



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

Processo nº 12466.004349/2006-26
Recurso nº 139.948 Voluntário
Acórdão nº 3101-00.474 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de julho de 2010
Matéria MULTA DIVERSA
Recorrente MTRADING COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 24/04/2006, 27/04/2006, 28/04/2006

AUTO DE INFRAÇÃO. ARBITRAMENTO DESQUALIFICADO PELA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. IMPOSSIBILIDADE DE ELEIÇÃO DE BASE DE CÁLCULO DIVERSA PELO JULGADOR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

O resultado da impropriedade da base de cálculo, no caso específico, é a insubsistência cabal do lançamento, uma vez que configura-se ilegítima a eleição de nova base de cálculo pelo julgador *a quo*, e mesmo porque seria contraditório manter o auto de infração lastreado em fraude e aceitar como base de cálculo justamente os valores declarados pela parte que participou da fraude.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em anular o processo "*ab initio*" por erro no arbitramento da base de cálculo dos tributos. Vencido o conselheiro Paulo Sergio Celani (Suplete), que negava provimento ao recurso.

Luiz Roberto Domingo - Vice-Presidente em Exercício

Valdete Aparecida Marinheiro - Relatora

EDITADO EM: 16/08/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Tarásio Campelo Borges, Corinho Oliveira Machado, Luiz Roberto Domingo, Paulo Sérgio Celani, Valdete Aparecida Marinheiro e Vanessa Albuquerque Valente.

Relatório

Por bem relatar, adota-se o Relatório de fls. 398 a 404 dos autos emanados da decisão DRJ/FNS, por meio do voto da relatora Marta de Souza Marques, nos seguintes termos:

“Trata o presente de Auto de Infração onde é exigida a multa proporcional ao valor aduaneiro prevista no art. 23, § 3.º do Decreto-Lei n.º 1 455/76, no valor de R\$285.273,50.

Foram apontados como responsáveis solidários pelo crédito tributário os contribuintes ALLCOMEX – CONSULTORIA, EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA, CNPJ 07.537.588/0001-66, OPEN TRADE LOGÍSTICA INTERNACIONAL LTDA, CNPJ 03.579.843/0001-82 e ROSÂNGELA SANTOS LIMA BIJOUTERIAS, CNPJ 00.987.144/0001-83.

A autuação foi originada de revisão aduaneira procedida nas DI's n.ºs 06/0472835-7, 06/0480256-5 e 06/0487326-8, por ter sido a empresa Allcomex incluída em procedimento especial previsto na IN SRF n.º 228/2002.

Nas DI's referidas a importação foi promovida pela autuada, Mtrading, por conta e ordem da Allcomex. A fiscalização apurou que os pagamentos não foram assumidos pela real adquirente e sim pelo despachante, Open Trade. Não foram localizados débitos ou transferência nos extratos bancários da Allcomex (fls. 89/92).

A fiscalização concluiu que houve uma simulação de operação de comércio exterior, ocultando o real sujeito passivo. De fato, a interveniente Open Trade, que atuou como empresa encarregada do despacho aduaneiro, constou no campo “Notify” em todos os BL's envolvidos e foi quem pagou as despesas de nacionalização (fls. 145, 172/184, 219/231). A Allcomex, apesar de constar como importadora por conta e ordem, não assumiu os custos da importação, recebendo remuneração por DI desembaraçada. Até os impostos foram pagos pela empresa Open Trade (débitos em conta corrente cf. fls. 137, 191 e 233) e não constam nos extratos bancários da Allcomex qualquer transferência para este fim. Também foi verificado que as notas fiscais de venda da Allcomex para a empresa Rosângela Santos Lima Bijouterias foram emitidas segundo as instruções da Open Trade (fls. 144, 171 e 218). Até mesmo quando intimada a apresentar o contrato formulado entre a Allcomex e a Mtrading, a Allcomex se socorreu da Open Trade que enviou cópia via fax para atender aos questionamentos fiscais (fls. 101/108).

Além destes fatos foi constatado também que a Allcomex não possuía sistema informatizado de emissão de notas fiscais e, no

entanto emitiu duas vezes a nota fiscal de nº 83 na forma manuscrita e informatizada (fls. 140/143).

Apesar da Allcomex ser a importadora por sua conta e ordem, na verdade a operação foi toda simulada para ocultar a verdadeira importadora, pois esta nunca foi a mandante das importações e sim a Open Trade. A empresa Rosângela também não justificou devidamente o saldo a pagar em aberto e nem devolução de mercadorias.

Diante das provas levantadas pela fiscalização foi constatada a interposição fraudulenta de terceiros, com ocultação do sujeito passivo, do real comprador ou do responsável pela operação, nos termos do art. 23, V, §§ 1.º e 2.º do Decreto-Lei nº 1 455/76.

Também foi constatada pela fiscalização que os documentos apresentados na operação de importação não traduzem a verdade dos acontecimentos, já que omitem o real comprador (real importador), caracterizando falsidade ideológica. A fatura de fls. 136, apresentada para fins de fechamento de câmbio indica outra beneficiária que não a exportadora, diferentemente daquela apresentada por ocasião do despacho aduaneiro. A falsidade material ficou comprovada inclusive porque as faturas apresentam-se no padrão brasileiro e não chinês além de que no caso da fatura de nº SH150, fls. 134, apresentada à Receita Federal não constar o beneficiário do câmbio como consta na mesma de fls. 136.

Estas razões motivariam a aplicação da pena de perdimento, mas como comprovam as notas fiscais de saída das mercadorias as mesmas foram remetidas para consumo o que tornou impossível sua apreensão. Desta forma, por aplicação do art. 23, § 3.º, do Decreto-Lei nº 1.455/76, a pena de perdimento foi convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria.

Tendo em vista a ocorrência das fraudes apontadas no auto de infração, a fiscalização rejeitou o valor de transação informado nas DI's e procedeu ao arbitramento dos valores aduaneiros, com base na Medida Provisória nº 2.158/-35/2001, estabelecendo um índice médio de subfaturamento praticado, de acordo com os dados constantes em outro processo de nº 12466.0003679/2006-02, que tem a empresa Allcomex como contribuinte responsável. Demonstra através do quadro de fls. 32 os valores arbitrados para cada DI. Com base no novo valor aduaneiro foi calculada a multa substitutiva da pena de perdimento.

A fiscalização detalha a ocorrência da fraude no auto de infração às fls. 33/43.

A solidariedade foi atribuída às empresas Allcomex, Open Trade e Rosângela, além da sujeição passiva da empresa autuada, Mtrading, com base nos art. 124, do CTN, 32 e 95 do Decreto-Lei nº 37/66.

Intimadas, as autuadas apresentaram impugnações com as seguintes alegações:

ROSÂNGELA SANTOS LIMA BIJOUTERIAS (fls. 254/257).

1- Não há o que falar em simulação, pois ela adquiriu as mercadorias da empresa Allcomex, conforme comprova a nota fiscal n.º 097,

2- Contra a mesma não é imputada nenhuma irregularidade;

3- Não há que se falar em subfaturamento pois as mercadorias foram submetidas ao crivo da própria fiscalização que durante o despacho aduaneiro nada alegou a respeito;

4-A ocultação alegada pela fiscalização não pode ser estendida à impugnante, uma vez que nada importou;

5- Alega que a simulação apontada pela fiscalização no auto de infração não passa de uma presunção, requerendo que seja acolhida a impugnação e afastada a exigência do lançamento

OPEN TRADE (fls. 265/291).

1- Preliminarmente protesta pela incompetência legal do AFRF para aplicar a pena de perdimento e conseqüentemente em convertê-la em multa. Alega que a competência é exclusiva do Ministro da Fazenda e que não pode o fiscal, por ato próprio, converter a pena diretamente em multa sem que houvesse um despacho decisório da autoridade competente. Desta forma o ato está eivado de nulidade.

2- Também preliminarmente alega a falta dos requisitos essenciais para validade e eficácia do mandado de procedimento fiscal: ausência do devido termo de prorrogação e de instauração de procedimento especial de fiscalização. Nos termos da Portaria MF n.º 1.265/99, o MPF deve apontar a motivação, objetividade e fundamentação para sua instauração. Além disto na fls. 01 do auto de infração consta outro número de MPF, o qual não se encontra nos autos, o que impossibilita saber se foi dada a devida ciência do mesmo à empresa adquirente. Estas razões constituem vício formal, que viola as normas expressas sobre MPF, devendo este ser considerado insubsistente.

3- O prazo de conclusão dos procedimentos fiscais não foi obedecido na medida em que o prazo marcado para 18/10/2006 ultrapassava o legalmente previsto que seria de noventa dias, prorrogáveis por mais noventa. O decurso do prazo resulta na impossibilidade de o fiscal continuar atuando no feito, e por isso torna nulo o procedimento fiscal

4- No mérito contesta a instauração dos procedimentos especiais contra si por irregularidades praticadas pela empresa Allcomex. Alega que, conforme reconhecido expressamente pela fiscalização, é empresa prestadora de serviços na área de logística internacional, aduaneira e de entrega das mercadorias importadas. A infração que lhe está sendo atribuída é a "não comprovação da origem dos recursos financeiros aplicados nas

importações", quando só recebia os valores para implementar as importações.

5- Além do que a autuada não está relacionada com o auto de infração nº 12466.002194/2006-93 que originou a presente autuação. Também não poderia se defender das infrações de outro processo haja vista que não foram juntadas cópias do mesmo nestes autos, prejudicando a ampla defesa e o exercício do contraditório.

6- O ônus de comprovar a origem e disponibilidade dos recursos financeiros aplicados nas importações é da adquirente das mercadorias, no caso, a empresa Allcomex. Não há dispositivo legal que imponha à Open Trade identificar ou saber da origem dos recursos depositados em sua conta para promover a importação.

7- Não há previsão legal para atribuir responsabilidade solidária à impugnante mediante a presunção de que ela deveria saber quem seria o remetente das importâncias creditadas em sua conta. Ressalta que todos os débitos feitos em sua conta para quitação de tributos referentes às importações sempre ocorriam por conta de remessas recebidas e creditadas anteriormente ou nas vésperas de cada importação. Alega que prestava serviços na área aduaneira e que por isso recebia um percentual de 5% como forma de remuneração pelos serviços prestados.

O fato de a empresa Allcomex não dispor de importâncias financeiras para operar nas importações não pode servir de argumento para atribuir solidariedade à autuada. Nos termos do art. 105 do Regulamento Aduaneiro, não consta que a empresa que providenciou o despacho aduaneiro seja responsável solidária. Ademais a responsabilidade é quanto aos tributos e não quanto à penalidades.

8- Quanto ao fato de constar o nome da empresa Open Trade no campo "Notify Party" dos conhecimentos de transportes, explica que isto é cotidianamente utilizado e que serve apenas para notificar a chegada da carga, sem que exista dispositivo legal indicando a solidariedade por este fato.

9- Quanto ao arbitramento do valor aduaneiro, primeiramente alega que os parâmetros utilizados foram de outro processo administrativo, sem que tenha sido dada cópia ou informação do mesmo.

Somente para argumentar, afirma que a fiscalização não aplicou a Medida Provisória nº 2.158-35/2001, art. 84, pois não seguiu os métodos na ordem seqüencial, aplicando o arbitramento, sem a instauração do procedimento de exame conclusivo, não comprovando que o valor declarado pela importadora não correspondia ao valor efetivo da transação internacional.

10- Quanto à suposta ocultação do sujeito passivo, alega que a IN SRF nº 225/2002, mencionada no auto de infração visa coibir a ocultação da adquirente das mercadorias, o que não é o

presente caso, visto que já referiu diversas vezes que a empresa Open Trade é responsável pelo despacho aduaneiro. A única prova que a fiscalização traz para esta presunção é o fato de os pagamentos referentes aos tributos, taxas e despesas terem sido debitados de sua conta. Incabível a presunção de ocultação do sujeito passivo haja vista que a fiscalização teve oportunidade de acessar o livro caixa, identificando os respectivos compradores.

Por todas estas razões pede a improcedência do Auto de Infração.

MTRADING (fls 314/317, 377/390).

1- Preliminarmente alega incompetência do AFRF para aplicar pena de perdimento ou a sua conversão em multa. A legislação é clara quando confere ao Auditor Fiscal a competência para lavrar o auto de infração propondo a aplicação da pena de perdimento da mercadoria ao Delegado/Inspetor que se pronunciará. Portanto não pode o Auditor aplicar a pena de perdimento e conseqüentemente aplicar a multa em sua substituição. Desta forma o auto de infração é um ato eivado de nulidade.

2- Protesta pela ausência dos requisitos formais para validade e eficácia do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) quais sejam: o MPF não aponta a motivação, objetividade e fundamentação para sua instauração, falta de prorrogação, tendo ocorrido o vencimento do MPF em 18/10/2006, não podendo o mesmo AFRF continuar atuando o feito o que torna nulo os atos praticados pelo mesmo.

3- No mérito alega que figura como importadora por conta e ordem de terceiro, citada na declaração de importação como sendo a empresa Allcomex. Esta é a encomendante-adquirente, sendo responsável pelo reconhecimento dos tributos devidos na importação.

4- Que ao ser intimada pela fiscalização atendeu a todas as solicitações.

5- Alega que realizou todas as operações dentro da modalidade por conta e ordem e como tal todos os valores envolvidos foram enviados pela empresa encomendante-adquirente.

6- A empresa Open Trade, prestadora de serviços da impugnante durante o ano de 2006 na qualidade de despachante aduaneiro, atuou no caso em tela prestando serviços na área de logística de entrega do produto ao encomendante-adquirente. Os atos praticados pelo despachante aduaneiro, excludentes de seu contrato com a impugnante, são de responsabilidade do mesmo.

7- A importadora de fato é a Allcomex e ela que é a responsável pelo pagamento dos tributos. A impugnante é apenas prestadora de serviços

8- Alega que não teria motivo contrário para realização das operações de importação tendo em vista que seu cadastro na Receita está regular. Que o processo administrativo impede ou

restringe o regular desenvolvimento da livre iniciativa, direito constitucional.

9- No tocante à valoração efetivada pela fiscalização, não poderia a mesma adotar como parâmetro para arbitrar o novo valor aduaneiro informações coletadas em outro processo do qual não lhe foi dada qualquer informação ou fornecido documentos. Para desconsiderar os valores de transação a autoridade aduaneira deveria ter determinado a instauração do procedimento do exame conclusivo, através da aplicação dos métodos substitutivos e seqüenciais previstos no art. 85 do Decreto nº 4 543/2002. Não basta comparar o preço de duas importações para demonstrar que o valor atribuído é inferior ao outro. É necessário comprovar com provas materiais e indiciárias que o valor não corresponde ao efetivo da transação internacional.

Ao final, pede a improcedência do Auto de Infração.

ALLCOMEX (fls. 350/374):

1- Preliminarmente alega 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 tenham sido consumidas, sem proceder a qualquer diligência. Com isto pretendeu substituir o Inspetor, convertendo a pena de perdimento em multa. A Lei 10.833/2003, art. 73, dispõe que o processo de perdimento seja extinto, assim é necessário que ele exista. E não basta a afirmação de que as mercadorias foram consumidas, é necessária diligência para sua comprovação. Por esta razão entende que o inciso II do art. 12 da IN SRF nº 22/2002, a partir da vigência da Lei nº 10.833/2003, é ineficaz. A fiscalização não demonstrou ter realizado qualquer diligência no sentido de localizar as mercadorias, apesar de saber exatamente para quem foram vendidas, conforme consta nas notas fiscais acostadas aos autos. Também alega que como a empresa Rosângela Bijouterias é parte integrante desta ação fiscal, a venda feita a ela das mercadorias não poderia ser considerada como consumida.

2- Para o procedimento especial de fiscalização previsto na IN SRF nº 228/2002 é necessário a expedição de MPF específico e não um apenas para fiscalização de II e IPI no período de 01/2005 a 06/2006. Assim o Auditor agiu 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). Desta 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.

3- Também o MPF-F não foi prorrogado, sendo seu prazo de conclusão dia 18/10/2006 e o encerramento da ação fiscal se dado em 04/01/2007. Desta forma o Auditor lavrou o Auto de Infração quando não possuía mais competência para fazê-lo, o que o torna nulo.

4- No mérito, inicialmente alega que as irregularidades relativas aos fatos relatados no processo n.º 12466.002194/2006-93, não autorizam a presunção de que tenha havido irregularidade no presente caso.

5- Alega que contratou a empresa Mtrading para prestar serviços por sua conta e ordem, declarando devidamente nas DI's, nos termos da legislação de regência.

6- A impugnante afirma que desenvolveu o negócio, acertando as condições de compra das mercadorias com o fornecedor estrangeiro. Depois buscou compradores potenciais no mercado interno, contando com serviços de agenciamento de negócios, nos termos da lei civil. A empresa Open Trade, que presta serviços de despacho aduaneiro e logística para Mtrading, funcionou como colaboradora, identificando potenciais clientes para adquirir suas mercadorias. Por este serviço a Open Trade foi remunerada.

7- Todos os recursos utilizados têm origens lícita e perfeitamente identificáveis. O fato de se obter um empréstimo com a Open Trade para apresentação de garantia exigida para liberação da mercadoria é irrelevante para os fins pretendidos pela fiscalização, uma vez que a Open Trade possui capacidade para arcar com tal garantia. Não há ilegalidade nisso.

8- Também não há óbice ao fato de que um adquirente de mercadorias receba adiantamento de uma empresa interessada na compra destas mercadorias, uma vez que não é a adquirente (Allcomex) 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 (Mtrading). Não caracteriza a prática de infração o fato de receber adiantamentos de terceiros e para estes terceiros vender a mercadoria. Também não está obrigado a informar a importadora prestadora de serviços por sua conta e ordem se recebeu ou não qualquer antecipação.

9- Justifica o fato de que não remeteu numerário à empresa Open Trade acusado pela fiscalização, alegando que ao realizar a venda das mercadorias para seus clientes, determina 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 impugnante 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 impugnante determine a este cliente que faça o pagamento diretamente ao despachante.

10- Descabida a acusação da fiscalização de que teria havido falsificação das faturas. Ora a impugnante efetuou um pedido de mercadorias em seu próprio nome e o exportador emitiu as faturas comerciais, sem qualquer falsidade. A fiscalização nem tentou verificar a legitimidade das faturas junto ao exportador, preferindo seguir a via das suposições infundadas.

11- Para enquadramento no tipo legal do art. 23, V, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 1.455/1976, é necessário que a ocultação do

sujeito passivo tenha sido obtida mediante fraude ou simulação. Além disto também é imprescindível que a origem, disponibilidade e transferência de recursos não seja comprovada. A fiscalização não auditou devidamente os livros da impugnante, sendo inaplicável, portanto, a presunção.

12- Alega que a IN SRF nº 22/2002 foi editada com o objetivo de implementar a política governamental de combate à lavagem de dinheiro, coibindo a interposição fraudulenta que visa limpar o dinheiro de origem criminosa. Assim a fiscalização está desvirtuando completamente a finalidade da edição da referida norma ao utilizá-la indiscriminadamente como mecanismo punitivo contra o planejamento tributário.

13- Diz que cumpriu todos os requisitos do ADI nº 07/02 e por isso não pode ficar caracterizada simulação de operação de comércio exterior. Diz ainda que a fiscalização não verificou os livros comerciais da empresa Rosângela Bijouterias, dita real compradora das mercadorias, onde poderia comprovar a origem dos recursos. Limitou-se a afirmar que não possível comprovar a origem dos valores envolvidos.

14- Como o negócio que praticou é lícito, falta tipicidade a permitir a punição da impugnante.

15- A fiscalização também traz como fundamento, indevidamente, a falsidade dos documentos utilizados no despacho. Não existe falsidade ideológica, como já comprovado, e quanto à falsidade material, nada de concreto foi apontado pela fiscalização, além de não ter sido realizada perícia.

16- Quanto ao fato de que a fatura emitida em dólares com os números separados da mesma forma que no Brasil não possui significação relevante. Não há nada de irregular nisto. Até é normal que o importador brasileiro receba uma minuta de fatura para revisá-la e adequá-la à burocracia nacional e com isto os valores sejam alterados para o padrão brasileiro.

17- Também foi mal interpretada pela fiscalização a remessa do pagamento para outra pessoa que não o exportador. Isto é possível, desde que indicado na fatura comercial. Trata-se de operação regular e comum o exportador contratar uma trading company para realizar a operação de exportação.

18- A fiscalização acusou a duplicidade de notas fiscais (uma digitalizada e outra não). Verifica-se que as notas fiscais digitalizadas serviram apenas para mostrar para o cliente de que a venda fora concretizada e que as notas fiscais originais eram enviadas juntamente com as mercadorias.

19- Quanto à situação cadastral dos compradores das mercadorias a impugnante nada tem a ver com isto. Cabe a SRF fiscalizá-los e mesmo que quisesse, a impugnante não teria como ter acesso a informações sigilosas.

20- Protesta quanto ao arbitramento do valor aduaneiro, alegando 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. A Medida Provisória n.º 2.158-35/2001, art. 88 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 das mercadorias objeto destas importações. Desta forma o arbitramento desrespeitou os critérios estabelecidos na lei. Finalmente não há prova que tenha havido subfaturamento das mercadorias e o valor da multa deve se limitar ao valor declarado nas importações

21- Ao final requer seja declarado nulo o auto de infração. Caso o auto não seja julgado nulo, requer que o julgamento seja convertido em diligência para exame dos livros contábeis e comerciais das empresas interessadas. Por eventualidade requer seja a empresa Rosângela Bijouterias intimada a apresentar as mercadorias a esta fiscalização para fins de apreensão e perdimento."

A decisão recorrida emanada do Acórdão nº. 07-9.634 de fls. 396 a 397 traz a seguinte ementa:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 26/04/2006, 27/04/2006, 28/04/2006

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF

O MPF contém dois aspectos um interno e outro externo. No interno trata-se de uma ordem de serviço do superior hierárquico (delegado/inspetor) a seu subordinado, sobre cujo cumprimento, ou não, os julgadores administrativos de primeira e segunda instância não têm competência para emitir opinião, por estarem estruturalmente dissociados daquele ramo de hierarquia. É da competência exclusiva do delegado/inspetor autorizado a emitir o respectivo MPF mandar dar seguimento ou arquivar o lançamento processado com vícios nesse documento.

No aspecto externo o MPF é o instrumento pelo qual se assegura ao contribuinte, desde o início do procedimento fiscal, o pleno conhecimento do objeto e da abrangência da ação, em especial em relação aos tributos e períodos a serem examinados, com fixação de prazo para a sua execução, dando a ele (contribuinte), certos direitos que antes não dispunha. A ausência, ou a extinção do MPF dá ao contribuinte o direito de resistência passiva, ou seja, o direito de não responder às intimações da autoridade fiscal, ou apresentar os documentos solicitados

Instituído por legislação infralegal, apenas especifica a competência genérica que detém o AFRF, por expressa disposição legal, portanto, seus vícios (do MPF) e mesmo sua ausência não geram problemas de incompetência

Os vícios ou a ausência do MPF tampouco são capazes de provocar vício formal, haja vista que, por definição legal, o vício de forma somente ocorre na violação de forma prescrita ou não defesa em lei e não em legislação. A violação na forma prescrita em legislação infralegal, em sede de processo administrativo fiscal, constitui mera irregularidade.

Mesmo quando a forma for prescrita em lei, se não houver expressa cominação de nulidade, para os casos de sua infringência, o julgador deve, pelo princípio da economia processual, considerar válido o ato que realizado sem essa formalidade alcançar sua finalidade.

COMPETÊNCIA DO AFRF PARA APLICAÇÃO DA MULTA SUBSTITUTIVA DO PERDIMENTO-

O AFRF é competente para aplicar a multa substitutiva da pena de perdimento, uma vez que a legislação de regência desta matéria determina que a pena prevista, e não a pena aplicada, pode ser convertida em multa.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 26/04/2006, 27/04/2006, 28/04/2006

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIROS - SUJEITO PASSIVO E RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO PELA INFRAÇÃO -

Caracterizada a interposição fraudulenta de terceiros, uma vez que não houve comprovação da origem, disponibilidade e transferência de recursos empregados por parte de todas as empresas que participaram da operação de importação, respondem as mesmas solidariamente pela penalidade aplicada

Lançamento Procedente Parte"

Irresignados, os contribuintes apresentaram recursos voluntários a este Egrégio Conselho – CARF, na seguinte ordem, onde alegam em suma o seguinte:

MTRADING – de fls. 445 a 456;

Preliminarmente – Da inconstitucionalidade da Exigência do Depósito Recursal;

Dos Fatos – repete sua versão dos fatos e entende ser ilegitimamente responsável solidária ao recolhimento do tributo em questão;

Do Direito – que sua atividade encontra-se respaldado na IN SRF nº. 455/04 e nº. 680/06 e que a importação por conta e ordem de terceiros está regulamentada pela IN nº.225/2002.

Que não cabia a multa de perdimento, pois, não há o que se falar em mercadoria não localizada ou que tenha sido consumida, tendo em vista que no momento em que a pena de perdimento foi convertida em multa, as mercadorias importadas continuavam

sob a égide da Receita Federal, ou seja, as mercadorias encontravam-se armazenadas em recintos alfandegados, sendo cabível a pena de perdimento;

Do Pedido – que o seu recurso seja conhecido para anular o Auto de Infração, ordenando seu arquivamento e todas as penalidades correspondentes.

ALLCOMEX – de fls. 458 a 475;

Síntese do Auto de Infração;

Síntese da Decisão Recorrida – destacando que a decisão recorrida deixou de analisar o fato de que a Recorrente atendeu a todo o disposto no Ato Declaratório Interpretativo n. 7/02 e em PRELIMINAR – destaca que houve a “INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES ESSENCIAIS À VALIDADE DA AÇÃO FISCAL” fls. 459 e seguintes...

Inexistência de diligências para localizar as mercadorias importadas – obrigação que não se cumpriu - afirmando que “se uma condição necessária para a aplicação de uma pena não foi atendida, a saber, a comprovação da impossibilidade de localizar as mercadorias, então o lançamento da multa é nulo, por inobservância de formalidades legalmente previstas.

Inexistência de prorrogação do MPF – Incompetência Funcional do AFRF que Lavrou o Auto de Infração

No mérito – a realidade dos fatos; a autoridade não se desincumbiu de seu ônus probatório; A tipicidade da conduta da empresa recorrente, legalidade das operações realizadas, liberdade de contratar e organizar suas atividades empresariais; os documentos utilizados nas operações são verdadeiros – ilegítima aplicação de pena de perdimento.

Pedido – requer que o recurso seja julgado totalmente procedente ou declarado a nulidade do auto de infração, ou alternativamente que seja o processo convertido em diligência para examinar os livros comerciais e a escrita contábil das empresas interessadas e em paralelo outra diligência para que a empresa Rosangela Bijouterias apresente as mercadorias para fins de apreensão e perdimento e se inexistentes, a apresentar o inventário do estoque na data da lavratura do auto de infração.

ROSANGELA – fls. 481 a 484 – repete seus argumentos da impugnação.

OPEN TRADE fls. 440 a 518

I-Vícios no mandado de procedimentos especiais, desreito às suas regras e disposições legais ;

II – Da ausência de competência do AFRF em vitória para promover revisão aduaneira de mercadoria desembaraçada por outra alfândega;

III- Da incompetência do auditor fiscal emitente do auto de infração em revisão aduaneira, aplicar a conversão em multa pecuniária de uma pena de perdimento que sequer foi decretada pela autoridade competente;

IV- Da ausência dos requisitos essenciais para validade e eficácia do mandado de procedimento fiscal; ausência do devido termo de prorrogação e instauração de procedimento especial de fiscalização;

V – Da necessária definição quanto ao efetivo início dos procedimentos fiscais e da impreterível fixação de prazo para sua conclusão;

VII – Da existência de ‘radar’ credenciando e habilitando a ALLCOMEX para atuar no comércio exterior;

VIII- Da inexistência de previsão legal para atribuir responsabilidade solidária à empresa de despacho aduaneiro vez que o auto trata de conversão de perdimento em multa pecuniária e não imposto;

IX – Da existência do nome OPEN TRADE constante no campo ‘Notify’ dos conhecimentos de transporte marítimo;

X – Do Pedido – requer integral provimento ao seu Recurso Voluntário para julgar improcedente o Auto de Infração e como a decisão recorrida reconhece que a Recorrente desenvolve suas atividades no curso do despacho aduaneiro, sendo a empresa ALLCOMEX o adquirente das mercadorias no exterior, afastando assim, qualquer relação de responsabilidade solidária naquilo que diz respeito ao pagamento do imposto de importação, posto que os autos não tratam de imposto, mas sim, de uma conversão de pena de perdimento em multa pecuniária, e, por ter a responsabilidade solidária necessariamente que estar prevista em lei, o lançamento merece ser integralmente julgado insubsistente.

Os autos foram encaminhados para este Conselho e distribuídos por sorteio a esta Conselheira.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Valdete Aparecida Marinheiro, Relatora

Os Recursos Voluntários com exceção de Rosangela Santos Lima Bijouterias são tempestivos e deles tomo conhecimento, por conter todos os requisitos da admissibilidade.

Portanto, não tomo conhecimento do recurso de fls. 481 a 484 por intempestivo (tomou ciência em 08/06/2007 protocolou RV em 11/07/2007).

O objeto da lide está na aplicação de multa pecuniária em lugar de pena de perdimento em operação tida como simulada, ocultando os reais compradores, assim como os reais vendedores, configurando supostamente em interposição fraudulenta.

Ocorre, que essa mesma Primeira Turma da Primeira Câmara da 3ª Seção do CARF, em sessão de agosto de 2009, julgou caso idêntico, envolvendo quase que a totalidade dos Recorrentes, em processo de nº. 12466.004331/2006-24, RV 140.079 da Relatoria do Conselheiro Corinho Oliveira Machado, cujo voto foi acompanhado por unanimidade e que, também, participei, portanto, rendendo minhas homenagens ao nobre conselheiro, vou aqui adotar seu voto como meu, para julgamento desse processo, conforme a seguir:

“O crédito tributário que deu azo a este contencioso foi lastreado em duas premissas básicas - ocultação do verdadeiro sujeito passivo, mediante fraude, interposição de

terceiros, inclusive falsidade documental; e arbitramento do valor aduaneiro, em virtude das fraudes apontadas.

Por ocasião do julgamento em primeira instância, o crédito tributário foi reduzido, porquanto mesmo admitida a fraude e a ocultação do verdadeiro sujeito passivo, o arbitramento efetivado pela auditoria-fiscal foi desqualificado, tendo o acórdão utilizado como base de cálculo o valor aduaneiro declarado pela recorrente.

Certo é que em função dos valores exonerados, não sujeitos a recurso de ofício, este Colegiado não pode apreciar tal desoneração, assim, apenas cabe neste momento ver se há alguma nulidade na decisão hostilizada ou se tem razão as recorrentes, em seus apelos voluntários.

As recorrentes basicamente reproduzem seus argumentos acerca das preliminares de nulidade do auto de infração, por vários motivos, e no mérito, sustentam a inexistência de fraude.

Ao meu sentir, não devo examinar as preliminares aventadas pelas recorrentes, porquanto no mérito (que não se trata agora propriamente da fraude em si, e sim relativamente à formação da base de cálculo do lançamento atual), consoante explico a seguir, pode-se decidir favoravelmente ao sujeito passivo, nos moldes do § 3º do art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

Pois bem, como a decisão de primeiro grau afastou por completo o arbitramento do valor aduaneiro, que consubstanciava a base de cálculo do auto de infração originário, entendo que a eleição por parte dos julgadores *a quo*, de nova base de cálculo (valores da Declaração de Importação em nome da MTRADING) introduz modificação nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício de lançamento, em consequência de decisão administrativa, ação esta vedada para fato gerador ocorrido anteriormente, nos estritos termos do art. 146 do Código Tributário Nacional. Por outras palavras, ao julgador é lícito retirar parcelas da base de cálculo eleita pela autoridade lançadora, mas é defeso a esse afastá-la por inteiro (como o fez ao afastar o arbitramento) e eleger, *sponte sua*, nova base de cálculo, notadamente quando esta base de cálculo foi glosada pela auditoria-fiscal justamente pela constatação de fraude entre os autuados.

Concordo com o acórdão recorrido no sentido de que o arbitramento não seguiu os melhores caminhos:

Inquestionável a legitimidade da autoridade fiscal em proceder ao arbitramento diante da constatação de fraude. Porém entendo que os critérios adotados pela fiscalização ao arbitrar o novo valor aduaneiro para as mercadorias são questionáveis, senão duvidosos

Vejo, de acordo com a descrição dos fatos no Auto de Infração, que o cálculo deste valor aduaneiro partiu de informações presentes em outro processo administrativo fiscal, do qual além de não ter cópia nos autos, não foi sequer descrito o método utilizado. Apenas refere-se a um percentual de subfaturamento praticado pela mesma empresa Allcomex em outras importações.

Ora é inaceitável que ao se arbitrar um novo valor aduaneiro, não seja feita a obrigatória demonstração deste arbitramento. Isto realmente não é razoável.

A empresa Allcomex, em sua impugnação afirma que inclusive as mercadorias objeto do processo referido no qual ela é a autuada são cartuchos de toner, distintos das mercadorias objeto da presente autuação.

De fato, não reconheço como válido um procedimento de valoração onde as mercadorias comparadas sejam completamente distintas, sem nenhuma relação entre si. Não se sabe como a fiscalização chegou a esta conclusão, pois como já disse, não juntou quaisquer elementos de prova neste sentido, apenas citou o procedimento executado em outro processo.

Os princípios que norteiam o processo administrativo fiscal têm como pilares os princípios constitucionais, e dentre eles o da ampla defesa, que ficaria extremamente prejudicado diante deste arbitramento feito pela fiscalização que não disponibilizou aos autuados o método utilizado para que pudessem exercer este direito.

Diante deste fato, não aceitando este arbitramento, poder-se-ia cogitar novo arbitramento, tendo em vista a constatação de fraude. Porém como já mesmo declarado pela própria fiscalização (fls. 33), não foi possível adotar outro critério estabelecido na Lei, por isso arbitrou os valores a partir das importações e subfaturamento praticados pela empresa Allcomex

Desta forma, julgo prejudicado o arbitramento realizado pela fiscalização por entender que não seja razoável, ferindo o direito da ampla defesa de todas as autuadas, como também a tentativa de proceder a outro arbitramento diante das alegações da fiscalização. Assim mantenho o valor aduaneiro declarado nas DI's em causa.

Nada obstante, o resultado da impropriedade da base de cálculo, neste caso específico, é a insubsistência cabal do lançamento, até porque seria contraditório manter o auto de infração lastreado em fraude e aceitar como base de cálculo justamente os valores declarados pela parte que participou da fraude.

Nessa moldura, voto pelo PROVIMENTO do recurso voluntário, para declarar o auto de infração insubsistente.”

E assim, é como, também, voto.


Valdete Aparecida Marinho