



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

Processo nº 12466.004068/2006-73
Recurso nº 140.698 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 3201-00.598 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de dezembro de 2010
Matéria OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS
Recorrente ALLCOMEX CONSULTORIA, EXPORT. E IMPORTAÇÃO LTDA.
Recorrida DRJ FLORIANÓPOLIS/SC

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 03/04/2006, 12/04/2006, 20/04/2006, 24/04/2006

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO DE OFÍCIO. ALTERAÇÃO NO LIMITE DE ALÇADA.

Deve ser imediatamente aplicado o novo limite de alçada para impedir a apreciação de recurso de ofício interposto quando vigente limite anterior. Com a publicação da Portaria MF nº 3, de 3 de janeiro de 2008, o limite de alçada para que o Presidente da Turma da DRJ recorra de ofício da decisão tomada passou de R\$ 500.000,00 para R\$ 1.000.000,00, o que impede o conhecimento de recurso de ofício no qual a desoneração do sujeito passivo tenha sido inferior a este novo valor.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 03/04/2006, 12/04/2006, 20/04/2006, 24/04/2006

PENA DE PERDIMENTO. CONVERSÃO EM MULTA. ÔNUS DA PROVA.

Somente é possível à autoridade fiscal aplicar a conversão da pena de perdimento em multa equivalente ao valor aduaneiro, quando as mercadorias não forem localizadas ou tenham sido consumidas, na forma do disposto no parágrafo 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), cabendo ao Fisco o ônus da prova da busca sem sucesso das mercadorias e/ou do consumo das mesmas.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 03/04/2006, 12/04/2006, 20/04/2006, 24/04/2006

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. SOLIDARIEDADE. DIREITO DE AMPLA DEFESA.

Não é possível a manutenção de lançamento fiscal por interposição fraudulenta em face de somente um dos acusados da prática ilícita, por ferimento do 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, não conhecer o recurso de ofício e, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário.


Judith do Amaral Marcondes Armando - Presidente


Marcelo Ribeiro Nogueira - Relator

Editado Em: 11 de janeiro de 2011.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Judith do Amaral Marcondes Armando, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Marcelo Ribeiro Nogueira, Luis Eduardo Garrossino Barbieri e Daniel Mariz Gudino.

Relatório

Adoto o relatório da decisão de primeira instância por entender que o mesmo resume bem os fatos dos autos até aquele momento processual:

Trata o presente processo da exigência de Multa Equivalente ao Valor Aduaneiro da Mercadoria, no valor de R\$ 860.107,59, objeto do Auto de Infração de fls. 01 a 46, lavrado contra a empresa Allcomex Consultoria, Exportação e Importação Ltda., CNPJ 07.537.588/0001-66, em procedimento de revisão aduaneira, em razão de importações consideradas ocorridas mediante ocultação do real sujeito passivo ou responsável pela operação (Declarações de Importação - DIs - nºs 06/0377882-2, 06/0378125-4, 06/0378365-6, 06/0422449-9, 06/0455383-2, 06/0461854-3, 06/0461855-1, 06/0461857-8 e 06/0461858-6).

Foram apontadas como responsáveis solidárias pelo crédito tributário, com base no art. 124 do Código Tributário Nacional (CTN) e nos arts. 32 e 95 do Decreto-Lei nº 37/1966, as contribuintes Wame Master Assessoria Aduaneira Ltda., CNPJ 04.580.801/0001-24, e Menta & Mellow Comercial Ltda., CNPJ 56.220.841/0001-69.

Conforme Descrição dos Fatos de fls. 02 a 45, a citada revisão foi originada em virtude de a Allcomex ter sido incluída em procedimento especial previsto na Instrução Normativa (IN) SRF nº 228/2002.

A fiscalização da Alfândega da Receita Federal do Brasil do Porto de Vitória (ES), amparada pelo Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) nº 07.2.76.00-2006-00499-8 (fl. 72), e em atendimento ao Registro de Procedimento Fiscal (RPF) nº 07.2.76.00-2006-00799-7, constatou que apesar de nas DIs examinadas a importação ter sido promovida em nome da Allcomex, os pagamentos de impostos e das demais despesas não foram assumidos por ela, em descumprimento dos requisitos e das condições estabelecidos nas normas vigentes.

A autoridade aduaneira entendeu, assim, que houve simulação de operações de comércio exterior, ocultando o real sujeito passivo mediante interposição fraudulenta.

Como os produtos foram remetidos para consumo após serem desembaraçados, aplicou-se a multa prevista em caso 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, §§ 1º, 2º e 3º do Decreto-lei nº 1.455/1976, com redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (art. 618, inciso XXII, § 1º do Decreto nº 4.543/2002 - RA/2002).

Além da interposição fraudulenta, concluiu-se que os documentos apresentados nas operações de importação não traduzem a verdade dos acontecimentos, já que omitem os reais compradores (reais importadores). Tal infração também motivaria o lançamento da penalidade em comento, por aplicação do art. 23, inciso IV, §§ 1º e 3º do Decreto-lei nº 1.455/1976, com redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637/2002 (art. 618, inciso VI, § 1º do RA/2002).

Devidamente cientificadas, as interessadas apresentaram as seguintes impugnações: a) Wame Master Assessoria Aduaneira Ltda., às fls. 290 a 302; b) Menta & Mellow Comercial Ltda., às fls. 315 a 333; c) Allcomex Consultoria, Exportação e Importação Ltda., às fls. 401 a 426.

A Wame Master Assessoria Aduaneira Ltda. alega, em síntese, que:

- foi contratada pela empresa Allcomex para atuar nos despachos aduaneiros referentes às DIs objeto da presente autuação, consoante atestam documentos em anexo;*
- após uma série de ilações e conjecturas, a autoridade fiscal cometeu um grande equívoco ao concluir que a impugnante seria a real importadora das mercadorias importadas;*
- à sua inclusão no presente feito se deu por ato de autoridade territorialmente incompetente para fazê-lo, que não procedeu de acordo com as normas do processo administrativo fiscal aplicáveis à hipótese;*
- o presente Auto de Infração deve ser julgado nulo de pleno direito, ao menos no que toca à indicação da impugnante como contribuinte solidária, em virtude do erro grosseiro cometido pela fiscalização ao qualificar o Sr. Evaldo Martins da Costa como sócio da empresa AMT Despachos Aduaneiros Ltda., quando, na verdade, ele é sócio da empresa Wame Master;*
- torna-se ainda mais urgente a exclusão da empresa do pólo passivo da autuação, uma vez que a prática de atos por pessoa incompetente caracteriza cerceamento de defesa;*
- uma vez elucidada de forma incontestável que o ilustre fiscal cometeu um erro na descrição dos fatos relativos à alegada estrutura fraudulenta, resta esclarecer que a impugnante jamais atuou como importadora das mercadorias, quer de forma direta ou indireta, apenas prestando serviços como despachante aduaneiro no sentido de viabilizar o desembaraço dos produtos importados pela Allcomex por meio do Porto de Santos;*
- assim, o indício de fraude argüido pela fiscalização cai por terra;*
- a simples indicação do seu nome no campo "Notify Party" dos Conhecimentos de Embarque não autoriza a atribuição de solidariedade, pela ausência de dispositivo legal nesse sentido,*

sendo tal fato decorrente de sua atuação como despachante aduaneiro e pela necessidade, portanto, de ser a empresa obrigatoriamente avisada da chegada dos bens ao Porto de Santos, para a partir daí proceder ao despacho, dentro das suas atribuições;

- em momento algum o fiscal demonstrou que a impugnante teve qualquer relação com a alegada fraude praticada pela Allcomex,

- consoante entendimento do Conselho de Contribuintes, transcrito às fls. 299 e 300, o importador é aquele que está indicado na fatura comercial emitida pelo exportador, documento que consubstancia a compra e venda internacional,

- assim, no caso em questão, fica afastada a possibilidade de caracterização da impugnante como importadora das mercadorias, presunção fiscal baseada em um mero recibo de transporte elaborado sem interferência da empresa, sendo impossível a prevalência de tal documento sobre a fatura comercial;

- o fato de determinados documentos produzidos pela Allcomex fazerem referência ao código "WAMC" não leva à conclusão de que esta seria cliente oculta daquela empresa, mas apenas e tão somente relembra que a impugnante atuou como despachante aduaneiro na hipótese sob exame;

- é de concluir, portanto, que não pode ser considerada responsável solidária, nos termos do art. 124 do Código Tributário Nacional (CTN).

Por sua vez, a empresa Menta & Mellow Comercial Ltda. aduz, de forma resumida, que:

- a inclusão da impugnante no pólo passivo da obrigação tributária, como responsável solidária, é indevida e ilegal;

- a solidariedade prevista no art. 124 do CTN não é aplicável ao caso concreto, pois a autuada não é a importadora das mercadorias, razão pela qual não tem interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal;

- nem mesmo o parágrafo único do art. 32 do Decreto-lei nº 37/1966 pode ser invocado, pois não se trata de uma importação por conta e ordem de terceiros, mas sim de aquisição de mercadorias nacionalizadas pela empresa Allcomex;

- não existe qualquer prova ou indício de existência de fraude no processo de compra e venda ou de suposta encomenda, sendo a Menta & Mellow mera adquirente de mercadorias no mercado nacional, sem vínculo com o processo de importação;

- como a aplicação da pena de perdimento é atribuição exclusiva dos Delegados e Inspetores da Receita Federal, não pode o auditor fiscal impô-la sob pena de nulidade da atuação por

falta de competência, o mesmo se dando com relação à conversão da referida pena em multa;

- o agente da fiscalização pautou-se, exclusivamente, em meras suposições, desprovidas de quaisquer provas, valendo-se de presunção em ofensa ao princípio da legalidade para concluir equivocadamente que a impugnante teria participado de uma simulação, em manifesta afronta à busca da verdade material;

- o indício da suposta economia de IPI, apontado pela autoridade aduaneira, não subsiste à análise apurada do fato concreto, pois as mercadorias importadas pela Allcomex e vendidas para a Menta & Mellow (peças de vestuário) estão sujeitas à alíquota zero no tocante ao aludido tributo, o que demonstra a ausência do alegado benefício fiscal à autuada;

- o arbitramento, efetivado sem qualquer prova de subfaturamento, é plenamente insubsistente, conforme tem decidido o Conselho de Contribuintes;

- além disso, tal arbitramento foi realizado com base em prova emprestada, o que é manifestamente ilegal.

A empresa Allcomex argumenta, em sua defesa, que:

- preliminarmente, cabe notar a incompetência do AFRF para aplicar a pena de perdimento e converter esta pena em multa, não foi instaurado o processo de perdimento, presumindo o auditor que as mercadorias teriam sido consumidas, sem realizar qualquer diligência; assim, o autuante pretendeu substituir o Inspetor, convertendo a pena de perdimento em multa; o art. 73 da Lei nº 10.833/2003 dispõe que o processo de perdimento deva ser extinto, assim é necessário que ele exista, não basta a afirmação de que as mercadorias foram consumidas, é necessária diligência para sua comprovação: por essa razão, o inciso II do art. 12 da IN SRF nº 228/2002, a partir da vigência da Lei nº 10.833/2003, é ineficaz; apesar de saber exatamente para quem as mercadorias foram vendidas, conforme consta das notas fiscais acostadas aos autos, a fiscalização não tentou localizá-las, como a empresa Menta & Mellow é parte integrante desta ação fiscal, não se pode considerar que a venda das mercadorias efetuada pela Allcomex à Menta & Mellow equivalha ao seu consumo;

- para o procedimento especial de fiscalização previsto na IN SRF nº 228/2002 é necessária a expedição de MPF específico e não apenas MPF para fiscalização rotineira de II e IPI no período de 01/2005 a 06/2006; o auditor agiu, portanto, além dos limites de sua competência, já que é nítida a distinção entre a fiscalização com objetivo de efetuar o lançamento tributário e a atividade de controle administrativo (aduanheiro, no caso); dessa forma, o Termo de Início lavrado pela fiscalização é nulo, sendo nulo também o Auto de Infração porque este decorre da ação fiscal originada no MPF-F,

- o MPF-F deveria ter sido executado até 18/10/2006, todavia o encerramento da ação fiscal se deu em 04/01/2007; como não houve prorrogação do MPF-F, a autoridade aduaneira lavrou o Auto de Infração quando não possuía mais competência para fazê-lo, o que o torna nulo;

- no mérito, é de se frisar que as irregularidades relativas aos fatos relatados no processo administrativo citado no Auto de Infração não autorizam a presunção de que tenha havido algum ilícito no presente caso,

- no caso em discussão, é a real compradora das mercadorias importadas por sua conta e risco; nesse sentido, as DIs revelam que o nome e o número de inscrição no CNPJ da Allcomex foram informados à administração aduaneira, tendo sido cumprido, assim, o dever de informar a adquirente das mercadorias,

- desenvolveu o negócio comercial, acertando as condições de compra das mercadorias com o fornecedor estrangeiro; posteriormente, buscou compradores potenciais no mercado interno, contando com serviços de agenciamento de negócios, nos termos da lei civil; a empresa Wamc, que presta serviços de despacho aduaneiro para a impugnante, funcionou como colaboradora, identificando potenciais clientes para adquirir suas mercadorias, sendo remunerada por tal serviço;

- todos os recursos utilizados têm origem lícita e perfeitamente identificável;

- não há óbice ao fato de que uma adquirente de mercadorias receba adiantamento de uma empresa interessada na compra destas mercadorias, uma vez que não é a adquirente que realiza a importação e sim outra empresa importadora por sua conta e ordem, a presunção de que tal operação foi realizada por terceiro que forneceu os recursos, não é oponível ao adquirente por sua conta e ordem e sim ao importador de direito; se recebeu adiantamentos de terceiros e para esses terceiros vendeu a mercadoria, não praticou qualquer infração, pois não está obrigada a informar à importadora contratada se recebeu qualquer antecipação;

- não remeteu numerário à empresa Wamc, pois ao realizar a venda das mercadorias para seus clientes determina, em alguns casos, que o comprador deposite o valor diretamente na conta de quem irá cuidar do despacho aduaneiro; trata-se de uma cessão de créditos: se a Allcomex deve adiantar numerário para o débito dos tributos ao despachante e já é credora do cliente que dela adquiriu as mercadorias, nada impede que a empresa solicite a esse cliente que faça o pagamento diretamente ao despachante;

- é descabida a acusação da fiscalização de que teria havido falsificação das faturas; efetuou pedidos de mercadorias em seu próprio nome e o exportador emitiu as faturas comerciais, sem qualquer irregularidade; a fiscalização nem tentou verificar a

legitimidade da fatura junto ao exportador, preferindo seguir a via das suposições infundadas;

- para enquadramento no tipo legal do art. 23, inciso V, § 2º do Decreto-Lei nº 1.455/1976, é necessário que a ocultação do sujeito passivo tenha sido obtida mediante fraude ou simulação; além disso, também é imprescindível que a origem, disponibilidade e transferência de recursos não seja comprovada; como a fiscalização não auditou devidamente os livros da impugnante, é inaplicável, no caso, a presunção legal,

- a IN SRF nº 228/2002 foi editada com o objetivo de implementar a política governamental de combate à lavagem de dinheiro, coibindo a interposição fraudulenta que visa a limpar o dinheiro de origem criminoso, assim, o fisco está desvirtuando completamente a finalidade da edição da referida norma ao utilizá-la, indiscriminadamente, como mecanismo punitivo contra o planejamento tributário;

- cumpriu todos os requisitos do ADI SRF nº 07/2002 e, por isso, descabe a caracterização de simulação em operação de comércio exterior; a autoridade autuante não verificou os livros comerciais da empresa Menta & Mellow, dita real compradora das mercadorias, onde poderia comprovar a origem dos recursos;

- como o negócio que praticou é lícito, falta tipicidade para permitir a punição da impugnante;

- não existe falsidade ideológica dos documentos utilizados no despacho, como já demonstrado, e quanto à falsidade material, nada de concreto foi apontado pela fiscalização, além de não ter sido realizada perícia;

- o fato de a fatura ser emitida em dólares com os números separados da mesma forma que no Brasil não possui significação relevante; nada há de irregular nisso, até é normal que o importador brasileiro receba uma minuta de fatura para revisá-la e adequá-la à burocracia nacional, solicitando que os valores sejam alterados para o padrão brasileiro;

- não tem nada a ver com a situação cadastral dos compradores das mercadorias, e mesmo que quisesse, a impugnante não teria como ter acesso a informações sigilosas;

- nenhuma irregularidade existe na utilização de conhecimento de transporte emitido “à ordem”, prática comum no comércio internacional que serve como mecanismo de proteção do crédito, já que o exportador pode enviar as mercadorias, mas somente após o seu endosso é que o importador poderá despachá-la na Alfândega;

- discorda do arbitramento do valor aduaneiro, uma vez que, segundo o CTN, art. 148, o arbitramento só é possível para fins de cálculo do tributo e não para aplicação de multa, não há qualquer elemento que indique que o valor das faturas não

corresponda ao que efetivamente foi contratado; o art. 88 da MP nº 2.158-35/2001 também revela que seu objetivo é determinar a base de cálculo dos tributos e não de multa aduaneira;

- de qualquer forma, a fiscalização utilizou elementos de outro processo (12466.003679/2006-02) cujas mercadorias são cartuchos de toner, portanto distintas dos produtos objeto das importações sob exame, resultando daí que o arbitramento desrespeitou os critérios estabelecidos na lei; não há prova que tenha havido subfaturamento das mercadorias, devendo o valor da multa se limitar ao montante declarado nas DIs.

Ao final, requer seja declarado nulo o Auto de Infração. Caso assim não entenda a DRJ, solicita que o julgamento seja convertido em diligência para exame dos livros contábeis e comerciais das empresas interessadas. Por eventualidade, postula que a empresa Menta & Mellow seja intimada a apresentar as mercadorias à fiscalização para fins de apreensão e perdimento.

A decisão recorrida recebeu de seus julgadores a seguinte cment:

Assunto: Obrigações Acessórias

Data do fato gerador: 03/04/2006, 12/04/2006, 20/04/2006, 24/04/2006

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: Imposto sobre a Importação - II

Data do fato gerador: 03/04/2006, 12/04/2006, 20/04/2006, 24/04/2006

VALORAÇÃO ADUANEIRA METODOLOGIA.

No caso de caracterização de fraude, o arbitramento dos preços das mercadorias deve ser realizado observando-se as determinações contidas no art. 88 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 03/04/2006, 12/04/2006, 20/04/2006, 24/04/2006

SOLIDARIEDADE PASSIVA.

Na ausência de comprovação da interveniência direta nas operações efetuadas pela pessoa jurídica importadora, fica afastada a caracterização de solidariedade passiva tributária.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 03/04/2006, 12/04/2006, 20/04/2006, 24/04/2006

MPF-F. DECURSO DO PRAZO DE VALIDADE INOCORRÊNCIA.

Descabe a arguição de decurso do prazo de Mandado de Procedimento Fiscal de Fiscalização (MPF-F) se no prazo de validade foi ele regularmente prorrogado.

COMPETÊNCIA DO AFRF PARA APLICAÇÃO DA MULTA SUBSTITUTIVA DO PERDIMENTO.

Verificada a impossibilidade de apreensão da mercadoria sujeita a pena de perdimento, em razão de sua não-localização ou consumo, é o AFRF competente para exigir, mediante lançamento de ofício, a multa prevista no § 3º do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/1976.

Lançamento procedente em parte.

Tendo sido ultrapassada a alçada de julgamento vigente à época da decisão de primeira instância foi interposto recurso de ofício e o contribuinte Allcomex Consultoria, Exportação e Importação Ltda. apresentou recurso voluntário no qual reforça os argumentos trazidos em sua impugnação.

Os autos foram enviados ao antigo Terceiro Conselho de Contribuintes e fui designado como relator do presente recurso voluntário, na forma regimental. Tendo sido criado o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pela Medida Provisória nº 449, de 03 de dezembro de 2008, e mantida a competência deste Conselheiro para atuar como relator no julgamento deste processo, na forma da Portaria nº 41, de 15 de fevereiro de 2009, requisitei a inclusão em pauta para julgamento deste recurso.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Ribeiro Nogueira, Relator

Quanto ao recurso de ofício, deixo de conhecer deste recurso, pois o valor exonerado pela decisão de primeira instância é inferior ao valor de alçada atualmente vigente, conforme se extrai do demonstrativo do crédito tributário constante da decisão recorrida (fls. 198).

Com a edição da Portaria MF nº 3, de 3 de janeiro de 2008, o limite de alçada para que o Presidente da Turma da DRJ recorra de ofício da decisão tomada passou de R\$ 500.000,00 para R\$ 1.000.000,00, com a revogação expressa da Portaria MF nº 375, de 7 de dezembro de 2001. É o seguinte o texto da nova Portaria:

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e tendo em vista o disposto no inciso I do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e no § 3º do art. 366 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, com a redação dada pelo art. 1º do Decreto nº 6.224, de 4 de outubro de 2007, resolve:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Parágrafo único. O valor da exoneração de que trata o caput deverá ser verificado por processo

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Fica revogada a Portaria MF nº 375, de 7 de dezembro de 2001.

Observo que valor exonerado no presente processo, conforme consta da própria decisão recorrida (fls. 431 e seguintes), tem valor de R\$ 616.868,75 (= valor original de R\$ 860.107,59 – valor mantido de R\$ 243.238,84), estando dentro do limite de alçada e desautorizando o recurso de ofício, que, como consequência, não deve ser conhecido por este Colegiado.

Neste sentido é a jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes:

EXERCÍCIO: 2001

*PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - REEXAME
NECESSÁRIO - LIMITE DE ALÇADA - AMPLIAÇÃO - CASOS
PENDENTES - Aplica-se aos casos não definitivamente julgados*

o novo limite de alçada para reexame necessário, estabelecido pela Portaria MF n° 03, de 03/01/2008 (DOU de 07/01/2008).

Recurso de Ofício não conhecido. (Recurso n° 165.003, Quarta Câmara do Primeiro Conselho, unânime, relatora Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo)

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido -- CSLL

Ano-calendário: 1998

Ementa:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RECURSO DE OFÍCIO - LIMITE DE ALÇADA - Não se conhece de recurso de ofício interposto em decisão que exonera o sujeito passivo de crédito tributário (tributo e multa) inferior ao limite de alçada previsto no artigo 34, I, do Decreto n° 70.235/72, com as alterações introduzidas por meio da Lei n° 9.532/97 e Portaria MF n° 03/2008.

Recurso de Ofício Não Conhecido. (Recurso n° 152.384, Oitava Câmara do Primeiro Conselho, unânime, relator Conselheiro Nelson Lósso Filho)

RECURSO DE OFÍCIO - ALTERAÇÃO NO LIMITE DE ALÇADA - TEMPUS REGIT ACTUM - RETROATIVIDADE LEGÍTIMA - É legítima a aplicação do novo limite de alçada para impedir a apreciação de recurso de ofício interposto quando vigente limite inferior. Retroatividade legítima que não fere qualquer direito consolidado, pois a alteração do limite para maior é feita pela própria administração, única interessada na apreciação do recurso. (Recurso de Ofício).

Recurso de ofício não conhecido por falta de objeto (Recurso n° 151.280, Quinta Câmara do Primeiro Conselho, unânime, relator Conselheiro José Carlos Passuello - transcrição parcial)

Desta forma, VOTO por não conhecer do recurso de ofício.

No que se refere ao recurso voluntário, preenchidos os requisitos formais de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Primeiramente, aponto aos meus pares que há pedido de diligência formulado pelo contribuinte, o qual não apresentou quesitos e poderia ter sido substituído pela apresentação de cópias dos respectivos documentos pelo próprio contribuinte, portanto, não entendo ser cabível, neste momento, a conversão do julgamento em diligência e indefiro o pedido formulado, fundamentando meu decidir no parágrafo primeiro do artigo 16, IV, do Decreto n. 70.235/72.

Como entendo que, no mérito é possível dar provimento ao recurso, com base no disposto no parágrafo terceiro do artigo 59 do Decreto n. 70.235/72, passo ao exame do mérito do recurso voluntário.

Antes de iniciar a discussão quanto à interposição fraudulenta, examino a acusação de falsidade dos documentos relativos às operações de comércio exterior. Não me parece existir qualquer fundamento a acusação fiscal neste ponto.

O fiscal autuante baseia a acusação no fato dos numerais constantes dos documentos fiscais em análise utilizarem para marcar o milhar pontos e não vírgulas como é comum no inglês. Isto não é nem mesmo indício que se apresente, quanto mais prova de falsidade.

A decisão de primeira instância ainda tenta corrigir o mal feito, argumentando que este realmente não seria motivo para a acusação fiscal, mas que o contribuinte ao deixar de informar o real importador nos documentos da importação teria agido com falsidade.

Este argumento parece não se sustentar com o dispositivo da própria decisão de primeira instância que excluiu a empresa acusada de ser a real importadora da responsabilidade tributária correspondente.

Por não encontrar nos autos qualquer prova ou indício da prática de falsidade afasto este fundamento para a manutenção do auto de infração recorrido.

Quanto à acusação de interposição fraudulenta, anoto que a decisão recorrida assim se manifestou quanto ao questionamento de inexistência de diligência fiscal para a localização das mercadorias importadas:

No caso em tela, é importante assinalar que, dada a natureza das mercadorias sob exame e a ausência de manifestação da adquirente, a empresa Menta & Mellow, quanto a sua existência física, constata-se a inviabilidade da localização dos produtos importados.

Este relator não consegue entender porque a decisão recorrida afirma que as mercadorias importadas (peças de vestuário) seriam de tal natureza que sua localização seria inviável. Não parece haver qualquer dificuldade em localizar roupas e estas não são consumidas com facilidade, nem se consomem por sua natureza.

Por outro lado, no que se refere à falta de manifestação pela empresa acusada de ser a real adquirente pela autuação fiscal sobre a localização dos produtos importados, a decisão de primeira instância deixa de mencionar que a autoridade fiscal nunca intimou qualquer dos co-responsáveis a informar a localização dos produtos.

Esta falha no procedimento fiscal, qual seja, a ausência de intimação do sujeito passivo e dos responsáveis solidários para informar a localização da mercadoria, é que tornou impossível a aplicação da pena de perdimento e por consequência também deve impedir a 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. Também não parece ser possível aplicar a norma com base na parte final do dispositivo, já que peças de vestuário não se consomem facilmente, ao menos na acepção do verbo consumir aplicada na legislação tributária nacional (neste sentido, a jurisprudência sobre a utilização de créditos de IPI estabeleceu os requisitos para que o intérprete fixe o conceito legal de consumo) e nada indica nos autos que tal consumo ocorreu de fato.

Ainda quanto à interposição fraudulenta, observo que a decisão recorrida, que neste ponto não pode ser revisada por este Colegiado, afastou a responsabilidade dos dois responsáveis solidários apontados pela autoridade autuante nos seguintes termos:

Por sua vez, cabe assinalar que assiste razão às empresas Wame Master Assessoria Aduaneira Ltda. e Menta & Mellow Comercial Ltda quando discordam de sua inclusão como responsáveis solidárias na autuação sob exame.

Para a determinação da solidariedade, a autoridade fiscal invocou o art. 124, caput e inciso I do Código Tributário Nacional (CTN), que define:

“Art 124 - São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.”

O exame da matéria tem como pano de fundo a possibilidade de se caracterizar, ou não, por meio dos elementos trazidos à colação, se as aludidas empresas tiveram interveniência direta na operação de importação em tela, ainda que não apareçam, nos documentos correspondentes, na qualidade de contribuinte.

Vale lembrar que, na busca pela verdade material, que é um princípio do processo administrativo fiscal, a comprovação de

uma dada situação fática pode ser feita, em regra, por uma de duas vias: ou por uma prova direta, concludente por si só, ou por um conjunto de elementos/indícios que, se isoladamente pouco podem atestar, agrupados têm o condão de estabelecer a certeza daquela matéria de fato. Não há, em sede de processo administrativo, uma pré-estabelecida hierarquização dos meios de prova, sendo perfeitamente regular a formação da convicção a partir do cotejamento de subsídios de variada ordem. É a consagração da chamada prova indiciária, de largo uso no Direito.

Em suma, no âmbito da processualística fiscal, são admitidos todos os meios de prova em Direito admitidas, inclusive a presunção hominis (presunção simples), desde que corroborada por indícios convergentes

Nesse sentido, é de se frisar que a fiscalização, após tecer considerações genéricas acerca de eventuais irregularidades nas atividades das empresas em comento, fundamentalmente embasou suas conclusões (fls. 24 e 25), quanto à Wame Master Assessoria Aduaneira Ltda., no fato de ela constar: a) nos Conhecimentos de Carga (BLs) como parte a ser notificada (Notify Party), b) nos dados complementares de todas as DIs, em N/REF, c) nos recibos de frete de importação; e, no tocante à Menta & Mellow Comercial Ltda., na análise das Notas Fiscais emitidas pela Allcomex, que atestam a saída das mercadorias importadas mediante as DIs objeto do presente para a referida empresa, por indicação da AMT Despachos Aduaneiros Ltda. (fls. 98, 119, 145, 180, 196, 213, 230 e 246), contribuinte não abrangida pela presente autuação

Cumpre assinalar que os documentos acostados às fls. 304 a 313 atestam os poderes dados pela Allcomex aos Srs. Walter Azevedo e Evaldo Martins da Costa, ambos registrados como despachantes aduaneiros e sócios da empresa Wame Master, para representar a outorgante perante todas as unidades aduaneiras da Secretaria da Receita Federal localizadas na 8ª Região Fiscal (São Paulo) e para exercer as atividades relacionadas com o despacho aduaneiro de bens ou de mercadorias previstas no art. 1º do Decreto nº 646/1992, no período de 22/03/2006 a 30/12/2006.

Não há como se infirmar, assim, a priori, a veracidade das alegações da Wame Master no sentido de ter atuado na prestação de serviços para a Allcomex nos despachos aduaneiros referentes às DIs nºs 06/0377882-2, 06/0378125-4, 06/0378365-6, 06/0422449-9, 06/0455383-2, 06/0461854-3, 06/0461855-1, 06/0461857-8 e 06/0461858-6, o que poderia justificar a consignação do nome da empresa no campo de "Dados Complementares" das DIs e no campo Notify Party dos BLs.

No que concerne aos recibos de frete de fls. 93, 118, 145, 163, 195 e 245, é de se notar que em todos eles consta, de forma manuscrita, a expressão "PAGO AMT" ao lado da assinatura do

Sr. Rodolfo Pinheiro Alvarellós, sócio da Allcomex, analogamente ao que ocorre com os documentos de fls. 90, 116, 143, 161, 177, 193, 211, 228 e 243, tomados pela fiscalização como comprovação de que o ICMS foi pago pela AMT Despachos Aduaneiros Ltda. Desse modo, razoável supor que os fretes tenham sido também pagos pela AMT e não pela Wamec Master, diversamente do que entendeu a autoridade autuante.

Portanto, apesar da relevância das provas indiciárias trazidas de forma isolada pelo fisco em relação às duas interessadas arroladas como responsáveis solidárias, verifica-se nos autos a ausência de outros elementos que possam referendar a condição de interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, como documentos comerciais e informações contábeis que indiquem de forma clara a origem das transações ocorridas e dos recursos despendidos, comprovantes de comissões pagas e outros. Isto sem falar nas provas diretas, como contratos de prestação de serviços e depoimentos de todos os dirigentes das empresas envolvidas.

Resta incabível, por conseguinte, a manutenção das empresas Wamec Master Assessoria Aduaneira Ltda., CNPJ 04.580.801/0001-24, e Menta & Mellow Comercial Ltda., CNPJ 56.220.841/0001-69, no pólo passivo do lançamento em tela, em virtude da ausência de um conjunto de indícios convergentes necessários para configurar a solidariedade das referidas contribuintes com a empresa com a Allcomex Consultoria, Exportação e Importação Ltda., CNPJ 07.537.588/0001-66, na situação de que se trata.

Entendo que se a acusação é de interposição fraudulenta, mas não há provas de que as pessoas apontadas pela fiscalização foram ocultadas, o auto de infração deve ser cancelado integralmente e não só afastada a responsabilidade das co-responsáveis.

Se houve interposição é porque há uma pessoa interposta para ocultar outrem (o real importador), se não existe este outrem, o fato típico não está caracterizado.

Por todo o exposto, VOTO por conhecer do recurso voluntário para dar-lhe integral provimento.


Marcelo Ribeiro Nogueira