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

CÓPIA

Processo nº	10314.008552/2007-61
Recurso nº	143.611 Embargos
Acórdão nº	**3102-00.842 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	9 de dezembro de 2010
Matéria	Pena de perdimento
Embargante	Andora Comércio Exterior Ltda.
Interessado	Fazenda Nacional

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 10/02/2004 a 05/10/2006

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO DO JULGADO.

Constatada omissão, contradição ou obscuridade no julgamento do recurso de ofício, os embargos de declaração devem ser acolhidos para sanar o Acórdão.

Embargos acolhidos para sanar contradição do julgado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da **1ª Câmara/1ª câmara / 2ª turma ordinária** da **TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade de votos, em acolher os embargos para rerratificar o acórdão 3102-000-537, de 16 de novembro de 2009.

LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO - Presidente.

BEATRIZ VERÍSSIMO DE SENA - RELATORA - Relatora.

EDITADO EM: 06/05/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ricardo Paulo Rosa, José Fernandes do Nascimento, Luciano Pontes Maia. Ausente a Conselheira Nanci Gama.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/05/2011 por BEATRIZ VERISSIMO DE SENA, Assinado digitalmente em 06/05/2011 por BEATRIZ VERISSIMO DE SENA, Assinado digitalmente em 12/03/2014 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO
Impresso em 02/04/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Relatório

Trata-se de embargos de declaração interpostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional, sob o entendimento de ter ocorrido contradição no julgamento do recurso de ofício.

Assim foi redigido o relatório do acórdão embargado:

CÓPIA

> *O presente processo administrativo cuida de auto de infração lavrado para constituição de crédito tributário consistente em multa por interposição fraudulenta, prevista no art. 618, XXII, do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 4.543/2002), punível com a pena de perdimento da mercadoria. Em razão da impossibilidade de apreensão da mercadoria, a pena de perdimento foi convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro (§ 1º do art. 618 do RA).*

Em face da precisão com que relata os fatos e resume a lide, adoto parte do relatório do v. acórdão regional (fls. 146-148):

> *As autoridades aduaneiras aduzem que, em função de procedimento fiscal realizado nos termos da Instrução Normativa SRF nº 228/2002, concluiu-se não ser possível "a comprovação da origem, disponibilidade e efetiva transferência dos recursos financeiros da empresa, bem assim, a condição de real adquirente nas operações de comércio exterior" (fl. 8).*
>
> *O lançamento informa que foi lavrada representação para inaptidão da inscrição da autuada no CNPJ, com efeitos a partir de 10/2/2004.*
>
> *Intimada em 23/8/2007, a interessada apresentou impugnação em 24/9/2007, juntada às fls. 24 e ss., e documentos. Alega, em síntese:*
>
> *1) Em 2006 a impugnante passou por reformulação, aumentando consideravelmente o volume de importações.*
>
> *2) A capacidade financeira da empresa foi comprovada com a entrega dos contratos de câmbio e financiamento, equivalente ao valor das importações.*
>
> *3) Todas as operações foram comprovadas, através de registro em balanços e demonstrativos de resultado referentes aos exercícios investigados.*
>
> *4) A empresa possui capacidade para operar em volume superior a seu patrimônio, pois possui crédito, demonstrado pela contratação de financiamento de R$ 12 milhões.*
>
> *5) A situação societária da impugnante é regular e não levantada dúvida no procedimento fiscal.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/05/2011 por BEATRIZ VERISSIMO DE SENA, Assinado digitalmente em 06/05/2011 por BEATRIZ VERISSIMO DE SENA, Assinado digitalmente em 12/03/2014 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO
Impresso em 02/04/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

6) O capital está devidamente integralizado e suportado por financiamentos bancários.

7) A fiscalização afastou demonstrações contábeis de períodos anteriores a 2006, por entender que não se revestiam das formalidades legais. Embora reintimada a interessada (fls. 92 e 93), o procedimento fiscal foi encerrado sumariamente, sob o argumento de que os documentos não estavam completos.

8) A representação para inaptidão do CNPJ da interessada foi impugnada (fls. 102-38). A peça defensiva está pendente de apreciação.

9) O desfecho do processo relativo à representação para suspensão do CNPJ afeta diretamente este auto de infração. Se acolhidas as provas da defesa, não subsistirá fundamento para a pena de perdimento nem para sua conversão em multa.

10) Desse modo, devem ser analisados os fatos apresentados no procedimento da Instrução Normativa SRF nº 228/2002 e as razões de defesa oferecidos contra a representação para inaptidão de CNPJ.

11) Não há interposição fraudulenta de terceiros sem a demonstração da existência do suposto adquirente ou a ocorrência de fraude.

12) Cita doutrina sobre o conceito de simulação e conclui que a interposição fraudulenta depende da efetiva comprovação da existência e validade do ato dissimulado.

13) A fiscalização concluiu pela interposição fraudulenta pela ausência de alguns livros contábeis e não pelas provas que efetivamente reuniu e analisou. Os documentos entregues pela empresa eram suficientes para demonstrar sua capacidade financeira.

14) Questiona onde está e como se beneficiou o suposto verdadeiro sujeito passivo, que se teria ocultado mediante fraude. O ônus da prova cabe à autoridade fiscal.

15) Não foi demonstrada nenhuma das hipóteses de presunção da infração previstas no artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455/1976.

16) A ausência de alguns documentos contábeis só permite concluir pela ausência dos mesmos, nada mais. A suspeita de insuficiência de recursos financeiros foi afastada por prova cabal: os contratos de financiamento bancário. Cita jurisprudência.

17) A ação fiscal iniciou-se após suspeitas relativas ao aumento no volume de importações realizadas a partir de 2006. Desde 2004 a empresa realizava operações de menor valor.

18) O procedimento fiscal concluiu pela ausência de comprovação dos recursos financeiros utilizados nas importações ocorridas a partir de 2006. Entretanto, foi

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/05/2011 por BEATRIZ VERISSIMO DE SENA, Assinado digitalmente em 06/05/2011 por BEATRIZ VERISSIMO DE SENA, Assinado digitalmente em 12/03/2014 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO
Impresso em 02/04/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

determinado o perdimento retroativo das mercadorias importadas desde o início das atividades da impugnante.

19) Não há nexo causal entre as suspeitas relativas às operações recentes e as anteriores.

2o) Deve-se afastar a pena de perdimento das mercadorias referidas nas declarações de importação registradas entre 10/2/2004 e 12/5/2006, época na qual houve aumento no volume de importações.

12) O artigo 33 da Lei nº 11.488/2007 revogou o artigo 73 da Lei nº 10.833/2003 e o artigo 23, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.455/1976. Não mais há cominação de pena de perdimento nos casos de interposição fraudulenta, o que prejudica por completo o objeto do presente auto de infração.

O lançamento deve ser anulado para que a autoridade fiscal, querendo, refaça-o, determinando a aplicação da multa de 10% sobre o valor da operação supostamente acobertada.

Recebida a impugnação pela repartição a quo em face da tempestividade e aspectos formais, os autos foram remetidos a esta Delegacia de Julgamento e distribuídos ao relator, com 143 fls.

A Delegacia Regional de Julgamento de São Paulo julgou improcedente o lançamento por duplo fundamento. Por um lado, a DRJ entendeu que o art. 33 da Lei nº 11.488/2007 deve ser aplicado retroativamente, de modo a afastar a aplicação da multa ora cobrada. Ademais, de acordo com a DRJ de São Paulo, o auto de infração seria nulo, uma vez não descritos os fatos, nem juntados os elementos de prova pertinentes à demonstração de que foi praticada a infração imputada (fls. 163-164).

Os autos vieram a exame deste colendo Conselho em sede de recurso de ofício.

É o relatório.

O voto condutor foi assim redigido:

A Autoridade Fiscal assim descreve os fatos e confere o enquadramento legal dos autos de infração, in verbis (fls. 8-12):

"A referida empresa sofreu procedimento referente à Instrução Normativa IN SRF nº 228/02 e, após intimação, cuja ciência foi tomada em 15/12/2006, apresentou os referidos documentos e foi procedida análise referente ao período de Janeiro de 2004 a Outubro de 2006.

De acordo com o procedimento, que concluiu não ter sido possível a comprovação da origem, disponibilidade e efetiva transferência dos recursos financeiros da empresa, bem assim, a condição de real adquirente nas operações de comércio exterior

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/03/2014 por BEATRIZ VERISSIMO DE SENA, Assinado digitalmente em 12/03/2014 por BEATRIZ VERISSIMO DE SENA, Assinado digitalmente em 12/03/2014 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO
Impresso em 02/04/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

foi formulada a Representação Fiscal para Fins de Inaptidão formalizada pelo processo nº 10314.002551/2007-11, com efeitos a partir de 10/02/2004, data do registro da primeira importação, sujeitando a empresa á aplicação da PENA DE PERDIMENTO das mercadorias amparadas pelas Declarações de Importação (relacionadas no Anexo II) com base no artigo 23 do DL 1.455/76, alterado pelo artigo 59 da Lei 10.637/02, e tratada no âmbito da Receita Federal por meio da IN-SRF 228/02, artigo 11, inciso II.

No exercício das funções de Auditores Fiscais da Receita Federal, em cumprimento ao MPF nº 08.1.55.00-2007-00513-0, foi realizada, no dia 12/04/2007, uma diligência à empresa ANDORA COMÉRCIO EXTERIOR LTDA e foi constatado, no endereço fornecido pelo sistema CNPJ que trata-se (sic) de uma sala comercial ocupada por uma secretária da empresa. Entramos em contato com o Sr. Ricardo Valente Magaldi, administrador da referida empresa CPF (...), que compareceu e tomou ciência da fiscalização e da intimação SEFIA I, nº 234/2007.

Posteriormente nos foi entregue pelo Sr. Sidnei Lostado Xavier Junior OAB/SP 137.563, procurador da empresa, a declaração de que não há mais mercadorias em poder da empresa (Anexo III).

Diante do exposto, e, na impossibilidade de apreensão das mercadorias pertencentes às declarações de importação (relacionadas no Anexo I), aplica-se a MULTA DE VALOR IGUAL AO VALOR ADUANEIRO DAS MERCADORIAS conforme mandamento legal exposto na legislação abaixo:

- Art. 73, da Lei nº 10.833/03;

- Art. 81, inciso III, da Lei nº 10.833/03;

- Art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76 com a redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637/02;

- Art. 618 do Decreto nº 4.543/02.

LEI Nº 10.833, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2003.

"Art. 73 Verificada a impossibilidade de apreensão da mercadoria sujeita a pena de perdimento, em razão de sua não-localização ou consumo, extinguir-se-á o processo administrativo instaurado para apuração da infração capitulada como dano ao Erário.

§ 1º Na hipótese prevista no caput será instaurado processo administrativo para aplicação da multa prevista no § 3º do art. 23 do Decreto-Lei nº 1455, de 7 de abril de 1976, com a redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002."

"Art. 81. A redução da multa de lançamento de ofício prevista no art. 6º da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, não se aplica:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/05/2011 por BEATRIZ VERISSIMO DE SENA, Assinado digitalmente em 06/05/2011 por BEATRIZ VERISSIMO DE SENA, Assinado digitalmente em 12/03/2014 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO
Impresso em 02/04/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(...)

III – à multa prevista no § 3º do art. 23 do Decreto-Lei 1.455, de 7 de abril de 1976, com a redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002;"

LEI Nº 10.637, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2002

"Art. 59 O art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 23 ----------

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.

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

§ 2º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.

§ 3º A pena prevista no § 1º converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida.

§ 4º O disposto no § 3º não impede a apreensão da mercadoria nos casos previstos no inciso I ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território nacional" (NR)

Decreto-Lei nº 1.455, de 7.4.76

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. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

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

§ 3º A pena prevista no § 1º converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

Decreto nº 4.543/2002-4

Art. 618. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/05/2011 por BEATRIZ VERISSIMO DE SENA, Assinado digitalmente em 06/05/2011 por BEATRIZ VERISSIMO DE SENA, Assinado digitalmente em 12/03/2014 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO
Impresso em 02/04/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Lei nº 37/66, art. 105, e Decreto-Lei 1.455/76, art. 23 e § 1º, com a redação dada pelo artigo 59 da Lei nº 10.637/2002):

XXII – 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.

§ 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 1.455/76, art. 23 e § 1º, com a redação dada pelo artigo 59 da Lei nº 10.637/2002).

No que se refere à atualização monetária e às penalidades aplicáveis, os enquadramentos legais correspondentes constam dos respectivos demonstrativos de cálculo.

Fazem parte integrante do presente Auto de Infração todos os termos, demonstrativos, anexos e documentos nele mencionados."

Nos autos de infração não há, portanto, menção aos fatos ocorridos, tampouco se descreve nele o mecanismo pelo qual teria sido realizada a importação ou exportação mediante fraude ou ocultação de terceiros, informações indispensáveis para a caracterização do ilícito. Com efeito, às fls. 12 e seguintes, a Autoridade Fiscal limita-se a afirmar que houve operação de importação de mercadorias desamparada das autorizações e sem a observância dos procedimentos fiscais, deixando de cotejar os dispositivos legais que regem a matéria a luz dos fatos que envolvem o caso e das provas documentais que, presume-se, tenham sido recolhidas.

Apenas mediante a clara exposição das razões pelas quais se entende que o Contribuinte cometeu um ilícito poderá ele se defender, a luz dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. De fato, sem conhecer as imputações das quais está sendo acusado, o Contribuinte não tem como rebatê-las. Portanto houve cerceamento do direito ao devido processo legal e do direito de defesa do Contribuinte.

Frise-se que o art. 10, inciso III, do Decreto n° 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo, é claro ao exigir a descrição do fato como um dos elementos obrigatórios do auto de infração. Entretanto, in casu*, os autos de infração carecem desse requisito.*

Por fim, registro que, no que se refere à aplicação retroativa do art. 33 da Lei nº 11.488/2007, em que pese a análise realizada pela DRJ, entendo que as provas e os fatos relacionados nos autos de infração são insuficientes para examinar a pertinência desse dispositivo legal frente à hipótese concreta.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/05/2011 por BEATRIZ VERISSIMO DE SENA, Assinado digitalmente em 06/05/2011 por BEATRIZ VERISSIMO DE SENA, Assinado digitalmente em 12/03/2014 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO
Impresso em 02/04/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Pelo exposto, ***dou provimento ao recurso de ofício para anular o processo a partir do auto de infração****.*

Contra essa decisão foram opostos embargos de declaração pela Fazenda Pública, para que se esclareça que a nulidade declarada dá ensejo ao provimento ou desprovimento do recurso de ofício.

É a síntese do relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheira Beatriz Veríssimo de Sena - Relatora

Conforme relatado, trata-se de interposição de embargos de declaração sob entendimento de ter ocorrido contradição no julgado.

Isso porque, não obstante a turma tenha julgado favoravelmente ao Contribuinte, consta do dispositivo do acórdão que o recurso de ofício foi dado provimento.

Assiste, portanto, razão à embargante. De fato, consta do acórdão resultado ou dispositivo contraditório à fundamentação da decisão, razão pela qual acolho os embargos declaratórios para que passe a constar no dispositivo que foi **negado provimento ao recurso de ofício.**

O dispositivo passará a ser assim redigido:

"ACORDAM os membros da 1ª Câmara/ 2ª Turma da Terceira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade, em ***negar provimento*** *ao recurso de ofício para anular o processo a partir do auto de infração."*

Assim, acolho os embargos de declaração opostos para, sanando a contradição apontada pelo embargante, rerratificar o acórdão 3102-00-537, de 16 de novembro de 2009, nos termos acima expostos.

Sala das Sessões, em 9 de dezembro de 2010.

Beatriz Veríssimo de Sena - Relatora

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/05/2011 por BEATRIZ VERISSIMO DE SENA, Assinado digitalmente em 06/05/2011 por BEATRIZ VERISSIMO DE SENA, Assinado digitalmente em 12/03/2014 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO
Impresso em 02/04/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 06/05/2011 por BEATRIZ VERISSIMO DE SENA, Assinado digitalmente em 06/05/2011 por BEATRIZ VERISSIMO DE SENA, Assinado digitalmente em 12/03/2014 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO
Impresso em 02/04/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA