



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

Processo nº 10814.016583/2007-54
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **3802-01.063 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 24 de maio de 2012
Matéria Auto de infração - Multa proporcional - Valor aduaneiro
Recorrente SMR Comércio de Equipamentos Reprográficos Ltda.
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 16/03/2007

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIROS. COMINAÇÃO DE PERDIMENTO DAS MERCADORIAS EM PROCESSO ESPECÍFICO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE AINDA NÃO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. IMPOSSIBILIDADE.

Caracterizada a interposição fraudulenta de terceiros, foi dado o perdimento das mercadorias, questão objeto de processo específico. Adicionalmente, foi aplicada a multa de 10% prevista artigo 33 da lei nº 11.488, de 15/06/2007, que tem como alvo a pessoa jurídica que ceder seu nome para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas no acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários.

O fato gerador, no entanto, data de 16/03/2007, anterior, portanto, à penalidade em que se fundamenta o lançamento, o que é inadmissível.

A aplicação da referida penalidade, aliás, jamais poderia ser alicerçada na retroatividade benigna, já que está consignado no próprio lançamento a aplicação da pena de perdimento, não se cogitando, pois, de hipótese de cominação da multa substitutiva ao referido perdimento (§ 3º do artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455/76), e, conseqüentemente, de multa mais “benéfica” que esta, argumento utilizado pela primeira instância para a manutenção do lançamento.

Recurso ao qual se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e do voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Regis Xavier Holanda - Presidente.

(assinado digitalmente)

Francisco José Barroso Rios - Relator.

EDITADO EM: 06/06/2012

Participaram, ainda, da presente sessão de julgamento, os conselheiros Bruno Maurício Macedo Curi, Cláudio Augusto Gonçalves Pereira, José Fernandes do Nascimento e Solon Sehn.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da 2ª Turma da DRJ São Paulo II (fls. 119/131), a qual, por unanimidade de votos, julgou procedente o auto de infração lavrado contra o sujeito passivo, nos termos do acórdão assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Data do fato gerador: 16/03/2007

DANO AO ERÁRIO. OCULTAÇÃO DO RESPONSÁVEL PELA OPERAÇÃO DE COMÉRCIO EXTERIOR.

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).

APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.

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, posto que à época das importações vigorava a penalidade de 100% do valor da operação em substituição à pena de perdimento (conversão da pena de perdimento em multa).

A lavratura do auto de infração decorreu dos fatos descritos no relatório objeto da decisão recorrida, a seguir transcrito na sua integralidade:

A interessada foi autuada em face da infração capitulada no artigo 33, parágrafo único da Lei 11.488, de 15 de junho de 2007, em razão de haver cedido 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, ficando 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).

A fiscalização apurou que:

a) A empresa SMR COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS REPROGRÁFICOS LTDA. importou as mercadorias objeto deste auto de infração;

b) Na realidade, conforme informação da própria interessada, corroborada pela análise das operações da empresa, tais mercadorias foram importadas por conta e ordem da empresa BRAZ SYSTEMS COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS REPROGRÁFICOS LTDA., empresa não habilitada a efetuar operações de comércio exterior;

c) As informações foram fornecidas (...) com intuito de dissimular a realidade das operações da empresa e demonstram ser inverídica a alegação de que a origem dos recursos de suas empresas é a revenda de mercadorias importadas;

d) Nas suas operações, a SMR não atende às exigências da legislação pertinente às importações por conta e ordem, o que possibilita a empresa adquirente ocultar e reduzir o montante de tributos incidentes na revenda de mercadorias; fica pois comprovado que a SMR cedeu seu nome para realização de operações de comércio exterior da BRAZ SYSTEMS.

A interessada apresentou impugnação de fls. 99 e ss, alegando, em síntese, que:

a) Em preliminar, alega que a DI foi registrada em 16/03/2007 e a Lei nº 11488 foi publicada em 15/06/2007, sendo insubsistente a ação fiscal por não ser aplicável retroativamente.

b) No mérito, reclama da classificação fiscal, alegando ser correta a classificação apresentada para o produto importado. Junta documentos.

c) Afirma que é uma empresa de pequeno porte, enquadrada na modalidade Simplificada no Siscomex e que em momento algum pretendeu enganar quem quer que seja.

d) Junta documentos para demonstrar que as mercadorias eram revendidas a outros clientes.

e) Ao final requer a improcedência da ação.

A ciência da decisão que manteve a exigência formalizada contra a recorrente ocorreu em 04/07/2011 (fls. 135). Inconformada, a mesma apresentou, em 12/07/2011 (fls. 136), o recurso voluntário de fls. 136/140, onde se insurge contra o lançamento com base nos seguintes argumentos:

a) preliminarmente, defendeu a nulidade do lançamento posto que não teria sido observado o disposto no artigo 44 da Lei nº 9.784/99;

b) no mérito, reiterou a impossibilidade de aplicação retroativa do artigo 33 da Lei nº 11.488, de 15/06/2007, já que os fatos geradores datam de 16/03/2007, tendo ressaltado, também, que a mercadoria, à época, restou apreendida, e, no caso, se os fatos narrados correspondiam materialmente à

tipificação da interposição fraudulenta, só se poderia cogitar da aplicação da pena de perdimento prevista no artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455, de 1972;

c) alega, ainda, que, em se tratando de interposição fraudulenta, há que se comprovar a existência do tipo, já que fraude não se presume.

Requer, ao fim, seja dado provimento ao seu recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Francisco José Barroso Rios

Da Admissibilidade do recurso

O recurso é tempestivo e preenche aos requisitos formais e materiais exigidos para sua aceitação.

Todavia, há um argumento que só foi aduzido nesta instância recursal, o qual não pode ser conhecido por força do disposto no artigo 17 do Decreto nº 70.235/72, segundo o qual *“considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante”*.

Com efeito, a autuada, em seu recurso voluntário, defendeu a nulidade do lançamento posto que não observado o disposto no artigo 44 da Lei nº 9.784/99, argumento novo, posto que não contemplado em sua impugnação (fls. 99/102).

Essa questão está preclusa, uma vez que não diz respeito a matéria de ordem pública (dispensada do requisito de prequestionamento), e ainda, por não corresponder a nenhuma das hipóteses de apresentação de prova documental elencadas no § 4º do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72.

De fato, a questão argüida não representa nulidade do feito, dada a natureza eminentemente inquisitória do procedimento fiscal, não se sujeitando a autoridade aduaneira ao disposto no artigo 44 da Lei nº 9.784/99¹, norma que, por sinal, aplica-se apenas subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal, como, aliás, está explicitado no artigo 69 da mesma Lei².

Assim, conhece-se do recurso exclusivamente para examinar os demais argumentos apresentados pela suplicante em seu recurso voluntário, já referenciados no relatório supra.

Do mérito

O relatório acima e o auto de infração de fls. 01/12 demonstram que a autuação decorreu do fato de a empresa haver cedido seu nome para a realização de operações de terceiros no âmbito do comércio exterior, fato que redundou no acobertamento dos reais intervenientes ou beneficiários da operação. Não há controvérsia com respeito aos fatos,

¹ Art. 44. Encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado.

² Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

limitando-se a lide às questões de direito, especificamente no que concerne à aplicação retroativa da multa prevista no artigo 33 da Lei nº 11.488, de 15/06/2007, já que o fato gerador ocorreu em 16/03/2007.

De fato, não há, nos autos, nada que demonstre haver a autuada atendido aos requisitos inerentes a uma das duas formas de intermediação de operações no comércio exterior: a **importação por conta e ordem** e a **importação por encomenda**. Com efeito, tais modalidades exigem o atendimento de determinadas condições previstas na legislação, atinentes não só à prestação de serviços de importação realizados por conta e ordem de uma outra empresa – chamada adquirente –, mas também relativamente à importação promovida por pessoa jurídica importadora para revenda a empresa diversa – dita encomendante predeterminada. Ficou muito bem caracterizado no auto de infração que nenhuma das condições legais exigidas a quaisquer das modalidades de intermediação de operações no comércio exterior foi minimamente satisfeita pela empresa.

Está caracterizado nos autos que os produtos foram adquiridos com recursos de terceiros, à revelia da fiscalização aduaneira. Esta, adicionalmente, demonstrou que a autuada não dispunha de recursos suficientes para arcar com os gastos da importação das mercadorias e, ainda, que a empresa, de forma “*sistemática e conscientemente [...] oculta da fiscalização aduaneira a real responsável pelas operações de importação das quais toma parte*” (ver fls. 06/08). No mesmo sentido o item “c” das conclusões do trabalho de fiscalização (fls. 10).

Bastante relevante para a resolução da lide o disposto no final da descrição dos fatos do auto de infração (fls. 12):

A descrição dos fatos acima também caracteriza a inserção de informação na declaração de importação que não traduz a realidade da operação. Ou seja, demonstra a IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA ESTRANGEIRA COM OCULTAÇÃO DO REAL COMPRADOR DAS MERCADORIAS MEDIANTE FRAUDE OU SIMULAÇÃO, infração punível com a pena de perdimento da mercadoria, que foi objeto do Auto de Infração e Termo de Guarda Fiscal P.A. nº 10814.016221/2007-63.

No enquadramento legal consta a aplicação da multa prevista no artigo 33 da Lei nº 11.488, de 15/06/2007. Muito embora a fiscalização tenha feito referência à aplicação da pena de perdimento capitulada no artigo 4º, inciso II, da IN SRF nº 225/2002, artigo 23, inciso V, do Decreto-lei nº 1.455/76, e artigo 618, inciso XXII, do Regulamento Aduaneiro aprovado pelo Decreto nº 4.543/2002 (todos os dispositivos transcritos às fls. 10/12 dos autos – auto de infração), **não está mencionado no lançamento que a subsunção dos fatos ao artigo 33 da Lei nº 11.488/2007 teria decorrido da aplicação da retroatividade benigna.**

Aliás, tal não seria minimamente razoável, já que, como visto, está consignado no próprio lançamento a aplicação da pena de perdimento (objeto de outro processo), não se cogitando, pois, de hipótese de cominação da multa substitutiva ao referido perdimento (§ 3º do artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455/76), e, conseqüentemente, de aduzida multa mais benéfica diante do princípio da retroatividade benigna, pois está patente que não há possibilidade de aplicação da penalidade original – multa substitutiva ao perdimento – já que foi dado o próprio perdimento às mercadorias.

Aliás, a questão da aplicação da retroatividade benigna consta apenas na decisão de primeira instância.

Ressalte-se que aqui me abstenho de qualquer discussão no que diz respeito ao argumento de que a multa do artigo 33 da Lei nº 11.488/2007 teria substituído a multa de que trata o § 3º do artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455/76. Tal discussão é absolutamente desnecessária para a resolução da lide.

Esta, por sinal, deve ser resolvida no sentido de que seja dado provimento ao recurso do sujeito passivo, já que comprovado nos autos que, à época dos fatos, ainda não vigia a infração em que se funda o lançamento.

Vale ressaltar, por fim, que muito embora a Lei nº 11.488/2007 seja decorrente da conversão da Medida Provisória nº 351, de 22/01/2007, referida MP não contemplava a multa de que trata o artigo 33 da retrocitada lei.

Da conclusão

Diante de todo o exposto, voto para **dar provimento ao recurso voluntário interposto pelo sujeito passivo**.

Sala de Sessões, em 24 de maio de 2012.

(assinado digitalmente)

Francisco José Barroso Rios - Relator