



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

Processo nº 10074.001230/2009-22
Recurso nº 922.251 De Ofício
Acórdão nº **3101-001.078 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 24 de abril de 2012
Matéria PENA DE PERDIMENTO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ADANCAL COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 27/11/2002 a 19/10/2007

PENA DE PERDIMENTO. COMPROVAÇÃO. FRAUDE, SIMULAÇÃO OU INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA.

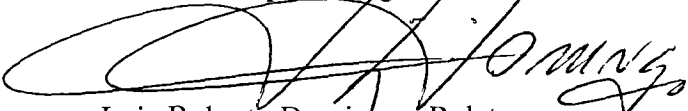
Não comprovado objetivamente o dano ao Erário mediante fraude, simulação ou interposição fraudulenta de terceiros na importação de mercadorias ou, pela forma presumida, a indisponibilidade financeira do importador, não deve permanecer a pena de perdimento convertida em multa.

Recurso de Ofício Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade, negar provimento ao recurso de ofício. O conselheiro Corinto Oliveira Machado votou pelas conclusões.


Tarásio Campelo Borges - Presidente Substituto


Luiz Roberto Domingo - Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros Corinto Oliveira Machado, Valdete Aparecida Marinheiro, Mônica Monteiro Garcia De Los Rios (Suplente), Vanessa Albuquerque Valente, Luiz Roberto Domingo e Tarásio Campelo Borges.

Relatório

Trata-se de pena de perdimento convertida em multa correspondente ao valor aduaneiro das mercadorias importadas e registradas no período de 2002 a 2007, pela prática da interposição fraudulenta de terceiros, ocultação pela Recorrente dos reais adquirentes das mercadorias importadas.

A interposição fraudulenta restou configurada pela falta de comprovação dos recursos utilizados na importação das mercadorias (forma presumida da interposição fraudulenta), bem como o registro no SISCOMEX de importações diretas, quando na verdade eram por conta e ordem de terceiros ou por encomenda.

Em impugnação a Recorrente, alegou, em preliminar, a decadência da multa referente às importações anteriores a 13/10/2004, e no mérito, a necessidade de a Fiscalização distinguir as interposições fraudulentas presumidas das comprovadas.

A DRJ converteu o julgamento em diligência que, concluída, contou com a manifestação da Recorrente. No retorno dos autos, a DRJ julgou procedente a impugnação, nos termos da seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 27/11/2002 a 19/10/2007

DECADÊNCIA. IMPOSIÇÃO DE PENALIDADES. O direito de impor penalidades extingue-se em cinco anos a contar da data da infração.

ÔNUS DA PROVA. AUTO DE INFRAÇÃO. É ônus do agente fiscal consubstanciar com provas os fatos e alegações que motivaram a autuação fiscal.

DILIGÊNCIA. CABIMENTO. A diligência não pode ser utilizada para suprir a prova material da prática da infração.

Impugnação Procedente

Assim, foram os autos remetidos ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF para apreciação do Recurso de Ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Roberto Domingo, Relator

Conheço do Recurso de Ofício por atender aos requisitos de admissibilidade, em especial, quanto à matéria de competência deste Conselho e quanto à superação do limite

de alçada, conforme estabelecido no art. 34, do Decreto nº 70.235/72, com alterações introduzidas pela Lei nº 9.532/97 e Portaria MF nº 3/2008.

Assiste razão a DRJ. A autuação tem como objeto o suposto dano ao Erário na importação de mercadorias pela interposição fraudulenta de terceiros mediante a ocultação dos reais adquirentes.

Conforme conclusão do Relatório Fiscal que instruiu o Auto de Infração, a autuação baseou-se nos seguintes argumentos:

“Assim, haja vista a ocultação do sujeito passivo (seja pela forma presumida, através da não comprovação da origem dos recursos, ou pela forma direta caracterizada por adiantamentos) nas importações apontadas nesta autuação de infração, restou clara a importação irregular das mercadorias, acarretando, por sua vez, a penalidade tipificada no artigo 689, inciso XXII, do atual Regulamento Aduaneiro (artigo 618, inc. XXII, do Regulamento vigente à época).”

Prescreve o inciso XXII do artigo 689 do Regulamento Aduaneiro/2009:

Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, caput e § 1º, este com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59):

[...]

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

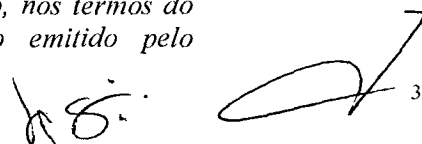
§ 1º A pena de que trata este artigo converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59).

§ 2º A aplicação da multa a que se refere o § 1º não impede a apreensão da mercadoria no caso referido no inciso XX, ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território aduaneiro (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 4º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59).

§ 3º Na hipótese prevista no § 1º, após a instauração do processo administrativo para aplicação da multa, será extinto o processo administrativo para apuração da infração capitulada como dano ao Erário (Lei nº 10.833, de 2003, art. 73, caput e § 1º).

§ 3º-A. O disposto no inciso VI do caput inclui os casos de falsidade ideológica na fatura comercial. (Incluído pelo Decreto nº 7.213, de 2010).

§ 4º Considera-se falsa declaração de conteúdo, nos termos do inciso XII, aquela constante de documento emitido pelo



exportador estrangeiro, ou pelo transportador, anteriormente ao despacho aduaneiro.

§ 5º Consideram-se transferidos a terceiro, para os efeitos do inciso XIII, os bens, inclusive automóveis, objeto de:

I - transferência de propriedade ou cessão de uso, a qualquer título;

II - depósito para fins comerciais; ou

III - exposição para venda ou para qualquer outra modalidade de oferta pública.

§ 6º Para os efeitos do inciso XXII, presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59).

Como se verifica, a pena de perdimento somente pode ser caracterizada se e quando comprovada a ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, **mediante fraude ou simulação**, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros (inciso XXII), pela forma presumida, quando comprovada a falta de disponibilidade financeira do importador (§ 6º).

Analisando a norma prescrita no *caput* e inciso XXII pela estrutura hipotético condicional, podemos extrair que, para que haja a tipificação da conduta com o consequente relacional da pena de perdimento, é necessário que tenha ocorrido o fato hipotético, qual seja: **o dano ao Erário, pela importação de mercadorias com ocultação dos reais adquirentes mediante fraude, simulação, ou, a interposição na forma presumida pela utilização dos recursos de terceiros.**

Assim sendo, para aplicação da pena de perdimento por dano ao Erário com a ocultação dos reais adquirentes na importação de mercadorias, deveria o Fisco fundamentar a alegada fraude ou simulação mediante prova inequívoca do ato ou, a partir de fatos indiciários (demonstrar que constituiu elemento para a realização de “operação de comércio exterior” com “a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados”. Fato conhecido que ensejará a presunção.

Ora, para obter o fato presumido é necessário que haja a correta articulação entre os fatos indiciários e a presunção de modo que a interpretação seja restritiva. Um fato indiciário não pode levar à generalização da presunção sob pena de atingir conclusão que não está submetida ao tipo penal previsto.

Nesse sentido é a conclusão da DRJ:

A falta da demonstração das operações de importação com a respectiva falta de comprovação da origem do recurso ou, o contrário, a identificação da origem do recurso como sendo de terceiros, implica na carência de provas da prática da infração acusada.

A fiscalização baseou sua atuação numa operação de fiscalização de combate à fraude que, segundo alega, restou comprovado que a atuada não logrou

comprovar a origem dos recursos empregados nas operações de comércio exterior. No entanto não traz qualquer elemento de prova, limitando-se a fazer acusações fazendo referências a documentos que não trouxe aos autos.

As fls. 15 do auto, afirma: "resta bastante claro no Livro Diário apresentado, que as operações de importação eram em parte realizadas com recursos provenientes de adiantamento de clientes. Ou seja, os impostos e os custos das importações eram suportados pelos adiantamentos feitos pelos clientes. "

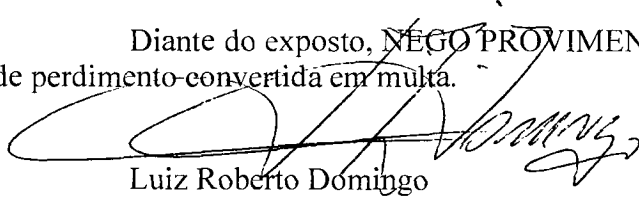
No processo foram juntadas cópias do Livro Diário dos meses de janeiro a maio/2004 (fls. 31/36 e 51/115), outubro e novembro/2002 (fls. 46/47), sem sequer indicar quais operações de importação estariam relacionadas com os supostos recursos recebidos de terceiros e ainda, ressalte-se, sequer indicando quais lançamentos do Livro Diário corresponderiam a estes recursos.

Note-se que no presente caso, a única prova produzida pela Fiscalização foi o Diário Geral de Contabilidade, que constam alguns "adiantamentos de cliente", o que, desde já, isoladamente, afasta a hipótese de comprovação do dano ao Erário. Pela prova produzida, a única hipótese que poderia ser levantada seria a forma presumida de dano ao Erário, que decorre da comprovação de indisponibilidade econômica do importador. Ausente o tratamento da prova indiciária para demonstração da interposição especificamente relacionada ao adiantamento.

Aliás, mostra-se totalmente arbitrário o auto de infração sem a demonstração e comprovação do suporte fático-probatório que por suas características configure objetivamente o dano ao Erário e nem a indicação do fundamento legal de que tipo de dano teria sido causado ou praticado. O simples fato de haver registro contábil de adiantamentos de clientes não configura, por si só, a interposição fraudulenta de terceiros, mesmo que na forma presumida.

O Estado, no exercício do poder de polícia aduaneira, deve tomar o cuidado de não exacerbar na defesa da soberania em detrimento de garantias individuais constitucionais, tais como o devido processo legal e o direito à propriedade. Na imputação de penalidade aduaneira de caráter gravíssimo, como é o dano ao Erário, a fiscalização somente pode aplicar a pena de perdimento se e quando houver a certeza e a comprovação inequívoca de que houve a conduta típica antijurídica, perfeitamente delimitada.

Diante do exposto, ~~NEGO~~ PROVIMENTO ao Recurso de Ofício para afastar a pena de perdimento convertida em multa.


Luiz Roberto Domingo

18: