



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

Processo nº 10314.010132/2007-44
Recurso nº 343.684 De Ofício
Acórdão nº 3101-00.431 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de maio de 2010
Matéria MULTA DIVERSA
Recorrente GENESIS IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 10/09/2003 a 08/06/2005

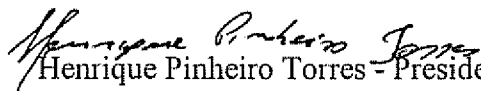
INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIROS. DANO AO ERÁRIO. CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO EM MULTA.

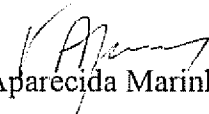
O dano ao erário nas infrações enumeradas no *caput* do artigo 23 do Decreto-lei 1.455, de 1976, com as modificações introduzidas pela Lei 10.637, de 2002, não é fato típico para a exigência da multa cominada no artigo 33 da Lei 11.488, de 2007, substitutiva da inaptidão do CNPJ de sociedades empresárias inidôneas.

Recurso de Ofício Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, em dar provimento ao recurso de ofício. Vencidos os conselheiros Vanessa Albuquerque Valente (Relatora) e Luiz Roberto Domingo. Designado o Conselheiro Tarásio Campelo Borges para redigir o voto vencedor.


Henrique Pinheiro Torres - Presidente


Valdete Aparecida Marinheiro - Relatora


Tarásio Campelo Borges - Redator Designado

EDITADO EM: 14/06/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Tarásio Campelo Borges, Corinθο Oliveira Machado, Luiz Roberto Domingo, Vanessa Albuquerque Valente e Valdete Aparecida Marinheiro.

Relatório

Por bem relatar, adota-se o Relatório de fls. 1.850 a 1.851 dos autos emanados da decisão DRJ/SPOII, por meio do voto da relatora Celina Miyuki Ishida, nos seguintes termos:

“Em atendimento ao Mandado de Procedimento Fiscal nº. 08.1 5500-2005-00111-0, foi iniciado procedimento especial de fiscalização disposto na IN/SRF 228/02, contra a contribuinte acima identificada, que concluiu.

- a) trata-se de empresa importadora e comercial de combustíveis e afins, constituída em 16/01/02;*
- b) quase a totalidade dos débitos em conta corrente para fins de pagamento dos tributos e contribuições incidentes sobre a importação, antecederam-se depósitos, a título de adiantamento, em valores equivalente, na mesma data ou no dia anterior, oriundos dos adquirentes das mercadorias amparadas pelas DI's referentes aos pagamentos de tributos em telas.*
- c) Quase a totalidade dos débitos em conta corrente para fechamento do câmbio, antecederam-se de depósitos, em valores equivalentes e na mesma data ou dia anterior, oriundos dos adquirentes mercadorias amparadas pelas DI's relativas aos contratos de câmbio liquidados,*
- d) Irregularidades relativas a integralização de capital*
- e) Nas licenças de importação consta o nome das empresas FEDERAL e COPER como adquirentes dos produtos.*

As autoridades aduaneiras aduzem que, em função de procedimento fiscal realizado nos termos das Instruções Normativas SRF nº. 225/02 e nº. 228/2002, concluiu-se que “houve a ocultação do sujeito passivo, real adquirente das mercadorias importadas, caracterizando a utilização da empresa GENESIS para acobertar as operações de importação de terceiros” (fl. 11).

O lançamento informa que foi lavrada representação para inaptidão da inscrição da autuada no CNPJ, com efeitos a partir de 10/09/2003.



Assim, foi lançada multa capitulada no art. 23, §3º do Decreto-Lei nº. 1455/76, com redação dada pelo art. 59 da Lei 10637/02, c/c artigo 81; inciso III da Lei nº. 10833/03

Intimada em 04/10/2007 (fls. 130 v.), a interessada apresentou impugnação em 24/9/2007, juntada às fls. 134 e ss., e documentos. Alega, em síntese:

1. a atuação do contribuinte de acordo com as regras admitidas pela ANP

2. em todas as operações de importação os encomendantes pré-determinados foram indicados nas declarações de importação, razão pela qual não houve ocultação dos adquirentes no mercado interno.

3. a impugnante tinha capacidade econômica suficiente para realizar as operações de importação, conforme exaustivamente comprovado nas documentações juntadas aos autos,

4. a impugnante realizava operações sob a forma de importação sob encomenda, tipo devidamente regulado e aceito pelo direito vigente e não sob a forma de importação por conta e ordem de terceiro.

5. a fiscalização aplicou multa substitutiva da pena de perdimento em relação a mercadorias importadas anteriormente à declaração de inaptidão da empresa, o que caracterizaria retroatividade de ato não benigno.

Ao final requer a improcedência da ação fiscal.

Levado a julgamento o presente processo a Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo II, através da 2ª Turma proferiram o Acórdão DRJ/SPO II nº. 17-26.798 de 13 de agosto de 2008, cuja ementa é o seguinte:

“Assunto: Imposto sobre a Importação - II

Período de apuração: 10/09/2003 a 08/06/2005

INTERPOSIÇÃO DE PESSOA. CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO EM MULTA

O que diferencia as infrações tipificadas no artigo 23, V, do DL 1.455/1976 e no artigo 33 da Lei 11.488/2007 é o fato de que a prevista na lei 11.488 tem como agente apenas o importador ou exportador ostensivo, ao passo que a do DL 1.455 destina-se a punir o sujeito oculto, o verdadeiro responsável pela operação.

Com o advento do artigo 33 da Lei 11.488/2007 deixou de ser imputável ao importador ou exportador ostensivo, em co-autoria, a infração do artigo 23, V, do DL 1.455/1976.

Pelo mesmo motivo, não se admite que o adquirente seja punido, solidariamente ao importador, com a multa do artigo 33 da lei 11.488.

Tal consequência é fruto do princípio do “non bis in idem” o qual, no direito aduaneiro, está albergado nos artigos 99 e 100 do DL 37/1966.

A importação de mercadorias destinadas a terceiro oculto, o real responsável pela operação, dá ensejo à pena de perdimento, ou sua conversão em multa, aplicável a esse terceiro (DL 1455/1976, artigo 23, V) e, ao interveniente ostensivo, aquele em cujo nome é realizada a operação (aquele que “cede o nome”), é aplicável a multa de 10% do valor da operação (lei 11.488/2007, artigo 33, caput).

O parágrafo único do artigo 33 constitui norma explicativa destinada a afastar a imputação de inidoneidade da empresa que meramente “cede o nome”. Por outro lado, se além de “ceder o nome”, a empresa não comprovar a origem do capital empregado no comércio exterior, resta presumida sua inidoneidade, a ensejar a inaptidão de sua inscrição no CNPJ, por força da presunção estampada no artigo 81, § 1º, da Lei 9.430/1996.

Embora as infrações imputadas sejam anteriores à edição da Lei 11.488/2007, aplica-se o artigo 33 retroativamente, em face do disposto no artigo 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional

Como o auto de infração foi lavrado posteriormente à entrada em vigor da lei 11.488, impondo-se a conversão da pena de perdimento ao importador, é manifesta sua improcedência.

Lançamento Improcedente ”

Na forma da Portaria MF nº. 03/2008, artigo 1º foi recorrido de ofício a referida decisão.

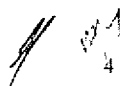
É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Valdete Aparecida Marinheiro, Relatora

Tomo conhecimento do presente Recurso de Ofício, cuja decisão recorrida foi resultado do acórdão proferido pelos membros da 2º turma da DRJ/SPOII, que por unanimidade, julgou improcedente o lançamento, em questão, na forma do voto condutor que integra o referido acórdão recorrido.

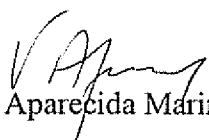
O voto condutor da decisão recorrida não merece reparos e dele concordo plenamente.



Repeti-lo será desnecessário, mas destaco-o como completo, exaustivo e merecedor de ser lido em sessão se os demais membros dessa 1ª Turma da 1ª Câmara da 3ª Seção desse Conselho Administrativo de Recursos Fiscais assim o desejar.

Esse voto irreparável encontra-se em fls. 1.851 a 1.866 que o adoto como razões para julgar improcedente o presente Recurso de Ofício.

É como voto.


Valdete Aparecida Marinheiro

Voto Vencedor

Conselheiro Tarásio Campelo Borges, Redator Designado

Conheço do recurso de ofício porque atendidos os requisitos para sua admissibilidade.

Peço vênia à eminente relatora para discordar de suas conclusões relativamente à aplicação do princípio da retroatividade benígna de que cuida o artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, porquanto entendo equivocada a pressuposta coincidência entre tipicidades de penas eminentemente cumulativas: o artigo 23 do Decreto-lei 1.455, de 7 de abril de 1976, com as modificações introduzidas pela Lei 10.637, de 2002, pune o dano ao erário ^[1]; enquanto o artigo 33 da Lei 11.488, de 15 de junho de 2007 ^[2], é pena substitutiva da inaptidão do CNPJ de sociedades empresárias inidôneas ^[3].

¹ Decreto-lei 1.455, de 1976, artigo 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 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. (Incluído pela Lei 10.637, de 30.12.2002) (§ 2º) Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados. (Incluído pela Lei 10.637, de 30.12.2002) (§ 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 10.637, de 30.12.2002) (§ 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. (Incluído pela Lei 10.637, de 30.12.2002).

² Lei 11.488, de 2007, artigo 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.

³ Lei 9.430, de 1996, artigo 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. (Redação dada pela Lei 11.941, de 2009) (§ 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

 5

Por conseguinte, se distintos os fatos típicos dessas multas, não há se falar em aplicação do princípio da retroatividade benígna em face da superveniência do artigo 33 da Lei 11.488, de 2007.

Nesse sentido, julgado da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. OCULTAÇÃO DO VERDADEIRO IMPORTADOR. PENA DE PERDIMENTO DAS MERCADORIAS. LEGALIDADE. ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.488, DE 15 DE JUNHO DE 2007. NÃO REVOGAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO PREVISTA NO ARTIGO 23 DO DECRETO-LEI Nº 1.455, DE 1976. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

5. O artigo 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 artigo 23 do DL nº 1.455/76, 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 "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". 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 da aplicação da sanção de inaptidão do CNPJ. Quanto às demais penas, permanecem incólumes, havendo a previsão, agora também, da pena pecuniária, nos termos do caput do aludido preceptivo legal.

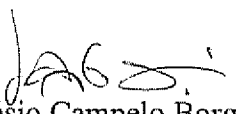
Improvemento da apelação.

(AMS 200572080051666, OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, TRF4 - SEGUNDA TURMA, 01/08/2007)

exterior. (Incluído pela Lei 10.637, de 2002) (§ 2º) Para fins do disposto no § 1º, a comprovação da origem de recursos provenientes do exterior dar-se-á mediante, cumulativamente: (Incluído pela Lei 10.637, de 2002) (I) prova do regular fechamento da operação de câmbio, inclusive com a identificação da instituição financeira no exterior encarregada da remessa dos recursos para o País; (Incluído pela Lei 10.637, de 2002) (II) identificação do remetente dos recursos, assim entendido como a pessoa física ou jurídica titular dos recursos remetidos. (Incluído pela Lei 10.637, de 2002) (§ 3º) No caso de o remetente referido no inciso II do § 2º ser pessoa jurídica deverão ser também identificados os integrantes de seus quadros societário e gerencial (Incluído pela Lei 10.637, de 2002) (§ 4º) O disposto nos §§ 2º e 3º aplica-se, também, na hipótese de que trata o § 2º do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976. (Incluído pela Lei 10.637, de 2002) (§ 5º) Poderá também ser declarada inapta a inscrição no CNPJ da pessoa jurídica que não for localizada no endereço informado ao CNPJ, nos termos e condições definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (Incluído pela Lei 11.941, de 2009).

 6

Com essas considerações, dada a ausência do pressuposto para a aplicação do princípio da retroatividade benígna, dou provimento ao recurso de ofício.


Tarásio Campelo Borges