária, discutiu a mesma causa de pedir (suposta ilegalidade e abuso da sanção de perdimento infringida às mercadorias importadas em 2011) e mesmo pedido (invalidade do auto de infração) no curso do mandado de segurança nº 5036285-21.2011.404.7000, cujo pedido liminar foi indeferido, do MS nº 5019386-45.2011.404.7000, cuja sentença de mérito denegou a segurança e do MS 5038408-89.2011.404.7000, o qual foi extinção sem resolução de mérito. Ou seja, a presente ação, malgrado receba denominação jurídica diversa, repete os mesmos fatos, causa de pedir e pedido do MS 50193864520114047000 (PAD 15165001667/2011/85), cuja sentença denegatória transitou em julgado... é verdade que na presente ação a autora formula pedido de condenação de dano material e moral em face da União, portanto, pedidos inéditos se confrontados com os pedidos formulados nas ações de mandado de segurança. Entretanto, e por outro lado, para que tais pedidos possam eventualmente ser julgados procedentes é preciso que seja antes declarado inválido o Auto de Infração nº 15165.002347/2011-42 e DI's, e essas questões já foram objeto do MS 50193864520114047000, tendo a sentença denegado a ordem e transitado em julgado... a presente ação repete os mesmos fatos, causa de pedir e pedido (invalidação do auto de infração e da pena de perdimento) do supramencionado mandado de segurança, inovando, tão só quanto ao pedido de danos materiais e morais... o julgamento deste pedido está atrelado necessariamente ao julgamento procedente daquele, e como o MS nº 5019386-45.2011.404.7000 já o enfrentou, a presente ação repete ação anterior... a autora atribuiu a mesma*

qualificação jurídica aos fatos narrados na petição inicial da ação de mandado de segurança, acrescentando, apenas, um novo pedido (condenação por danos), o qual, entretanto, para ser julgado procedente, exige que seja, antes, declarado inválido o Auto de Infração e a sanção de perdimento, o que não é possível, porquanto essa causa de pedir (fatos + qualificação jurídica) transitou em julgado no MS... se a sentença no MS tivesse concedido a ordem, sim, teria amparo o pedido condenatório por danos materiais e morais, formulado pela autora neste processo, na linha do que dispõe a Súmula 304 do STF."

Impugna o valor atribuído à causa, reputado excessivo e indevido porque, "... quanto aos supostos danos morais, a lei não autoriza o emprego do critério 'dobro' do valor das mercadorias importadas para mensurar o dano. Ele se revela arbitrário e divergente do princípio da legalidade, não merecendo guarida...", além do que arbitraria também "... a quantificação dos lucros cessantes no patamar de R\$ 3.957.339,60, dado se tratar de dano hipotético."

No mérito, relembrando a especial inter-relação entre o objeto da presente ação e o que decidido na ação de segurança nº 501.9386-45.2011.404.7000, defende a legalidade do auto de infração e da correspondente sanção de perdimento, reportando-se às conclusões do procedimento administrativo fiscal e às decisões proferidas nos Mandados de Segurança de nº 503.6285-21.2011.404.7000 e 501.9386-45.2011.404.7000, que reconheceram a higidez e validade da fiscalização levada a efeito, que encontra previsão na IN SRF nº 206/02, onde ocorreu a autuação da autora ante a não comprovação da origem dos recursos empregados nas operações de importação.

Ressalta que "... a instauração do procedimento foi motivada, inicialmente, pela constatação de severa incompatibilidade entre os recursos gastos com importação de bens e os declarados à Receita Federal e pelo fato dos sócios ostensivos da impetrante Sr. Mário Wohlke Stecz e a Sra. Kassandra Wohlke Tozzi não apresentarem rendimento nas Declarações de Ajuste Anual de Imposto de Renda Pessoa Física entregues à Receita Federal nos anos de 2008, 2009 e 2010. Detectou o órgão da ré que a renda declarada dos sócios ostensivos, relativa ao ano de 2006, somava apenas R\$ 37.000,00 (trinta e sete mil reais), circunstâncias pessoais que apontam uma incompatibilidade com o aumento de capital da impetrante, em 2006, de R\$ 15.000,00 para R\$ 150.000,00, em dinheiro. Apurou, ainda, a Inspeção que, também em 2006, as pessoas em questão teriam integralizado outros R\$ 200.000,00 como capital social da ITS Sul Americana. O que foi descrito, quanto à renda pessoal declarada dos sócios, também não se coaduna com uma empresa que havia importado aproximadamente R\$ 5.000.000,00 nos 24 meses que antecedem ao procedimento especial. Além do exposto, apurou a Inspeção que o pagamento das mercadorias declaradas na DI nº 11/0976097-5, registrada em 27/05/2011, foi realizado em 07/06/2011, portanto, foi efetuado anteriormente ao desembaraço aduaneiro, ou seja, à vista, desmentindo o argumento segundo o qual as importações foram efetuadas a prazo (com crédito dos

importadores). Em síntese, restou comprovado no Auto de Infração as seguintes infrações: a) interposição fraudulenta na importação (fls. 4 do Auto de Infração cuja íntegra foi juntada pela autora por ocasião do evento 1); b) dificuldade de localização da autora, dado que perante o CNPJ consta a Rua Marechal Deodoro, 502, ao passo que do contrato social são mencionados mais cinco diferentes endereços (fls. 11 do Auto), constando do Auto, inclusive, a importância da atualização do endereço (facilita a realização de diligência na pessoa jurídica e respectivas intimações para apresentação de documentos), bem como se tratar de obrigação tributária acessória com amparo na Instrução Normativa RFB 1005/2010, artigo 22, destacando o artigo 28 que a falta de atualização do cadastro perante a RFB autoriza a baixa do CNPJ; c) inconsistências dos volumes importados em relação ao capital social e à habilitação da importadora, sugerindo falta de capacidade econômica, quer da pessoa jurídica, quer dos sócios, para realizar as importações (fls. 22); falta de ciência da autora quanto à lavratura do termo de início de fiscalização em torno das DI's (fls. 23); falta de atendimento da intimação com relação à comprovação das operações de câmbio (não promoveu a entrega do contrato de câmbio – fls. 23); a autora ocupa imóvel em cujo contrato de locação figura como locatária pessoa jurídica diversa, qual seja, J. L. A. FREITAS INFORMÁTICA (CNPJ 04522480/0001-01) e CONTRUTORA NOVO MUNDO (fls. 26); d) constatação de que no alvará de funcionamento da autora encontra-se endereço diverso do que o utilizado à época da fiscalização (fls. 28); a constatação de que a pessoa jurídica J. L. A. possui alvará para funcionar justamente no endereço em que se encontra estabelecida a autora (fls. 28), sinalizando, consoante a fiscalização, ligação entre as duas pessoas jurídicas; e) constatação, por um lado, de inexistência na contabilidade da autora de registros de operações e movimentações financeiras entre ela e a JLA e, de outro, a verificação de diversas transferências eletrônicas entre as contas das duas pessoas jurídicas (fls. 31), concluindo, então, a Autoridade Fiscal pela ligação fática e jurídica entre as duas sociedades; f) através do cruzamento de extratos bancários, constatou também a ligação entre a autora e a sociedade ITS SUL AMERICANA (fls. 32 e 36) - '(...) que a situação é sempre a mesma quando se trata de recursos para fechamento de câmbio, ou seja, saldo insuficiente para o câmbio, seguido de transferência ou da JLA ou da ITS SUL AMERICANA, em valores próximos ao que se necessita para fazer frente ao fechamento do câmbio (...)'; g) juntada de fotografias do estabelecimento da autora, as quais revelam carência de estrutura para girar o volume de operações vultosas e costumeiras de importações (fls. 49); h) da leitura dos livros fiscais, detectou que com relação ao câmbio realizado em 2/3/2011, referente à DI 11/0458705-1, no valor de R\$ 100.200,00, foi localizado em extrato bancário lançamento correspondente em data igual à declarada. Notou também o órgão da ré que no mesmo extrato existe TED promovido pela ITS Sul-Americana em 25/2/2011, no valor de R\$ 100.000,00, sendo que o saldo anterior ao TED mencionado era de R\$ 3,30 (fls. 68/72), concluindo que sem o aporte da ITS SUL AMERICANA não teria a autora saldo suficiente para o fechamento do câmbio em questão; i) inconsistências nos lançamentos contábeis da CONTA CLIENTES (fls. 76 a 89);

j) interposição fraudulenta de terceiros na comprovação das operações de importação (fls. 94 a 96), concluindo a Inspetoria, ao final, pela aplicação da sanção de perdimento de bens, com fulcro no artigo 689 do Regulamento Aduaneiro. Repetindo: restou comprovada a incompatibilidade do vulto das importações com o montante de seu capital social - a autora não detinha recursos ou capacidade para importar, por conta própria, a totalidade dos valores declarados na importação citada e em outras operações precedentes; k) inconsistências contábeis no LIVRO DIÁRIO, fato que ofende o artigo 1184 do Código Civil, a IN/RFB nº 787/2007 e o artigo 258 do Decreto 3000/99 (RIR/99); l) a constatação de discrepância entre, de um lado, o saldo em conta de R\$ 389.192,62 e, de outro lado, compras no montante de R\$ 3.021.040,00 e saída R\$ 478.849,46, concluindo, então, que a autora operou compras em escala quase dez vezes maiores que o saldo e pouco mais que seis vezes o que se representa como saída; m) outro ponto representativo, a conta Caixa, como se mostra adiante: para o período [janeiro a junho de 2011], a autora registrou saldo de R\$ 166.844,44 e débito de R\$ 23.429,78, com crédito no valor de R\$ 2.997.052,25, finalizando com saldo credor no montante de R\$ 2.806.778,03, ficando claro, para a Inspetoria, que a empresa realizou pagamentos diversos, inclusive de despesas de importação e fechamento de câmbio, sem que tivesse recursos financeiros para tal, pois o saldo credor indica que a empresa operou com recursos alheios ao caixa e à sua contabilidade, de vez que tivesse a mesma recursos, o saldo da conta caixa, pela sua natureza, deveria ser devedor, indicando a entrada de dinheiro, o que não ocorreu no presente caso."

Volta a destacar as decisões proferidas nas ações mandamentais nº 503.6285-21.2011.404.7000, 501.9386-45.2011.404.7000 e 503.8408-89.2011.404.7000, sendo reconhecida a higidez e validade da fiscalização.

Entende ausentes os requisitos para a responsabilização do Estado, tanto mais quando "... a legalidade do comportamento da Administração restou reconhecida no MS nº 50193864520114047000, cuja decisão de mérito transitou em julgado."

Requer a revogação da Justiça Gratuita, uma vez que "... a autora não comprovou documentalmente a incapacidade financeira de custear o processo...", protestando ainda pela condenação da autora em litigância de má-fé, eis que "... formula pedido que está contido no MS 50193864520114047000, cuja ordem foi denegada e a decisão transitada em julgado, ofendendo, assim, a coisa julgada."

O pedido liminar foi deferido para a reativação do CNPJ, nos termos da decisão proferida no EVENTO 19.

Réplica no EVENTO 29, rebatendo analiticamente os argumentos deduzidos pela União e reiterando os termos da inicial.

No EVENTO 31 a parte autora noticia o descumprimento da liminar, e, intimada, a União aduziu que, conforme análise técnica da Receita Federal do Brasil, os motivos do cancelamento do CNPJ residiram em outro processo administrativo (PAD nº 10907720582/2011-55), que não integra a causa de pedir, inviabilizando, dessa forma, a reativação do CNPJ da autora, sobrevindo então o despacho do EVENTO 43 verificando descumprida a liminar e determinando a imediata reativação do CNPJ.

Determinada a especificação de provas e comandados esclarecimentos sobre as finalidades daquelas protestadas (EVENTOS 56 e 62), a União alegou não ter provas a produzir (EVENTO 65), pendendo o pedido de produção de prova pericial e testemunhal pela autora (EVENTOS 48 e 59), finalmente deferida a produção da prova pericial no EVENTO 67.

Apresentados os quesitos e assistente técnico pela autora (EVENTO 80) e pela União no EVENTO 107, o Sr. Perito Judicial solicitou juntada de documentos pela parte autora (EVENTO 110), o que restou cumprido no EVENTO 115, vindo o Laudo Pericial a ser apresentado no EVENTO 129.

A parte autora manifestou-se sobre o Laudo Pericial no EVENTO 133, tendo a parte ré permanecido silente (EVENTO 134).

Vieram os autos foram conclusos para sentença (EVENTO 139).

No EVENTO 140, a União requer a juntada de quesitos, os quais não foram juntados no tempo oportuno, manifestando-se a autora no EVENTO 141.

No EVENTO 142 foi determinada baixa em diligência e determinada ainda a complementação do laudo pericial segundo quesitos formulados pela União no EVENTO 141.

No EVENTO 148 a empresa autora solicitou que a União apresente as notas fiscais eletrônicas emitidas no ano de 2011, a fim que seja realizado e concluída a perícia judicial, o que restou indeferido no EVENTO 151, sendo determinada a complementação do laudo.

Laudo pericial complementar apresentado no EVENTO 162, desafiando impugnação da autora no EVENTO 166 entendendo que "*... não se vislumbra de que forma os quesitos ora apresentados possam demonstrar ou auxiliar para demonstrar qualquer irregularidade punível com a pena de perdimento, uma vez o fechamento contábil é fato posterior a pena de perdimento.*"

Manifestação da União no EVENTO 168 em concordância com o laudo complementar.

Na sequência, vieram-me os autos conclusos para sentença.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, não vejo como apartar-me das considerações da decisão do EVENTO 19, quando, mesmo anotando descaber a ação judicial para rediscussão do que já transitou em julgado, revisitando a sentença no MS 501.9386-45.2011.404.7000, dela se extraiu a proclamação da legalidade do procedimento especial de controle de aduaneiro ante os indícios de interposição fraudulenta em importações e, ao mesmo tempo, a viabilidade de demonstração, por prova contábil, sobre a própria legalidade da aplicação da pena de perdimento.

Assim, basta consultar os fundamentos de fato e de direito da presente ação para se concluir que se confundem eles apenas parcialmente com os desferidos em dita ação, e, diga-se, também na ação de segurança nº 500.0523-07.2012.404.7000.

Aliás, se na primeira há sentença enfrentando o mérito, na segunda a sentença é extintiva sem o julgamento do mérito.

Também vale recordar que, enquanto nas referidas ações se requeria a liberação das mercadorias e o amplo acesso ao SISCOMEX, sempre pelas mesmas alegações de irregularidades na atuação fiscalizatória, na presente ação, mesmo reproduzindo as mesmas questões fáticas, o pedido é expresso para reativar o CNPJ e, ainda, obter indenização dos danos materiais, lucros cessantes e danos morais, de modo que de fato não há espaço para se pronunciar a coisa julgada, eis que pedido e causa de pedir são distintos.

Tal proclamação, todavia, não impede, mas antes impõe considerar o teor das sentenças que transitaram em julgado, especialmente a que cuidou do mérito.

Isto porque não corresponde aos fatos a alegação da autora de que o mandado de segurança nº 501.9386-45.2011.404.7000 foi extinto sem resolução do mérito, tal como constou em réplica.

Na verdade, os fundamentos da sentença de mérito na ação 501.9386-45.2011.404.7000 que, a rigor, declarou legal o procedimento especial, resumem-se em que, após analisados os fundamentos, concluiu-se que "*nenhum desses argumentos, porém, é suficiente para elidir a fundada suspeita a justificar a instauração do procedimento de controle... o que se conclui é que não está afastada a **suspeita** que levou à instauração do presente procedimento*

especial de controle, de que o valor das importações da autora é incompatível com seu patrimônio, valendo enfatizar que se está a discutir apenas se era possível a instauração desse procedimento, e não se há base para aplicação da pena de perdimento."

Quanto à sentença da ação de segurança 500.0523-07.2012.404.7000, onde a discussão centrava-se na ilegalidade da pena de perdimento, esta sim extinguiu o mandado de segurança sem julgamento do mérito porque, "*... dos elementos trazidos aos autos, a partir da própria desqualificação da contabilidade da impetrante, aliado ao atributo da presunção juris tantum dos atos administrativos, os documentos trazidos pela impetrante não se impõem às conclusões da administração quanto ao perdimento, não avultando o direito da impetrante como líquido e certo, eis que só prova robusta, a ser produzida em ação adequada, pode reconhecer-lhe definitivamente o direito a partir da desqualificação da atuação fiscal."*

A conclusão é óbvia: há proclamação da legalidade do procedimento especial de controle aduaneiro e nenhuma sobre a legalidade da própria pena de perdimento, com o que a coisa julgada alcança apenas o meio utilizado, mas não o objeto ao fim perseguido, o próprio perdimento.

Afasto a preliminar.

Quanto às impugnações ao valor da causa e à concessão da Justiça Gratuita, não se desincumbe a União de comprovar a incorreção de tanto de um quanto de outro.

O dimensionamento do valor da causa, embora obedeça sempre a critérios questionáveis nas ações de indenização, especialmente quando envolve o dano moral que, invariavelmente, requer arbitramento, se fez par o caso de modo coerente, tal como revelado na réplica do EVENTO 29.

Quanto à Justiça Gratuita à pessoa jurídica, dispõe a Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça: "**Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais."**

Considerado o objeto social da autora, basicamente voltado à importação e exportação (EVENTO 1 CONTRSOCIAL 3), e, especialmente o fato de que, com a suspensão do CNPJ, sequer poderia atuar, a própria ausência do ingresso financeiro correspondente às atividades está a demonstrar a viabilidade da concessão da Justiça Gratuita.

Ora, foi necessária decisão judicial para restabelecer a reativação do CNPJ da autora, o que é bastante revelador da sua situação econômica ao propor a presente ação.

Ademais, e este o ponto mais relevante, é ônus do impugnante demonstrar a possibilidade daquele que requer o benefício suportar os encargos processuais, o que aqui não ocorreu, de modo que defiro a Justiça Gratuita.

Superadas as preliminares arguida pela defesa, impõe-se incursão no mérito.

Ao requerer os danos materiais, no valor das mercadorias cuja pena de perdimento se decretou, é lícito concluir que requer a autora o reconhecimento judicial da nulidade na aplicação de pena de perdimento a ela imposta pela União ante a presunção de interposição fraudulenta de terceiros, ocultação do real adquirente e suposta incapacidade econômica da empresa autora e de seus sócios.

Ao requerer os lucros cessantes, é lícito concluir que avança no dimensionamento dos danos, pois entende que o período em que permaneceu inativa, entre a data da apreensão das mercadorias e até o trânsito em julgado da sentença em mandado de segurança, a impossibilidade de prosseguir no seu objeto social deve ser indenizado.

Finalmente, ao requerer os danos morais, é a honra objetiva da pessoa jurídica que se busca proteger.

Considera a autora a aplicação da pena de perdimento arbitrária, aduzindo que a União não produziu provas concretas que corroborassem qualquer das hipóteses aventadas.

Por oportuno, o desenho legal e os pontos de controvérsia para o enfrentamento das alegações da autora na presente ação, em relação à pena de perdimento, já foram traçados por este Juízo quando da prolação de sentença na ação de segurança nº 500.0523-07.2012.404.7000, onde pontuei:

"Ora, o que se tem, como centro da discussão, é a correção do Auto de Infração nº 0915200/04012/11, proveniente do procedimento administrativo fiscal 15165.002347/2011-42, e apresentado, na íntegra, no já referido EVENTO 1 OUT 5 e, bem ponderadas as razões da autuação, vê-se que, como ressaí do minucioso relatório, considerou-se que a impetrante não apresenta escritura contábil, ou, quando a apresenta, o faz de modo irregular, daí porque, desqualificada para o fim de justificação das operações de importação, legitimada a aplicação dos incisos V e VI do art. 66 da IN 206/02.

Se é verdade que mesmo a mais intrincada questão pode ser objeto de impetração, pois não é a 'dificuldade' da causa que se confunde com a ausência do direito líquido e certo, também é certo, como já dizia este Juízo no feito anterior e em trecho já grifado, é o writ via estreita, assim que requer estejam nos autos todos os elementos, de modo inequívoco.

Para o caso, no entanto, há riqueza de desmentidos de parte a parte, impetrante e impetrado, de modo que apenas com a dilação probatória, com prova pericial adequada, se pode decidir judicialmente a causa.

Quanto à ilegalidade de eventual pena de perdimento, não há dúvida de que a competência para aplicá-la é da autoridade fiscal ora coatora.

Ao mesmo tempo em que descreve, em tese, o crime de contrabando ou descaminho, também descreve a infração administrativa a que se comina a pena de perdimento.

O ordenamento brasileiro desde o DL 37/66, já consignava:

Art. 105 - Aplica-se a pena de perda da mercadoria: (...)

X - estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no país, se não for feita prova de sua importação regular;

Assim, também o DL 1.455/76:

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

IV - enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas 'a' e 'b' do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966 (...)

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

Ao ingressar no país, a mercadoria de origem estrangeira deve ser submetida a despacho aduaneiro, processado com base em declaração apresentada pelo importador, nos termos do art. 44 do Decreto-Lei nº 37/66 e art. 482 e 483 do Decreto nº 4.543, de 26 de dezembro de 2002 (Regulamento Aduaneiro, ora substituído por novo Regulamento Aduaneiro de 2009, como já transcrito.

A ora impetrante, na verdade, entende que a pena de perdimento lhe foi aplicada ignorando-se a verdade dos fatos que envolvem suas operações de importação e sob a indevida presunção de má-fé.

Porém, não se pode confundir a presunção que se estabelece em desfavor do contribuinte com a presunção vedada no direito, pois aquela é, antes de tudo, autorizada e característica da discricionariedade típica do ato de polícia.

Os atos administrativos, de outro lado, gozam de presunção de legitimidade, portanto, o ônus da prova compete ao administrado.

No caso, após a retenção das mercadorias, tomou lugar o cabível processo administrativo fiscal, que culminou na decretação da pena de perdimento, ao que se segue a destinação dos bens.

Embora se reconheça que, assim como na aferição indireta, também a presunção está a exigir mais da administração, fato é que caberia à impetrante não apenas provar as 'inconsistências' na autuação, mas comprová-las já in limine, além de com prova pré-constituída, o que não se pode ter a partir das deficiências que se lhe assaca a autoridade quanto à contabilidade.

Em outros termos, a prova da regularidade na importação das mercadorias não se faz unicamente a partir das alegações contra a autuação fiscal, mas sim de um conjunto de circunstâncias particulares da operação que demonstre, inequivocamente, que tinha a impetrante absoluta condição de, a partir de seus próprios recursos, operar no comércio internacional."

A partir de tais normas, especialmente o DL 37/66 e o DL 1.455/76, além da legislação correlata, legal a aplicação da pena de perdimento, para o caso de toda relevância a produção de prova pericial nesta ação, já que justamente o rito especial do mandado de segurança em apenso foi o impeditivo da eventual sentença de anulação da penalidade.

Produzida aqui a prova pericial, cujos Laudos foram apresentados nos EVENTOS 129 e 162, é de se destacar que o trabalho pericial traz a comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados, tal como se extrai dos quesitos 11, 12 e 13 (EVENTO 129, fls. 9), a seguir reproduzidos:

QUESITO 11

Com base nos levantamentos realizados se pode concluir que a J.L.A FREITAS JUNIOR INFORMÁTICA, de acordo com o contrato de serviços entre as partes acostados nos autos, de acordo com a documentação pertinente (boletos, extratos bancários, transferências interbancárias, transferências de recursos e demais transações financeiras) era a responsável pelo acompanhamento comercial das contas a receber, contas a pagar e também respondia pelos suprimentos dos recursos?

RESPOSTA *Entre outros os documentos do evento 121 OUT10, OUT12 e OUT13 demonstram que a empresa era responsável pelo assessoramento técnico, financeiro e comerciadas contas a receber e a pagar, e, pelo que se denota desempenhou seu trabalho a contento.*

QUESITO 12

Com base nos extratos bancários e Boletos emitidos da ITS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COMPUTADORES LTDA. em favor da J.L.A FREITAS JUNIOR INFORMÁTICA, pode-se afirmar que foi a responsável pelos recebimentos através de Boletos e pelas transferências de recursos para a conta bancária da ITS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COMPUTADORES LTDA?

RESPOSTA Sim. Foi. Entre outros os documentos 121 OUT13 e INIC1 OUT36 evidenciam os fatos.

QUESITO 13

Com base nos levantamentos do quesito anterior, apontar se era a J.L.A FEITAS JUNIOR INFORMÁTICA, que fazia à transferência de recursos para fechamento/liquidação de câmbio?

RESPOSTA Foi a empresa J.L.A FEITAS JUNIOR INFORMÁTICA. Outros dados são os constantes das respostas oferecidas aos quesitos 09, 10, 11 e 12 anteriores.

Tal como mais de uma vez ressaltado e, quanto às operações aqui mencionadas, inclusive já coberto pela coisa julgada da ação 501.9386-45.2011.404.7000, o procedimento especial de controle foi legal, eis que havia mesmo indícios de interposição fraudulenta em importação.

É com a garantia de que o procedimento de fiscalização aduaneira foi legal que se vê todo o conforto da administração em tomar as várias medidas restritivas, sempre de cunho acautelatório.

Na verdade, não basta dispor o fisco de instrumentos adequados à fiscalização aduaneira, já que é preciso que sua atuação se dê à altura da tarefa, que deve ser sempre impessoal, ou seja, sem qualquer mácula, excesso ou descuido, tanto menos abusos ou desvios de poder, sendo que o poder de polícia encontra limites já a partir da própria legislação, como expressa o parágrafo único do artigo 78 do Código Tributário Nacional e profícua doutrina.

É verdade que a atuação de polícia é discricionária e sobre os atos da administração há a marca da presunção de veracidade e legitimidade como prerrogativa.

Já decidi, em outras oportunidades, e a própria sentença deste Juízo no feito em apenso o comprova, que, "... no entanto... em que pese o fato de os atos administrativos gozarem de presunção de legitimidade, não pode o fisco simplesmente presumir a atividade ilícita por parte do contribuinte.'

Logo, é fato que não há espaço para a simples ilação do fisco, a qual só pode subsistir após acurado processo administrativo fiscal, eis que

correlato aos graves poderes da administração há aqui valores de naipe constitucional que militam em favor da continuidade das atividades comerciais, conforme os princípios inscritos no artigo 170 da Constituição Federal.

A atuação acautelatória encontra guarida no art. 517 do Regulamento Aduaneiro, fazendo-se, inclusive, necessária ante os indícios de ilegalidade.

Para o caso, as medidas acautelatórias de apreensão e retenção foram consideradas legais, pois tido por legal o procedimento especial, e isto está coberto pela coisa julgada na ação de segurança 501.9386-45.2011.404.7000.

Porém, a pena de suspensão do CNPJ não foi objeto de consideração no precedente transitado, inclusive sendo de aplicação posterior, e, em relação ao tema, já tive oportunidade de proclamar:

"O reconhecimento da interposição fraudulenta de terceiros na importação caracteriza dano ao Erário, nos termos do art. 23, V, do Decreto-Lei 1.455/76, e, se efetivamente sempre importou num catálogo vasto de penalidades que se previram como suficientes para a resposta estatal à gravidade da conduta, valendo observar que sempre houve a preocupação quanto à proporcionalidade das penalidades aplicáveis nestes casos (conferir Rodrigo Mineiro Fernandes, in Análise da Validade da Aplicação da Pena de Perdimento de Mercadorias no Ordenamento Jurídico Brasileiro, RDM nº 9, p. 99), inclusive porque o art. 675 do Regulamento Aduaneiro, Decreto 6.759/09, cuidou expressamente das penas de perdimento do veículo, da mercadoria ou da moeda, multa e "sanção administrativa".

O art. 81 da Lei 9.430/96, na redação da Lei 10.637/02, é expressa em dispor:

Art. 81. Poderá ser declarada inapta, nos termos e condições definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, a inscrição no CNPJ da pessoa jurídica que, estando obrigada, deixar de apresentar declarações e demonstrativos em 2 (dois) exercícios consecutivos.

§ 1º Será também declarada inapta a inscrição da pessoa jurídica que não comprove a origem, a disponibilidade e a efetiva transferência, se for o caso, dos recursos empregados em operações de comércio exterior.

Cuida-se exatamente da sanção administrativa já referida, que veio sendo disciplinada por Atos Normativos de naipe inferior, tais como a IN SRF 200/02, IN SRF 568/05, IN SRF 1.470/14, penalidade também inscrita na Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n.º 1.634/16, onde se estabeleceu as seguintes diretrizes quanto à Declaração de Inaptidão do CNPJ:

Art. 40. Pode ser declarada inapta a inscrição no CNPJ da pessoa jurídica: (...)

III - com irregularidade em operações de comércio exterior, assim considerada aquela que não comprovar a origem, a disponibilidade e a efetiva transferência, se for o caso, dos recursos empregados em operações de comércio exterior, na forma prevista em lei. (...)

Art. 43. No caso de pessoa jurídica com irregularidade em operações de comércio exterior, de que trata o inciso III do caput do art. 40, o procedimento administrativo de declaração de inaptidão deve ser iniciado por representação consubstanciada com elementos que evidenciem o fato descrito no citado inciso.

O atual art. 41, III, da INRFB nº 1.863/18, traz a mesma redação:

Art. 41. Pode ser declarada inapta a inscrição no CNPJ da pessoa jurídica:

III - com irregularidade em operações de comércio exterior, assim considerada aquela que não comprovar a origem, a disponibilidade e a efetiva transferência, se for o caso, dos recursos empregados em operações de comércio exterior, na forma prevista em lei.

Tradicionalmente a inaptidão da inscrição no CNPJ foi tida por constitucional e legal, tendo o Superior Tribunal de Justiça, pela sua 1ª T. Unânime, rel. Min. Denise Arruda, DJE de 15/04/09, inclusive, decidido que "... não há falar em ilegalidade da pena prevista no art. 29 da IN 200/2000 da SRF, uma vez que tal previsão encontra fundamento de validade no art. 81 da Lei 9.430/96, alterado pela Lei 10.637/02...", sendo de investigar, todavia, o atual respaldo legal à penalidade administrativa.

Dispõe o art. 33 da Lei 11.488/07, posterior, portanto, à Lei 10.637/02:

Art. 33. A pessoa jurídica que ceder seu nome, inclusive mediante a disponibilização de documentos próprios, para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas no acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários fica sujeita a multa de 10% (dez por cento) do valor da operação acobertada, não podendo ser inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Parágrafo único. À hipótese prevista no caput deste artigo não se aplica o disposto no art. 81 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Tal como demonstra a autora, a partir da nova roupagem legal para a aplicação da pena administrativa, que, ademais, vinha desafiando as discussões quanto ao seu rigorismo, havendo quem defendesse aqui a aplicação, por analogia, do entendimento das Súmulas 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal, passou-se a compreender a própria revogação do anterior art. 81 da Lei 9.430/96 no que diz respeito à possibilidade de inaptidão do CNPJ.

Nesse sentido, muito embora se busque discriminar entre os requisitos para defender a permanência da penalidade de exclusão do CNPJ, como se extrai do Parecer PGFN/CAT nº 1.067/09 da Procuradoria da Fazenda Nacional, a doutrina especializada aponta pela clara substituição da pena de inabilitação do CNPJ pela pena de multa.

José Eduardo Soares de Melo (Importação. Interposição Fraudulenta de Terceiros. Prova e Responsabilidade, in Grandes Questões em Discussão no CARF, Coord. Mary Elbe Queiroz e Karem Jureidini Dias, p. 147), é assertivo ao concluir, quanto à inaptidão do CNPJ, que "... a mencionada penalização fora substituída por multa pecuniária (10% do valor da operação acobertada), no caso de a pessoa jurídica ceder seu nome, inclusive mediante a disponibilização de documentos próprios, para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas ao acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários (art. 33 da Lei Federal n. 11.488/07)."

Também Bernardo Alves da Silva Júnior explica que, "... com vistas a corrigir a distorção ora assoalhada - inaptidão do CNPJ da importador que fornece seu nome para acobertamento do real interveniente - foi então editada a regra do art. 33 da Lei 11.488/2007, a qual conduz o desejo do legislador de banir a inaptidão do CNPJ como pena para as empresas - Trading Companies - que apenas cedessem seu nome em operações de comércio exterior para acobertar seus reais intervenientes, trazendo ao ordenamento, em substituição, a multa de 10% do valor da operação acobertada. O desígnio encartado na lei é tão evidente nesse sentido que a conduta prescrita no art. 33 da Lei 11.488/2007 é idêntica à antes prevista no inciso III do art. 37 da IN SRF 200/2002, em que se encontrava a permissão normativa para a aplicação da sanção em comento. Tanto isso é verdade que a cessão de nome a terceiro para acobertamento não mais foi prevista, na IN SRF 748, de 28.06.2007, como fato ensejador, por si só, da inexistência de fato que gerasse inaptidão de CNPJ, tratamento este mantido na norma sucessora (IN RFB 1.005, de 08.02.2010). (Interposição Fraudulenta de Terceiros e as Multas Aplicadas ao Importador. Análise sobre o Conteúdo, Sentido e Alcance do art. 33 da Lei 11.488/2007 face ao Disposto no art. 23, V, §§ 1º e 3º, do Dec-Lei 1.455/1976, in RTFP nº 94, p. 49).

Como se viu, na verdade a atual IN RFB n.º 1.863/18, como antes o fizera a IN RFB 1.634/16, prevê a inaptidão para a hipótese, mas, na verdade, ao assim proceder na verdade ressuscita penalidade administrativa não mais possível, já que destituída agora do fundamento legal.

Já de primeira hora o Tribunal Regional Federal da 4ª Região conferiu ao mencionado art. 33 da Lei 11.488/07 a exegese aqui defendida pela impetrante, tendo decidido que:

... o art. 33 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, não tem o condão de afastar a pena de perdimento, porquanto não implicou em revogação do art. 23 do DL nº 1.455/1976, com a redação dada pela Lei nº 10.637/2002. Isso porque, a pena de perdimento atinge, em verdade, o real adquirente da mercadoria, sujeito oculto da operação de importação. A pena de multa de 10% sobre a operação, prevista no referido dispositivo legal, revela-se como pena pessoal da empresa que, cedendo seu nome, faz a importação, em nome próprio, para terceiros. O parágrafo único do aludido artigo, por sua vez, estatui que 'A hipótese prevista no caput deste artigo não se aplica o disposto no art. 81 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996'. essa complementação legal, constante do parágrafo único, abona o entendimento de que não houve a revogação da pena de perdimento para a hipótese retratada nos autos. Antes o confirma, porquanto exclui, expressamente apenas a possibilidade de aplicação da sanção de inaptidão do CNPJ. (AMS 2005.72.08.005166-6, rel. Des. Fed. Otávio Roberto Pamplona, 2ª T., 01/08/07)

O precedente mencionado em inicial, da lavra do mesmo Tribunal, confirma a linha aqui defendida, como anoto:

DECLARAÇÃO DE INAPTIDÃO DO CNPJ DE EMPRESA ENVOLVIDA EM INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIRO EM ATIVIDADE DE COMÉRCIO EXTERIOR. PREVISÃO EXPRESSA DA LEI Nº 11.488/04 SUBSTITUINDO A PENA DE INAPTIDÃO DO CNPJ POR MULTA. *Nos termos do art. 33 da Lei nº 11.488/07, a interposição fraudulenta de pessoa jurídica em operação de comércio exterior, embora continue sendo hipótese de dano ao erário e conseqüente perdimento das mercadorias transacionadas, já não enseja a inaptidão do CNPJ da pessoa jurídica envolvida, mas a pena de multa.* (AC nº 2006.72.05.006036-0, rel. Des. Fed. Luciane Amaral Corrêa Münch, 2ª T. DJE de 28/09/09).

Conclusão óbvia é a ilegalidade da pena quanto ao CNPJ, merecendo ratificação a liminar do EVENTO 19 para completa reativação do CNPJ.

Não é demais lembrar que todas estas medidas acautelatórias são distintas da pena de perdimento, também aplicada contra a ora autora.

Aplicada a pena de perdimento, esta poderá demonstrar-se despropositada, cogitando-se ainda, em determinados casos, de desproporcionalidade entre a multa cabível pela infração, não perfeitamente identificada, e o valor do bem apreendido. Neste sentido, a jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça (RESP 119.305/RS e RESP 34.325/RS).

Mirando no procedimento administrativo levado a cabo no caso concreto, e aqui, repisando estarem os fatos demonstrados na documentação trazida com a inicial, é certo que o rol das hipóteses sujeitas ao perdimento foi ampliado pelo Decreto-lei nº 1.455/76, que estabeleceu em seu artigo 23 a presunção de dano ao erário em situações de importação sujeitas à pena de perdimento.

Em 2002, por intermédio da Lei nº 10.637/02, conversora da Medida Provisória nº 66/2002, o inciso V foi incluído no artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455/76, com a seguinte redação:

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

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

Segundo a exposição de motivos da Medida Provisória nº 66/2002, em seu item 43, a inclusão do inciso V no artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455/76 visou “*aperfeiçoar a legislação aduaneira no que concerne à prevenção e ao combate às fraudes.*”

É condição *sine qua non* para a hipótese de ocultação do real adquirente de mercadorias importadas que a operação tenha ocorrido mediante fraude ou simulação.

Logo, a responsabilidade do importador nesse caso é subjetiva.

Nesse sentido, o artigo 72 da Lei nº 4.502/64 é o dispositivo legal vigente que define a fraude:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir

o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Já simular, segundo a doutrina de Silvio de Salvo Venosa (Direito Civil, Atlas, 2003, 3ª ed., p. 467), *"... é fingir, mascarar, camuflar, esconder a realidade. Juridicamente, é a prática de ato ou negócio que esconde a real intenção. A intenção dos simuladores é encoberta mediante disfarce, parecendo externamente negócio que não é espelhado pela vontade dos contraentes. As partes não pretendem originalmente o negócio que se mostra à vista de todos; objetivam tão só produzir aparência. Trata-se de declaração enganosa de vontade."*

Das definições de fraude e simulação acima, verifica-se que a comprovação do dolo é outra condição essencial para caracterização da ocultação do real adquirente em uma operação de importação.

Portanto, com uma análise detida da legislação aduaneira aplicável, para que a fiscalização desconsidere uma importação por conta própria em razão de entender mais adequada a declaração de encomenda e, conseqüentemente, aplicar a pena de perdimento por presunção de ocultação do real adquirente da importação, é indispensável que demonstre que essa ocultação ocorreu mediante fraude ou simulação dolosa, ou seja, que referido o ato ilícito possibilitou a redução ou não pagamento dos tributos incidentes na importação.

Tal ponto não foi demonstrado pela União.

A autora trouxe faturas comerciais emitidas em seu nome, comprovantes de coleta emitidos pelas companhias aéreas também em seu nome, conferência de carga no sistema MANTRA e Declarações de Importação, todas em seu nome, de maneira que não vislumbro o dolo a configurar a ocultação do real adquirente, caindo por terra o ataque a União quanto a esse ponto.

Vale esclarecer que a ocultação do real adquirente da importação pela simples revenda dos produtos importados para uma única pessoa após o desembaraço aduaneiro não se confunde com a interposição fraudulenta de terceiros por não comprovação dos recursos utilizados na operação de comércio exterior.

Nesta última hipótese, a de interposição fraudulenta, deve haver comprovação da relação entre os recursos efetivamente utilizados na importação e a interposta pessoa ocultada na declaração, o que aqui não também não se vê.

De forma lógica, para a configuração de fraude ou da simulação é necessário que esteja presente o elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo, conforme se verifica no regramento do art. 72 da Lei 4.502/64 supramencionado, elemento que necessita da colaboração de ardis para buscar "enganar" o fisco.

No caso concreto, o real adquirente é informado em todas as obrigações, ficando claro que aqui se trata da empresa autora, I T S DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE COMPUTADORES LTDA ME, cujas operações são intermediadas pela J.L.A FEITAS JUNIOR INFORMÁTICA, responsável pela transferência de recursos para fechamento/liquidação de câmbio dentre outras obrigações previstas em contrato, como se extrai do EVENTO 121, OUT 12, o que foi facilmente apreendido pelo Perito judicial.

Logo, não há como prosperar o argumento da União apresentado em contestação, qual seja, o de que inexistente, enquanto ente administrativo, o dever de fiscalizar o destino final das mercadorias importadas, sendo lícito presumir interposição fraudulenta de terceiro e conseqüente ocultação de real adquirente ante os simples movimentos contábeis.

Deve-se lembrar que não há previsão legal para a exigência de identificação de possíveis clientes finais, sendo tal exigência verdadeiro obstáculo à livre iniciativa empresarial.

A perícia, inclusive, demonstrou que contava a autora com linha de crédito adequada, sendo que, conforme o Sr. Perito, *"... adotando procedimento normal, assim como a grande maioria dos pequenos e médios importadores, a Autora importou produtos/mercadorias com a utilização de crédito de terceiros e prestação de serviços especializados de terceiros."*

Também a perícia demonstrou contar a autora com robusta carteira de clientes, e, as respostas aos quesitos 11, 12 e 13, não deixam margem a dúvidas quanto à regularidade dos registros contábeis das operações aqui realizadas pela autora nas importações.

Logo, a pena de perdimento no caso foi ilegal.

A prova documental apresentada com a inicial foi corroborada pelo trabalho pericial produzido no curso do processo, ratificando a seriedade das justificativas apresentadas pela autora e evidenciando a desproporcionalidade na aplicação da pena de perdimento.

Assim, concluo que assiste razão à autora, ante tal comprovação documental e pericial, sobre a nulidade da pena de perdimento, penalidade extremamente severa, de graves consequências e que deve ser imposta apenas em situações bastante específicas, como resulta claro das hipóteses previstas no artigo 105 do Decreto-lei nº 37/66, legislação mais antiga e vigente que prevê a aplicação da pena de perdimento.

Em outros termos, a prova da regularidade na importação das mercadorias restou demonstrada não apenas pelas alegações e documentos trazidos pela autora, mas também pela prova pericial produzidas nesses autos, envolvendo um conjunto de circunstâncias particulares da operação que

demonstrou, inequivocamente, que tinha sim a autora, a partir da sua carteira de clientes e créditos obtidos, absoluta condição de, a partir desses recursos tidos como próprios, operar no comércio internacional e perpetrar as operações que levaram à pena de perdimento.

Não é tudo, pois pretende a autora também a indenização pelos lucros cessantes.

Configurada a existência do dano, dele emerge a obrigação do ressarcimento pelo seu causador, o qual deve contemplar não apenas a perda que atinge o patrimônio corpóreo do lesado, onde se inclui também os lucros cessantes, isto é, o montante que o prejudicado deixou de auferir em decorrência do dano, como também o seu patrimônio imaterial, onde estão a imagem, a honra, o nome, a reputação, o crédito, a dignidade, dentre outros.

Antônio Chaves (*in* Responsabilidade Civil - Atualização em matéria de responsabilidade por danos morais, RJ nº 231, jan/97, p. 11), ao tratar do tema esclarece que *"... é absolutamente necessário que se mantenha bem claro o traço divisório entre o dano material e o dano moral. Aquele sempre se traduz, direta ou indiretamente, em prejuízo econômico; este é patrimonialmente inavaliável, a ponto de que esse tem sido o mais pertinaz dos argumentos contrários à admissão de sua própria existência. Na realidade, o dano verdadeiramente moral se indeniza pecuniariamente porque, ou a pretexto de que, uma compensação financeira para a dor pode torná-la mais suportável."*

Quanto aos danos patrimoniais, estes devem estar cabalmente demonstrados, sendo imprescindível a comprovação do fato, do dano efetivamente experimentado e o nexo de causalidade havido entre eles, sendo que daqui emerge questão de relevo, pois o mesmo rigorismo de prova exigido quanto aos danos materiais, também se exige quanto aos lucros cessantes.

A indenização deve sempre corresponder ao efetivo prejuízo ou lesão patrimonial experimentado, cabendo ao lesado comprovar o montante de sua perda, o *quantum sufficit*, a fim de que se possa buscar a exata reparação.

E, bem compreendidos os fundamentos da inicial, tenho que não há amparo para a indenização dos lucros cessantes.

Consoante a tese da autora, os lucros cessantes decorrem do que legitimamente *"... se deixou de auferir em razão de tal conduta, caracterizando a necessidade de reparação material..."*, porém, bem analisados os fundamentos de fato, nota-se que todos eles estão intimamente relacionados às medidas cautelares tomadas pela administração fiscal.

Ora, como já se disse e não é demais recordar, são exatamente tais medidas que foram proclamadas legais, pois transitou em julgado a sentença na

ação 501.9386-45.2011.404.7000, justamente a que, em julgamento de mérito, reconheceu a legalidade do procedimento especial de controle, por isso que os anunciados abusos de procedimento pela autora não merecem sequer curso na presente ação.

Aliás, ao menos no ponto não é possível desprezar a parcial razão da União ao pontuar que "*... o pedido condenatório eleito pela autora está necessária e logicamente vinculado à pronúncia de ilegalidade do procedimento administrativo fiscal cuja decisão final concluiu pela ilegalidade da importação e consequentemente pela pena de perdimento.*"

Ao menos quanto ao pedido de lucros cessantes, não tenho dúvida de que os destinos das ações estão umbilicalmente traçados.

De outro, suspenso o CNPJ e brevemente reativado na via judicial, realmente não há o mínimo de prova quanto aos lucros cessantes, único ângulo sob o qual se poderia demonstrar a existência dos ditos danos, por não coberto o tema pela coisa julgada.

De fato, a pronta reativação do CNPJ da autora, viabilizando a continuidade de suas operações, recordando que o objeto social da autora é amplo, permitiria a continuidade dos negócios.

Mesmo que se compreenda que houve paralisação das atividades da autora por determinado período, não é possível aqui superar a coisa julgada, e, portanto, mesmo descabida a apreciação de eventuais lucros cessantes.

Finalmente, tampouco é possível o reconhecimento dos danos morais.

Em grande medida, também os fundamentos para a indenização dos danos morais está vinculado à sorte do procedimento especial de controle, cuja legalidade na evolução já está coberto pela coisa julgada na ação 501.9386-45.2011.404.7000.

Ademais, profícua a construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a simples submissão aos procedimentos fiscalizatórios não importam em danos morais, vale anotar que, assim como a polícia judiciária, a polícia administrativa atua em fase inquisitorial e inspirada no princípio do *in dubio pro societate*.

Submetida a autora a procedimento especial de controle que foi considerado legal, tenho mesmo que o exercício do poder de polícia encerra, naturalmente, um elevado número de atos, certo que tal atuação, quando abusiva, de regra atinge honra da pessoa, inclusive a jurídica.

Não se pode olvidar as especificidades no desempenho das atividades de polícia administrativa, a partir do art. 78 do Código Tributário Nacional, por isso que para o caso o procedimento especial exige rigoroso rito, que, em última instância, serve também para prevenir o eventual desvio de poder ou abuso de autoridade, o que nem de longe foi demonstrado nestes autos, e nem poderia ser, pois quanto às medidas cautelares nada há que pronunciar ante a coisa julgada, quanto à suspensão do CNPJ, trata-se de intercorrência natural e que não deslustra a pessoa jurídica, e, finalmente, quanto à ilegalidade da pena de perdimento, tampouco demonstra a autora como tal pena repercutiu na sua honra objetiva.

O procedimento especial vocacionado exatamente para averiguar a hipótese fática de interposição fraudulenta na importação partiu de indícios seguros, e, se ao final aplicou pela de perdimento de modo ilegal, o reparo ao contribuinte há de se comportar nos limites materiais.

É dever de todo cidadão colaborar com os esclarecimentos em expedientes, inclusive inquisitoriais, bastando não seja coagido ou desrespeitado nessa iniciativa das autoridades, por isso que é a jurisprudência pátria rica em precedentes no sentido de que meros dissabores decorrentes dessa colaboração não caracterizam dano moral, valendo anotar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

A indenização por dano moral não deve ser deferida por qualquer contrariedade, não se devendo estimular o enriquecimento indevido nem a chamada indústria do dano moral¹. (RECURSO ESPECIAL nº 504639, Relator(a) SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Órgão julgador QUARTA TURMA Fonte DJ DATA:25/08/2003. p. 323)

O mero dissabor não autoriza o pleito de reparação por dano moral. Recurso especial não conhecido (REsp 671672/RS, 3ª T, un., rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 22/05/2006 p. 194)

Por mais que lastreada a responsabilidade no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, está sempre a requerer a demonstração da ilegalidade do dano, o que não ficou configurado nos presentes autos.

Não há como ressarcir o contribuinte apenas por ser alvo de ações fiscalizatórias, tomadas na defesa da coisa pública e do erário, salvo nas odiosas hipóteses de desvio ou abuso de poder.

Admitir o dano pela simples submissão à fiscalização seria inibir a ponto de inviabilizar o exercício do poder de polícia, vocacionado à prevenção e repressão dos ilícitos administrativo.

Logo, tampouco merece guarida o direito à indenização por danos morais.

III – DISPOSITIVO

Em face do exposto, **afasto as preliminares e JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO**, ratificando a liminar para **determinar a reativação do CNPJ da autora, bem como, DECLARO A NULIDADE da pena de perdimento, condenando a União à indenização pelos danos materiais, estes no valor dos produtos cujo perdimento se decretou, conforme apuração em liquidação de sentença, ao tempo em que INDEFIRO a pretensão da indenização de lucros cessantes e de danos morais, tudo nos termos da fundamentação.**

Ante a sucumbência recíproca, atnto à concessão da Justiça Gratuita à autora e aos valores pretendidos na presente ação que se ampararam em estimativas quanto aos negados lucros cessantes e danos morais, condeno a União em honorários de advogado, que fixo em 5% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85 do Código de Processo Civil.

Custas *ex lege*.

Publique-se. Registre-se. Intimem-.se.

Documento eletrônico assinado por **CLAUDIO ROBERTO DA SILVA, Juiz Federal Substituto na Titularidade Plena**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **700009174829v44** e do código CRC **6cd81ed7**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): CLAUDIO ROBERTO DA SILVA
Data e Hora: 16/9/2020, às 18:50:15

5046019-20.2016.4.04.7000