



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº 12466.000882/2006-19
Recurso nº 138.330
Assunto Solicitação de Diligência
Resolução nº 302-1.448
Data 27 de fevereiro de 2008
Recorrente O & F COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. E NA CONDIÇÃO DE RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS: LIPMAN DO BRASIL SERVIÇOS DE AUTOMAÇÃO COMERCIAL LTDA. - AVLIS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. E GOOD'S COMERCIAL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA
Recorrida DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

R E S O L U Ç Ã O

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência à Repartição de Origem, nos termos do voto da relatora.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO
Presidente


MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Corínto Oliveira Machado, Marcelo Ribeiro Nogueira, Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado (Suplente), Nanci Gama, Ricardo Paulo Rosa e Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro. Ausente o Conselheiro Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

RELATÓRIO

A empresa acima identificada recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis/SC.

Por bem descrever os fatos, adoto integralmente o relatório componente da decisão recorrida, às fls.462/466, que transcrevo, a seguir:

“Trata o presente processo de exigência de Multa Equivalente ao Valor Aduaneiro da Mercadoria, perfazendo, na data de sua constituição, em 21.03.2006, um crédito tributário no valor de R\$ 4.668.059,93, objeto do Auto de Infração de fls. 01 a 46, em razão de as operações de importações processadas por meio das Declarações de Importação n.ºs 05/0886338-9, 05/0983510-9, 05/1007156-7 e 05/1007181-8 terem sido consideradas como ocorridas mediante ocultação do real comprador ou responsável pela operação.

*A autoridade competente da unidade de despacho, tendo em vista a comprovação da fraude constatada nos procedimentos adotados para a nacionalização das mercadorias acobertadas pelas DI's n.º 05/1094033-6, 05/1082081-0 e 05/1094024-7, formalizado no processo administrativo n.º 12466.000881/2006-74, determinou a inclusão da importadora nos procedimentos especiais de fiscalização aduaneira, nos termos dos arts. 1.º, 4.º e 13 da IN/SRF n.º 228/2002, momento em que foi elaborado o Relatório Fiscal SAPEL n.º 12, de 27/10/2005 (fls. 47 a 60), no qual restou demonstrado que todas as mercadorias importadas por conta e risco da **O&F** são passíveis de aplicação da pena de perdimento (MPF 07.2.76.00-2005-00394-7), sendo que o contribuinte foi cientificado em 18/11/2005.*

*A fiscalização, diante dos fatos acima destacados e com supedâneo no RPF 07.2.76.00-2006-00268-5 (fls. 10), emitido para efeito de registro sistêmico, procedeu à análise minuciosa dos documentos constitutivos da empresa **O&F** e dos demais intervenientes (pessoas físicas e jurídicas), sua escrituração contábil, fluxo financeiro e de caixa, os relativos aos respectivos despachos aduaneiros e à contratação de câmbio, para concluir que a importadora fez uso de documentos ideológico e/ou materialmente falsos e de declarações ideologicamente falsas, cujo objetivo foi exclusivamente ocultar, por meio da simulação, os reais compradores, configurando, por conseguinte, a interposição fraudulenta envolvendo o importador de fato (**AVLIS**) das respectivas importações, tendo, ainda, como interessadas as empresas **LIPMAN** e **GOOD'S TRADE** (“Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is)” às fls. 18/19).*

*Dos inúmeros elementos de prova carreados aos autos como fundamento da autuação para impingir a multa em trato, a autoridade lançadora destaca algumas constatações com vista a demonstrar como operava a autuada - importadora de direito **O&F**, vejamos:*

- efetuou registros contábeis hipotéticos com relação à integralização do capital, uma vez que foi realizada diretamente contra a conta Caixa, em novembro de 1999, ficando esse saldo inalterado até março de 2005 (saldo existente somente de forma gráfica);

- utilizou o saldo da conta Caixa para demonstrar os pagamentos dos impostos incidentes nas referidas operações de importação, uma vez que esses valores devem ser debitados diretamente em sua conta corrente bancária;

- cometeu fraude contábil, ao demonstrar saldo fictício da conta Caixa, comprovado por meio da movimentação dos saques bancários em contrapartida daquela conta, uma vez que caso fosse verídico referido saldo não existiria a necessidade de efetuar os saques bancários para cumprir com os pagamentos registrados na contabilidade;

- foi efetuado recolhimento de impostos incidentes nas importações por meio de adiantamento de numerários fornecidos pelos reais compradores das mercadorias estrangeiras;

- registrou de forma sistemática todas as DI's por sua conta e risco, sendo que, em verdade, em todas as importações restou evidenciado a prática de interposição fraudulenta.

Com base nas citadas provas e no modo de agir da importadora, a fiscalização concluiu que a empresa autuada **O&F** e respectivos importadores de fato (**AVLIS, LIPMAN e GOOD'S TRADE** - contribuintes solidários), infringiram o disposto no art. 23, IV e V, do Decreto-lei nº 1.455/76, com alteração dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637/02 e art. 105, VI, do Decreto-lei nº 37/66, regulamentados pelo art. 618, XXII e § 1º e § 2º do Decreto nº 4.543/02, ficando as mercadorias objeto desta ação fiscal sujeitas à pena de perdimento por restar configurado dano ao erário.

Como os produtos importados por meio das Notas Fiscais 000054, 00062, 000066 e 000064 (fls. 195, 218, 240 e 260) já haviam sido remetidos para consumo, ou seja, transferidos a terceiros, tornando impossível sua apreensão, aplicou-se a multa prevista para os casos de não localização de bens sujeitos à pena de perdimento, equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias, com base no disposto no art. 23, inciso V e § 1º do Decreto-lei nº 1.455/76, com redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637/02, regulamentado pelo art. 618, IV e XXII e § 1º do Decreto nº 4.543/02.

Irresignadas com a lavratura do Auto de Infração cientificando-as do lançamento, as contribuintes **O&F** e **LIPMAN** apresentaram, respectivamente, em 17 de maio e 02 de junho de 2006, as impugnações de fls. 318 a 333 e 363 a 379, alegando, em síntese, que:

O&F Comercial Importadora e Exportadora Ltda.

- a capacidade econômica de uma empresa não se restringe ao capital social, tendo em vista que ela pode contar com outros recursos, tal qual os adiantamentos por parte de seus compradores, não lhe retirando a natureza de importação por conta e risco próprios, portanto, a autuação da forma como realizada infringe diversos preceitos e princípios de Direito Positivo, inclusive de ordem constitucional, tais como o da Reserva da Lei, definido no inciso II do artigo 5º, donde se infere que a prática de qualquer ato administrativo deve pautar-se em lei, sendo que sua inobservância representa um arbítrio, qualquer que seja sua procedência ou o objeto colimado;

- a Administração Pública somente poderá realizar atos que encontrem na lei sua previsão, apoiando-se numa dupla demonstração, qual seja, a existência de lei

autorizadora da sua emanção (motivo legal) e a verificação concreta da situação fática para a qual a lei previa o cabimento do referido ato (motivo de fato), sendo que a ausência desses elementos o ato administrativo padece de vício de ilegalidade, tendo em vista o princípio da Motivação consagrado no inciso X do artigo 93 da CF/88;

- no caso em foco, a medida combatida foi tomada ao desamparo de lei e sem sustentação fática, uma vez que inexistente lei autorizando a atuação com base em meros indícios, estando viciada em face da inexistência de fato impositivo, causando-lhe sérios impedimentos ao seu funcionamento, haja vista que as importações efetuadas se revestem de inequívoca regularidade, sem qualquer má fé, posto que não infringiu qualquer norma ao celebrar o contrato em pauta e praticar os atos necessários ao seu fiel cumprimento;

- a IN/SRF n.º 228, de 2002 representa mais um arbítrio fiscal perpetrado contra as empresas que operam ou dependem do comércio exterior, por extrapolar seu campo de atuação e criar obrigação não prevista em lei, ferindo, por conseguinte, princípios constitucionais, como o da legalidade, do direito de propriedade, da ampla defesa, que homenageiam o direito adquirido e a segurança jurídica;

- o procedimento adotado pela impugnante, na condição de integrante do sistema Fundap, não implica em qualquer ilicitude ou a necessidade de falsificar qualquer documento para fins de atender sua clientela, uma vez que se limitou a importar produtos e mercadorias para distribuir no mercado interno, sendo que parte de referidos bens foi objeto de venda futura, ou seja já negociados com o seu destinatário, sem que disso resulte a descaracterização de importação por conta e risco;

- ao fisco não importa quem é o interessado nas referidas operações de importação ou como se processou a negociação ou ainda como veio a ser concluída em território aduaneiro, visto que a importadora efetuou a época do fato gerador o recolhimento dos impostos incidentes sobre as mercadorias objeto da presente atuação, não se vislumbrando qualquer dano ao erário federal, dado que todas importações foram concluídas na forma da lei e todos os documentos oferecidos no despacho aduaneiro são legítimos e válidos;

- por fim, protesta por todos os meios de provas em direito admitidos, bem como posterior apresentação de razões complementares, propugnando pela acolhida das razões de impugnação, e, por conseguinte, pela improcedência do lançamento e cancelamento do Auto de Infração impugnado.

Lipman do Brasil Serviços de Automação Comercial Ltda.

- as afirmações contidas no auto de infração que objetivam vincular a LIPMAN à operação fiscalizada a fim de configurá-la como real adquirente das mercadorias importadas não passam de presunções e suposições forçadas;

- partindo do princípio que a autoridade lançadora afirma que são os verdadeiros compradores das mercadorias que adiantam à O&F as importâncias necessárias para cobrir os custos das mercadorias importadas e tendo em vista que a mesma autoridade não junta documento algum que demonstre qualquer repasse da LIPMAN a título de adiantamento, forçoso é admitir que LIPMAN não é a compradora das respectivas mercadorias;

- segundo a própria autoridade lançadora, o verdadeiro adquirente, ou seja, quem fez adiantamentos à O&F foi a AVLIS e não a LIPMAN, desta feita, a fiscalização, em diversos momentos de sua explanação, faz assertivas infundadas na medida que não consegue demonstrá-las com elementos de provas que as corroborem;

- o fato de a LIPMAN DO BRASIL ser sócia da exportadora das mercadorias (LIPMAN ELETRONICS ENGINEERING LTD.) não autoriza o fisco concluir que todos os produtos importados se destinam à LIPMAN DO BRASIL, ainda mais que a LIPMAN é fabricante dos produtos importados em questão, não mais necessitando importá-los;

- relativamente à acusação embasada no packing list e no pré-aviso encontrados em caixas quando da realização de diligência fiscal, tais documentos se referem a importações diversas da ora tratada, não se coadunando com a Invoice respectiva;

- ainda que referidos documentos fossem confiáveis para fins de vincular a LIPMAN à operação autuada, cabe observar que o valor nele mencionado é ínfimo em relação à autuação em trato, não podendo a fiscalização utilizá-lo extensivamente às demais mercadorias;

- o fato de a LIPMAN ter sido objeto de autuação anterior não autoriza, por inconcebível, presumir que participou da operação em comento, uma vez que suposta prática de infração anterior não serve como prova em acusações de infrações posteriores e distintas;

- não há qualquer referência, prova ou indício de beneficiamento da LIPMAN no suposto subfaturamento dos valores das mercadorias importadas;

- uma vez que não há prova ou indícios de qualquer declaração, enganosa ou verdadeira, ou qualquer referência a ações ou omissões relativamente às operações em trato, não há que se falar em prática de simulação, fraude ou interposição fraudulenta por parte da LIPMAN;

- deve-se ressaltar que o ônus da prova de que a LIPMAN participou da infração em trato é da Administração Pública, pois é quem acusa;

- a prova pode se assentar em indício e presunções, desde que sejam precisos, graves e concordantes. No entanto, os procedimentos especiais do fisco objetivaram demonstrar que a adquirente das mercadorias não era a empresa O&F, todavia, não o foram suficientes para provar que a LIPMAN foi a real adquirente das referidas mercadorias;

- por não ter conhecimento ou participação nas operações de importação, a LIPMAN não pode ser responsabilizada pela adulteração e falsidade de documentos que instruíram o despacho aduaneiro das mercadorias, pois todas as operações foram realizadas pela O&F;

- diferentemente do tributo, no caso de infração, a penalidade deve ser aplicada de forma personificada. Portanto, considerando que a LIPMAN não tem qualquer influência sobre a O&F, não há como subsistir qualquer acusação de responsabilidade pela prática da infração em tela, haja vista que não há sequer uma prova neste sentido em todos os documentos que compõe a autuação;

- para a LIPMAN figurar como responsável solidária necessário seria demonstrar que tinha interesse na situação. No entanto, a fiscalização não logrou provar que a impugnante se beneficiou com a referida operação comercial, o máximo que fez foi colacionar documentos contraditórios que não sustentam nem ao menos as presunções lançadas na autuação, devendo, por conseguinte, ser a LIPMAN excluída da solidariedade manifestada no presente Auto de Infração;

- em relação ao pretense subfaturamento, a autoridade lançadora utilizou como parâmetro de mensuração mercadoria importada pela DI 05/1082081-0, que se refere a componentes de reposição, enquanto que as mercadorias abrangidas pelas DI's objeto desta ação fiscal diz respeito a máquinas; Portanto, não há que prevalecer o arbitramento realizado pela fiscalização, uma vez que ausente sua prova, devendo ser considerado os valores declarados nas faturas comerciais apresentadas para fins de despacho aduaneiro.

Ao final da exposição de motivos e fundamentos da autuação, a autoridade lançadora informa que além do presente, foi proposta a Representação Fiscal para Fins Penais, contra os sujeitos passivos (importador e responsáveis solidários), formalizadas nos processos administrativos 12466.000883/2006-63, 12466.000884/2006-16, 12466.000885/2006-52 e 12466.000997/2006-11, pelo fato de a referida autoridade entender que durante a ação fiscal verificou-se a ocorrência de fatos que, em tese, configuram crimes contra a ordem tributária, conforme definido no art. 1º da Lei nº 8.137, de 27.12.1990 (fls. 44).

É o relatório.

O pleito foi indeferido, no julgamento de primeira instância, nos termos do Acórdão DRJ/FNS nº 8.732, de 20/10/2006, às fls. 460/481, proferido pelos membros da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis, cuja ementa dispõe, verbis:

“Assunto: Obrigações Acessórias

Data do fato gerador: 21/03/2006

IMPORTAÇÃO. OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE. DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. CONVERSÃO EM MULTA.

Considera-se dano ao Erário à ocultação do real sujeito passivo na operação de importação, infração punível com a pena de perdimento, que é convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro, caso as mercadorias não sejam localizadas ou tenham sido consumidas.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 21/03/2006

SUJEITO PASSIVO. RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO.

Sujeito passivo no qual o CTN denomina responsável solidário da obrigação tributária é aquele que, tendo interesse comum com o contribuinte de direito na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, promove, na condição de contribuinte de fato, por meio de negociações, acertos e efetiva transação, a entrada da mercadoria estrangeira no território nacional.

*VALORAÇÃO ADUANEIRA. REJEIÇÃO DO PRIMEIRO MÉTODO.
REQUISITOS.*

Uma vez verificada a inexatidão dos elementos utilizados para a determinação do valor aduaneiro declarado, com base no método do Valor de Transação (1º Método), faz-se necessário, para se apurar o correto valor aduaneiro, a utilização dos métodos substitutivos de valoração com estrita observância da ordem seqüencial estabelecida no Acordo de Valoração Aduaneira (AVA).

SUBFATURAMENTO DO PREÇO DA MERCADORIA IMPORTADA.

Somente cabe desconsiderar o preço da mercadoria expressa em fatura comercial que instruiu o despacho aduaneiro, a título de subfaturamento, quando restar constatado que respectivo despacho foi efetivamente instruído com fatura comercial ideologicamente falsa, visando a atribuir valor menor para as mercadorias importadas.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE.”

O processo foi distribuído a esta Conselheira, numerado até a fl. 578, que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Conselho.

É o relatório.

VOTO

Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim, Relatora

Diante dos fatos observados, ressalto que:

a) quanto à **empresa O&F**, o condicionante do arrolamento de bens ou depósito de 30% para seguimento do recurso voluntário à segunda instância administrativa, sem dúvida, foi o principal motivo para considerar o recurso perempto, bem como, a falta de comprovação de que a assinatura, à fl. 504 pertencesse, de fato, ao Sr. Sérgio Teixeira de Almeida, com sua respectiva qualificação/representação processual. Conseqüentemente foi lavrado Termo de Perempção, à fl. 512.

Como visto, a revelia do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte principal foi declarada em função da falta de comprovação da condição prevista no art. 32, da Lei nº 10.522/02, qual seja, arrolamento de bens ou direitos em valor superior a 30% do montante mantido pela decisão de primeira instância.

Não obstante, conforme fartamente noticiado pela mídia, esta exigência foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1976-7, portanto, com efeitos *erga omnes*.

Em função dessa realidade, a Administração Tributária editou o Ato Declaratório Interpretativo-ADI nº 16/2007, abaixo transcrito, pelo qual outorga aos contribuintes prejudicados por aquele dispositivo legal, o prazo de cinco anos para requerer a **anulação** da decisão que tenha negado seguimento ao Recurso Voluntário:

“Art. 1º As unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) deverão declarar a nulidade das decisões que não tenham admitido recurso voluntário de contribuintes, por descumprimento do requisito do arrolamento de bens e direitos, bem como dos demais atos delas decorrentes, realizando um novo juízo de admissibilidade com dispensa do referido requisito.

Parágrafo único. A declaração de nulidade referida no caput será proferida mediante requerimento do contribuinte, observado o prazo prescricional de cinco anos, contados da ciência da decisão administrativa.”

Outrossim, nos termos do mesmo dispositivo infra-legal, caso o débito esteja inscrito em Dívida Ativa da União, o contribuinte poderá solicitar (dentro dos mesmos cinco anos) ao Procurador da Fazenda Nacional a sua exclusão argumentando a ilegalidade da decisão que considerou seu Recurso Voluntário perempto em razão da falta de arrolamento de bens.

“Art. 2º Na hipótese de o débito ter sido encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o requerimento deve ser dirigido pelo contribuinte àquele órgão.”

Ora, como é sabido, no processo administrativo fiscal a revelia do sujeito passivo, declarada pela autoridade preparadora, faz que o débito seja objeto de cobrança amigável, pelo prazo de trinta dias. Decorrido esse período sem o respectivo pagamento, o processo deve ser encaminhado à Procuradoria da Fazenda Nacional para inscrição da Dívida Ativa da União.

Ocorre que, caso a i. Procuradoria da Dívida Ativa, dentro desse prazo de cinco anos, ajuíze Execução Fiscal contra este contribuinte, é quase certo que o mesmo, com fulcro no art. 2º, do ADI/RFB nº 16/2007, supra transcrito, obterá provimento jurisdicional, no sentido de considerar a Certidão de Dívida Ativa (CDA), nula por falta de liquidez e certeza; o que, sem dúvida, prejudicará (irremediavelmente) todo o trabalho fiscal efetuado nos autos deste processo.

Em assim sendo, entendo ser prudente, converter o presente julgamento em diligência para que o contribuinte seja intimado a confirmar se a pessoa que assinou o recurso possui poderes para tanto, sob pena de se declarar a efetiva inexistência de Recurso Voluntário.

Corrigida a falha apontada acima, logo, tendo em vista o ADI/RFB nº 16/07, entendo que deve ser anulado o Termo de Perempção em comento, fl. 512, por conta da possibilidade de seguimento do recurso voluntário.

b) da mesma forma, que também, sejam observados e tomadas as devidas providências dos outros Termos de Perempção das empresas **AVLIS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. E GOOD'S COMERCIAL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, às fls 513 e 514, respectivamente.

c) quanto ao outro responsável solidário, **LIPMAN DO BRASIL SERVIÇOS DE AUTOMAÇÃO COMERCIAL LTDA**, por oportuno, saliento que, quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo mesmo, não há nos autos qualquer demonstrativo que comprove sua tempestividade (retorno de AR ou assinatura que comprove a ciência da decisão de primeira instância). Dessa feita, aproveito para solicitar que a mesma repartição, ateste a tempestividade deste recurso, mediante qualquer documento comprobatório ou despacho formal.

d) finalmente, quanto ao Recurso de Ofício, verifico a d. decisão de primeira instância deixou de demonstrar, com clareza cristalina, a forma de cálculo adotada, através de memória descritiva o crédito tributário mantido (R\$ 1.465.414,87), (fl. 477).

Ora, considerando os termos dos art. 50 e 53 da Lei nº 9.784/99, abaixo transcritos, tem-se que todos os atos da administração devem ser fundamentados, sob pena de nulidade.

“Art. 50 – Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos de direito, quando:

(...)

V – decidam recursos administrativos”. (destaquei).

(...)


Art. 53 – A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”

Destarte, no intuito de garantir que o contribuinte não se verá prejudicado em função de um suposto cerceamento ao seu direito de defesa, entendo que, na oportunidade, essa repartição também deverá se manifestar quanto à forma em que foi calculada a exclusão do valor, objeto de Recurso de Ofício (inclusive, em função da própria natureza do lançamento fiscal, o qual pressupõe liquidez e certeza).

Após diligência solicitada do item acima, intime-se o contribuinte para, querendo, pronuncie a respeito, em homenagem ao princípio do contraditório.

Pelos motivos acima expostos, voto no sentido de CONVERTER O JULGAMENTO em diligência, nos termos do voto acima, retornando, posteriormente, os autos para apreciação deste Conselho.

Sala das Sessões, em 27 de fevereiro de 2008


MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM - Relatora