



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

Processo nº 10925.000365/2008-21
Recurso nº 144.146 Voluntário
Acórdão nº 3101-00.494 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de agosto de 2010
Matéria Multa decorrente de pema de perdimento
Recorrente EMPACOTADORA DE ALIMENTOS SANTO EXPEDITO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 03/07/2006 a 07/02/2007

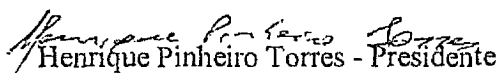
INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIROS. DANO AO ERÁRIO. CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO EM MULTA.

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.

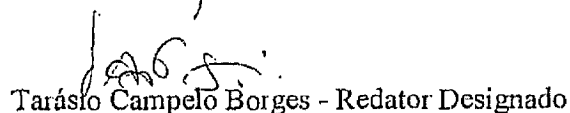
Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Valdete Aparecida Marinheiro (Relatora), Vanessa Albuquerque Valente e Luiz Roberto Domingo, que davam provimento parcial. 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: 15/09/2010

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

Relatório

Por bem relatar, adota-se o Relatório de fls. 3.433 verso a 3.434 verso dos autos emanados da decisão DRJ/FNS, por meio do voto do relator Gustavo Lima Santos Souza, nos seguintes termos:

"Trata o presente processo de auto de infração de conversão de penalidade de perdimento. Valor total da autuação R\$ 3.505.153,57.

Seguem as alegações da fiscalização aduaneira.

Segundo o sistema Radar da SRFB, a empresa Empacotadora de Alimentos Santo Expedito Ltda foi habilitada na modalidade simplificada para operações de pequena monta como comércio exterior (US\$ 150.000,00 no período de seis meses), sendo que o registro de tal habilitação ocorreu no dia 20/06/2006 (fls. 688-691).

Mesmo sabendo estar habilitada da modalidade simplificada, a empresa efetuou operações de importação em montante superior ao permitido (fls. 688-690).

Diante desse quadro, em fevereiro/2007, de forma automática, o sistema SISCOMEX efetuou a suspensão da empresa em operações de comércio exterior.

Iniciou-se também procedimento fiscal de investigação da origem dos recursos utilizados no comércio exterior.

Ao final do procedimento fiscal, descobriu-se uma série de irregularidades da empresa.

1 - Falta de capacidade econômico-financeira dos sócios, conforme (fls. 2627-2629).

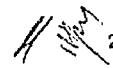
2 - Falta de capacidade econômico-financeira da pessoa jurídica (fls. 2629-2632).

3 - Falta de ativo imobilizado aliada ao fato de que a empresa autuada funciona no mesmo local da empresa Cerealista Santo Expedito, sendo que o escritório e o galpão ali existentes estão em nome da outra empresa (fls. 2632-2633).

4 - Remessa direta das mercadorias importadas aos reais adquirentes (fls. 2633-2635)

5 - Não apresentação de garantias aos fornecedores estrangeiros (fl. 2635-2636)

6 - Contabilização das importações realizadas em nome da empresa Empacotadora Santo Expedito, em que a fiscalização

 2

alega que foram os reais adquirentes que remeteram os recursos que usados nas importações pela empresa Empacotadora (fls. 2636-2640).

7 – Simulação de vendas realizadas a prazo (fls. 2640-2648)

Intimada a empresa autuada (fl. 2616), ingressou a mesma com a impugnação de fls. 2699-2743. Seguem as alegações da empresa.

Durante os procedimentos de fiscalização, não houve a desclassificação contábil e fiscal da impugnante. Por isto, dívidas não restam que a escrituração da impugnante foi considerada hígida, boa, firme e valiosa, refletindo a realidade de cada uma das operações mercantis.

Não pode prosperar a alegação do Fisco de que os sócios da impugnante em tão reduzido tempo de atividade empresarial estivessem obtendo retornos através de distribuição de lucros e efetuando novos investimentos.

Contesta a apuração da totalidade das transações efetuadas no período de 2006-2007 e cotejadas somente com os números de 2006.

A partir da folha 2709, divide a impugnante sua peça de defesa a partir da divisão do relatório fiscal que acompanha o auto de infração.

Sobre a incapacidade econômico-financeira da empresa, alega que os recursos advinham de créditos a que a empresa e seu administrador tinham acesso, sendo que os créditos concedidos em favor da impugnante estão estampados nas faturas e declarações de importação homologadas pela Receita Federal.

Sobre a alegação acerca da ausência de ativo imobilizado, alega que o sócio Ederson André Azzolini é sócio majoritário da empresa Cerealista Santo Expedito Ltda e decidiu constituir uma nova empresa (empresa autuada) e naturalmente decidiu-se utilizar as instalações já existentes da empresa mediante pagamento de locativos mensais em favor da mesma.

Alega que tal fato não faria qualquer diferença ao Fisco, sendo que os ativos utilizados pelas duas empresas são do mesmo sócio. Apresenta foto dos ativos imobilizados.

As fichas de entrada e saídas de mercadorias demonstram que, na maioria absoluta das vezes, as mercadorias permaneciam em estoque nas dependências da empresa, sendo que somente em poucas oportunidades elas eram imediatamente remetidas após o desembaraço aduaneiro.

Alega que o Fisco conseguiu elencar no auto de infração exatas 34 "remessas diretas" dentro de um universo de mais de 400 operações.

[Assinatura]
3

Foram 34 "remessas diretas" com 16 empresas destinatárias, sendo que somente 06 dessas empresas destinatárias foram autuadas.

Sobre a alegação de não apresentação de garantias aos fornecedores estrangeiros, alega que declarações dos exportadores que acompanham a impugnação demonstram que a impugnante era detentora de crédito e dispunha de prazos razoáveis para liquidação de suas importações

Sobre a alegação de vendas simuladas para a Cerealista Santo Expedito para ocultar os verdadeiros adquirentes, alega que é equivocada a alegação de que tal empresa é somente uma empresa transportadora pois também atua no comércio de cereais e outras mercadorias.

Questiona o porque das exigências fiscais serem em valores inferiores às importações?

Apresenta questionamentos às folhas 2727-2728.

Solicita a reunião dos processos em que a mesma é a autuada.

Alega ausência de dano ao erário

Solicita a aplicação do artigo 33 da Lei nº 11.488/2007.

Alega que a figura delituosa interposição fraudulenta somente pode ser argumentada em casos de recursos de origem ilícita oriunda de um crime antecedente.

Pugna a empresa por produção de prova oral, documental e pericial. Apresenta às folhas 2736-2740 quesitos e questões acerca de cada um dos meios probatórios.

Solicita a reunião dos processos administrativos e o deferimento das provas postuladas.

Solicita igualmente o julgamento da procedência da impugnação e, subsidiariamente, a aplicação do artigo 33 da Lei nº. 11.488/2007

À folha 3432, encaminhou-se o processo para julgamento e informou-se a tempestividade da impugnação.

Em cumprimento ao artigo 1º da Portaria SRF nº. 326, de 15/03/2005, foi formalizada representação fiscal para fins penais, consubstanciada no PAF em anexo.

Levado a julgamento o presente processo a Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Florianópolis, através da 2ª Turma proferiram o Acórdão DRJ/FNS nº. 07.14.064 de 19 de setembro de 2008, cuja ementa é o seguinte:

"Assunto. Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 03/07/2006 a 07/02/2007

MOMENTO DA APRESENTAÇÃO DA PROVA.

4

A impugnação deve ser instruída com os documentos em que se fundamentar, sendo ineficaz pleito de produção extemporânea de provas.

PRODUÇÃO DE PROVA. COMPLEMENTAÇÃO.

Dispensável a complementar produção de provas, quando os documentos integrantes dos autos revelam-se suficientes para formação de convicção e conseqüente deslinde do feito.

SUSTENTAÇÃO ORAL. PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

Incabível, por ausência de previsão legal, a sustentação oral em primeira instância de julgamento administrativo.

CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO

Converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias que foram importadas mediante interposição fraudulenta e/ou com recursos de origem, disponibilidade e transferência não comprovados e que não sejam localizadas ou que tenham sido consumidas.

Lançamento Procedente."

Irresignado, o contribuintes apresentou seu Recurso Voluntário a este Egrégio Conselho de Recursos Fiscais (fls. 3454 a 3492) através de procurador, primeiramente ratificando todas as suas manifestações preterias e resumidamente o seguinte:

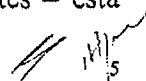
I – quanto a decisão de primeira instância alerta que consta que ocorreu por unanimidade, mas houve um voto divergente, da lavra do ilustre Relator que em parte atendia a pretensão da Recorrente e aplicava a penalidade preconizada no art. 33, da Lei nº. 11.488/07, diminuindo a exigência para o equivalente a dez por cento do valor aduaneiro das mercadorias.

II – quanto a nulidade do julgamento pelo cerceamento de defesa por indeferirem as provas postuladas;

III – quanto aos fatos relevantes: a) ocorridos antes do início da ação fiscal – destacando que “jamais houve a prática de ato simulado, clandestino ou irregular”; “(...) não agiu de forma simulada, clandestina ou irregular; b) ocorridos durante a ação fiscal – “não houve a desclassificação contábil e fiscal da recorrente”;

IV – quanto ao relatório fiscal de encerramento do procedimento de fiscalização;

V – quanto ao auto de infração; a) suposta incapacidade econômico-financeira dos sócios da recorrente, entendendo que a decisão trouxe brevíssima consideração sobre este tópico e a mesma entende de fundamental importância a análise da capacidade econômica de seus sócios; b) suposta incapacidade econômico-financeira da recorrente – “Não havia ativo oculto ou em nome de terceiros, mas sim, exclusivamente em nome de empresas e pessoas que pertencem ao mesmo grupo econômico; d) realização de remessa “direta” das mercadorias importadas aos reais adquirentes, afirmando que “não tinha por prática habitual realizar remessas diretas”; e) não apresentação de garantias aos fornecedores estrangeiros ; f) simulação de vendas (para a Cercalista Santo Expedito Ltda) ocultando os efetivos adquirentes – está


11/15

afirmação está divorciada da realidade fática, uma vez que a sociedade Cerealista Santo Expedito Ltda possui o seguinte objetivo social: "Transporte Rodoviário Nacional e Internacional de Carga, e Comercio Atacadista de Cereais". g) ocultação do sujeito passivo e a interposição fraudulenta de terceiros na importação; h) descumprimento dos requisitos legais para importar por conta e ordem de terceiros; Ainda, em fls. 3487 relaciona uma série de dúvidas que podem ser lidas em sessão;

VI- quanto aos efeitos da retroativos da Lei nº. 11.488/07 – alternativamente ao requerimento de improcedência do lançamento, se mantida a exigência fiscal deve se limitar a imposição de multa equivalente a 10% do valor aduaneiro das mercadorias importadas;

Finalmente requer:

a) seja recebido o presente recurso, independentemente da comprovação do arrolamento previsto no Decreto nº. 70.235/72, como forma de permitir o acesso ao duplo grau de jurisdição;

b) o reconhecimento da nulidade do julgamento de primeira instância, em decorrência da violação ao constitucional direito da ampla defesa, determinando-se a remessa dos autos à instância de origem, para que seja procedida a instrução probatória ou,

c) o julgamento de total procedência dos argumentos apresentados pela recorrente, para o efeito de desconstituir integralmente a exigência tributária do Auto de Infração materializado no presente Processo Administrativo;

d) Todavia, sendo diverso o entendimento de V.Sas, pugna expressamente pela improcedência do lançamento em decorrência da equivocada aplicação da penalidade ou, alternativamente – por máxima cautela – a limitação da multa a importância equivalente a 10% (dez por cento) do valor aduaneiro das mercadorias importadas, tudo como medida da mais lúdima e inteira Justiça.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Valdete Aparecida Marinheiro, Relatora -

O Recurso Voluntário é tempestivo e dele tomo conhecimento, observando que o Ato Declaratório Interpretativo nº. 9, da Receita Federal do Brasil, de 05 de junho de 2007, publicado no DOU em 06/06/2007 tornou inexigível o arrolamento de Bens e Direitos como condição para seguimento do recurso voluntário. Portanto, esse recurso é conhecido, independentemente de arrolamento de bens e direitos.

Quanto a nulidade da decisão recorrida, por violação ao direito de ampla defesa, no caso específico, não a reconheço, por convincente, repito no caso específico, o voto de fls. 3.435 a 3.438.

Acrescento a essa questão das provas, diligências, que ao contribuinte cabe sempre provar, independentemente de pedido, não basta alegar dificuldades de apresentar provas e requerer diligências, pois, provas contábeis, dados financeiros, cabe ao Recorrente trazer aos autos junto as suas razões de defesa, caso contrário, tudo não passará de meras alegações.

Assim, não houve, cerceamento de defesa no presente caso, mas a não apresentação de provas das alegações de defesa do Recorrente até o presente momento.

Quanto aos argumentos apresentados pela Recorrente, também, entendo não serem capazes de serem julgados totalmente procedentes a ponto de desconstituir integralmente a exigência tributária, pois, a informação encontrada nos autos que segundo o sistema Radar a SRFB, a Recorrente foi habilitada na modalidade simplificada para operações de pequena monta como comércio exterior (US\$ 150.000,00 no período de seis meses), sendo que o registro de tal habilitação ocorreu no dia 20/06/2006 (fls. 688- 691) e mesmo assim efetuou operações de importação em montante superior ao permitido, tanto que em fevereiro de 2007 de forma automática o SISCOMEX efetuou a suspensão da empresa em operações de comércio exterior.

Os fatos acima não foram contestados pela Recorrente, que atingiu um total de importações de US\$ 2,893,185,95 no período de 07/2006 a 03/2007.

O voto vencido de fls. 3.438 a 3.442 é convincente e dele corroboro, mas deixo de repeti-lo, podendo ser lido em sessão se necessário.

Entretanto, no tocante a aplicação da penalidade, também, concordo com o voto vencido de fls. 3.442, que entendeu que o artigo 33, caput, da Lei nº. 11.488/2007, que dispõe:

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).

Cabe como luva ao presente caso, ainda que a conduta infratora foi praticada anteriormente a vigência da Lei nº. 11.488/2007, com autorização do artigo 106, inciso II, alínea "c" do CTN que estabelece a retroatividade benigna das normas que cominem penalidade menos severa para a mesma conduta, ou seja:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

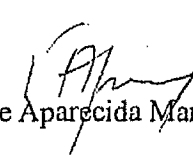
II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Pelo exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário do contribuinte .

É como voto.


Valdete Aparecida Marinheiro

Voto Vencedor

Conselheiro Tarásio Campelo Borges, Redator Designado

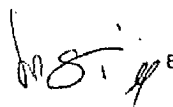
Conheço do recurso voluntário, porque tempestivo e atendidos os demais requisitos para sua admissibilidade.

Peço vênua 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 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).



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, precedente da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *verbis*:

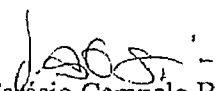
TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. OCULTAÇÃO DO VERDADEIRO IMPORTADOR. PENA DE PERDIMENTO DAS MERCADORIAS. LEGALIDADE. ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.488, DE 15 DE JUNHO DE 2007. NÃO REVOGAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO PREVISTA NO ARTIGO 23 DO DECRETO-LEI Nº 1.455, DE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

Com essas considerações, dada a ausência do pressuposto para a aplicação do princípio da retroatividade benígna, nego provimento ao recurso voluntário.


Tarasio Campelo Borges //