

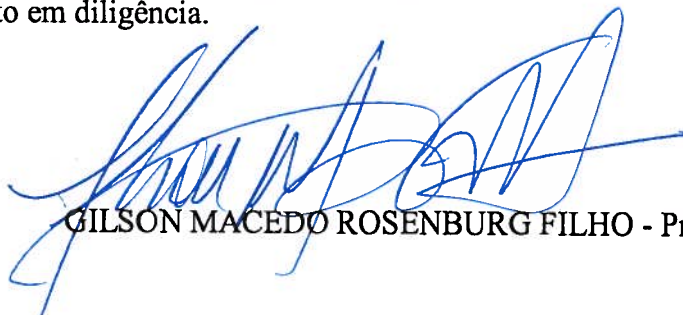


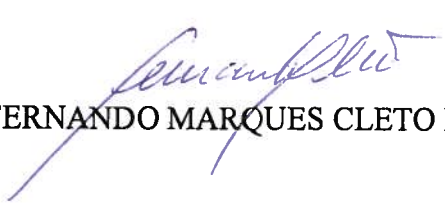
MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10283.002257/2004-62
Recurso nº 252.757
Resolução nº 3401-00.216 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Data 10 de dezembro de 2010
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente MOL (BRASIL) Ltda.; SDW Serviços Empresariais; e TCE Comércio e Serviços em Tecnologia e Informática Ltda.
Recorrida Fazenda Nacional

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência.


GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO - Presidente.


FERNANDO MARQUES CLETO DUARTE - Relator.

EDITADO EM: 14/09/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Dalton Cesar Cordeiro de Miranda, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Fernando Marques Cleto Duarte, Rodrigo Pereira de Mello, Odassi Guerzoni Filho e Gilson Macedo Rosenberg Filho

Relatório

Em 5.5.2004, foi lavrado Auto de Infração contra as contribuintes MOL (Brasil) Ltda. (CNPJ 69.070.092/0002-63), SDW Serviços Empresariais (CNPJ 84.658.855/0001-02) e TCE Comércio e Serviços em Tecnologia e Informática Ltda. (CNPJ 84.658.930/0001-09),

exigindo o recolhimento de Multa regulamentar de IPI no montante de R\$ 1.172.131,97. Segundo o Auto de Infração:

a) as empresas SDW e TCE são uma única entidade privada, formalizada de forma bipartida apenas para usufruir duplamente os saldos de importação autorizados pela SUFRAMA. Estas empresas, além de funcionarem no mesmo endereço, utilizando assim as mesmas instalações industriais, tinham como administradores as mesmas pessoas;

b) por ter sido verificado o cometimento de infrações e crimes, o prazo de decadência é estabelecido pelo art. 173, inc. I, do Código Tributário Nacional:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”

Apesar de as contribuintes terem efetuado inúmeras operações com o mesmo *modus operandi*, o Auto abarca apenas as declarações de importação registradas no ano de 1999, por estarem prescritas as que ocorreram em data anterior;

c) as contribuintes falsificaram faturas comerciais internacionais, visando obter o desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas com os benefícios fiscais da Zona Franca de Manaus;

d) o transportador internacional, ao emitir vias falsificadas/adulteradas do documento, contribui para a consumação de ilegalidades. A contribuinte MOL, como representante do transportador internacional no Brasil, deve ser qualificada como parte legítima para figurar no pólo passivo da relação jurídica estabelecida pelo Auto;

e) anexa dois relatórios (fls. 15/20 e fls.37/61) nos quais se provam as simulações, fraudes e dolo.

Em 8.6.2004, as contribuintes TCE e SDW protocolaram, tempestivamente, Impugnação ao lançamento, no qual alegaram, em síntese, que:

a) para que se caracterize fraude é necessário que tenham tido a intenção de diferir, reduzir ou evitar o pagamento do tributo. Por não ter havido esta intenção, ocorre a descaracterização da fraude e a inaplicabilidade da multa exigida;

b) os argumentos das autoridades fiscais para alegar a ocorrência de procedimentos fraudulentos para a importação de mercadorias não passam de meras suposições ou presunções. Das irregularidades constatadas, esclarece que:

- a “*invoice falsa*” se trata na verdade de documento “pro forma”, emitido para atender às exigências aduaneiras quando do desembaraço de mercadorias. Essas “*invoices falsas*” refletem as mesmas informações constantes nas consideradas pela fiscalização como “verdadeiras”;

- a presunção de fraude por existir “*mixórdia de línguas nos documentos internacionais falsificados/adulterados*” deverá ser desconsiderada, pois nas *invoices* consideradas verdadeiras pela fiscalização, também “há mixórdia de idiomas”;

- a legislação aduaneira brasileira impõe requisitos básicos para a emissão de faturas comerciais, não procedendo a alegação de fraude decorrente da utilização de “*mesmo modelo tipográfico*”;

- ao contrário do que afirma a fiscalização, as informações prestadas pelo fornecedor comprovam a inexistência de fraude. O fornecedor informa que, apesar das diferenças nas faturas comerciais emitidas, “*estas refletem com precisão o valor total de dólares das transações*”. Esclarece ainda que há apenas erros administrativos nas “*invoices* pro forma”, que não alteram a sua substância;

- a alegação de que utilizaram os conhecimentos de transporte no intuito de fraudar o Fisco não merece proceder, uma vez que os conhecimentos de transporte foram emitidos em consonância com a lei comercial, oferecendo garantias suficientes para a concretização da entrega do bem ao importador, não havendo diferença entre os documentos considerados verdadeiros e os considerados falsos pela Fiscalização;

c) o art. 463, inc. I, do Decreto nº 2.637/98, estabelece multa administrativa nas hipóteses de operações clandestinas, irregulares, fraudulentas ou não registradas. Por não ter havido qualquer ocultação das operações, todos os procedimentos estarem de acordo com o estabelecido na legislação, não ter havido a intenção de postergar, reduzir ou evitar o pagamento de tributos e em vista de que, todas as DIs foram devidamente registradas e não se figurou qualquer das hipóteses de aplicação da multa administrativa;

d) o dispositivo adotado pela fiscalização para estabelecer o prazo decadencial é aplicável apenas nos casos de ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Por não se enquadrar em qualquer destas hipóteses, a contagem do prazo decadencial será de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, como estabelecido pelo art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, estando decaído, portanto, o período anterior a maio/99;

e) foram constituídas em conformidade com a legislação, sendo pessoas jurídicas independentes, possuindo objetos sociais distintos. O conceito jurídico de coligada, ao contrário do que alega a fiscalização, consiste em “*quando uma participa com 10% ou mais do capital da outra, sem controlá-la*”, não sendo, portanto, empresas coligadas.

A legislação também autoriza o funcionamento de duas unidades econômicas independentes no mesmo endereço, desde que não impeça a diferenciação de uma empresa da outra;

f) todos os arquivos disponíveis foram apreendidos e se encontram em poder das autoridades fiscais e do Ministério Público Federal, e mesmo após a lavratura do Auto de Infração, não foram devolvidos, e estes documentos são essenciais para provar as alegações ora aduzidas na defesa. Esse procedimento implica em ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, sendo nulo o Auto de Infração. Apresenta jurisprudência;

g) as provas utilizadas pela fiscalização para a alegação do ilícito fiscal foram obtidas de forma ilícita, por não ter observado o disposto no art. 245 e seguintes do Código de Processo Penal – CPP, transcrito:

“Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

§ 1º Se a própria autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto de diligência.

§ 2º Em caso de desobediência, será arrombada a porta e forçada a entrada.

§ 3º Recalcitrando o morador, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para descobrimento do que se procura.

§ 4º Observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º, quando ausentes os moradores, devendo, neste caso, ser intimado a assistir à diligência qualquer vizinho, se houver e estiver presente.

§ 5º Se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la.

§ 6º Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes.

§ 7º Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º.”

É clara a violação de garantias constitucionais face à ausência de representante legal das empresas autuadas no momento da apreensão de toda a documentação utilizada para a lavratura do auto. Além disso, não foram relacionados os documentos apreendidos, como estabelecido pelo art. 245, § 7º, do CPP. É, portanto, nulo, o Auto de Infração lavrado com base em provas ilícitas. Transcreve jurisprudência;

h) não há interesse comum com a empresa de transporte marítimo nos procedimentos de desembaraço das mercadorias importadas, para efeito de atribuição de suposta “responsabilidade solidária”. Na condição de empresas importadoras, têm somente interesse de adquirir os produtos importados enquanto a Agência de Transporte Marítimo tem interesse único de transportar as mercadorias importadas.

Em 9.6.2004, a contribuinte MOL (Brasil) Ltda. protocolou, tempestivamente, Impugnação ao lançamento, na qual alega, em síntese, que:

a) não é a mesma empresa que atuou em 1.999, que, embora também seja agente de navios, tem CNPJ diferente, substituindo a outra no agenciamento de navios;

b) o transportador estrangeiro é uma empresa armadora formada segundo as leis japonesas, enquanto a contribuinte é um agente marítimo estabelecido em conformidade com as leis brasileiras. Qualquer comunhão de atividades, de prestação de serviços ou de interesse societário não as transforma numa só empresa, não podendo ser transmutada pena de um eventual ofensor estrangeiro a um não ofensor brasileiro, respeitando, assim, o art. 5º, inc. XLV, da Constituição Federal. Transcreve vasta jurisprudência;

c) o Auto de Infração confunde a emissão de um documento “bom”, no exterior, com agente de Manaus, que nenhum conhecimento emitiu. Se houve falsificação de conhecimento de transporte por terceiros, foge ao alcance do transportador marítimo e do seu ex-agente nacional. Ademais, as cópias dos conhecimentos trazidos ao processo mostram que não houve adulteração de conhecimentos, pois tanto o autêntico como o “fraudado” são idênticos;

d) independentemente de haver fraude ou adulteração de documentos, estas não foram cometidas pela contribuinte;

e) quanto à alegação no auto de infração de que haveria consumido e/ou entregou a consumo produtos de procedência estrangeira importados fraudulentamente, é impossível agente marítimo consumir mercadoria estrangeira ou “importar” uma mercadoria, se o contrato social não permite;

f) referente à alegação de que “A fraude consistiu, principalmente, na falsificação/adulteração de *invoices* e de conhecimentos de carga. E na constituição das duas primeiras autuadas”, esclarece que a *invoice* é documento emitido pelo vendedor da mercadoria, e enviado ao comprador, não tendo o transportador marítimo contato com este documento;

h) embora o Auto afirme que tenha cometido crimes e fraudes cambiais, não há o menor resquício de prova e indicação do número de qualquer processo que tramite na Justiça ou na Administração Pública;

i) não há demonstração inteligível de como a multa foi calculada. A fl. 587, além de não demonstrar como o valor básico foi calculado, não se restringe ao “valor da mercadoria”, como estabelecido pelo auto, pois inclui o imposto de importação, o IPI e o ICMS.

Em sessão de 6.9.2005, a 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza – CE acordou, por unanimidade de votos, julgar procedente o lançamento e considerar devido o crédito tributário. Segundo o voto:

a) o crédito tributário do presente processo refere-se à exigência de multa regulamentar, pelo fato de ter sido constatado o consumo ou entrega a consumo de produto estrangeiro importado irregular ou fraudulentamente, devendo ser constituído o crédito através de lançamento de ofício. É, portanto, correto o prazo decadencial estabelecido pelo art. 173, inc. I, do Código Tributário Nacional;

b) o parecer, protocolado pela TCE, a petição/aditamento, protocolado pela MOL, por terem sido apresentados após o prazo de 30 dias de ciência do Auto de Infração, e por não encontrar guarida no art. 16, § 5º, do Decreto nº 70.235/72, não é aceito pela fiscalização. Quanto ao documento apresentado pelas contribuintes TCE e SDW, em que é feita a solicitação para juntada aos autos de cópia autenticada de carta emitida pela exportadora *Daewoo Telecom*, por se situar em uma das hipóteses definidas na lei citada, é apreciada;

c) as autuadas, no momento da ciência do lançamento, receberam cópia do Auto de Infração e de seus anexos, sendo possível examinar os documentos apreendidos. Não ocorreu, neste caso, o cerceamento ao direito de defesa;

d) da cópia do Termo de Arrecadação, constata-se que o procedimento investigatório foi conduzido em estrita obediência ao art. 245 do CPP, estando presentes no momento duas testemunhas. Durante a operação de buscas, é comum lavrar-se um Termo de forma genérica, com a intenção de economizar tempo, e, após um exame minucioso, é elaborado um laudo com a descrição pormenorizada dos documentos e demais bens objeto da ação policial;

e) a partir da análise das faturas comerciais e dos conhecimentos de cargas, é possível extrair perfeitamente a conclusão para a questão demandada, de modo que os documentos apontados pela contribuinte são desnecessários para a instrução do processo;

f) a contribuinte MOL é o representante do armador nos portos, e do navio, perante as autoridades governamentais e portuárias, sendo responsável solidário, portanto, a eventuais exigências tributárias e penalidades decorrentes da prática de infração à legislação aduaneira. Transcreve jurisprudência. Ademais, à época dos fatos, a MOL agia como representante no país do transportador estrangeiro, podendo figurar no pólo passivo da exigência;

g) o fornecedor das contribuintes TCE e SDW declarou, em resposta aos questionamentos das autoridades fiscais, que as *invoices* tidas como falsas, refletem o valor total de dólares das transações contido nas faturas verdadeiras, porém, verifica-se que há diferenças na quantidade de mercadorias, o que altera o valor unitário dos produtos. Nessas *invoices* são constatadas, também, adulteração de: valores da transação, da descrição de mercadorias, da(o) quantidade/peso, nome do importador, ou seja, de elementos que retratam as informações substanciais dos documentos. Essas divergências alteram o teor das faturas emitidas pelo exportador, caracterizando fraude;

h) em relação à carta da empresa Daewoo Telecom na qual expressa que autorizou a emissão de *invoices* pro forma relativas aos kits por ela exportados para serem montados no Brasil e a reemissão de algumas faturas comerciais incorretamente emitidas contra alguma das contribuintes, ela apenas ratifica e respalda as afirmações feitas pela fiscalização;

i) a contribuinte MOL está na condição de sujeito passivo por revestir a condição de representante do transportador estrangeiro pela adulteração/falsificação dos B/Ls, sendo insubsistentes os argumentos de que de que estaria sendo imputada a responsabilidade por ter promovido a importação em tela por adulteração/falsificação de fatura comercial;

j) É incabível para efeitos fiscais, qualquer retificação não amparada pelo art. 49 do Regulamento Aduaneiro de 1985, que estabelece:

“Art. 49 – Para efeitos fiscais, qualquer correção no conhecimento deverá ser feita por carta de correção dirigida pelo emitente do conhecimento à autoridade aduaneira do local de descarga, a qual, se aceita, implicará correção do manifesto.

Parágrafo único – A carta de correção deverá ser emitida antes da chegada do veículo no local de descarga e deverá estar acompanhada de cópia do conhecimento corrigido”

k) o valor do frete internacional tem inclusão obrigatória no Conhecimento de Embarque, base de cálculo do Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante – AFRMM, bem como do Imposto de Importação nas condições negociais em que o frete corra à

conta do importador. É inaceitável, para efeitos fiscais, duas vias do Conhecimento de Carga, com igual numeração e data, identificadas como “*first original*” e “*second original*”, quando se constata omissão ou aposição a *posteriori* de valor com grafia distinta, de um dado de inclusão obrigatória pelas leis comerciais e tributárias;

l) a análise dos diálogos de fls. 140 a 283 demonstra que havia um comando para alteração de faturas comerciais e B/Ls e também o conhecimento de que esta não se enquadrava como operação lícita;

m) o art. 463 do RIPI/98 prescreve:

“ Art. 463. Sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais cabíveis, incorrerão na multa igual ao valor comercial da mercadoria ou ao que lhe for atribuído na nota fiscal, respectivamente(...)”

O valor comercial da mercadoria compreende o montante que serviu de base para o cálculo dos tributos aduaneiros acrescido dos tributos e encargos cambiais pagos pelo importador, além da sua margem de lucro;

n) além dos motivos expostos nos autos, os documentos apreendidos possuem elementos objetivos e suficiência probatória para demonstrar a vinculação entre TCE e SDW, seja pela comprovada interdependência das empresas ou pelas relações de parentesco demonstradas pelos dirigentes, bem como pela participação nas operações de comércio exterior e pela indicação nas comunicações eletrônicas entre funcionários da TCE e SDW.

Em 4.1.2006, as contribuintes TCE e SDW protocolaram, tempestivamente, Recurso Voluntário, no qual:

a) alegam que participou da decisão recorrida o Sr. Luís Carlos Maia Cerqueira, que não poderia participar do referido julgado, visto que foi Inspetor da Alfândega no Porto de Manaus no período fiscalizado, tendo, inclusive, assinado Mandado de Procedimento Fiscal em 21 de agosto de 2000, o qual deu início à fiscalização de uma das contribuintes pela Receita Federal, demonstrado em documento de fls. 1234. Por não haver sido garantida, conforme o art. 37 da Constituição Federal, a impessoalidade e a moralidade necessárias, deve ser declarada a nulidade do julgamento. Transcreve jurisprudência;

b) de acordo com o art. 38 da Lei nº 9.784/99, o interessado poderá, na fase introdutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. Desta forma, a não apreciação de parecer apresentado na fase introdutória, antes da tomada da decisão, configura cerceamento do direito de defesa, sendo, portanto, nula a decisão;

c) o processo administrativo fiscal é informado pelo princípio da verdade material, devendo ser apreciados os fundamentos e provas trazidos aos autos, ainda que após a impugnação. Nos casos dos autos, a juntada posterior de documentos e provas está justificada por motivo de força maior;

d) para alegar a fraude, a acusação utilizou divergências apuradas em faturas emitidas em outros períodos e operações, que não da autuação. Afigura-se, portanto, nula a decisão de primeiro grau;

e) a devolução dos documentos se deu pouco antes da decisão proferida e de forma desorganizada e incompleta. Por não haver a possibilidade de defesa, não deve ser admitido o lançamento de ofício;

f) os e-mails apreendidos e utilizados como prova, além de descontextualizados, não atestam ou sequer comprovam a existência de fraude. Ademais, para que fossem admitidos como prova, precisariam ser submetidos a uma perícia técnica que atestasse a autoria com a certificação de não ter havido alteração nos seus textos originais;

g) a comprovação de que não houve intenção de postergar, reduzir ou evitar o pagamento de tributo decorre de que não foi exigido qualquer valor a título de tributo. Procediam às importações com anuência da Suframa, que reconhecia a isenção dos impostos, não havendo como se falar em fraude tributária, posto que, não houve falta de recolhimento. Ademais, a multa aplicada se mostra indevida porque, juridicamente, não houve importação, uma vez que as zonas francas não são consideradas como território nacional para efeitos aduaneiros;

h) não ocorre a infração tipificada no art. 463, inc. I, do RIPI/98 quando tiver havido o devido registro da declaração de importação no Siscomex. Todas as mercadorias importadas foram devidamente acompanhadas das respectivas declarações de importação. Transcreve jurisprudência;

i) não há qualquer prova nos autos de que tenha havido participação de funcionários do Fisco. Vale ressaltar, que um dos auditores fiscais que assinaram o primeiro auto de infração lavrado para exigência da multa efetuou a conferência aduaneira na DI nº 01/0416964-2 e na DI nº 01/0023022-3, que foram liberadas após conferência física e documental;

j) a fiscalização reconheceu, por meio de vistoria, a existência de duas empresas distintas, com linhas de produção autônomas. Os vínculos familiares entre os administradores das empresas nada comprovam, sendo, portanto, irrelevantes.

Em 22.2.2006, a contribuinte MOL apresentou documento no qual atesta que, em 13.1.2006, ingressou em juízo perante a 22ª Vara Federal da Seção judiciária do Distrito Federal com uma Ação Anulatória de Crédito Tributário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Fernando Marques Cleto Duarte

Conheço do recurso das contribuintes SDW Serviços Empresariais e TCE Comércio e Serviços em Tecnologia e Informática Ltda., por ser tempestivo e cumprir os pressupostos de admissibilidade, tendo a contribuinte MOL (Brasil) Ltda., ingressado em juízo perante a 22ª Vara Federal da Seção judiciária do Distrito Federal com uma Ação Anulatória de Crédito Tributário renunciado à esfera administrativa, segundo Súmula CARF nº.1,

Em suma lavrado Auto de Infração contra as contribuintes exigindo o recolhimento de Multa regulamentar de IPI. Não logrando êxito em sua Impugnação as contribuintes SDW Serviços Empresariais e TCE Comércio e Serviços em Tecnologia e Informática Ltda. protocolaram Recurso Voluntário onde alegam preliminarmente que a decisão deve ser anulada, tendo em vista que, um dos julgadores da desta estava impedido de julgar; não ter aceito o parecer e provas apresentados após a impugnação; para alegar a fraude, a acusação utilizou divergências apuradas em faturas emitidas em outros períodos e operações, que não da autuação; os e-mails utilizados como prova estão descontextualizados e não passaram por perícia; e quanto ao mérito alega que não houve a intenção de postergar, reduzir ou evitar o pagamento de tributo; não ocorre a infração tipificada no art. 463, inc. I do RIPI/98 quando tiver havido o devido registro da declaração de importação no Siscomex; não há prova nos autos que tenha havido participação de qualquer funcionário do fisco; e por fim a existência de duas empresas distintas.

No que tange ao impedimento do Sr. Luís Carlos Maia Cerqueira, a contribuinte não merece lograr êxito, uma vez que a Portaria do Ministério da Fazenda nº. 258/01 em seu artigo 19 determina o seguinte:

Art. 19. Os julgadores estão impedidos de participar do julgamento de processos em que tenham:

I - participado da ação fiscal;

II - cônjuge ou parentes, consangüíneos ou afins, até o terceiro grau, inclusive, interessados no litígio.

As contribuintes alegam que este julgador por ter sido Inspetor da Alfândega no Porto de Manaus e assinado Mandado de Procedimento Fiscal contra uma das recorrentes está impedido de julgar. Porém, com uma simples análise do texto normativo, percebe-se que com a utilização do artigo definido “da”, o legislador teve o intuito de impedir que o julgador que participou da ação fiscal que deu origem ao processo o julgasse.

Porém quanto à não apreciação do parecer apresentado pelas recorrentes, merece êxito, uma vez que o Decreto 70.235/72 não diz respeito a pareceres jurídicos, deve-se levar em conta o art. 69 da Lei nº. 9.784/99, que diz o seguinte:

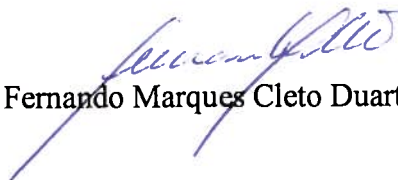
Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Com base na aplicação subsidiária desta lei, devemos aplicar o art. 38 desta, que reproduzo abaixo:

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

Com isso vemos que existe a possibilidade de apresentação de pareceres antes da tomada de decisão, principalmente levando em conta o princípio da verdade material, defendido pelo processo administrativo.

Frente a todo o exposto, voto por converter o julgamento do recurso em diligência para que o processo retorne à origem para nova apreciação, levando em conta o parecer jurídico apresentado.



Fernando Marques Cleto Duarte - Relator