



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

Processo nº 10074.001034/2010-91
Recurso nº De Ofício
Acórdão nº 3401-002.313 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de julho de 2013
Matéria Auto de Infração
Recorrente Fazenda Nacional
Interessado Praiamar Indústria, Comércio e Distribuição Ltda.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 21/03/2007 a 05/08/2008

IMPORTAÇÕES PARA REVENDA A ENCOMENDANTE
PREDETERMINADO. COMPROVAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DAS
NORMAS BAIXADAS PELA RFB. INFRAÇÃO AO ART. 33 DA LEI Nº
11.488/2007. CONFIGURAÇÃO.

Uma vez demonstrado e provado que as operações de importação realizadas se qualificavam como destinadas a revenda a encomendante predeterminado, plenamente cabível a aplicação da multa prevista no art. 33 da Lei nº 11.484/2007, quando não observadas as normas baixadas pela RFB (IN SRF 634/2006), por força do art. 11, § 2º da Lei nº 11.281/2006.

Recurso de ofício provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso de ofício. Vencidos os Conselheiros Fernando Marques Cleto Duarte Jean Cleuter e Ângela Sartori, que negavam provimento. Designado o Conselheiro Robson José Bayerl.

Júlio César Alves Ramos - Presidente.

Fernando Marques Cleto Duarte - Relator.

Robson José Bayerl – Redator Designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Julio César Alves Ramos, Fenelon Moscoso de Almeida, Robson José Bayerl, Fernando Marques Cleto Duarte, Ângela Sartori e Jean Cleuter Simões Mendonça.

Relatório

Trata o presente processo de Auto de Infração lavrado contra a contribuinte Praiamar Indústria, Comércio e Distribuição Ltda. no valor de R\$ 11.931.014,07, referente a multa prevista no art. 33 da Lei nº 11.488/2007.

A interessada foi submetida ao procedimento especial de fiscalização da IN nº 228/2002 que resultou no relatório de folhas 11210 a 11232, parte integrante do auto de infração e do qual se extraem as seguintes informações:

- a) Foram analisadas importações registradas no período compreendido entre julho de 2006 e fevereiro de 2009. As Declarações de importação foram registradas em nome e conta próprios da Praiamar, por meio da matriz ou de suas filiais;
- b) Em resposta à intimação, a interessada entregou parcialmente a documentação solicitada alegando que houve destruição em função de evento danoso (chuvas), conforme registro perante autoridade policial. Informou também que as pessoas que atualmente controlam e realizam negócios de comércio exterior da Praiamar são o administrador Sr. José Roberto, os despachantes da SGL (System Global Logistics Ltda., ME) e os despachantes Sr. José Carlos Nascimento de Carvalho e Luiz Ernani Oriente da Silva.
- c) O Sr. José afirma que passou a administrador da empresa em data posterior a janeiro de 2009, depois do período de interesse da ação fiscal. Declara que a empresa tem entre suas atividades a importação e exportação, todavia não possui unidades fabris e que correntemente contrata fábricas de bebidas (refrigerantes) com a empresa Atibaiense e com esta somente há uso de máquinas, os insumos são enviados pela Praiamar.
- d) Foram apresentados contratos de locação de equipamentos industriais e industrialização por encomenda e envase de refrigerantes, celebrados com a Atibaiense, que não são de interesse da auditoria por não utilizarem o malte, mercadoria predominante nas importações examinadas.
- e) Fora indeferida a solicitação da interessada de “cópia do dossiê capeado pelo memo nº 956/2009/Sepel/IRF-RJO”, com base na CRFB/88 e na Lei nº 5.172/1996. Em resposta à nova solicitação foi encaminhada à interessada cópia do memo nº 44 Sefia 1/IRF/RJO. A Solicitação se referia a documento interno que não estava em seu exclusivo nome, pois

continha informações sobre doze outros contribuintes e que não veio a integrar o presente processo.

- f) Os dados sobre a ação fiscal estavam disponíveis à interessada desde 12.3.2010 quando teve ciência do código que permitiria seu acesso, no sítio da SRFB na internet.
- g) Foram apresentadas cópias de DI's e de notas fiscais;
- h) Em depoimento, o Sr. Roberto Lopes, administrador da recorrente no período de interesse, afirmou que controlava os negócios de comércio exterior da Praiamar.
- i) Afirmou que 90% das importações de malte foram destinadas à Cervejaria Petrópolis; as notas fiscais de saída apresentadas pela contribuinte no decorrer do procedimento demonstram que todas importações de malte foram encaminhadas à Cervejaria Petrópolis;

Devidamente cientificada da autuação, a contribuinte protocolou Impugnação, alegando, em síntese:

- a) Houve preterição de seu direito de defesa;
- b) Exerceu a atividade empresarial de importação, cumprindo fielmente todos os requisitos e regras exigidos pela legislação brasileira para atuar no comércio exterior;
- c) No curso da ação fiscal, demonstrou sua idoneidade financeira, capacidade técnica e disponibilidade de recursos para efetivar, como fez, as operações de importação em nome próprio.
- d) Adimpliu com as obrigações cambiais e tributárias inerentes às importações, cumprindo, também, com os deveres instrumentais impostos pelo Siscomex;
- e) Os auditores fiscais não demonstraram a alegada simulação nas operações de importação, formalizando, portanto, o auto de infração com base apenas em presunção comum, sem previsão legal;
- f) Não há, com relação às operações informadas no Relatório Fiscal, pré-encomendante ou importador oculto, sendo totalmente descabido o enquadramento das operações para “importação por encomenda”;
- g) Houve invasão indevida de atos e negócios privados da impugnante, celebrados estes em total consonância à Lei Civil e às formas jurídicas ali estabelecidas.
- h) Não se verifica a infração tipificada no art. 33 da Lei nº 11.488/2007, nem se observa a ocorrência de interposição fraudulenta, cessão de nome, dado ao erário ou qualquer espécie de ilícito ligado ao comércio exterior, mesmo porque a finalidade da lei busca coibir o empréstimo de nome e

não a regular atividade da empresa com dimensão de negócios como a Impugnante;

- i) Assumiu por conta e risco os negócios atinentes ao novo nicho de mercado que estava explorando, qual seja, o comércio de malte nacional, mesmo porque mantinha estoque regular do produto em quantidade demonstrada de comércio do produto; as operações se verificam tanto com lucro como com prejuízo. Numa clara assunção de risco, houve deterioração e perda de produtos em estoque assumido pela impugnante, numa clara demonstração de que era a efetiva proprietária dos produtos dados em comércio e que aguardavam apresentação dos pedidos para saída do estoque.
- j) Caso houvesse simulação aventada pelo auto de infração com base na legislação civil, ela não se caracterizaria por inexistir prejuízo ao fisco, terceiro ou infração à lei.

Em 11.3.2011, a DRJ/FNS julgou a impugnação apresentada procedente, tendo em vista a ementa abaixo transcrita:

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

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

IMPORTAÇÕES PRÓPRIAS. DESCARACTERIZAÇÃO. IMPORTAÇÕES PARA REVENDA A ENCOMENDANTE PREDETERMINADO. CESSÃO DE NOME. ACOBERTAMENTO DE INTERVENIENTE OU BENEFICIÁRIO. INFRAÇÃO.

A infração prevista no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007 por “cessão do nome da pessoa jurídica, 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”, não se caracteriza no caso de ausência de comprovação de que as importações declaradas como sendo “por conta própria” foram realizadas na modalidade “para revenda e encomendante predeterminado”.

Nessa ocasião, a Procuradoria da Fazenda Nacional protocolou Recurso de Ofício contestando a decisão proferida.

É o relatório.

Voto Vencido

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

Autenticado digitalmente em 06/08/2014 por FERNANDO MARQUES CLETO DUARTE, Assinado digitalmente em 06/08/2014 por

or FERNANDO MARQUES CLETO DUARTE, Assinado digitalmente em 06/08/2014 por ROBSON JOSE BAYERL, Assinado digitalmente em 07/08/2014 por JULIO CESAR ALVES RAMOS

Impresso em 12/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Este recurso apresenta os requisitos de tempestividade e cumpre os pressupostos de admissibilidade, portanto, deve ser conhecido.

Em resumo, trata de um Recurso de Ofício interposto à luz do art. 34 do Decreto nº 70.235/72, com alterações introduzidas pela Lei nº 9.532/97, e art. 1º da Portaria MF nº 03/2008, por força do recurso necessário. Desta forma, a decisão proferida pela DRJ tornar-se-á definitiva apenas depois de o recurso ser julgado por este juízo “*ad quem*”.

Em Sessão de 11.3.2011, a DRJ/Florianópolis – SC – deu procedência ao pedido de impugnação apresentado pela contribuinte. Transcrevo a seguir a ementa da decisão:

ASSUNTO: Obrigações Acessórias

Período de Apuração: 21/03/2007 a 05/08/2008

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

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

IMPORTAÇÕES PRÓPRIAS. DESCARACTERIZAÇÃO. IMPORTAÇÕES PARA REVENDA A ENCOMENDANTE PREDETERMINADO. CESSÃO DE NOME. ACOBERTAMENTO DE INTERVENIENTE OU BENEFICIÁRIO. INFRAÇÃO.

A infração prevista no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007 por “cessão do nome da pessoa jurídica, 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”, não se caracteriza no caso de ausência de comprovação de que as importações declaradas como sendo “por conta própria” foram realizadas na modalidade “para revenda e encomendante predeterminado”.

Quanto à apresentação do Recurso de Ofício pela Procuradoria da Fazenda Nacional, não vislumbro alterações do “decisum” da DRJ, visto que a recorrente não traz, em sede recursal, novas teses de argumentação, tampouco acosta aos autos novas provas documentais.

Desta forma, à vista do exposto, voto por manter integralmente a decisão prolatada pela DRJ, negando, assim, provimento ao Recurso de Ofício.

É como voto!

Fernando Marques Cleto Duarte – Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Robson José Bayerl, Redator designado

Com todo o respeito ao entendimento externado pela decisão recorrida e pelo voto vencido nesta assentada, divirjo quanto à conclusão que o lançamento tenha se baseado em meros indícios para requalificar as importações realizadas pela autuada.

Distintamente, entendo que todos os elementos colacionados ao processo conduzem, sim, à situação fática e jurídica relatada pela autoridade fiscal.

Consoante a acusação fiscal, a operação engendrada consistia em importação de malte a encomendante predeterminado, conforme previsão do art. 11 da Lei nº 11.281/2006:

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

§ 1º A Secretaria da Receita Federal:

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

II - poderá exigir prestação de garantia como condição para a entrega de mercadorias quando o valor das importações for incompatível com o capital social ou o patrimônio líquido do importador ou do encomendante.

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

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

O texto legal não traz qualquer requisito para a configuração da importação a encomendante predeterminado, da mesma forma a IN SRF 634/2006, que, ao normatizar o instituto, apenas estabelece o procedimento a ser observado, excetuando apenas que os recursos financeiros não podem ser provenientes do encomendante.

Desta maneira, a meu sentir, qualquer operação de importação onde o importador atenda a demanda expressa do seu cliente, caracterizado como encomendante, incorre na figura prevista no aludido dispositivo e, como tal, deve ser tratado.

Os documentos carreados aos autos dão conta que, durante o período de julho/2006 a fevereiro/2009, o contribuinte autuado importou malte quase exclusivamente para a Cervejaria Petrópolis Ltda., atendendo a pedidos por ela formalizados, sem, no entanto, enquadrá-la como importação a encomendante predeterminado e, em consequência, omitindo o nome desta última nas operações realizadas.

A bem da verdade, todas as importações realizadas tiveram como destinatária a Cervejaria Petrópolis, porquanto a única operação realizada a outro cliente, tal como indicado no voto ora rebatido, especificamente a nota fiscal nº 015076, fls. 11535 e 11536 (emitida pelo estabelecimento 00.851.567/0032-78 em favor da Cooperativa Agrária Mista Entre Rios Ltda.), não é possível afirmar que se tratava do mesmo produto entregue à cervejaria, ao passo que tanto a descrição do produto (“malte argentino de 2 fileiras”), como o seu código (0330), não eram os mesmos do malte enviado àquela (“Malte”, código 7097).

Portanto, a exceção apontada pela decisão sob reexame, a meu sentir, apenas confirma que as operações de importação eram específicas e atendiam a determinações de cada encomendante, o que, aliás, se destaca do próprio trecho citado pelo voto condutor, onde o responsável pela administração da pessoa jurídica autuada afirma que as importações só se realizavam mediante pedido da Cervejaria Petrópolis Ltda.

Mais uma vez destoando da decisão de primeiro grau, tenho que tal afirmação permite sim a inferência que as operações somente se realizavam a partir de pedidos formalizados pela aludida cervejaria, o que claramente se amolda à importação a encomendante predeterminado.

Por outro lado, a existência do contrato firmado entre a autuada e a cervejaria não milita em seu favor, mormente a cláusula que dispunha ser possível a utilização subsidiária do mercado externo para aquisição do malte, mesmo porque, vale o que efetivamente ocorrido e não apenas o que acertado, principalmente quando se verifica que a suposta eventualidade da importação prevista no aludido contrato, na verdade, foi a regra adotada.

Destarte, no período alcançado pela fiscalização, do que se depreende da decisão reexaminada, houve apenas operações de compra no mercado exterior, não servindo de parâmetro a existência de aquisições no mercado interno no ano de 2005, uma vez que este período não foi objeto de fiscalização.

Assim, o quadro descortinado é um só: a Praiamar Ind., Com. e Distribuição LTDA., atendendo a pedidos específicos e prévios da Cervejaria Petrópolis Ltda., adquiria malte importado exclusivamente para este último, como relatado e devidamente provado nos autos deste processo.

As operações, a concatenação dos fatos e as infrações imputadas estão devidamente descritas e comprovadas no processo, através da juntada de depoimentos, termos fiscais, contratos, declarações de importação, notas fiscais de venda, contratos de câmbio, dentre outros documentos, tudo a demonstrar que houve importação a encomendante predeterminado sem a observância das regras baixadas pela IN SRF 634/2006.

Valendo-me da citação doutrinária coligida pelo voto vencido, entendo que no caso vertente a autoridade administrativa se desincumbiu plenamente de trazer ao processo o acervo probatório necessário à configuração da infração, não faltando fundamentação ao lançamento, pois das premissas adotadas (e provadas), forçosa a conclusão estampada.

Uma vez emoldurada a operação como importação a encomendante predeterminado, tem-se que realizada em desacordo com os requisitos e condições estabelecidos pela IN SRF 634/2006, presume-se feita por conta e ordem de terceiros, nos termos do art. 11, § 2º da Lei 11.281/06.

Na linha do que parece ser a compreensão do voto sob reexame, uma vez ultrapassada o enquadramento da operação e, desde que se entenda pela importação a encomendante predeterminado, aplicável a multa estatuída no art. 33 da Lei nº 11.488/2007.

No entanto, deve-se observar as ressalvas feitas quanto à incidência da pena na forma dada pela autuação.

De fato, não há como aplicar a retroatividade benigna do art. 106, II, “c” do CTN, porque, para tanto, ter-se-ia que adotar a premissa que a multa equivalente ao valor aduaneiro – substitutiva da pena de perdimento – prevista no art. 23 do DL 1.455/76 teria sido revogada pela multa do art. 33 da Lei nº 11.488/07, no valor de 10% (dez por cento) do valor da operação, o que não é o caso.

Da análise do contexto legal, conclui-se que ambas as penalidades continuam a vigorar e se prestando a sancionar situações específicas, de modo que, nesta parte, a decisão de piso não merece qualquer reparo, devendo ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Assim, a multa do indigitado art. 33 da Lei nº 11.484/2007 somente incide sobre os fatos ensejadores ocorridos a partir de sua vigência, que se concretizou com a publicação do instrumento legal, ocorrida em 15/06/2007.

Com estas considerações, voto por dar provimento parcial ao recurso de ofício para manter o lançamento da multa do art. 33 da Lei nº 11.484/2007 para os fatos ocorridos a partir de 15/06/2007, inclusive, nos termos do voto.

Robson José Bayerl