



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

Processo nº 10936.000499/2008-13
Recurso nº 344.701 Voluntário
Acórdão nº 3201-00.515 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de julho de 2010
Matéria CONVERSAO DE PERDIMENTO EM MULTA
Recorrente CARLOS ANTONIO DE SIQUEIRA
Recorrida DRJ - FLORIANÓPOLIS/SC

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 30/07/2003 a 06/07/2007

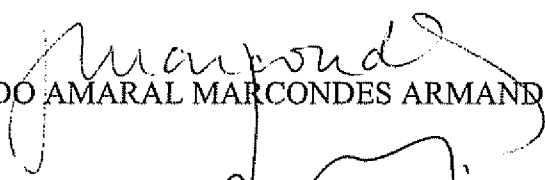
INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. SOLIDARIEDADE. DIREITO DE AMPLA DEFESA. NULIDADE. VÍCIO FORMAL.

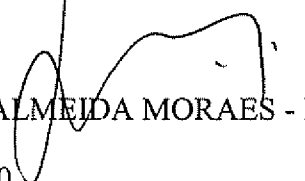
Não é possível a manutenção de lançamento fiscal por interposição fraudulenta em face de somente um dos acusados da prática ilícita constar no Auto de Lançamento, por ferir o direito de ampla defesa e do princípio da tipicidade fechada, já que para a caracterização dos fatos típicos há necessidade de dois sujeitos de direito distintos.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recuso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente


LUCIANO LOPES DE ALMEIDA MORAES - Relator

FORMALIZADO EM: 15 de julho de 2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Judith do Amaral Marcondes armando, Mércia Trajano D'Amorim, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Marcelo Ribeiro Nogueira, Ricardo Paulo Rosa e Tatiana Midori Migiyama (Suplente).

Presente o Patrono Dr. Roberto Maraston, OAB/SP 22.170.

Relatório

Por bem descrever os fatos relativos ao contencioso, adoto o relato do órgão julgador de primeira instância até aquela fase:

Trata o presente processo de auto de infração lavrado para constituição de crédito tributário no valor de R\$ 1.537.438,74 referente a multa prevista no art. 23, § 3º, do Decreto-lei nº 1.455/1976, com a redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637/2002.

Depreende-se dos autos que a Inspetoria da Receita Federal do Brasil em Guaira – PR deu início à procedimento especial de fiscalização (IN SRF nº 228/02), em virtude da interessada ter apresentado no curso de despacho de importação guia de recolhimento de tributo (ICMS) com quitação em conta corrente da empresa IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PESCADOS SANTA MARIA (CNPJ 07.326.076/0001-50).

A autoridade fiscal informa em seu “Relatório de Fiscalização” (fls. 37 a 71) que em diligência constatou que a interessada tem sua sede localizada em uma sala de aproximadamente 25 m², sala que fica ao lado da sede da empresa IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PESCADOS SANTA MARIA. Que todas as declarações de importação da interessada encontravam-se no computador daquela empresa, além de outros documentos fiscais.

A sede da empresa não possui capacidade operacional, não há depósitos, nem espaço físico adequado para a movimentação das cargas importadas, não há equipamentos, mão de obra ou contratos com terceiros que evidenciem o uso de estruturas alheias. O volume comercializado nas operações de importação para seu consumo são incompatíveis com a estrutura existente e disponível. A conclusão da autoridade fiscal é de que a empresa não dispõe de capacidade operacional necessária à realização das operações que foram promovidas em seu nome.

Intimada a prestar esclarecimentos, intimação nº 317/07, a interessada atendeu parcialmente o solicitado, novamente intimada pelas intimações nºs 537/07, 538/07 e 539/07 (que solicitava o comparecimento do titular da empresa) não houve o atendimento.

Consultas aos sistemas de controle do comércio exterior resultaram na informação de que a interessada entre 2003 e 2006 importou o equivalente a R\$ 954.432,07, sendo que deste valor estão pendentes de fechamento de câmbio junto ao Banco Central R\$ 939.028,22 (98,61%). Dado que os fornecedores da interessada são sempre os mesmos, e que evidentemente nenhum fornecedor mantém suas vendas para comprador que não honra

seus compromissos, a autoridade fiscal conclui que tais pagamentos têm sido efetivados à margem do sistema oficial.

O capital social da empresa, R\$ 15 000,00, é incompatível com o volume de importações realizadas, no período a empresa movimentou 63,62 vezes seu capital social, sendo que em 2006 movimentou 33,42 vezes o seu capital social, o que é incompatível com a realidade apresentada.

Da análise dos documentos contábeis restou comprovada a existência de expressivo saldo na conta "caixa" em 31/12/2006 no valor de R\$ 1.112.207,82. Contudo não há lastro que comprove a existência real do dinheiro em caixa.

A autoridade fiscal também informa em seu "Relatório de Fiscalização" que o titular da empresa, Sr. CARLOS ANTÔNIO DE SIQUEIRA (CPF 476.129.759-04), não possui patrimônio (bens e direitos) e rendimento compatível com as atividades de comércio exterior perpetradas pela empresa registrada em seu nome. Seu patrimônio declarado é de R\$ 18.333,33, não apresentando qualquer evolução entre 2002 e 2006, fato incompatível com o volume de comércio realizado por sua empresa.

A despeito da ausência do proprietário na sede da empresa no momento da diligência, e do seu não comparecimento pessoal à RFB conforme solicitado na intimação nº 539/07, a autoridade fiscal relata que os Srs. EDNALDO LOURENÇO DE BRITO (CPF 703.337.269-87) e ADEMIR DE OLIVEIRA FERREIRA (CPF 557.089.519-15), sócios da empresa IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PESCADOS SANTA MARIA, estavam no imóvel sede da interessada, e ambos foram, por algum período, empregados da empresa.

O Sr. Ednaldo possui procuração da interessada, com poderes para realizar as operações de comércio exterior, sendo que a mesma foi substabelecida ao Sr. Ademir. A conta telefônica com endereço da interessada está em nome do Sr. Ademir. As declarações de importação da interessada estão armazenadas em computador da empresa dos Srs. Ademir e Ednaldo. O Sr. Ednaldo aparece como representante da interessada, no SISCOMEX. A conclusão da autoridade fiscal é que os dados demonstram claramente que os Srs. EDNALDO LOURENÇO DE BRITO e ADEMIR DE OLIVEIRA FERREIRA são quem efetivamente realizam as operações em comento, portanto solidários com a interessada.

Regularmente intimados, em 26/05/2008 (pessoalmente - fl. 01) a interessada e, em 05/06/2008 o titular da mesma, Sr. CARLOS ANTÔNIO DE SIQUEIRA (via postal - fl. 425), apresentaram impugnação às folhas 475 a 482. Também Regularmente intimados, em 28/05/2008 (via postal - fl. 423) o Sr. ADEMIR DE OLIVEIRA FERREIRA e, em 30/05/2008 o Sr. EDNALDO LOURENÇO DE BRITO (via postal - fl. 424), apresentaram impugnação às folhas 466 a 473. Em síntese, trazem as seguintes alegações:

Que, o auto é nulo em face de nova lei que disciplina os fatos ora apurados (Lei nº 11.488/07, artigo 33);

Que, a presunção prevista no § 2º é relativa, admitindo prova em contrário. O auto de infração não comprova o alegado, já que a impugnante e seu proprietário não possuem terceiro interposto, e a empresa e proprietário encontram-se perfeitamente identificados, sendo identificados os compradores nas notas fiscais expedidas pela empresa;

Que, as próprias movimentações financeiras demonstram os baixos valores econômicos, e sempre em pequenas frações, o que permitia um giro de capital;

Que, restou conveniente à impugnante atrasar o pagamento de seus credores, as vistas de queda acentuada do dólar em relação à moeda nacional;

Que, as procurações outorgadas pela impugnante datam de 22 e 23 de março de 2006, e o início dos fatos constantes do auto de infração datam de 20/07/2003. Portanto, não há que se falar em interposição fraudulenta de terceiros imputada aos outorgados em data anterior a existência do referido instrumento;

Que, não há nada nos autos que demonstre que os impugnantes (Sr. ADEMIR DE OLIVEIRA FERREIRA e Sr. EDNALDO LOURENÇO DE BRITO) possam ser responsabilizados solidariamente com os demais autuados;

Que não foi demonstrado a real capacidade financeira dos impugnantes (Sr. ADEMIR DE OLIVEIRA FERREIRA e Sr. EDNALDO LOURENÇO DE BRITO), não dando conta de que realmente pudessem ser os prováveis terceiros responsáveis pelas importações, tampouco que pudessem ser responsabilizados em períodos que sequer sabiam da existência da empresa autuada;

Requerem preliminarmente a nulidade do presente auto de infração, e no mérito a improcedência total do auto de infração, arquivando o mesmo.

Na decisão de primeira instância, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Florianópolis/SC julgou o lançamento procedente, conforme Decisão DRJ/FNS nº 14.798, de 12/12/2008, fls. 493/502:

Assunto: Obrigações Acessórias

Período de apuração: 30/07/2003 a 06/07/2007

DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. MERCADORIA CONSUMIDA. MULTA IGUAL AO VALOR ADUANEIRO DA MERCADORIA.

Considera-se dano ao Erário a ocultação do real sujeito passivo na operação de importação, pela não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos utilizados, infração

punível com a pena de perdimento, que é convertida em multa igual ao valor aduaneiro da mercadoria caso tenha sido entregue a consumo ou não seja localizada.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 30/07/2003 a 06/07/2007

SOLIDARIEDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE PROVAS.

Na ausência de comprovação da interveniência direta dos empregados na gestão e administração das operações efetuadas pela pessoa jurídica importadora, fica afastada a caracterização de solidariedade passiva tributária.

Lançamento Procedente.

O contribuinte é intimado da decisão às fls. 530 e, em face da decisão proferida, interpõe recurso voluntário de fls. 534/542.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luciano Lopes de Almeida Moraes, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade.

Discute-se nos autos lançamento realizado em face de conversão da pena de perdimento em multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias por ocultação do sujeito passivo, mediante fraude, conforme previsão do Decreto-lei n. 1.455/76.

Verificando os autos, vemos que a imputação da responsabilidade foi atribuída ao recorrente porque este não teria comprovado a capacidade financeira para realizar todas as operações de importação praticas.

Entretanto, vemos dos próprios autos e da decisão recorrida não lançou a empresa responsável solidária, bem como não possibilitou ao recorrente, e à própria empresa solidária, a ampla defesa e o contraditório constitucionalmente previstos, por exemplo:

Sobre a possibilidade de apresentação de prova em contrário, a interessada está correta quando afirma que a presunção prevista no § 2º do artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976 é relativa, contudo a interessada não traz aos autos qualquer prova que refute ou afaste os indícios e a citada presunção legal, em verdade a presunção legal remete para a interessada o ônus de provar a estrita legalidade de seus atos. Neste sentido a interessada não apresentou qualquer prova, não trouxe aos autos qualquer documento ou argumentação capaz de afastar a presunção estabelecida na lei.

Também não procede a alegação genérica de que o auto de infração não comprova o alegado, e que a impugnante e seu proprietário não possuem terceiro interposto, ou que a empresa e proprietário encontram-se perfeitamente identificados, sendo identificados os compradores nas notas fiscais expedidas pela empresa

As provas juntadas aos autos demonstram claramente que o patrimônio da empresa e de seu titular são insuficientes para promover a importação de mercadorias nos níveis em que a interessada estava realizando. A escrita contábil da empresa está longe de demonstrar a real situação do seu patrimônio e dos fatos contábeis que deveriam espelhar a dinâmica das transações comerciais da empresa ao longo de sua existência. Impossível acatar a idéia de que a empresa que tem sede em imóvel de cerca de 25m2 pudesse ter em espécie no caixa em 31/12/2006 o valor de R\$ 1.112.207,82. As provas e indícios apontados pela autuação demonstram claramente que os

recursos utilizados nas importações não provêm do giro de capital, mas sim de terceiros.

(...)

O fato de ter sido apresentado comprovante de pagamento de ICMS em conta corrente de outra empresa em uma declaração de importação da interessada, não permite extrapolar tal ocorrência para todas as demais importações (desde 2003). Partindo de tal premissa, seria necessário que restasse provado ser esta a prática utilizada em todas as declarações de importação em comento, as quais se atribui a solidariedade (que ainda sim, em tese, seria da empresa e não necessariamente dos sócios, pelo menos num primeiro momento).

Outro aspecto a ser observado é que a despeito da autoridade fiscal provar que titular da empresa não possui capacidade econômico-financeira, e de informar que os empregados exerciam a gerência de fato da empresa, a autoridade fiscal não demonstrou que tais empregados possuíam capacidade econômico-financeira para tanto, ou que exerciam atividades além das relacionadas às suas atribuições na qualidade de empregados da interessada ou das regularmente previstas no Decreto nº 646/92 aplicáveis ao caso.

Assim, em face da ausência de provas nos autos, e da impossibilidade de estender para todas as declarações de importação os indícios apresentados, torna-se necessária a exclusão dos Srs. ADEMIR DE OLIVEIRA FERREIRA e EDNALDO LOURENÇO DE BRITO do pólo passivo da presente autuação, visto que o caso requer provas e indícios que conduzam à necessária certeza da citada responsabilidade solidária dos empregados da interessada.

O que podemos concluir da decisão recorrida é de que foi comprovada a falta de capacidade financeira da recorrente, entretanto, não foi apurada qual pessoa jurídica, ou física, aportava tais recursos.

Tal situação soma-se ao fato de que a acusação em tela é de interposição fraudulenta, ou seja, se houve interposição, é porque há uma pessoa interposta para ocultar outrem (o real importador).

A falta de intimação do co-responsável a informar a localização dos produtos ou prestar esclarecimentos nos autos prejudica a aplicação da pena de perdimento e, por consequência, também da aplicação da multa decorrente de sua conversão.

Ora, a aplicação da multa decorrente da conversão da pena de perdimento está regulada no § 3º do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 07/04/1976 (com alteração da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002), que transcrevo abaixo:

Art. 23. Consideram-se dano ao erário as infrações relativas às mercadorias:

(...)

§ 1º O dano do erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo, será punido com a pena de perdimento das mercadorias.

§ 2º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.

§ 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.

Localizar, em sua acepção mais ordinária, é o ato de encontrar aquilo que se busca ou procurar algo ou alguém com sucesso, portanto, se a autoridade fiscal não realizou uma busca ou procurou as mercadorias, não é possível pretender aplicar a pena de perdimento.

Há de se respeitar um significado mínimo para o verbo “localizar” ao se interpretar a regra de incidência da norma legal no fato concreto.

Ainda quanto à interposição fraudulenta, verificamos não ter ocorrido, em nenhum momento, a intimação do co-responsável para se manifestar, sequer foi a pessoa jurídica tomada como responsável quanto aos valores lançados.

Estas situações corroboram a violação da ampla defesa e contraditório não só deste recorrente, que não teve acesso à todos os fatos e fundamentos que foram utilizados para suportar o lançamento, ou que ao menos deram suporte ao seu início, bem como à própria pessoa jurídica solidariamente responsável, a qual não pôde se defender sobre imputações que, em um futuro, podem lhe ser atribuídas em sede de execução fiscal.

A violação da ampla defesa e do contraditório configuram vício formal do auto de lançamento, motivo pelo qual este deve ser anulado, respeitado o direito da fazenda de realizar novo lançamento, desta feita, imputando a responsabilidade a todas as pessoas envolvidas.

Esta é a jurisprudência administrativa:

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL

DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO EM SÃO PAULO 8 º TURMA

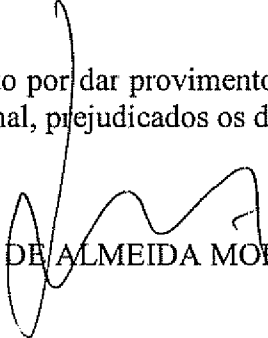
ACÓRDÃO Nº 17-21753 de 26 de Novembro de 2007 ASSUNTO: Contribuições Sociais Previdenciárias

EMENTA: NFLD DEBCAD Nº 35.798.644-0, DE 10/11/2005 CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE.

É nulo o lançamento efetuado em desconformidade com as determinações legais e normativas aplicáveis, ferindo o direito a o contraditório e a ampla defesa do contribuinte e responsáveis tributários, restando caracterizado vício formal insanável, ensejando a sua nulidade.

Período de apuração: 01/02/1995 a 30/11/1998

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso interposto, para declarar nulo o auto de infração por vício formal, prejudicados os demais argumentos.



LUCIANO LOPES DE ALMEIDA MORAES - Relator