



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

Processo nº 10730.003034/2011-26
Recurso nº De Ofício
Acórdão nº 3201-001.254 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de março de 2013
Matéria OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BARLEY MALTING IMPORTADORA LTDA

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2010

IMPORTAÇÕES PRÓPRIAS. DESCARACTERIZAÇÃO. IMPORTAÇÕES PARA REVENDA A ENCOMENDANTE PREDETERMINADO. CESSÃO DE NOME. ACOBERTAMENTO DE INTERVENIENTE OU BENEFICIÁRIO.

A infração capitulada no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007 -cessão do nome da pessoa jurídica, 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, não se caracteriza no caso de falta de comprovação de que importações declaradas como sendo “por conta própria” foram realizadas na modalidade “para revenda a encomendante predeterminado”.

RECURSO DE OFÍCIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos em negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto da relatora. Os Conselheiros Paulo Sérgio Celani e Marcos Aurélio Pereira Valadão votaram pelas conclusões.

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente.

MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Marcelo Ribeiro Nogueira, Paulo Sérgio Celani, Daniel Mariz Gudiño e Luciano Lopes de Almeida Moraes.

Relatório

A DRJ de Florianópolis recorre de ofício a este Conselho, tendo em vista recurso de ofício, nos termos do art. 34, do Decreto nº 70.235/72, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.532/97 e Portaria MF nº 3, de 03/01/2008.

Por bem descrever os fatos ocorridos, até então, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir:

“Trata o presente processo de auto de infração lavrado para exigência de crédito tributário no valor de R\$ 29.289.991,30 referente a multa prevista no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007.

Depreende-se do relatório de fiscalização anexo ao auto de infração que a interessada foi submetida a procedimento especial de fiscalização da Instrução Normativa SRF nº 228/2002 da seguinte forma:

A interessada foi intimada a apresentar documentos fiscais relacionados ao funcionamento da empresa e às importações que realizou no período.

Foi tomado depoimento do diretor da empresa sobre a forma de atuação da empresa nas importações (transcrito às fls. 19 a 21 do processo digitalizado).

1. Respondeu que a sede é no endereço do cadastro em Arraial do Cabo, e que tem um escritório bem localizado em Sorocaba;

2. Respondeu que é sócio que toma conta do processo de funcionamento e negócios da Empresa;

3. Respondeu: desde a constituição da empresa;

4. Respondeu que trabalham com estoque;

5. Vai importando e a medida que vai diminuindo o estoque vai realizando outras compras, considerando o tempo para a chegada de navios, etc;

6. Ela importa, compra o malte de fornecedores, já comprei de Canadá, Argentina, Inglaterra, tudo em função de como o mercado está fluindo e tal;

a. Normalmente não faço muito contrato de fornecimento, o mercado está andando, faço tomada de preços e compro conforme melhor oferta, não tem muitos fornecedores como o mercado de trigo, etc;

b. Normalmente com contatos telefônicos, ligando para os fornecedores, que passam os preços que têm no momento;

c. Não sempre do mesmo. Embora compre muito de um mesmo fornecedor, compro de vários.

d. Tenho estoque, como verifico que começa a baixar o estoque realizo outras compras;

e. Eu mesmo defino, observando o estoque. Observa por exemplo se a cerveja está vendendo, etc.

f. Acompanha o mercado de cerveja, e um pouco o de uísque.

g. Não. Não tem direcionamento neste momento.

7. Tenho uma equipe de venda, que oferta no mercado. Verificado os diversos parâmetros do próprio malte.

a. Sim.

b. A propaganda é boca a boca. Tem máquinas para beneficiar o malte. Para se vender o malte é necessário que seja beneficiado.

c. Planilha de custo, planilha de formação de preço (frete, seguro, etc);

d. Não. O comprador, todo ele é chorão. O mercado do malte tem que cuidar pois ele oscila muito. Por exemplo, está faltando milho então, por se usar a cevada como ração, -matéria prima do malte, diminui a oferta do malte, tendo oscilação de preço.

e. Um é FOB ou outro pode ser CIF, e a própria negociação entre clientes e fornecedores.

8. Compra normalmente com 180 dias, ocorre que pode se pedir uma prorrogação de prazo (por motivos de câmbio, etc). Não faz hedge.

a. Sim. Negocio taxas de spread com os bancos, para escolher o banco.

b. Tenho crédito com o próprio fornecedor e dependendo do cliente vou vendendo e ele vai me pagando.

9. O passivo surgiu quando o câmbio disparou. Se for pedir um novo balanço se verificará que o passivo está bem menor. Quando o câmbio dispara, eu peço prazo ao fornecedor aguardando a volta da taxa de câmbio.

10. Que este tipo de operação comercial trabalha com uma margem apertada, se três a sete por cento e que esta fiscalização obriga a se prestar garantias o que diminui muito a margem do negócio. Os Bancos cobram bastante para se realizar operações envolvendo garantias.

//. Perguntado sobre a sociedade com a Zuchetti informou que a Zitchetti LLP fornecedora é sediada em Londres e a outra Zuchetti Ltd é sediada nas Ilhas Virgens.

12. Perguntado sobre se a Cervejaria Petrópolis e a Praimar Ltda seriam seus principais compradores informou que tem outros comprados como por exemplo Pernot Ricard, União Destilaria, Cervejaria Colônia, etc...

E, para surtir os efeitos legais, lavramos o presente Termo, em três vias de igual

teor e forma, assinado pelo(s) Auditor(es)-Fiscal(is) da Receita Federal do Brasil

e pelo depoente.

Da análise dos documentos, do termo de depoimento e das pesquisas realizadas se verificou que a empresa Barley Malting Importadora Ltda opera no comércio exterior fornecendo malte às empresas Cervejaria Petrópolis S.A. e Praiamar Indústria Comércio e Distribuição Ltda por conta e ordem destas.

Há contrato de arrendamento mercantil de equipamentos entre as empresas Praiamar e Barley, no qual a primeira cede à segunda direito de utilização de infra-estrutura portuária marítima e terrestre em Arraial do Cabo, bem como área onde se encontram instalados equipamentos necessários ao embarque de malte, cevada, lúpulo e outros produtos.

A empresa possui reduzido número de funcionários e baixo valor referente a contas de telefone e luz.

A concretização das avenças foi efetivada unicamente através de contatos telefônicos, conforme depoimento referido.

De acordo com as notas fiscais nota-se que as saídas das mercadorias, em sua quase totalidade, foram para as empresas Praiamar e Cervejaria Petrópolis, o que revela a natureza de encomenda prévia das mercadorias nacionalizadas, indicativa de que a empresa importadora apenas cedeu seu nome para figurar como importadora de bens que, antes mesmo do seu registro e desembaraço, já possuíam dono.

Apresentadas cópias dos extratos bancários e respectivas transferências de valores para cada fechamento de câmbio, foi elaborada a planilha de folhas 23 a 26 demonstrando fechamentos de câmbio das importações realizados com recursos das empresas Praiamar Indústria Comércio e Distribuição Ltda e Cervejaria Petrópolis S.A.

Restou demonstrada a interposição fraudulenta entre a empresa e as reais adquirentes.

Comprovou-se a “ocultação do sujeito passivo da obrigação tributária e real adquirente das mercadorias, através da cessão do nome da autuada para figurar nos procedimentos de importação examinados na presente ação fiscal, cabível a aplicação da multa de 10% sobre o valor das importações (efetivo preço), nos termos do artigo 33, da Lei nº 11.488/2007.”

Cientificada pela via postal (AR fls. 1474) a interessada apresentou a impugnação de folhas 1486 a 1551, com os documentos de folhas 1552 a 2470 anexados.

A impugnante alega, em síntese, que:

Trata-se de lançamento fiscal totalmente equivocado e contrário à Constituição Federal e legislação tributária regente, na medida em que desconsideram (anulam) negócios absolutamente lícitos e importação de malte por conta e ordem próprias, praticados pela empresa autuada.

A fiscalização afirma que a empresa foi identificada em operação com a Polícia Federal, todavia não há registro de nenhuma notícia que envolva a interessada, sendo tal afirmação oriunda de documento secreto, não disponibilizado à interessada, fato que macula o auto de infração e cerceia o direito à defesa da acusada.

A não apresentação dos documentos que deram base à autuação viola os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da legalidade dos atos administrativos.

No mérito, não foi demonstrada a acusada ocultação do sujeito passivo.

Todos os atos determinados para a importação por conta própria foram praticados pela impugnante e as exigências específicas cumpridas, não existindo qualquer dúvida quanto a isso, notadamente quando se analisa os documentos e demais elementos de prova colhidos na ação fiscal.

“Pelas definições de importação por encomenda atribuídas por lei e pela jurisprudência conclui-se, inevitavelmente, que as importações operadas pela Barley Malting não estão caracterizadas na modalidade “por encomenda”, conforme pretende atribuir, forçosamente, os auditores fiscais.” (sic)

“É incontestável a natureza de operação por conta e ordem próprias, pois a Impugnante, com recursos próprios e assumindo o risco da operação, realizou a aquisição no exterior de produto e promoveu a sua entrada no território nacional, seguindo rigorosamente os procedimentos previstos na legislação que regula o despacho aduaneiro de importação direta.

A empresa autuada, Barley Malting, cumpriu com todas as obrigações cambiais e tributárias inerentes à prática do comércio exterior que desenvolveu, inexistindo qualquer ilícito nas importações de malte que possam fundamentar a descaracterização das operações e conseqüente lavratura do auto de infração.” (sic)

As ilações e conjecturas que fundamentam o lançamento fiscal atentam contra o princípio constitucional da livre iniciativa.

Todos os riscos da operação de importação foram assumidos pela impugnante, o que afasta a característica de encomenda.

A impugnante sempre manteve estoques do produto que oferece (malte), seja em silos próprios ou em silos alugados, conforme comprova o demonstrativo do Registro de Controle da Produção e do Estoque (doc. 10). Os estoques chegam a somar a carga de dois navios inteiros. Essa característica não se

amolda à importação por encomenda, so contrário, trata-se, claramente, de importação direta, por sua própria conta e risco.

As perdas de estoque, que somam mais de 450 toneladas, foram assumidas pela impugnante, pois eram estoques destinados à venda e não a encomendante, como acusado.

O produto importado é beneficiado pela impugnante para atender as especificações e exigências da clientela, o que descaracteriza por completo a suposta importação por encomenda, pois quem opera a importação por encomenda não tem o trabalho e nem o custo do beneficiamento e armazenamento do produto, pois entrega a mercadoria ao encomendante da mesma maneira que a recebeu.

Não houve interposição fraudulenta pela cessão de nome em operações de comércio exterior como querem fazer valer os agentes fiscais, por mera presunção e arbítrio.

Todos os tributos pertinentes à operação de importação foram pagos, como atestam os documentos (doc.08), fato que impede a desconsideração do negócio jurídico efetivamente realizado, nos termos do disposto no artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, pois não se comprovou nenhuma fraude.

Não foi citado nenhum prejuízo aos cofres públicos, pois não ocorreram, sendo que os estabelecimentos importadores de produtos de procedência estrangeira, que deram saída a esses produtos, são equiparados a industrial nos termos da lei.

O lançamento fiscal padece de vício de ilegalidade por violação do parágrafo único do artigo 168 do Código Civil Brasileiro, o qual preceitua que as nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz.

Ao contrário do que quer fazer crer a fiscalização, as mercadorias não tiveram como únicos destinatários as empresas Praiamar e Cervejaria Petrópolis, como atestam os documentos, mas sim a diversos outros clientes. E ainda que houvessem sido apenas para atender aqueles clientes, não alteraria a natureza das operações de importação direta.

A fiscalização cita suposto contrato de arrendamento mercantil, todavia novamente não acosta aos autos. E ainda que houvesse referido contrato nada de ilegal é atribuído a tal procedimento.

A estrutura da empresa, ao contrário do acusado, é condizente com suas atividades, pois possui 13 empregados, sendo a mão-de-obra operacional terceirizada conforme determinação legal (cerca de 50 empregados indiretos a cada navio). Da mesma forma em relação às demais despesas.

Em nenhum momento se afirmou que as negociações são feitas exclusivamente por contato telefônico, basta ver as declarações do sócio da empresa. O que se afirmou é que a pesquisa de preços no mercado nacional e internacional é realizada normalmente por contato telefônico. E as planilhas demonstram que é freqüente a reclamação referente às especificações do malte, ao contrário do acusado.

Todas as importações realizadas, todos os fechamentos de câmbio, pagamento de fornecedores internacionais, pagamento do transporte aquaviário da mercadoria, pagamento dos tributos, pagamento dos operadores portuários e de todos os custos da operação foram realizados com recursos próprios da Barley Malting.

Os recursos ingressados na empresa, que a fiscalização interpretou terem sido utilizados para o pagamento das importações, são referente a recebimentos de vendas, conforme se verifica das diversas notas fiscais relacionadas nesta impugnação. E ademais, o saldo financeiro da interessada era suficiente para arcar com os custos dos contratos de câmbio.

“Portanto, ao que se revela claramente é que os senhores agentes fiscais agiram muito forçosamente, elaborando uma verdadeira ‘continha de chegada’ para induzir a conclusão que os recursos para os fechamentos de câmbio não são próprios da empresa, mas provenientes das empresa Praiamar e Cervejaria Petrópolis.

As contas elaboradas pelos agentes fiscais (fls.23/26) merecem, pois, ser desconsideradas pelo i. julgador.” (sic)

Por essas razões, requer seja anulado ou julgado insubsistente o auto de infração.

Às folhas 2474, a impugnante encaminha cópias de decisões desta Turma de Julgamento e requer a aplicação de mesmo critério de julgamento, para determinar a improcedência da autuação.

É o relatório.”

O pleito foi deferido, no julgamento de primeira instância, nos termos do acórdão DRJ/FNS nº 07-26.752, de 21/11/2011, proferida pelos membros da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis/SC, cuja ementa dispõe, *verbis*:

“Assunto: Obrigações Acessórias

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2010

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FASE INQUISITÓRIA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Os procedimentos da autoridade fiscalizadora têm natureza inquisitória, não se sujeitando, necessariamente, ao contraditório os atos lavrados nessa fase. Somente depois de lavrado o auto de infração e instalado o litígio administrativo é que se pode falar em obediência aos ditames do princípio do contraditório e da ampla defesa.

IMPORTAÇÕES PRÓPRIAS. DESCARACTERIZAÇÃO. IMPORTAÇÕES PARA REVENDA A ENCOMENDANTE PREDETERMINADO. CESSÃO DE NOME. ACOBERTAMENTO DE INTERVENIENTE OU BENEFICIÁRIO. INFRAÇÃO.

A infração prevista no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007 por “cessão do nome da pessoa jurídica, 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”, não se caracteriza no caso de ausência de comprovação de que importações declaradas como sendo “por conta própria” foram realizadas na modalidade “para revenda a encomendante predeterminado”.

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado”

O julgamento foi pela improcedência do lançamento, tendo em vista declarações e documentos apresentados pela empresa, fazem concluir pela impossibilidade de descaracterização das operações de importação na modalidade por conta própria.

A DRJ recorreu de ofício a este Conselho, tendo em vista o limite financeiro previsto para apresentação de recurso de ofício, nos termos do art. 34, do Decreto nº 70.235/72, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.532/97 e Portaria MF nº 3, de 03/01/2008.

O processo digitalizado foi distribuído e encaminhado a esta Conselheira.

É o relatório

Voto

Conselheiro MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM

O processo preenche os requisitos de admissibilidade e, portanto, dele conheço.

Consoante relatado, o presente processo decorre de auto de infração lavrado em função do suposto descumprimento, por parte do contribuinte, referente a multa prevista no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007.

Inicialmente, cabe ressaltar que quando uma empresa importadora elabora sua declaração de importação (DI) à Receita Federal no SISCOMEX, por força do disposto no artigo 4º da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 680, de 2/10/2006, dentre outras obrigações acessórias, tal empresa é obrigada a eleger (vinculação entre a DI apresentada pelo importador e a modalidade de importação), qual é a modalidade de importação (importação por conta própria ou importação por conta e ordem de terceiros ou importação por encomenda) correspondente à situação de fato (importação própria ou importação equiparada à prestação de serviços ou importação a partir de uma encomenda prévia) que caracterizará a operação de importação.

Tal eleição deve ocorrer antes de a empresa importadora registrar a DI no SISCOMEX, justamente para assegurar que a autoridade fiscal, de forma rigorosa, disponha de um controle lógico e vinculado entre cada uma destas modalidades excludentes, a situação de fato e a legislação tributária pertinente aplicável a tal situação. Ou seja, o sentido de exclusão aqui se dá diante do universo restrito de modalidades de importação existentes, porque tais modalidades têm características próprias e, portanto elas não coexistem de forma cumulativa

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

Autenticado digitalmente em 29/04/2013 por MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 2

9/04/2013 por MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 06/05/2013 por MARCOS AURELIO

PEREIRA VALADAO

Impresso em 07/05/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

em uma mesma DI ou ainda não se conformam caso a caso a critério do importador em uma única DI.

Assim sendo, a empresa importadora ao praticar todos os atos de comércio internacional com independência e seus próprios recursos, sendo a única empresa responsável pela fase comercial entre ela própria e o exportador no exterior, assumindo a contratação da logística de transporte e desembaraço, arcando com o pagamento de tributos e efetuando a contabilização e revenda das mercadorias nacionalizadas a distribuidor interno, está praticando características usuais de ato de comércio de compra e venda denominado “importação por conta própria”, não se configurando, por exclusão, a “importação por encomenda” prevista nos artigos 11 a 14 da **Lei nº 11.281, de 20 de fevereiro de 2006**, cuja regulamentação está na Instrução Normativa da SRF nº 634, de 24 de março de 2006 (IN SRF nº 634/2006), tampouco a “importação por conta e ordem de terceiros” prevista no inciso I do artigo 80 da **Medida Provisória 2.158-35, de 24 de agosto de 2001**, e no artigo 16 da **Lei 9.779, de 19 de janeiro de 1999**, cuja regulamentação está nos artigos 12, e 86 a 88 da Instrução Normativa da SRF nº 247, de 21 de novembro de 2002 (IN SRF nº 247/2002), e na Instrução Normativa da SRF nº 225, de 18 de outubro de 2002 (IN SRF nº 225/2002).

É importante esclarecer que a escolha entre importar mercadoria estrangeira por conta própria ou por meio de uma empresa terceirizada (também chamada de “*trading*” ou de intermediária, seja essa empresa terceirizada uma prestadora de serviço ou uma revendedora por encomenda) é livre e perfeitamente legal. Entretanto, tanto o importador quanto o adquirente devem observar a adequação normativa vigente que vincula um despacho de importação (na forma de uma DI) à uma modalidade de importação, vinculação esta que se dá em função da situação de fato. Ademais, há que se observar o tratamento tributário específico dessas operações desde o momento da importação até a comercialização no mercado interno (ou seja, alguns cuidados especiais: requisitos e condições).

Assim, na modalidade de “importação por conta própria”, a empresa importadora atua diretamente, sem intermediários (e simultaneamente) como importadora, como a empresa negociante e como a empresa adquirente da mercadoria, **ou seja, a empresa importadora** declara à RF este tipo de modalidade, promove os trâmites iniciais da operação, pactua com o fornecedor no exterior (exportador) sobre os detalhes do negócio e assume todos os riscos logísticos da importação, efetua o contrato de câmbio, o pagamento da mercadoria ao fornecedor e o recolhimento dos tributos inerentes ao processo, contabiliza em seu ativo (estoque) a mercadoria importada como própria e observa o regime tributário específico na comercialização no mercado interno.

No caso regular de uma importação por encomenda, entre outros requisitos e condições essenciais, há um contrato bilateral prévio cujo objeto deve compreender, pelo menos, o prazo ou as operações pactuadas (art. 2º, § 1º, I, da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 634, de 24/3/2006) entre a empresa importadora e a empresa encomendante (empresa adquirente) que adquirirá a mercadoria importada no mercado interno. Há ainda a necessidade da habilitação prévia no SISCOMEX.

A Instrução Normativa SRF nº 634, de 24/03/2006 disciplina os requisitos e condições para a atuação de pessoa jurídica importadora na modalidade de importações em comento. Ou seja, estabelece que o importador e o encomendante devem estar previamente **vinculados no Siscomex mediante apresentação de requerimento no qual se identifique o**

importador e o prazo ou operações para as quais foi contratado. Determina, também, que as operações não podem ser realizadas com recursos do encomendante, mesmo que em parte, e determina que este esteja habilitado no Siscomex. O encomendante deve ser identificado na Declaração de Importação, em campo específico.

A mesma lógica mencionada de ocorrência relacionada ao tipo de empresa (uma empresa comercial importadora de intermediação) é válida para a modalidade de importação de prestação de serviços denominada importação por conta e ordem de terceiros de que trata a Medida Provisória nº 2.158-35/2001 e a Lei nº 9.779/1999, contudo esta modalidade se diferencia da importação por encomenda, entre outras razões, porque, na prestação de serviços por conta e ordem de terceiros, a empresa importadora, para fins tributários, não é a empresa que de fato importou a mercadoria importada (empresa prestadora de serviço, ainda que esta recolha de fato os tributos vinculados à importação), mas, sim, para fins de contabilização tributária, é a empresa que contratou a prestação de serviços e vai adquirir a mercadoria importada no mercado interno (empresa adquirente). Enfim, uma importação por conta e ordem de terceiros é uma operação comercial de um serviço prestado por uma empresa nacional – a importadora –, que promove, em seu nome, o despacho aduaneiro de importação de mercadorias adquiridas por outra empresa nacional – a adquirente.

Singular às três modalidades de importação é a obrigação do importador informar previamente ao exportador no exterior no sentido de este fazer constar na fatura comercial a indicação do nome do próprio exportador e da empresa que será a real adquirente predeterminada da mercadoria importada (importação por conta própria ou importação por conta e ordem de terceiros ou importação por encomenda), conforme prevê os incisos I e II do artigo 557 do Decreto nº 6.759/2009.

Após discorrer sobre as possibilidades de importações, passemos ao cerne da questão, sobre a multa exigida no auto de infração.

O artigo 33 da Lei nº 11.488/2007, prescreve:

*“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**.”*(negritei)

Por sua vez. O artigo 81 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 10.637/2002, estabelece:

“Art. 81. Poderá, ainda, ser declarada inapta, nos termos e condições definidos em ato do Ministro da Fazenda, a inscrição da pessoa jurídica que deixar de apresentar a declaração anual de imposto de renda em um ou mais exercícios e não for localizada no endereço informado à Secretaria da Receita Federal, bem como daquela que não exista de fato.

§ 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 exterior.

§ 2º Para fins do disposto no § 1º, a comprovação da origem de recursos provenientes do exterior dar-se-á mediante, cumulativamente:

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;

II - identificação do remetente dos recursos, assim entendido como a pessoa física ou jurídica titular dos recursos remetidos.

§ 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.

§ 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.”(negritei)

O parágrafo único do artigo 33 da Lei nº 11.488/2007, já transcrito, dispõe que, para o caso previsto no *caput* do artigo, qual seja, a exigência da multa de 10 % do valor da operação acobertada da pessoa jurídica pela irregular cessão do nome em operações de comércio exterior, não se aplica o artigo 81 da Lei nº 9.430/1996, que, determina a declaração de inaptidão nos casos de não comprovação da origem, disponibilidade e efetiva transferência de recursos empregados em operações de comércio exterior.

Observa-se que antes da edição da Lei nº 11.488/2007, nos casos em que não se comprovasse a origem, a disponibilidade e a efetiva transferência, se fosse o caso, dos recursos empregados em operações de comércio exterior, haveria que se declarar a pessoa jurídica inapta. Essa previsão incluía, inclusive, a hipótese do § 2º do artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976, como disposto no § 4º do artigo 81 da Lei nº 9.430/1996.

Portanto, com a edição da Lei nº 11.488/2007, em razão do disposto no parágrafo único de seu artigo 33, não mais se aplica o disposto no artigo 81 da Lei nº 9.430/1996, ou seja, não mais se declara inapta a pessoa jurídica naquelas situações que especifica.

A Lei nº 11.488/2007 trouxe nova previsão relativamente à penalidade de caráter administrativo, para não mais se declarar a empresa inapta e sim, dela exigir multa equivalente a dez por cento (10%) do valor da operação acobertada.

Ressalte-se que a multa referida é do dia 15/06/2007 (período de apuração 01/01/2007 a 31/12/2010).

Observa-se que a infração caracterizada pela cessão do nome da pessoa jurídica, 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.

A empresa tem como objeto social, a importação, exportação, compra e venda de bens de produção agropecuária (cevada, lúpulo, trigo, malte, maltose, milho, soja e cereais em geral).

Como ressaltou a DRJ, a fiscalização concluiu pela caracterização da infração, pelos motivos abaixo:

1. Todas as Declarações de Importação foram registradas por conta própria da interessada, Barley Malting Importadora Ltda, ou seja, a interessada se declarava como importadora e adquirente das mercadorias (malte).

2. A quase totalidade das mercadorias importadas pela interessada foram encaminhadas à Praiamar Indústria, Comércio e Distribuição Ltda e à Cervejaria Petrópolis S.A.

3. Os recursos utilizados para pagamento dos contratos de câmbio provieram das adquirentes Praiamar Indústria, Comércio e Distribuição Ltda e Cervejaria Petrópolis Ltda, conforme planilha demonstrativa.

4. Havia contrato de arrendamento mercantil de equipamentos entre as empresas Praiamar e Barley, no qual a primeira cede à segunda direito de utilização de infra-estrutura portuária marítima e terrestre em Arraial do Cabo, bem como área onde se encontram instalados equipamentos necessários ao embarque de malte, cevada, lúpulo e outros produtos.

5. A empresa possui reduzido número de funcionários e baixo valor referente a contas de telefone e luz.

6. A concretização das avenças foi efetivada unicamente através de contatos telefônicos, conforme depoimento referido.

7. Houve interposição fraudulenta mediante cessão do nome da interessada para acobertar as importações das encomendantes.

A fiscalização descaracterizou as operações de importação declaradas pela Barley Malting Importadora Ltda como tendo sido realizadas por sua própria conta e concluiu por se tratarem de operações de importações “para encomendante predeterminado”, a empresa Praiamar Indústria, Comércio e Distribuição Ltda e a empresa Cervejaria Petrópolis Ltda, que permaneceram ocultas.

Como discorrido sobre as modalidades de importação, tem-se para realização de importações na modalidade -para revenda a encomendante predeterminado diversas são as exigências para a realização dessas importações nessa modalidade.

As importações “para revenda a encomendante predeterminado” possuem como característica fundamental a contratação, por parte do encomendante, de importador que realize a importação das mercadorias encomendadas com seus próprios recursos.

A fiscalização equivocou-se ao concluir que as importações foram realizadas “por encomenda” das empresas Praiamar Indústria, Comércio e Distribuição Ltda e Cervejaria Petrópolis Ltda, pois a própria fiscalização confecciona planilha para demonstrar que os recursos utilizados para o fechamento de câmbio por parte da importadora Barley Malting Importadora Ltda provieram das “encomendantes” Praiamar Indústria, Comércio e Distribuição Ltda e Cervejaria Petrópolis Ltda.

Pois, se caso se confirmasse essa origem dos recursos, as importações não se enquadrariam nas características de importações para encomendante predeterminado pois, como visto, uma das características determinantes desse tipo de importação é justamente o fato de ter que ser realizada com recursos da importadora e não do encomendante.

Todavia, ainda que fosse a interpretação equivocada, poderia se aduzir que as importações foram realizadas “por conta e ordem” das adquirentes, pois, de acordo com as normas que regem a matéria, importações realizadas com recursos dos adquirentes são presumidas como se deles fossem.

No entanto, ocorre que a recorrente argumenta que a planilha apresentada pela fiscalização é equivocada e que os recursos utilizados nas importações foram recursos próprios e não das acusadas encomendantes.

O demonstrativo apresentado pela recorrente, ainda que produzido por amostragem, como informa, concede veracidade à origem dos recursos a ela transferidos, na medida em que demonstra a relação entre esses -valores depositados e as notas fiscais a que se referiam.

Então, as inconsistências do demonstrativo produzido pela fiscalização, especialmente no que se refere às datas de depósitos dos valores, as datas de fechamento de câmbio e os valores incoerentes entre as operações, permitem concluir pela não comprovação de que os recursos utilizados nas importações tiveram origem não comprovada ou que se referiam aos recursos das empresas Praiamar Indústria, Comércio e Distribuição Ltda e Cervejaria Petrópolis Ltda, e não da importadora Barley Malting Importadora Ltda.

Além do mais, outros fatos trazidos pela recorrente, fazem concluir que as importações realmente se trataram de operações por sua própria conta e ordem. Nesse sentido, a demonstração de que a recorrente mantinha grande volume de mercadorias em estoque, arcando com seus custos e perdas, tendo em vista que o malte é de fácil deterioração.

Afirma que sempre manteve o produto que oferece (malte) em estoques, seja nos silos próprios que mantém no Porto do Forno, em Arraial do Cabo ou em silos alugados em Paranaguá (demonstrativos de registro de controle de produção e estoque).

A manutenção do produto em estoque tem como objetivo a venda pelo melhor preço que alcançar no mercado, ou seja, depende da oscilação do mercado; operação que pode gerar lucro ou prejuízo.

Da mesma maneira, a comprovação de que as mercadorias eram beneficiadas antes de serem vendidas aos clientes demonstra que não se tratavam de importações por encomenda. Enfim, não se trata de mera transferência, pois, desenvolve a industrialização do malte importado para atender a diversas exigências, através de processo de transilagem e beneficiamento. Bem como, o malte é um produto altamente perecível, qualquer descuido nessa etapa de beneficiamento pode vir a deteriorar o produto, arcando com o ônus da operação.

No tocante, aos indícios levantados pela fiscalização referentes ao reduzido número de clientes e a estrutura operacional desproporcional da recorrente, ainda que fossem confirmados, não permitiriam presumir, por si sós, o cometimento da infração apontada.

Com relação às declarações do sócio da interessada, ainda que a fiscalização assim não tenha entendido, delas não se pode concluir que “as avenças eram efetivadas unicamente por telefone”. O que delas se depreende é que se fazia cotação de preços por telefone e que havia um relacionamento estreito com os fornecedores, que não eram em grande número. Utiliza mão-de-obra operacional terceirizada, inclusive (para cada desembarque, cerca de 50 empregados indiretos a cada navio). E mesmo que o procedimento de negociação fosse aquele interpretado pela fiscalização, o fato não passaria de um indício e não de comprovação de alguma ilegalidade, portanto insuficiente para imputar responsabilidade pela infração à acusada.

Assim, os fatos, declarações e documentos apresentados pela empresa fazem concluir pela impossibilidade de descaracterização das operações de importação realizadas por ela na modalidade por conta própria.

E, para concluir, ilustro matéria veiculada na imprensa-Revista Porto e Navios, sobre Portos do Rio (01/09/2007) noticia que:

Já o porto do Forno, em Arraial do Cabo, cresce com uma característica completamente diferente. Depois da falência da Álcis, que monopolizava o porto com movimentação de sal, a empresa Barley Malting, controlada por empresários de Sorocaba (SP), investiu cerca de R\$ 13 milhões no porto em estrutura de automação para desembarque e estocar grãos sólidos, incluindo seis silos com capacidade de estocagem de 25 mil toneladas para importação de malte, cevada e lúpulo. A importação de malte pelo porto do Forno é uma das apostas de Arraial do Cabo para diversificar as atividades econômicas do município.

Destarte, não há que se falar em cessão do nome da pessoa jurídica para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas no acobertamento de seus reais interveniente ou beneficiários, logo, não procede a multa lavrada.

Pelos motivos acima (devidamente abordados pela decisão de primeira instância), voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício.

MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Relator