

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

Processo nº 12466.004352/2006-40
Recurso nº 339.749 Voluntário
Acórdão nº 3101-00.473 – 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: 03/04/2006, 11/04/2006, 02/05/2006

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 Sérgio Celani 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, Corinto 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.534 a 538 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\$319.898,62.

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 SADEK COMÉRCIO LTDA, CNPJ 04.203.260/0001-15.

A autuação foi originada de revisão aduaneira procedida nas DI's n.ºs 06/0374112-0, 06/0411971-7 e 06/0493721-5, por ter sido a empresa Allcomex incluída em procedimento especial previsto na IN SRF n.º 228/2002.

Nas DI's referidas as importações foram promovidas 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. 89/93).

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” nos BL's (fls. 139, 184 e 222) e foi quem pagou as despesas de nacionalização (fls. 144, 156/157, 189, 200/203, 225, e 233/234). A Allcomex, apesar de constar como importadora por conta e ordem, não assumiu os custos da importação, recebendo remuneração pela DI desembaraçada, conforme planilha de fls. 158, 204 e 235. Até os impostos foram pagos pela empresa Open Trade (débito em conta corrente, fls. 144, 189 e 225) 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 Sadek foram emitidas segundo as instruções da Open Trade (fls. 155, 197 e 232). 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. 102/109).

Localizados os contratos de câmbio que amparam as importações em tela foi verificado que para a DI n.º 06/0374112-0 o fechamento do câmbio foi efetuado através do contrato n.º 06/001005 (fls. 160/165) com a empresa Nigbo FTZ Kingroad

Eletrical Co. Ltd, quando a exportadora informada, conforme a fatura apresentada (fls. 140), era a empresa Yili Xinduo Import And Export Limited Co. Ltd. Outra fatura de mesmo número foi localizada com esta informação acerca do beneficiário (fls. 142)

Para a DI n.º 06/0411971-7, o contrato de câmbio n.º 06/001473 (fls. 206/211) traz como beneficiária a empresa Acess China e, no entanto, conforme a fatura de fls. 185 apresentada à Receita Federal, a exportadora era a empresa Yili Xinduo Import And Export Limited Co. Ltd.. A outra fatura de mesmo número encontra-se às fls. 187.

Da mesma forma que para a DI n.º 06/0493721-5, que tem como exportadora a empresa Yili Xinduo Import And Export Limited Co. Ltd., o contrato de câmbio n.º 06/001633 (fls. 237/242) indica como beneficiária a empresa Acess China, tal como consta na fatura de fls. 223, que não foi apresentada junto à DI em questão.

Além destes fatos foi constatado também que a Allcomex recebeu os seguintes depósitos em sua conta corrente:

-R\$28.751,47 da empresa LSN Coml. Imp. e Exp. De Produtos Eletrônicos (fls. 166), para pagamento do contrato de câmbio n.º 06/001005;

-R\$35.641,14 da empresa Comercial Virgili Ltda (fls. 212), para pagamento do contrato de câmbio n.º 06/001473;

-R\$83.709,63 da empresa Comercial Virgili Ltda (fls. 243), para pagamento do contrato de câmbio n.º 06/001633.

Também foi verificado que a empresa Allcomex não possuía sistema informatizado de emissão de notas fiscais e no entanto emitiu duas vezes as notas fiscais n.ºs 45, 46, 76, 77, 99 e 100, na forma manuscrita e informatizada (fls. 148, 150, 152/153, 193/196, 229 e 230).

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 Sadek Comércio Ltda adquiriu a totalidade das mercadorias importadas, assumindo a condição de real adquirente das mesmas. Quando intimada, a mesma apenas informou que não havia pago as compras feitas através das notas fiscais acima enumeradas, esclarecendo a forma como isto se daria. A fiscalização, então, lançou a empresa Sadek como solidária nas infrações.

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 n.º 1.455/76.

Como já descrito acima, 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

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 n.º 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 os valores de transação informados nas DI's e procedeu ao arbitramento do valor aduaneiro, com base na Medida Provisória n.º 2.158-35/2001, estabelecendo um índice médio de subfaturamento praticado, de acordo com os dados constantes em outro processo de n.º 12466.0003679/2006-02, que tem a empresa Allcomex como contribuinte responsável. Demonstra através do quadro de fls. 32 os valores arbitrados para as DI's. 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 Sadek, além da sujeição passiva da empresa autuada, Mtrading, com base nos art. 124, do CTN, 32 e 95 do Decreto-Lei n.º 37/66.

Intimadas, as autuadas apresentaram impugnações com as seguintes alegações:

OPEN TRADE (fls. 270/296):

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 n.º 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 n.º 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 n.º 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.

11- Com referência a outro interveniente, a empresa Comercial Virgili, que teria repassado valores à empresa Allcomex, alega que não há incidência de qualquer relação tributária sobre este fato e que não foi identificada qualquer participação da impugnante.

Por todas estas razões pede a improcedência do Auto de Infração, bem como a posterior juntada de documentos que julgar necessário.

SADEK (fls. 319/360).

1- Preliminarmente alega a incompetência do Auditor Fiscal aplicar a pena de perdimento e conseqüentemente convertê-la em multa. O art. 27 do Decreto-Lei n.º 1.455/76 prevê que a decisão para aplicação da pena de perdimento é de competência do Ministro da Fazenda, com delegação para os Delegados e Inspectores da Receita Federal. Não pode o Auditor, por ato próprio, converter a pena em multa. Por esta razão o Auto de Infração lavrado é eivado de nulidade.

2- O Mandado de Procedimento Fiscal foi expedido sem apontar ou informar a motivação, objetividade e fundamentação para sua instauração, em afronta à Portaria SRF n.º 1.265/1999. O número do MPF indicado no Auto de Infração não consta nos autos, impossibilitando saber se houve ciência da interessada, violando o princípio constitucional do devido processo legal. A ausência de motivação e descrição objetiva dos procedimentos constituem vício formal que torna insubsistente o MPF, tornando insubsistente, também, o Auto de Infração.

3- Alega que houve o decurso do prazo para conclusão dos procedimentos especiais, já que o Termo de Início foi datado de 20/06/2006 e o prazo do MPF era até 18/10/2006. Disto resulta na impossibilidade de o Auditor Fiscal lavrar o Auto de Infração.

4- No mérito alega que não pode prevalecer a inclusão da impugnante como responsável solidária por simples presunção. Que quando intimada esclareceu que se encontrava em débito com relação às mercadorias adquiridas e que manteve sob sua guarda os valores a fim de aguardar a resultado do procedimento. Não há provas nos autos que de que a impugnante seja o sujeito oculto passivo da operação. Ao contrário, adquiriu as mercadorias no mercado interno de empresa legalmente estabelecida.

5- Afirma que é ilegal a fiscalização considerar provas produzidas em outros processos administrativos, dos quais a impugnante não teve acesso, configurando cerceamento de defesa.

6- Alega que a fiscalização ora conclui que a Open Trade é a verdadeira importadora, ora que é a impugnante. Que a única hipótese de responsabilizar solidariamente a empresa Sadek seria com fundamento no Decreto nº 4.543/2002, art. 102 (contribuinte do imposto é o importador) e art. 105, III (adquirente de mercadoria importada por sua conta e ordem). A impugnante apenas negociou as mercadorias já internadas, não tendo realizado importação. Afasta também a responsabilidade o fato de que o Auto de Infração versa sobre multa e não imposto e a responsabilidade solidária tem relação com o imposto. Em favor de suas alegações traz também o art. 112 do CTN que trata da interpretação mais favorável ao acusado.

7- Afirma que houve boa-fé na aquisição dos produtos, não competindo à impugnante averiguar a forma como ocorreu a importação dos mesmos. Adquiriu os produtos mediante pedido encaminhado à Allcomex, recebeu as mercadorias com as notas fiscais, tudo de forma regular, procedendo ao devido lançamento contábil das mesmas no livro de registro de entradas. Junta acórdãos proferidos pelo STJ no sentido da presunção de boa-fé do adquirente de mercadoria importada em estabelecimento regular, cabendo ao fisco a produção de provas em contrário.

8- Protesta quanto ao arbitramento do valor aduaneiro por ter sido tomado como base nos preços declarados em outro processo administrativo do qual não foi dada ciência à interessada e ainda por não ter aplicado o devido procedimento de valoração aduaneira nos termos do art. 84 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, deixando de aplicar os métodos substitutivos e seqüenciais previstos no GATT.

9- Não ocorreu a suposta ocultação do sujeito passivo, haja vista que todas as empresas estão regularmente constituídas e com sua situação cadastral como ativa regular, além do que a fiscalização teve oportunidade de transcrever todas as informações encontradas no livro caixa, identificando os compradores das mercadorias. Desta forma não pode ser aplicada a multa pois a autoridade fiscal não provou que as mercadorias foram adquiridas no exterior por outra diferente da que constou como adquirente.

10- No final requer a improcedência do Auto de Infração por todas as razões expostas, bem como a admissão de todos os meios de prova permitidos, como oitiva de testemunhas, provas periciais e juntada de novos documentos.

ALLCOMEX (fls. 486/510):

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 n.º 22/2002, a partir da vigência da Lei n.º 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 Sadek 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 n.º 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 (aduaneiro, 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 nº 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 n.º 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 Brandão Armazinhos, 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 Sadek intimada a apresentar as mercadorias a esta fiscalização para fins de apreensão e perdimento.

MTRADING (fls. 515/528):

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.

MPF
11

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 n° 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 exclusão de qualquer responsabilidade, a improcedência do Auto de Infração e juntada posterior de documentos suplementares. "

A decisão recorrida emanada do Acórdão nº. 07-9.912 de fls. 533 a 534 traz a seguinte ementa:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 03/04/2006, 11/04/2006, 02/05/2006

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: 03/04/2006, 11/04/2006, 02/05/2006

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. 563 a 574;

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. 586 a 610;

MX-7

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 Sadek Comércio 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.

SADEK – fls. 614 a 644 –

Preliminarmente; argüiu o cerceamento de defesa ocorrido no julgamento da primeira instância em razão do indeferimento da prova pericial requerida;

Da ausência dos requisitos essenciais para a validade e eficácia do mandado de procedimento fiscal – inexistência do termo de prorrogação e instauração de procedimento especial de fiscalização;

Ausência de motivação, objetividade e fundamentação do mandado de procedimento fiscal, por afrontar a Portaria SRF 6.087/2005;

No mérito: alega que a decisão recorrida imputa a Recorrente a responsabilidade pelo pagamento do imposto, por mera presunção e que seus compromissos não foram adimplidos, encontrando-se em débito e que não o efetuará qualquer pagamento enquanto a questão não for definitivamente resolvida.

Que não há nos autos qualquer prova no sentido de que a recorrente seja o sujeito oculto passivo da operação.

Defende sua ilegitimidade passiva. E que a responsabilidade de solidária diz respeito ao pagamento do imposto de importação e este, por sua vez, não é objeto de exação, mas sim, trata o Auto de Infração de uma conversão de Pena de Perdimento em Multa Pecuniária, e por ter a responsabilidade solidária necessariamente que estar prevista em lei.

Finalmente postula o provimento integral de seu recurso a fim de tornar insubsistente o Auto de Infração.

OPEN TRADE fls. 655 a 682

I-Vício no mandado de procedimentos especiais, desrespeito 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 são tempestivos e deles tomo conhecimento, por conter todos os requisitos da admissibilidade.

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 Corinto 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.

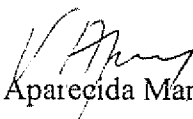
Diante deste fato, não aceitando este arbitramento, poder-se-ia cogitar novo arbitramento, tendo em vista a constatação de fraude. Porém como já mesmo declarado pela própria fiscalização (fls. 33), não foi possível adotar outro critério estabelecido na Lei, por isso arbitrou os valores a partir das importações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