



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

Processo n° 10314.013107/2010-18
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **3102-01.500 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 23 de maio de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO ADUANEIRO
Recorrente TREVI IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Auto de Infração Aduaneiro

Período de Apuração: 11/01/2006 a 31/07/2007

IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. PENA DE PERDIMENTO PREVISTA NO DL 1.455/76, ART. 23, INCISO V.

Ficam sujeitas a pena de perdimento as mercadorias importadas cuja operação foi realizada por meio de interposição fraudulenta, conforme previsto no art. 23, inciso V, do Decreto-Lei nº 37/66.

IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO. CONVERSÃO EM MULTA NO VALOR DA MERCADORIA. ART. 23, § 3º DO DECRETO-LEI Nº 1.455/76.

Não sendo possível a aplicação da pena de perdimento, em razão das mercadorias já terem sido dadas a consumo ou por qualquer outro motivo, cabível a aplicação da multa de conversão da pena de perdimento, prevista no art. 23, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencida a Conselheira Nanci Gama.

Luis Marcelo Guerra de Castro - Presidente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.206-2 de 24/03/2004.

Autenticado digitalmente em 14/06/2012 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA, Assinado digitalmente em 05/07/

2012 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO, Assinado digitalmente em 14/06/2012 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA

Impresso em 10/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Winderley Moraes Pereira - Relator.

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Luis Marcelo Guerra de Castro, Ricardo Paulo Rosa, Leonardo Mussi, Winderley Moraes Pereira, Álvaro Arthur Lopes de Almeida Filho e Nanci Gama.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto, com as devidas adições, o relatório da primeira instância que passo a transcrever.

“A interessada foi autuada em face da infração capitulada no artigo 618, inciso XXII, do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 4.543/2002), punível com a pena de perdimento - "618. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário: (...) 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”, conforme se depreende do relatório fiscal anexo ao auto de infração:

“§ 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). (Redação dada pelo Decreto nº 4.765, de 24.6.2003)”

Em razão da impossibilidade de apreensão da mercadoria em pauta, foi a pena de perdimento convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro, conforme transcrição a seguir de parte do decreto-lei 1455/76.

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. (Incluído pela Lei nº 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 nº 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 nº 10.637, de 30.12.2002)*

O Despacho Decisório de fl. 266 a 274, de 17/03/2010, diz que a empresa reiteradamente operou com recursos de elevado valor, cuja regular e lícita origem não restou comprovada.

Em 2007, foi cientificada do início do procedimento especial de fiscalização e intimada a entregar a documentação referente ao período de janeiro de 2005 a julho de 2007, não tendo se manifestado. Em razão da IN SRF 228/2002, as autoridades aduaneiras aduziram, em função desse procedimento fiscal realizado, que não foi 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, com a formalização da Representação Fiscal para fins de Inaptdão no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (fl. 87).

Defendeu-se a empresa sobre a exigência de intimação a essa representação, tendo suas justificativas sido submetidas à fiscalização, que informou (fl. 209) não terem sido apresentados os livros fiscais e os extratos e comprovantes de depósitos bancários exigidos, o que revela que a impugnante operou sistematicamente com recursos de origem incomprovada.

No Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário foi emitida intimação (fl. 211) novamente para que fossem apresentados todos os documentos para comprovação da origem e titularidade dos recursos empregados nas operações de comércio exterior, tendo a empresa pedido prorrogação (concedida) e justificado (após prorrogação) já haver entregue os documentos exigidos e anexado um CD, que supostamente conteria cópias dos documentos já entregues.

O Serviço de Fiscalização verificou se as cópias de documentos contidas no CD teriam o condão de produzir alguma alteração no quadro fático e documental vigente até aquele momento, tendo concluído (fl. 256) que houve total impraticabilidade do manuseio dos livros e documentos na forma como foram apresentados, inviabilizando sua visualização e o confronto das informações em livros distintos e até mesmo num único livro. A fiscalização assevera que deveriam ter sido apresentados os livros impressos, encadernados, registrados na Junta Comercial, atendendo aos quesitos e princípios básicos da contabilidade, bem como sua vias originais ou em cópias autenticadas.

Houve impugnação de fls. 377 a 394, onde a interessada alega, em síntese, que:

- atendeu a todas as intimações, apresentando os documentos necessários à comprovação da regularidade das operações de comércio exterior.

- a finalidade para a qual foi instaurado o procedimento especial foi alcançada, ou seja, a origem de recursos, não podendo a fiscalização ter concluído sumariamente o procedimento e aplicado a pena de perdimento de suas mercadorias.

- alguns documentos faltantes foram apresentados posteriormente mas mesmo assim a fiscalização solicitou a entrega dos extratos bancários, apesar de já haver comprovado que a quantia se originou de empréstimos bancários.

- comprovou a origem de recursos, conforme documento 9, onde esclarece detalhadamente o procedimento contábil das operações de importação.

- modelo exemplificativo do procedimento de importação foi juntado no documento 10.

- as notas fiscais estão no documento 11.

- os contratos de empréstimo no documento 12.

- os valores remetidos ao exterior são apresentados novamente.

- foram apresentados os livros Diário e Razão do período investigado.

- não pode haver interposição fraudulenta de terceiros se não é demonstrada a existência do suposto adquirente ou a ocorrência de fraude.

- deveria ter sido demonstrado qual o benefício com a ocultação.

- a eventual ausência de documentos só permitiria concluir pela ausência dos mesmos.

- pleiteia a total improcedência do auto de infração.

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."

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento decidiu por manter integralmente o lançamento. A decisão da DRJ foi assim ementada.

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 11/01/2006 a 31/07/2007

DANO AO ERÁRIO. OCULTAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO, DO REAL VENDEDOR, COMRPADOR OU DE RESPONSÁVEL PELA OPERAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO.

O Dano ao Erário decorrente da ocultação das partes envolvidas na operação comercial que fez vir a mercadoria do exterior é hipótese de infração "de mera conduta", que se materializa quanto o sujeito passivo oculta nos documentos de habilitação para operar no comércio exterior, bem assim na declaração de importação e nos documentos de instrução do despacho, a intervenção de terceiro, independentemente do prejuízo tributário ou cambial perpetrado.

COVNERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO EM MULTA. HIPÓTESES.

A conversão da Pena de Perdimento em multa poderá ser levada a efeito sempre que as mercadorias sujeitas àquela penalidade tiverem sido dadas a consumo, por meio da comercialização.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido"

Cientificado da decisão, o autuado apresentou recurso repisando as alegações já apresentadas na impugnação. Afirmando a licitude das operações realizadas, demonstrada, por meio dos documentos entregues quando da investigação da origem dos recursos aplicados em operações de comércio exterior e combate a interposição fraudulenta de pessoas, realizados no processo administrativo nº 10314.003398/2008-11.

Consta do Recurso detalhamento sobre as operações da Recorrente, que segundo suas alegações comprovariam efetivamente a origem dos Recursos, que transcrevo abaixo.

"As operações de comércio exterior da Recorrente são financiadas através de empréstimos contratados junto a instituições financeiras. Com efeito, de forma geral, antecipadamente ao pagamento de câmbio e correspondente internação de mercadoria, é contratado empréstimo bancário em quantia suficiente para suportar estas despesas.

Neste momento, conforme consta do Livro Diário, as contas das instituições financeiras são creditadas, gerando o saldo suficiente nas contas banco/movimento. Ao serem debitados os valores correspondentes aos contratos de câmbio e tributos, sempre através da conta banco/movimento são igualmente contabilizados as operações nas contas "variação cambial e tributos".

Importante estacar que, durante os procedimentos de internação e revenda/reexportação, o contrato bancário é renovado mensalmente com amortização dos juros levados à conta "juros passivos", conforme os documentos juntados em outra oportunidade.

Quando da revenda ou reexportação da mercadoria, o valor recebido é creditado nas contas banco/movimento e utilizado para amortização do empréstimo contratado e/ou contabilizadas as perdas/ganhos cambiais correspondentes."

Em seguida a título de exemplo demonstra o que seria esta operação para a DI nº 06/0209906-9, de 21/02/2006.

A firma a Recorrente que visando evidenciar a origem dos recursos utilizados nas operações de importação, juntou-se planilha demonstrativa (doc. 13 da Impugnação) de todos os dados relativos aos contratos firmados com os exportadores, bem como aos pactuados com as instituições financeiras, constando inclusive o número da Declaração de Importação, as respectivas notas fiscais e o valor e tipo de produto. Alega ainda que reforçando esta comprovação junta ao Recurso Voluntário os seus extratos bancários, em que consta expressamente a utilização de empréstimos bancários para realizar as importações.

Cabe ao Fisco demonstrar a fraude ou simulação, pois não pode haver interposição fraudulenta de terceiros se não é demonstrada a existência do suposto adquirentes ou a ocorrência da fraude.

No caso em tela, a Fiscalização concluiu pela interposição fraudulenta nos termos do artigo 11, inciso II, c/c o artigo 10 da IN nº 228/02, em virtude de suposto não atendimento da Recorrente à intimação fiscal. Os documentos apresentados pela Recorrente eram suficientes para demonstrar a sua capacidade financeira para operar no comércio exterior. O Fisco não pode valer-se da ausência de documentos para concluir pela interposição fraudulenta. Cabe a autoridade fiscalizadora a obrigação de indicar onde está e como se beneficiou o suposto real adquirente, o que não foi feito no pela autoridade fiscalizadora.

A eventual ausência de documentos alegados pelo Fisco, foi afastada por prova cabal, apresentada pelo contribuinte. Os contratos de financiamento bancário, aptos a comprovar a capacidade financeira da empresa, bem como os extratos bancários apresentados no Recurso.

Pede a redução da multa aplicada ao patamar de 10% nos termos do art. 33 da Lei nº 11.488/2007. em razão de que sendo esta Lei posterior ao Decreto-lei nº 1.455/76 e a IN SRF 228/2002, perderam a sua eficácia, devendo ser aplicada a nova lei por ter revogado expressamente as normas anteriores. Além disso, alega a procedência da multa de 10% em obediência ao artigo 106 do Código Tributário Nacional que trata da aplicação retroatividade de lei mais benéfica ao contribuinte.

Pede o cancelamento sob o arrimo que a pena de perdimento esta sendo aplicada cumulativamente com a declaração de inaptidão do CNPJ, com evidente afronta ao art. 33, parágrafo único, da Lei nº 11.488/07.

É o Relatório.

Voto

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

Autenticado digitalmente em 14/06/2012 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA, Assinado digitalmente em 05/07/

2012 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO, Assinado digitalmente em 14/06/2012 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA

Impresso em 10/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Conselheiro Winderley Morais Pereira, Relator.

O recurso é voluntário e tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, merecendo, por isto, ser conhecido.

Inicialmente por tratar-se de questão preliminar, aprecio os pedidos de relevação da multa aplicada em razão de cumulatividade com a declaração de inaptidão do CNPJ e a redução da multa ao patamar de 10% nos termos do art. 33 da Lei nº 11.488/2007. Analisando a impugnação, verifica-se que estas matérias não foram objeto de contestação. Portanto, a decisão da primeira instância não poderia e não se manifestou sobre estas alegações. Diante da ausência do questionamento da matéria na impugnação, a apreciação por este colegiado não é mais possível, conforme determina o art. 17, do Decreto nº 70.235/72.

“Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.”

Entretanto, em que pese a impossibilidade da análise das alegações inovadas no recurso voluntário, mesmo se apreciadas, não trariam melhor sorte a Recorrente.

Não há que se falar em ofensa a princípios constitucionais em razão da aplicação da pena de perdimento e da declaração de inaptidão do CNPJ. São procedimentos diversos que não guardam relação. A inaptidão do CNPJ é decisão administrativa que torna sem efeito a inscrição da empresa no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas o que determina a impossibilidade da empresa exercer as suas atividades.

Já a penalidade de perdimento esta prevista no Decreto-Lei 1.455/76 e tratando-se de penalidade não se confunde com o ato administrativo de declaração de inaptidão do CNPJ.

Aqui não esta se rediscutindo o processo de inaptidão do CNPJ que é matéria de decisão administrativa em que não se aplica os ritos do Decreto nº 70.235/72. Estamos diante de outro procedimento, formalizado no presente processo em que é dado direito ao contribuinte em fazer as suas alegações e trazer os documentos que entender serem necessários a contrapor o lançamento tributário e suas conclusões. É obrigação do julgador se manifestar sobre os argumentos tragos na impugnação e os documentos apresentados se contrapondo àqueles apresentados pela autoridade autuante.

Quanto aos argumentos de ofensa a preceitos constitucionais no lançamento, estes não são possíveis de manifestação por parte deste colegiado, em razão da sua incompetência para decidir sobre a constitucionalidade de lei tributária. Conforme a súmula CARF nº 2, publicada no DOU de 22/12/2009.

“Súmula CARF nº 2

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.206-2/08/2001

Autenticado digitalmente em 14/06/2012 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA, Assinado digitalmente em 05/07/

2012 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO, Assinado digitalmente em 14/06/2012 por WINDERLEY MORAIS PER

EIRA

Impresso em 10/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”

Quanto ao pleito de redução da multa ao valor de 10% prevista no art. 33, da Lei nº 11.488/2007 também não pode prosperar, pois, o parágrafo único do artigo afasta a aplicação desta penalidade, nos casos previstos de inaptidão do CNPJ previstos no art. 81 da Lei nº 9.430/96. Situação em que se encontra a Recorrente, por força do Ato Declaratório Executivo IRF/SPO nº 118/2008.(fl. 30)

"Art. 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."

Lançamento em razão da aplicação da pena de perdimento para mercadorias que teriam sido importadas sob o artifício da interposição fraudulenta

Afastada a discussão preliminares, passo a análise dos argumentos contidos no recurso voluntário quanto a responsabilidade do Recorrente sobre os fatos ocorridos e a sua situação no polo passivo da obrigação tributária

A lide gira em torno da conversão em multa da pena de perdimento aplicada a mercadorias importadas por intermédio de interposição fraudulenta, ao arrimo que a empresa importadora não teria comprovada a origem dos recursos utilizados nas operações de comércio exterior. A autuada, em sua defesa, alega a licitude dos recursos utilizados e apresenta documentos referentes a operações e alega que empréstimos bancários comprovariam os recursos utilizados nas operações.

O controle aduaneiro e a interposição fraudulenta

O controle aduaneiro é matéria relevante em todos os países e a comunidade internacional busca de forma incessante o controle das mercadorias importadas, de forma a garantir a segurança e a concorrência leal dentro das regras econômicas e tributárias.. Desde da edição do Decreto-Lei 37/66, o Brasil busca coibir as irregularidades na importação. Este diploma legal, determinava a conferência física e documental da totalidade das mercadorias importadas. Com o crescimento da economia nacional, a crescente integração do País no plano internacional e o aumento significativo das operações de comércio exterior. O Estado

Brasileiro decidiu modificar os controles que até então vinha exercendo sobre a importação, desenvolvendo controles específicos que se adequassem ao incremento das operações na área aduaneira. A solução veio com a entrada em produção do Siscomex-Importação em janeiro de 1997. A partir deste sistema, os controles de despacho aduaneiro de importação passaram a utilizar canais de conferência, que determinaram níveis diferentes de controles aduaneiros. Desde um controle total durante o despacho aduaneiro, com conferência documental, física das mercadorias e avaliação do valor aduaneiro até a um nível mínimo de conferência.

Ao modernizar o seu sistema de controle aduaneiro o País flexibilizou o controle individual das mercadorias importadas, mas, daí nasceu a necessidade de também trabalhar o controle em nível de operadores de comércio exterior. A partir desta premissa foram definidos controles aduaneiros em dois momentos distintos. O primeiro, anterior a operação de importação, quando é exigido uma habilitação prévia da empresas interessada em operar no comércio exterior. Este controle busca avaliar a idoneidade daquelas empresas que pretendem operar no comércio, e atualmente esta disciplinado na Instrução Normativa da SRF nº 228/2002.

Apesar deste controle ser preferencialmente em momento anterior as operações. Existem situações em que não é suficiente para impedir operações irregulares. Para coibir estas irregularidades a Fiscalização Aduaneira também atua em momento posterior ao desembarço aduaneiro, buscando identificar irregularidades nas operações realizadas. O caminho adotado vem sendo o de confirmar a idoneidade das empresas envolvidas nas operações e investigar a origem do recursos utilizados.

A identificação de ilícitos nas operações ou a falta de comprovação da origem dos recursos implica na aplicação da pena de perdimento das mercadorias importadas por operações irregulares.

Por força legal, considera-se dano ao erário, punível com a pena de perdimento das mercadorias, a ocultação do real adquirente das mercadorias importadas, mediante fraude ou simulação, conforme o art. 23, inciso V, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

" 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. (Incluído pela Lei nº 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 nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 3º As infrações previstas no caput serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)

§ 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 nº 10.637, de 30.12.2002)"

É mister salientar que não são todas as operações por conta e ordem de terceiros consideradas interposição fraudulenta. O art. 80 da Medida Provisória nº 2.158-35/01 estabeleceu a possibilidade de pessoas jurídicas importadoras atuarem em nome de terceiros por conta e ordem destes. Os procedimentos a serem seguidos nestas operações estão atualmente disciplinados nas IN SRF nº 225/02 e 247/02.

Considerando a possibilidade de importações, com a intervenção de terceiros, fato previsto em lei e disciplinado pela Receita Federal, torna mais forte a pena a ser aplicada quando importador e real adquirente, utilizando de fraude ou simulação oculta esta operação do conhecimento dos órgãos de controle aduaneiro, visto que, o fato de não seguir as determinações normativas para as importações por conta e ordem, acarretam prejuízo óbvio, aos controles aduaneiros, fiscais e tributários.

Contudo, a matéria ainda não fica totalmente resolvida, visto que em determinadas situações, a pena de perdimento por diversos motivos não pode ser aplicada. Aqui temos um empecilho ao cumprimento da norma, já que impedida de aplicar o perdimento, se não existir outra pena possível, equivaleria a uma ausência de punibilidade, o que poderia além do prejuízo não ser ressarcido, estimular futuros atos ilícitos, diante da não aplicação da pena aos infratores. Tal fato não ficou desconhecida pelo legislador, que de forma lúcida, criou a possibilidade da conversão da pena de perdimento em multa, no valor de 100% do valor da mercadoria, conforme previsto art. 23, § 3º do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Diante do arcabouço legal que trata a matéria, fica cristalino a procedência da aplicação da pena de perdimento nas situações em que for comprovada ou presumida a interposição fraudulenta, bem como a conversão da pena de perdimento em multa. Tal posição já é matéria assentada neste Conselho, conforme se verifica nos acórdãos nº 9303-001.632, 3201-00.837 e 3102-00.792.

Resolvida a questão da legalidade da imputação, passo a analisar a situação fática que culminou na aplicação da penalidade ora combatida.

A operação de importação realizada pela Recorrente e a presunção da interposição fraudulenta

Verificando os autos, consta do relatório da autuação, que o presente lançamento ocorreu em razão da existência de procedimento especiais, contra a recorrente, nos termos da IN SRF nº 228/2002, instaurado pela IRF São Paulo/SP, controlado no processo administrativo nº 10314.004372/2007-18. Onde foi constatado que a Recorrente não logrou comprovar a origem, disponibilidade e transferência dos recursos utilizados em operações de comércio exterior. Em razão deste fato, entendeu a Fiscalização aplicar a hipótese de interposição fraudulenta com base na presunção legal prevista no art. 23, do Decreto-lei nº 1.455/76, aplicando a multa de conversão da pena de perdimento controlada no presente processo.

O que extrai-se do relatório que embasou o lançamento é que existiu procedimento anterior que determinou a conclusão da existência de irregularidades nas operações de importação realizadas pela Recorrente.

Está-se novamente às voltas com a discussão sobre o lançamento baseado em procedimento diverso, onde todas as conclusões e provas foram obtidas naquele procedimento e a exigência fiscal acontece em processo diverso. A chamada prova emprestada. A discussão sobre a prova obtida em processo diversos, vem sendo obra de diferentes autores, mas existe uma posição majoritária, que aceita estas provas, como meio probante, desde que obtida em processo lícito e ao qual foi permitida a ampla defesa. Neste sentido a lição de Paulo Celso Bonilha. "Em principio nada impede que se aplique ao processo administrativo tributário o instituto da prova emprestada. As partes podem produzir ou protestar pela produção de provas produzidas em outro processo, desde que, é obvio, guardem pertinência com os fatos cuja prova se pretenda oferecer.¹ No mesmo caminho, vem a posição de Humberto Teodoro Júnior que ao comentar os meios possíveis de prova, que não estão dentre aqueles arrolados no art. 332 do CPC, cita especialmente a prova por presunção e a prova emprestada. "Finalmente, entre os meios não previstos no Código, mas "moralmente legítimos", podem ser arrolados os clássicos indícios e presunções, bem como a prova emprestada, que vem a ser aquela produzida em outro processo, mas que tem relevância para o atual."²

Portanto, não existe nenhum reparo na decisão da Fiscalização em se utilizar de fato obtido em processo diverso. Visto que as provas utilizadas, foram obtidas em processo administrativo regular e dentro das normas legais e as provas obtidas em processo por autoridade pública faz sim prova, mesmo que obtido em outro procedimento.

Voltando para o Auto de Infração, a conclusão da existência da interposição fraudulenta veio com as informações constantes do processo administrativo nº 10314.003398/2008-11, conforme se depreende do relatório fiscal (fls. 4).

A possibilidade da utilização em determinadas situações da presunção da irregularidade nos operadores de comércio exterior ou nas operações de importação foram aplicadas ao caso. A Recorrente, na impugnação alega a licitude das suas operações, e trouxe extratos bancários e outros documentos que segundo suas afirmações comprovariam as origens

¹ Bonilha, Paulo Celso B. Da prova no processo administrativo tributário, Ed. LTr, São Paulo, 1992, p. 119.

² Teodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 41ª ed., São Paulo, Forense, 2004, p. 390.

do Recurso, o que desqualificaria a interposição fraudulenta utilizada no Auto de Infração como motivação para o lançamento.

Julgando a impugnação, a autoridade a quo entendeu não estarem comprovadas nos documentos apresentados a origem dos recursos, em razão da ausência de provas. Não tendo suas sucesso na sua impugnação, veio novamente a Recorrente aos autos e apresentou seu Recurso Voluntários, já tendo conhecimento da decisão de primeira instância que indeferiu a impugnação em razão da ausência de provas, mas mesmo assim, não trouxe nenhuma inovação quanto aos documentos e esclarecimentos já apresentados.

No Recurso Voluntário são tragas as alegações que a origem dos recursos utilizados no comércio exterior viriam de empréstimos bancários e para justificar estas alegações, informa que trouxe extratos bancários que comprovariam a origem dos recursos.

Analisando os extratos bancários, verifica-se que estes referem-se ao período de fevereiro de 2006. Conforme consta dos autos os lançamentos referem-se a Declarações de Importação registradas no período de janeiro de 2005 a julho de 2007. De observação óbvia, os extratos apresentados não podem justificar a origem dos Recursos, visto as operações bancárias listadas, estarem restrita apenas a um mês o que de maneira alguma pode justificar a origem das operações para todo o período fiscalizado.

Consta também do recurso, a descrição feita pela Recorrente, do que seria o registro de suas operações na contabilidade. Tal afirmação, apesar de constar do Recurso, não tem base documental nenhuma a provar estes registros. Não existem nos autos, livros fiscais, registros contábeis ou quaisquer outros documentos que possam comprovar as operações descritas.

A existência de empréstimos em nada auxilia na comprovação da origem, pois sem necessária a apresentação dos assentamos contábeis com as indicações da utilização das receitas e efetiva utilização para pagamento das despesas com comércio exterior, não há como afirmar, que tais empréstimos foram realmente utilizados com a finalidade de quitação das despesas de comércio exterior.

De outro giro, a discussão da comprovação da origem dos recursos já percorre um longo caminho, que vem desde o início do procedimento fiscal especial previsto na IN SRF nº 228/2002, onde a interessada vem sendo intimada seguidas vezes a apresentar documentos e esclarecimentos que não são apresentados.

Os livros fiscais, em nenhum momento desde o início do procedimento para apuração da origem dos recursos, foram apresentados. Conforme detalhado na ação fiscal, teriam sido entregues em meio digital (CD) que não pode ser acessado pela fiscalização e ciente desta informação, em nenhum momento de todo o procedimento, veio a Recorrente apresentar sua escrituração fiscal e contábil. Não trouxe aos autos seus livros, se limitando a discutir questões periféricas da lide, quando poderia a qualquer tempo, apresentar os livros contábeis e a totalidade dos extratos bancários abarcando todo o período fiscalizado. Quando trouxe uma informações relevante para solução do mérito da lide, foram apresentados extratos bancários, mesmo assim, somente de um mês, sendo o período em discussão muito mais extenso.

Toda a motivação do lançamento em discussão, vem da não comprovação da origem dos Recursos. A apresentação de contratos de câmbio e documentos utilizados no despacho aduaneiro comprovam a existência de Recursos, mas não a sua origem e em nada auxiliam na elucidação dos fatos e da interposição fraudulenta imputada a Recorrente. O

problema central, a cerne da lide, não foi enfrentada, que era demonstrar a origem dos recursos. A simples alegação de que teriam origem em empréstimos e a descrição dos assentamos que seriam realizados, sem as necessárias provas documentais não podem ser aceitas.

Os argumentos do Recurso Voluntário detalham a utilização do Recurso, mas o que interessa para a solução da questão é a origem dos recursos. O conceito de origem no que concerne a matéria tributária, esta assim definido no Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva.³

ORIGEM. Do latim origo, originis, em sentido amplo quer exprimir o começo ou causa de todas as coisas.

É assim, o germe, o motivo, o fundamento, a razão, a procedência.

Mostra, pois, a coisa eficiente ou a determinante das coisas ou a fonte de onde vieram ou procederam. É a força criadora. É o motivo.

Na linguagem técnica de do Direito Tributário, origem exprime a procedência ou o lugar de onde a coisa provém: é assim que se entende a expressão origem da mercadoria ou o certificado de origem da mercadoria ou do produto.

(...)"

A origem é a procedência o nascedouro da coisa. Na investigação sobre a origem do recurso, busca-se o seu nascedouro de onde partiu. A comprovação documental do fechamento de câmbio e do pagamento dos tributos aduaneiros, confirma a utilização do recursos, mas não ajuda em nada o esclarecimento quanto a sua origem, de onde provém.

Não há como mudar ou questionar o lançamento e a decisão da primeira instância. Sem a comprovação que os recursos utilizados para o pagamento das operações de câmbio e dos tributos aduaneiros, teriam origem em receitas própria da Recorrente, não existe outro caminho, que não seja, considerar de terceiros, os recursos utilizados. Firme neste entendimento, a presunção legal é fato aplicável ao caso em tela, configurando a interposição fraudulenta. Advindo daí, todas as implicações legais, quais sejam a aplicação da pena de perdimento das mercadorias importadas e na sua impossibilidade de conversão desta pena em multa nos termos do art. 23, inciso V, § 3º do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Winderley Morais Pereira

CÓPIA