



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

Processo nº 12466.002814/2006-94
Recurso nº 3201-000190
Resolução nº **301 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 03/02/2011
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente PROAD S.A. E OUTROS
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO, converter o processo em diligência, nos termos do voto do relator.

Luciano Lopes de Almeida Moraes.

Presidente

Luciano Lopes de Almeida Moraes.

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Mércia Helena Trajano D'Amorim, Marcelo Ribeiro Nogueira, Daniel Mariz Gudino, Luis Eduardo Garrossino Barbieri e Monica Monteiro Garcia de Los Rios.

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 lançamento da multa substitutiva à pena de perdimento prevista no art. 23, § 3.º do Decreto-lei n.º 1.455/76, com redação da Lei n.º 10.637/2002, no valor de R\$40.022,00 lançada contra a empresa PROAD S/A e Compuprinter Informática Ltda, como responsável solidária.

Segundo o que consta na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal do Auto de Infração de fls. 01/13, a autuada PROAD foi selecionada para os procedimentos de fiscalização de que trata a IN SRF n.º 228/2002, tendo em vista a constatação de que após a habilitação provisória concedida nos termos da IN SRF 286/2002, houve um aumento expressivo das importações, acima da previsão feita no ato da concessão, e um aumento das ocorrências cadastradas no sistema Radar referentes aos despachos de importação.

Cientificada do procedimento especial de fiscalização, após intimação, apresentou documentos e esclarecimentos a respeito de suas atividades. Com base na análise desta documentação, a fiscalização apurou a ocorrência de irregularidades que consistiam na simulação de operações de comércio exterior por conta própria, quando na verdade tratavam-se de importações por conta e ordem de terceiros, ocultando os reais adquirentes das mercadorias importadas.

Às fls. 05/09 do Auto de Infração estão transcritos os dados constantes do Livro Razão dos anos 2004 e 2005 onde foram registrados lançamentos nas contas “Clientes Nacionais” do ativo e “Adiantamentos de Clientes” do passivo.

Nestas contas aparecem valores que correspondem aos recursos monetários antecipados pelos clientes para as importações feitas pela PROAD, como se fossem por conta própria. A PROAD efetuou as importações, pagando todas as despesas de nacionalização e emitiu notas fiscais de compra e venda, remetendo as mercadorias aos adquirentes. Alega a fiscalização que a empresa teria obtido vantagem com o pagamento a menor dos impostos devidos além de evitar que os reais adquirentes das mercadorias importadas se apresentassem à fiscalização aduaneira, sem habilitarem-se como operadores de comércio exterior.

A Compuprinter Informática Ltda, empresa atuada como solidária, foi a adquirente de mercadorias importadas pela importadora autuada no ano de 2004, conforme planilha feita pela fiscalização às fls. 18.

A fiscalização informa que a empresa PROAD após nacionalizar as mercadorias, vendeu as mesmas integralmente à Compuprinter, tendo a adquirente transferido antecipadamente os recursos à PROAD.

A fiscalização identificou nos livros diários de 2004 e 2005, a empresa Compuprinter na conta “Adiantamento de Clientes” (fls. 16/17).

A partir destas provas a autoridade lançadora concluiu pela ocultação do real adquirente, com simulação no registro das importações feitas por conta e ordem de terceiros, e, por esta razão, lançou a multa por

conversão da pena de perdimento, nos termos do art. 23 da Decreto-Lei n.º 1.455/1976.

Intimadas, as interessadas apresentaram impugnações com as seguintes alegações:

Impugnação da PROAD (fls. 21/56):

1- Alega a impugnante que foi incluída no procedimento especial de fiscalização nos termos da IN SRF n.º 228/2002 sem que tenha sido informada dos atos administrativos que balizaram tal procedimento. Que com base no Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) n.º 0727600 200500274 6, a fiscalização reuniu atos e documentos que originaram o processo administrativo n.º 12466.000528/2006-94, que trata da representação para fins de inaptidão de CNPJ. No entanto este MPF foi emitido para verificação do recolhimento de II no período de 01/2003 a 07/2005, tendo sido prorrogado por duas vezes até o dia 04/03/2006. Portanto alega que o procedimento de que trata a IN SRF n.º 228/2002 foi nulo já que o MPF expedido foi para apuração de II. Além disto a fiscalização não demonstrou naquele processo administrativo a ocorrência de indícios de incompatibilidade entre os volumes transacionados no comércio exterior e a capacidade econômica e financeira da empresa. Também foi excedido o prazo para sua conclusão em aproximadamente 8 meses, sem que houvesse justificativa devidamente documentada nos autos. Por todas estas razões, é nulo o procedimento instaurado contra a petionária e nulo, por consequência, o auto de infração originado dele e instaurado através do presente processo.

2- Refuta a afirmação da fiscalização de que sua habilitação no siscomex era provisória, haja vista que não foi notificada sobre a vigência da habilitação e ainda que o processo foi encaminhado ao arquivo não havendo pendências, portanto, neste particular. Afirma também que o embasamento no art. 33 da IN SRF n.º 455/2004 (revisão das habilitações) para o procedimento especial de fiscalização é decadente haja visto que além de não ser provisória sua habilitação ainda não foi intimada da revisão de sua habilitação.

3- A finalidade da empresa sempre foi o lucro. Nos anos anteriores a sua habilitação o foco da empresa estava direcionado a atividades de venda no atacado e varejo de produtos adquiridos no mercado nacional, além da prestação de serviços de consultoria. De acordo com os próprios dados levantados pela fiscalização quanto a previsões e importações realizadas pela interessada, não há demonstração de que a mesma obteve habilitação no Radar iludindo a fiscalização. Quanto ao volume de ocorrências após a habilitação, isto se deve ao fato de que se aumentou o volume de operações, também aumentou o número de ocorrências. Mesmo assim estas ocorrências foram suportadas pela PROAD demonstrando a idoneidade da empresa.

4- Para que seja aplicada a pena de perdimento, nos termos do Decreto-Lei n.º 1.455/1976 é necessário que seja provada a existência de fraude, simulação ou de interposição fraudulenta. Não houve a fraude nos termos da Lei n.º 4.502/64, art. 72, já que não houve

interferência de um terceiro na cadeia de circulação de mercadoria, de forma intencional para impedir ou retardar, total ou parcialmente, o recolhimento de tributos, objetivando a ocultação do real beneficiário da operação. A interposição fraudulenta que a lei coíbe não é qualquer interposição de terceiros que é um fenômeno natural no processo de produção e circulação de bens, que decorre da própria necessidade de especialização de atividades. A lei prescreve um indício que permite presumir a interposição fraudulenta nos casos em que não há comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados. Somente nesta hipótese há a presunção de interposição fraudulenta. E isto não se confunde com recebimento antecipado de clientes que é uma espécie de arras ou mesmo garantia da celebração do negócio jurídico. Haveria de se constatar que a empresa importadora só teve condições de efetuar a operação mediante o recebimento antecipado dos recursos, o que não se deu com a interessada que é empresa que possui recursos próprios para suportar todas as operações de comércio exterior por ela realizadas, conforme comprovam os extratos financeiros que sempre estiveram à disposição da fiscalização. Desta feita não foi comprovada a inexistência de capacidade financeira da PROAD para realizar as importações.

Desse modo, o recebimento antecipado das operações não caracteriza de forma isolada a interposição fraudulenta de terceiros, devendo ser conjugada com outros elementos. Todos os pagamentos antecipados por clientes estavam devidamente escriturados, não havendo aí simulação de operação por conta própria.

5- A fiscalização se baseou na presunção de que todas as operações feitas com recebimento antecipado de clientes foram feitas mediante a utilização de recursos de terceiros, e por conseguinte, deveriam ser tratadas como por conta e ordem destes. O recebimento antecipado é apenas um indício de utilização de recursos de terceiros. Todavia se a empresa escritura em sua contabilidade esses adiantamentos, eles passam a ser recurso próprio da empresa, principalmente porque eles não são essenciais à concretização da operação, visto que a importadora possuía capacidade financeira para operar sem o recebimento deste recurso. Até porque dentre os vários autos de infração lavrados pela fiscalização, há alguns clientes indicados como adquirentes que ainda são devedores da PROAD mesmo tendo realizado algum adiantamento.

A previsão de sinal é um negócio lícito nas operações de compra e venda, razão pela qual o simples adiantamento não pode descaracterizar a operação por conta própria da PROAD. Caso a empresa não possuísse fontes para financiamento próprio poderia a interpretação da fiscalização estar correta, mas isto não foi em nenhum momento questionado no Relatório Fiscal como razão para aplicação da penalidade. Então somente quando a capacidade financeira não for comprovada é que se pode ser evidenciada a interposição fraudulenta de terceiros.

6- Para aplicação da pena de perdimento é preciso que a conduta se enquadre em infrações como a fraude e simulação, de apuração

subjetiva, sendo indispensável a prova concreta de sua ocorrência. A presunção do art. 27 da Lei n.º 10.637/2002 é inaplicável e como não foi comprovada a fraude ou simulação, é indevida a aplicação da pena em comento.

7- A fiscalização alega que houve recolhimento a menor de IPI devido, visto que foi calculado sem a majoração do preço da mercadoria pela margem de lucro do real comprador. Desta forma o prejuízo ao erário seria esta diferença ínfima de imposto, o qual não foi sequer mensurado pela fiscalização. Também é falaciosa a alegação de que deixou de ser tributada no IRPJ e CSLL sobre os ganhos obtidos com a prestação de serviços. Pressupõe-se que seja do conhecimento dos auditores da receita federal que o benefício do FUNDAP (incentivos financeiros) já promove o retorno financeiro para as empresas fundapianas, não havendo espaço para cobrança de operações realizadas por conta e ordem de terceiros, face à concorrência entre as beneficiárias. Portanto não existindo esta cobrança, não que se falar em ISS e quanto aos outros tributos, todos foram recolhidos sobre a margem de lucro embutida na revenda da mercadoria. Não existiu prejuízo algum ao fisco.

8- Requer ao final que seja julgado insubsistente o auto de infração, tendo em vista que as irregularidades apontadas não caracterizam interposição fraudulenta de terceiros ou qualquer outra que implique na aplicação de pena de perdimento de mercadoria. Requer também a produção de provas, em especial a documental, pericial e testemunhal, para análise de todas as questões envolvidas no caso vertente.

Impugnação da Compuprinter Informática Ltda (fls. 59/75):

1- A requerente foi autuada como responsável solidária, com base no art. 124 do CTN, pela prática de simulação de compra e venda de mercadoria importada, quando seria a real importadora dos produtos.

2- Inicialmente protesta contra a solidariedade atribuída, pois ao ilícito administrativo aplicam-se as mesmas regras e princípios que regem o ilícito penal (conduta antijurídica, nexo de causalidade e culpabilidade). Por esta razão não está correta a aplicação do art. 124 do CTN, pois a penalidade em questão não pode ser transferida a terceiros, ainda mais quando a impugnante não contribuiu culposamente ou dolosamente pela suposta prática delitiva ora contestada.

3- Alega que os elementos apurados pela fiscalização não são suficientes para caracterizar a existência de fraude/simulação. A venda exclusiva da mercadoria importada à Compuprinter, o recebimento antecipado de recursos apurados no livro fiscal da empresa e a referência idêntica no registro das DI's somente apontam para o fato de que a impugnante encomendava mercadorias da PROAD. Somente com a Lei n.º 11.281/2006 houve definição expressa de encomenda, que é distinta da operação por conta e ordem. Considerando que esta lei é interpretativa e ainda o art. 106 do CTN, aplica-se a fatos pretéritos suas disposições. Portanto a encomenda de mercadoria não pode ser considerada como por conta e ordem.

4- A fiscalização não considerou que foi a PROAD que figurou no contrato de câmbio, na fatura, emitindo notas fiscais de entrada e saída, não sendo, portanto, prestadora de serviços, tendo assumido todo o risco operacional.

5- O recebimento antecipado é apenas um indício que poderia caracterizar a utilização de recursos de terceiros, mas estes conceitos não se confundem. O recurso estando escriturado na contabilidade da PROAD é considerado como recurso próprio da empresa. E ainda que fosse este recurso considerado como adiantamento não existe vedação legal para tal fato, sendo uma forma lícita de negociação em operações de compra e venda no Código Civil.

6- Inexiste a interposição fraudulenta haja vista que a fiscalização não comprovou a incapacidade financeira da PROAD.

5- A fiscalização não demonstra qual o dano ao erário ocorrido alegando que houve diferença na tributação de IPI, IRPJ, CSLL e ISS. No entanto o IPI foi recolhido por ocasião do desembarço e a empresa PROAD, sendo uma fundapiana, já obtém vantagens através dos benefícios financeiros concedidos pelo estado do Espírito Santo.

7- Requer ao final, a nulidade ou a insubsistência do Auto de Infração, determinando-se a sua exclusão do pólo passivo. Requer também a produção de provas, em especial a pericial e testemunhal.

Na decisão de primeira instância, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Florianópolis/SC indeferiu o pleito da recorrente, conforme Decisão DRJ/FNS nº 18.473, de 15/01/2010, fls. 92/100, assim ementada:

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2004

OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE NA IMPORTAÇÃO. COMPROVAÇÃO. APLICAÇÃO DA MULTA POR CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO.

Descumprimento das obrigações aduaneiras pertinentes à importação por conta e ordem e conduta dolosa que resultou no fornecimento de informações falsas nas declarações de importação, caracteriza fraude e ocultação do real adquirente das mercadorias importadas, sujeitando os infratores à multa por conversão da pena de perdimento.

SOLIDARIEDADE. PENALIDADE. REAL ADQUIRENTE NA IMPORTAÇÃO.

O real adquirente na importação por conta e ordem sua é solidariamente responsável pelas infrações, ficando sujeito à aplicação de penalidades.

Impugnação Improcedente.

Às fls. 103/v a recorrente Compuprinter Informática Ltda é intimada, apresentado recurso de fls. 148/187.

Às fls. e 102/v a recorrente Proad é intimada, apresentando recurso de fls. 104/146.

Fato seguinte, é dado seguimento aos recursos voluntários.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Relator

Os recursos são tempestivos e deles tomo conhecimento.

Discute-se nos autos o lançamento de tributos incidentes em operações de importações, tanto para o contribuinte quanto para o solidário, em face de ocultação do real adquirente.

Este processo é um dentre outros que versam sobre o mesmo tema.

Interessante ressaltar que nos autos do processo n.º 12466.002817/2006-28, a própria DRJ de Florianópolis entendeu por bem afastar o lançamento, tendo em vista incongruências na prova da infração cometida.

Como este processo segue a mesma sistemática do antes informado, entendo relevante baixar o mesmo em diligência para juntada dos documentos relativos à planilha de fls. 18 (DI's e Notas Fiscais de saída), bem como para fins de complementação de informações deste Relator.

Diante do exposto, voto por converter o julgamento em diligência para que a autoridade preparadora:

1 – junte aos autos cópias de todas as DI's e Notas Fiscais de saída constantes da planilha de fls. 18;

2 - informe se a antecipação de pagamento mencionada no AI ocorria de forma integral ou parcial. Se parcial, informar qual o percentual;

3 – Informar se a Proad, mesmo sem as referidas antecipações, detinha capacidade financeira para suportar as importações que realizava; e,

4 – informar se, para fins de conversão da pena de perdimento em multa, as recorrentes foram intimadas a apresentar ou indicar o paradeiro das mercadorias importadas objeto deste processo.

Realizada a diligência, deverá ser dado vista ao recorrente para se manifestar, querendo, pelo prazo de 30 dias.

Processo nº 12466.002814/2006-94
Resolução n.º 301

S3-C2T2

Fl. 196

Após, devem ser encaminhados os autos para vista à PGFN da diligência realizada.

Por fim, devem os autos retornar a este Conselheiro para fins de julgamento.

Sala das Sessões, em 03 de fevereiro de 2011.

Luciano Lopes de Almeida Moraes