



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

Processo nº 12466.003364/2006-57
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3101-000614 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de Fevereiro de 2011
Matéria MULTA DECORRENTE DE PENA DE PERDIMENTO
Recorrente CENTRO PORTUÁRIO COM. IMP. EXP. LTDA E OUTROS
Recorrida DRJ - FLORIANOPOLIS/SC

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 18/09/2006

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PAGAMENTO DE PENALIDADE.

A prova de infração fiscal pode realizar-se por todos os meios admitidos em Direito, podendo ser direta ou indireta, assim conceituada aquela que se apóia em conjunto de indícios capazes de demonstrar a ocorrência da infração e de fundamentar o convencimento do julgador, sendo, outrossim, livre a convicção do julgador. Assim, não foi encontrado um conjunto de indícios no trabalho fiscal que fosse suficiente para sem dúvidas entender que a Recorrente A .G R. PRODUTOS FOTOGRAFICOS LTDA praticou o ato cominado a ela a ponto de receber uma penalidade por responder com o valor das mercadorias importadas que substanciam esse processo. Portanto, devendo ser excluída do pólo passivo da obrigação tributária.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, deu-se provimento ao recurso para excluir a Recorrente ^aG.R. Produtos Fotográficos Ltda do pólo passivo da obrigação tributária.

HENRIQUE PINHEIRO TORRES

Presidente

Valdete Aparecida Marinheiro

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os conselheiros: Corintho Oliveira Machado, Helder Massaaki Kanamaru, Tarásio Campelo Borges e Vanessa Albuquerque Valente.

Relatório

Por bem relatar, adota-se o Relatório de fls. 118 verso a 120 verso dos autos emanados da decisão DRJ/FNS, por meio do voto do relator Jorge Frederico Cardoso de Menezes, nos seguintes termos:

“Versa o presente processo sobre Auto de Infração lavrado contra a empresa em epígrafe, com vistas à constituição de crédito tributário referente a conversão da pena de perdimento em multa no valor total de R\$ 1.445.699,00, dada a impossibilidade de realizar a apreensão das mercadorias importadas pelo real adquirente, que figura na presente autuação como responsável solidário pelo pagamento da mencionada penalidade pecuniária, no caso, a empresa denominada AGR PRODUTOS FOTOGRÁFICOS (CNPJ n.º 04.217.486/0001-75).

Segundo consta dos autos, às fls. 02 a 12, a empresa CENTRO PORTUÁRIO COM. IMP. EXP. LTDA foi submetida ao procedimento especial de fiscalização de que trata a Instrução Normativa (IN) SRF n.º 228, de 2002, onde foram constatadas a falta de comprovação da integralização de capital consignada em seis alterações do contrato social, cuja subscrição montava a cem mil reais em 24/10/2005, e, bem assim, a simulação nas operações realizadas por conta própria implicando a ocultação dos verdadeiros adquirentes das mercadorias importadas.

Mais precisamente, relata a autoridade aduaneira que, muito embora o contribuinte CENTRO PORTUÁRIO tenha declarado que suas atividades são suportadas por recursos próprios, financiamentos de fornecedores e linha de crédito bancário, sem que discriminasse valores, prazos e condições de contratação de tais recursos, foi verificado que o montante do alegado financiamento obtido junto ao Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo S/A – BANDES totalizou, em 2004, o valor líquido de R\$ 318.180,17 e, em 2005, o valor líquido de R\$ 697.264,69, ao passo que o dispêndio realizado com importações próprias efetivadas nesses dois anos, foi, respectivamente, da ordem de R\$ 1.104.207,00 e R\$ 4.755.142,00, pelo que se concluiu, em face da insuficiência dos valores financiados pelo banco, que existiam outras fontes de financiamento da atividade do contribuinte.

A partir disso, a fiscalização identificou, na documentação apresentada pelo CENTRO PORTUÁRIO, a transferência de recursos com origem em outras pessoas jurídicas, classificados por este contribuinte como “clientes nacionais”, que eram coincidentes, em datas e valores, com os dispêndios realizados nas operações de importação, tais como tributos, câmbio e outras despesas, em razão do que verificou que, na verdade, os recursos antecipados pelos reais adquirentes das mercadorias foram a fonte de financiamento que suportaram as importações realizadas pela empresa CENTRO PORTUÁRIO.

No caso das mercadorias adquiridas pela AGR PRODUTOS FOTOGRÁFICOS, a autoridade aduaneira demonstra essa vinculação através de planilha colacionada às fls. 15 a 17 do processo, e que, segundo relata, é representativa dos lançamentos contábeis apurados na documentação da empresa CENTRO PORTUÁRIO, aduzindo que a

empresa AGR, muito embora esteja habilitada no Siscomex, não foi vinculada pela CENTRO PORTUÁRIO como adquirente das mercadorias que importara.

Neste quadro, afirma a fiscalização que os denominados “clientes nacionais” da empresa CENTRO PORTUÁRIO, dentre eles a mencionada empresa AGR, forneceram recursos monetários antecipadamente, conforme registrado em contas bancárias e lançamentos contábeis, inclusive, a título de “adiantamento de clientes”, possibilitando, então que a CENTRO PORTUÁRIO registrasse as declarações de importação como se fossem operações por conta própria, efetuasse os pagamentos necessários para a nacionalização das mercadorias, e emitisse notas fiscais de compra (entrada) e venda (saída), remetendo, em seguida, as mercadorias importadas para seus reais adquirentes, ou a outras pessoas a quem estes determinaram que fossem remetidas.

Em razão disso, concluiu a autoridade aduaneira que, ao declarar tais importações como operações realizadas em seu próprio nome, a empresa CENTRO PORTUÁRIO simulou a realização de uma transação comercial por conta própria, mas que, na realidade, ocorreu com a participação de empresas nacionais que permaneceram ocultas, o que caracteriza a situação prevista no art. 27 da Lei n.º 10.637, de 2002, segundo a qual a operação de comércio exterior realizada mediante utilização de recursos de terceiros presume-se por conta e ordem deste, para fins de aplicação do disposto nos artigos 77 a 81 da MP n.º 2.158-35, de 2001.

Dado este contexto, concluiu também a fiscalização que, ao perpetrar a mencionada simulação, a empresa CENTRO PORTUÁRIO descaracterizou os reais adquirentes das mercadorias importadas da condição de equiparados a estabelecimento industrial, fazendo com que os mesmos deixassem de ser contribuintes de IPI na saída da mercadoria, quando o preço estaria efetivamente majorado pela margem de lucro do verdadeiro comprador. De outro lado, a verdadeira operação realizada, e que caracteriza uma intermediação de venda, deixou de ser tributada pelo Imposto de Renda e pela Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, incidentes sobre os ganhos obtidos com a prestação do serviço, além de ter deixado também de ser tributada pelo Imposto sobre Serviços, causando prejuízo à Fazenda Municipal de Vitória (ES).

Em outro plano, aduz o Fisco que tal simulação também evita que os reais adquirentes das mercadorias importadas tenham que se apresentar perante a fiscalização aduaneira, de molde a comprovar sua regularidade e sua capacidade operacional e financeira, a fim de serem habilitados como operadores de comércio exterior, além do que interessa, de outro lado, à empresa CENTRO PORTUÁRIO realizar o maior número possível de operações de importação em seu próprio nome, tendo em vista o benefício fiscal do FUNDAP, que desonera a importação mediante o diferimento do pagamento do ICMS, afora a possibilidade de obtenção de financiamentos de longo prazo, a juros subsidiados junto ao mencionado BANDES, com opção de recompra da dívida nos leilões do banco por cerca de 10% de seu valor.

No caso específico da empresa AGR, relata a fiscalização que, de molde a ilustrar e resumir uma parte da análise realizada na documentação da empresa CENTRO PORTUÁRIO, foram juntadas, às fls. 19 a 41 do processo, cópias de páginas dos Livros Razão relativos aos anos de 2004 e 2005, contendo contas do Ativo Circulante/Bancos Conta Movimento/Banco Bradesco, notas fiscais de entrada e saída de mercadorias, além de cópia do extrato da DI n.º 04/1300284-0, registrada pela CENTRO PORTUÁRIO. Com base nessa

documentação, descreve a autoridade aduaneira que é possível verificar que, nos anos de 2004 e 2005, os créditos efetuados à conta bancária mantida pela empresa CENTRO PORTUÁRIO no Bradesco, originados do “cliente” AGR, a título de adiantamento, são coincidentes, em datas e valores, com os dispêndios nos registros da citada DI, além do que o desembaraço da DI ocorreu na mesma data (28/12/2004) em que foram emitidas as notas fiscais de entrada (n.º 0914 e 0915) e de saída (n.º 0916 e 0917), sendo as mercadorias integralmente “vendidas” à empresa AGR.

Aduz, ainda, a fiscalização ter a empresa CENTRO PORTUÁRIO apresentado planilha relacionando suas operações de importação “por conta própria”, o que, por sua vez, possibilitou a elaboração da planilha demonstrativa de fl. 42, relacionando as importações de mercadorias procedentes do exportador MITSUBISHI ELECTRIC EUROPE B V – Espanha, e a constatação de que tais mercadorias foram exclusivamente “vendidas” à empresa AGR, segundo se comprovou em análise dos lançamentos contábeis efetuados pela CENTRO PORTUÁRIO.

Por fim, após informar que referido exportador MITSUBISHI não é desconhecido da empresa AGR, uma vez que, desde 2001, esta empresa registra importações realizadas diretamente com o mencionado exportador estrangeiro, a autoridade aduaneira conclui que, para o caso específico relatado, a AGR PRODUTOS FOTOGRÁFICOS é a real adquirente das mercadorias e responsável pelas operações de importação, muito embora tenha permanecido oculto perante o Fisco, acobertado pela simulação praticada pela empresa CENTRO PORTUÁRIO.

Em consequência, lavrou-se o auto de infração, de fls. 01 a 13, mediante o qual está sendo exigido o pagamento de multa no valor de R\$ 1.445.699,00, com fulcro no art. 23, § 3º do Decreto-lei n.º 37, de 1966, com redação dada pelo art. 59 da Lei n.º 10.637, de 2002, e a alteração do art. 81, inciso III, da Lei n.º 10.833, de 2003.

Regularmente cientificados, em 11/10/2006 (fl. 44) e 18/10/2006 (fl. 43), o contribuinte CENTRO PORTUÁRIO COM. IMP. EXP. LTDA foi declarado revel (fl. 116), em face do transcurso do prazo legal para a apresentação da defesa, havendo, no entanto, o responsável solidário AGR PRODUTOS FOTOGRÁFICOS apresentado, em 17/11/2006, os documentos de fls. 64 a 114 e a impugnação de fls. 46 a 63, onde, em síntese:

Alega que sua vinculação com a empresa CENTRO PORTUÁRIO COM. IMP. EXP. LTDA decorre única e exclusivamente do fato de que referida empresa constituía uma Operadora de serviços em Comércio Exterior, e que, portanto, oferecia maior agilidade, custos reduzidos e consultoria de ponta a ponta, ao que aduz que, dentre as vantagens legais que o sistema permite, estão a incidência de ICMS menor na entrada e a redução de custos em até 30%, em face do valor menor de frete e de armazenagem.

Aduz ter buscado conhecer a idoneidade da referida empresa prestadora de serviços na área de Comércio Exterior, tendo obtido certidões negativas de sua situação fiscal em vários períodos, emitidas pelo Ministério da Fazenda, pela Secretaria da Fazenda do Estado do Espírito Santo, Caixa Econômica Federal e Previdência Social, pelo que, então, firmou contrato com a CENTRO PORTUÁRIO para que esta empresa realizasse suas importações.

Neste quadro, argumenta que se as operações caracterizam-se como importações realizadas por conta e ordem de terceiros, em virtude do adiantamento de valores para a respectiva formalização, o que ocorreu, quando muito, foi a falta de cumprimento de

obrigação formal de registro de contrato, pois esse existe, assim como também consta nos atos constitutivos da empresa CENTRO PORTUÁRIO esse tipo de prestação de serviços, ao que aduz que a empresa autuada emitiu todas as notas fiscais no mercado interno, correspondentes às mercadorias e, bem assim, cumpriu todas as exigências fiscais referentes a essas operações.

Alega que tais importações foram efetuadas de forma absolutamente regular e, tanto é assim, que a autoridade autuante não provou a ocorrência de qualquer sonegação de pagamento de tributos, contribuições, taxas e quaisquer outros gravames, nem mesmo qualquer tipo de ilícito, em especial o relacionado à figura do subfaturamento, que viesse a causar dano ao Erário, pressuposto da pena de perdimento (art. 619, caput, do Regulamento Aduaneiro), nem tampouco havendo qualquer reparo a outros elementos que constituem as importações, tais como, origem, classificação tarifária, preço, valor, etc, não se podendo afirmar que a empresa autuada seria uma empresa fantasma ou “laranja”, nos moldes da legislação invocada pela fiscalização, eis que o sentido e o alcance da lei penal são os de evitar a sonegação por fraude, concorrência desleal, etc, e nada disso ficou provado no feito ora hostilizado.

Nesta linha, aduz que o desiderato da legislação é o conhecimento da origem lícita dos recursos aplicados nas importações, em razão da prática criminosa da lavagem de dinheiro pela via do comércio exterior, não havendo dúvidas, todavia, quanto à origem lícita dos recursos aplicados nas importações, pois não só a origem, mas também os próprios valores coincidem com os que fizeram face aos tributos e às despesas dispendidas, o que foi até reconhecido pela fiscalização.

Reclama que as imputações feitas contra a empresa CENTRO PORTUÁRIO não podem ser feitas a ora defendente, que está sendo punida pela forma e não pela essência, o que configura verdadeiro confisco vedado pela Carta da República que garante o direito de propriedade, sendo que ninguém pode ter seus bens subtraídos sem a observância do devido processo legal, ao que aduz ter a “pena de multa” sido “convertida em perdimento de seus bens” sem que tivesse a oportunidade de exercer a ampla defesa na fase do próprio perdimento, o que também viola os princípios constitucionais, visto que, se o Fisco liberou as mercadorias durante os despachos, entende ser óbvio que as mesmas não implicavam qualquer tipo de sonegação na área tributária ou cambial.

Neste contexto, aduz que a penalidade aplicada no caso concreto afronta igualmente os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da capacidade contributiva, temas acerca dos quais transcreve doutrina jurídica e decisão exarada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Em outro plano, critica a fundamentação legal da responsabilidade solidária contida no auto de infração, porquanto as disposições vertidas pelo art. 124 do CTN dizem respeito à responsabilidade solidária por pagamento de tributos e a multa em razão da conversão da pena de perdimento não é fato gerador da obrigação tributária principal, além do que, as pessoas designadas por lei para serem responsáveis ou que são responsabilizadas por terem relação direta com o fato gerador do tributo, são investidas da condição de responsável pelo pagamento deste tributo, ao passo que, no caso em exame, o próprio Fisco constatou que os tributos e demais despesas decorrentes das importações foram efetivamente pagos.

Destaca que a fiscalização comprovou a situação regular da ora defendente, a teor de sua ficha cadastral, o que atesta de forma insofismável que se cuida de pessoa jurídica conhecida e sem problemas na área comercial, não podendo, portanto, ser jogada na vala comum dos “fantasmas” ou “laranjas”, no sentido da legislação citada pela autoridade autuante.

Argumenta que o art. 618, inciso XXI, do Regulamento Aduaneiro, citado por aquela autoridade, não se ajusta tipicamente ao fato enfocado nos autos, pois o mesmo exige que a ocultação das pessoas seja fraudulenta, quer na simulação quer na interposição de terceiros na operação, pelo que há de ser comprovado o dolo, visto que a ação deve ter por objetivo o dano ao Erário, como contrapartida das vantagens ilícitas que o ato fraudulento colima obter, porém, no caso em exame, nem o dolo nem o dano ao Erário foram demonstrados pela fiscalização.

Por fim, em face do que foi exposto, requer o cancelamento do presente auto de infração, tendo em vista a sua improcedência.

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. 07.16.824 de 26 de junho de 2009, cuja ementa é o seguinte:

“ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 18/09/2006

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. PENA DE PERDIMENTO. CONVERSÃO EM MULTA.

Considera-se dano ao Erário a ocultação do real sujeito passivo na operação de importação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros, 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: 18/09/2006

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PAGAMENTO DE PENALIDADE.

Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e diz-se responsável solidário, quando, sem revestir a condição de contribuinte, tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal ou tenha sido expressamente designado solidário nos termos da lei.

Lançamento Procedente.”

Irresignado, o contribuintes aqui solidário A.G.R.PRODUTOS FOTOGRÁFICOS LTDA apresentou seu Recurso Voluntário a este Conselho de Recursos Fiscais (fls. 128 a 152) através de procurador, resumidamente alegando sobre o seguinte:

I – Inicialmente repetindo suas razões de impugnação;

II – Da decisão recorrida, alega que não foram rebatidas de frente os vários argumentos apresentados pela ora impugnante;

III – Que a decisão recorrida confunde contribuinte com solidariedade.

IV – Que de tudo que consta nos autos, ficou claro que a Recorrente é a adquirente da mercadoria e que a importação foi realizada por sua conta e ordem por intermédio de pessoa jurídica importadora;

V – Insiste novamente na necessidade de que se apure a infração denominada dano ao Erário em processo regular para, depois, e, se for o caso, convertê-lo em multa em razão de sua inexistência física;

VI – Assume: “o que houve, na verdade, foi um erro na condução formal das importações por parte da importadora que não mencionou o nome da adquirente nas declarações de importação”;

VII – Alega: “Não houve dolo dirigido à obtenção de vantagens tributárias ou de natureza cambial e estas não restaram comprovadas pelo fisco”;

VIII – Recorre para pedir Justiça, conforme o Direito e a reforma integral da decisão recorrida, para o fim de cancelar a multa que lhe está sendo imposta, por conversão da pena de perdimento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Relatora Valdete Aparecida Marinheiro,

O Recurso Voluntário da empresa aqui solidária A.G.R.PRODUTOS FOTOGRÁFICOS LTDA é tempestivo e dele tomo conhecimento, por conter todos os requisitos de admissibilidade.

Da análise dos autos, abstrai-se que a Recorrente, única a comparecer aos autos, está supostamente suportando a acusação de ter feito uma interposição fraudulenta em uma importação onde foi através de contrato, juntado aos autos, contratante de uma importação que foi feita por uma empresa conhecida no mercado no comércio exterior, com autorização para fazer tal importação, que segundo consta pagou todos os tributos devidos nessa importação, não apresentava nenhum impedimento a essa operação quando contratada pela Recorrente, mas que não declarou nos documentos de importação que essa operação estava sendo feita por conta e ordem da Recorrente.

A Recorrente insistiu na sua impugnação e recurso na necessidade de que se apure a infração denominada “dano ao Erário” em processo regular para, depois, e, se for o caso, convertê-lo em multa em razão de sua inexistência física

Nesse aspecto não concordo com a Recorrente e entendo que essa questão foi mais ou menos enfrentada pela decisão recorrida no voto do relator. No meu entendimento o “dano ao Erário” se houve deve ser apurado pela autoridade autuante, antes da lavratura do Auto de Infração e deve ser argumento de convencimento do trabalho fiscal, assim, como da interposição fraudulenta.

Portanto, o processo é único e é esse e nesse que o Recorrente teve oportunidade de oferecer seu contraditório. A pena de perdimento convertida em multa foi a

consequência do convencimento do trabalho fiscal. Assim, não há que se falar em processo separado e que houve cerceamento de defesa, muito menos que a Recorrente não foi chamada para participar desse processo anterior que defende que deveria existir.

Mas quanto ao mérito da questão dos autos, esse caso torna-se interessante, pois, a importadora “Centro Portuária” permaneceu o tempo todo revel, não consta nos autos sua intimação da decisão de primeira instância, não há dúvidas quanto ao real importador, no caso o Recorrente que assume categoricamente, que contratou conforme contrato de fls. 92 a 96, é o único contribuinte a recorrer, que tomou as possíveis precauções quanto a idoneidade da empresa importadora à época, com certidões e que estava habilitada a fazer tal importação, bancou financeiramente a operação com pagamento de tributos, vendeu no mercado interno com emissão de notas fiscais.

A acusação de “interposição fraudulenta “ pressupõe SIM da presença comprovada do elemento dolo para obtenção de vantagens ilícitas ou indevidas, no meu entendimento e até poderíamos discutir se questões aduaneiras são próprias do direito tributário ou de um direito próprio, ou seja, o direito aduaneiro.

Mas, como o presente processo administrativo tributário já existe e temos que a ele dar uma solução resumo a questão do seguinte para o desenvolvimento do meu raciocínio: A importadora CENTRO PORTUÁRIA habilitada a efetuar importações, conhecida no mercado, apesar de ser contratada para realizar uma importação por conta e ordem, elaborou toda a documentação pertinente para uma importação por sua conta e risco com recursos próprios.

Concretizada a importação, pagos os tributos correspondentes, a fiscalização em apuração posterior conclui que a importadora CENTRO PORTUÁRIA não tinha condições financeiras necessária para realizar uma importação com recursos próprios. Desse indício, foi descoberto que a suposta importadora teria sido a Recorrente.

A investigação dessa realidade parou nesse ponto, pois, a declaração que a importação com recursos próprios não condiz com a verdade de que houve importação por conta e ordem deveria prosseguir, para encontrar quais os objetivos dessa inverdade. Situação que não encontramos nos autos, ou seja, qual o dolo ocorrido? Qual a vantagem ilícita ou indevida que ocorreu se ocorreu?

Não encontro nos autos tais respostas e se a CENTRO PORTUÁRIA errou na formalidade de preenchimento dos documentos de importação informando que a importação seria com “recursos próprios” ou omitindo o real importador, como pode a Recorrente ser solidária a esse erro ou omissão? Somente a prova de que a Recorrente com interesse comum teve vantagem ilícita ou indevida causando dano ao Erário em qualquer concepção da expressão, seria a Recorrente solidária em reparar esse dano.

Finalmente a infração de “interposição fraudulenta” nesse processo, no meu entendimento não foi provada e aqui cabe lembrar o seguinte:

“A prova de infração fiscal pode realizar-se por todos os meios admitidos em Direito, podendo ser direta ou indireta, assim conceituada aquela que se apóia em conjunto de indícios capazes de demonstrar a ocorrência da infração e de fundamentar o convencimento do julgador, sendo, outrossim, livre a convicção do julgador.”

Portanto, nessa função de julgadora em segunda instância administrativa, livre e responsável que sou para formar minha convicção, no caso específico dos presentes autos, não fiquei convencida da ocorrência da infração imputada a Recorrente. Na verdade não encontrei um conjunto de indícios no trabalho fiscal que fosse suficiente para sem dúvidas entender que a Recorrente praticou o ato cominado a ela a ponto de receber uma penalidade por responder com o valor das mercadorias importadas que substanciam esse processo.

Isto posto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

É como voto.

Relatora Valdete Aparecida Marinheiro