



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

Processo nº 12466.721268/2011-51
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-003.067 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de fevereiro de 2016
Matéria Multa Aduaneira
Recorrente GEMAX TRADING COMPANY S/A E DISCOBRÁS INDÚSTRIA
E COMÉRCIO DE ELETRO ELETRÔNICA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 24/05/2006

DECADÊNCIA. PENALIDADE ADUANEIRA.

Em matéria aduaneira, o direito de impor penalidade se extingue no prazo de cinco anos a contar da data da infração, conforme estabelece o artigo 139 do Decreto-Lei no 37/1966.

Recurso Voluntário Provido.

Crédito Tributário Exonerado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário para reconhecer a decadência do crédito tributário constituído.

(assinado digitalmente)

Ricardo Paulo Rosa

Presidente

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède

Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ricardo Paulo Rosa (Presidente), Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Domingos de Sá Filho, Walker Araújo, Jose Fernandes do Nascimento, Sarah Maria Linhares de Araújo Paes de Souza, Paulo Guilherme Déroulède, Lenisa Rodrigues Prado.

Relatório

Trata o presente de Auto de Infração para aplicação da multa substitutiva de pena de perdimento, pela prática de ocultação do real adquirente mediante fraude ou simulação, inclusive interposição fraudulenta na importação, definida como dano ao erário, lavrado em face de GEMAX TRADING COMPANY S/A como importador e de DISCOBRÁS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ELETRO ELETRÔNICA LTDA, como real adquirente.

A GEMAX registrou declaração de importação - DI - na modalidade direta (por sua própria conta e ordem) no período de 2005 a 2006. Inicialmente, foi aberto procedimento especial de controle aduaneiro e de revisão de habilitação no comércio exterior, tendo a GEMAX não apresentado documentos que demonstrassem a origem e aplicação dos recursos financeiros, razão pela qual foi instaurado o procedimento previsto na IN SRF 228/2002, de acordo com o §3º do artigo 21 da IN SRF nº 650/2006.

Em procedimento especial de verificação da origem dos recursos aplicados em operações de comércio exterior e combate à interposição fraudulenta de pessoas, previsto na IN SRF 228/2002, apurou-se a prática de ocultação do real adquirente - DISCOBRÁS -, mediante fraude ou simulação, inclusive interposição fraudulenta, em razão do seguinte:

1. A GEMAX não possuía capacidade financeira e econômica para fazer frente ao volume de importações por ela transacionado devido a:

a. movimentação em torno de R\$ 30.000.000,00 de 2005 a 2007, para capital social da ordem de R\$ 50.000,00 (aumentados para R\$ 400.000,00 no quarto trimestre de 2006, decorrentes de lucros acumulados);

b. aumento de capital social por reavaliação de bens, adquiridos por R\$ 45 mil e reavaliados para R\$ 2.774.000, em datas próximas, não havendo qualquer aumento de disponibilidade financeira;

b. lucro líquido auferido no período foi em torno de R\$ 980.000,00, muito inferior ao volume transacionado;

c. Inexistência de quaisquer empréstimos e financiamentos tomadas de terceiros, conforme confirmados pela recorrente;

2. As operações somente puderam ser viabilizadas mediante adiantamentos de caixa recebidos pelos reais adquirentes para liquidação de contratos de câmbio e pagamentos dos tributos pagos no registro da DI, configurando a aplicação do artigo 27 da Lei nº 10.637/2002;

3. Por várias vezes, a emissão das notas fiscais de venda era realizada no mesmo dia da emissão das notas fiscais de entrada, revelando giro imediato do estoque, indicando a encomenda da mercadoria;

4. A GEMAX é uma empresa de pequeno porte que atua, basicamente, como prestadora de serviços de comércio exterior, incluindo logística e financeiros, conforme

informação colhida no próprio *site* da empresa, que jamais importa com ânimo próprio, mas por conta e ordem ou por encomenda;

5. As vantagens financeiras oferecidas pela GEMAX em seu *site* se coadunam com os objetivos pretendidos com a prática da ocultação do real adquirente: ausência de agregação de margem de lucro, implicando redução de carga tributária, redução de 33,3% no ICMS, com menor alavancagem dos tributos subsequentes (PIS, Cofins, ICMS), menor alavancagem do IPI, com recolhimento feito pela GEMAX sobre o custo da mercadoria e não sobre o preço de venda ao consumidor final.

6. Todas as vendas eram realizadas pelo custo das mercadorias pagas ao exportador, acrescido dos tributos pagos na importação e nacionalização e incidentes na venda ao mercado interno;

7. Todo o lucro obtido pela GEMAX decorre do FUNDAP que consiste em diferimento no pagamento do ICMS incidente na importação, financiamento de longo prazo de cerca de 70% do ICMS recolhido, com juros fixos a 1% a.a., com carência de 5 anos e mais 20 anos para amortização e realização de leilões de recompra de dívida, com existência de liquidação de contratos, por 10 a 15% do saldo devedor, em média;

8. A ocultação da DISCOBRAS propiciaria: sua não equiparação a industrial para evitar a incidência de IPI; diminuir receitas de vendas sujeitas a PIS/Pasep, Cofins, IRPJ, CSLL e ICMS; usufruir indiretamente dos benefícios do FUNDAP (incentivo fiscal no âmbito do ICMS no Espírito Santo); não se submeter aos procedimentos fiscais de habilitação para atuar no comércio exterior, fugir ao controle quanto à avaliação de risco (parametrização), em função do perfil histórico e cadastral.

Ao final foi elaborada representação fiscal para fins penais.

Em impugnação, a GEMAX pediu:

"a1) restou comprovado que a Impugnante tinha origem de recursos para suas operações, decorrente de receita financeira líquida de 5,8% (FUNDAP) mais lucro operacional médio de 3% e que o capital social das S.A. não guarda relação direta com a origem dos recursos utilizados no comércio exterior;

a2) Também porque a Receita não comprovou que houve adiantamentos por parte do destinatário em relação à DI nº [...], restou comprovado que a Impugnante tinha origem para a operação, decorrente de receita financeira líquida de 5,8% mais lucro operacional médio de 3%;

a3) Também pela impossibilidade de se estender as "impressões" de procedimento especial de fiscalização da IN 228/02 a todas as importações do contribuinte, nos termos do ACÓRDÃO Nº 17-38398 de 23 de Fevereiro de 2010, do ACÓRDÃO Nº 17-35664 de 20 de Outubro de 2009, do ACÓRDÃO Nº 07-15421 de 13 de Março de 2009 e do ACÓRDÃO Nº 07-15356 de 06 de Março de 2009 e 17- 52.140, de 07 de Julho de 2011;

a4) Também porque o artigo 27 da Lei n.º 10.637/2002 prevê uma presunção relativa da ocorrência de importação por conta e

ordem quando a operação de comércio exterior for realizada mediante utilização de recursos de terceiro, presunção esta que restou afastada, haja vista que:

> o Fisco não afastou a declaração e comprovação do importador de que obteve financiamento para gerir suas atividades no período em que foram realizadas as importações objeto dos autos, nos termos do Acórdão nº 07-21519, de 15/10/2010, da e. 2ª Turma desta e. DRJ ; e,

> restou comprovado que a Impugnante foi a responsável por todas as tratativas com o exportador, figurando, inclusive, nos documentos que acobertaram a operação, não tendo sido produzida qualquer prova apta a afastar a veracidade de tais informações, nos termos dos Acórdãos 17-52151, de 07 de julho de 2011 e 17-52.140;

a5) Também porque a operação foi feita na modalidade por encomenda, aplicando-se, em consequência, o disposto no artigo 417, 418 e 483 do Código Civil c/c artigo 313 do RIPI, bem como o disposto no ACÓRDÃO Nº 07-21519 de 15 de Outubro de 2010 e na Solução de Consulta Nº 5 de 07 de Janeiro de 2010, razão pela qual pequenos adiantamentos não são suficientes para afastar tal modalidade, mormente se comprovada que a importadora obteve financiamento para gerir suas atividades;

a.6) Também porque inexistente o dolo específico de fraudar, nos termos da solução de consulta nº 05/01/2010 e Acórdãos nº 302-39.026 e 102-48.607;

a7) Também porque a pena aplicável seria multa diversa (art. 33 da lei nº 11.488/2007), nos termos da Orientação COANA/COFIA/DIFIA e consoante Acórdãos DRJ no S 17-25849, de 17/06/2008, e 17- 26798, de 13/08/2008;.

b) Sucessivamente ao pedido (a) acima, ANULE o lançamento do crédito objeto do auto de infração, por impedimento do AFRF, nos termos da Portaria RFB nº 11.371/2007, artigos 2º c/c 12 c/c 14 e 15, parágrafo único, nos termos do Acórdão nº 302-37.093, do 3º Conselho de Contribuintes;

c) Sucessivamente ao pedido (b) supra, que DEVOLVA o prazo para impugnação do presente auto de infração, a ser contado a partir da data em que a requerente receber de volta todos os seus livros e documentos fiscais, ora em poder da Administração, baixando o feito em diligência solicitando esclarecimentos e/documentos à Impugnante para posterior análise desta impugnação, nos termos do artigo 16, § 4º do Decreto nº 70.235/72, considerando-se em especial o cerceamento do direito de defesa e a impossibilidade de juntar os livros contábeis como prova documental, por estarem de posse do fiscal autuante.

A responsável solidária DISCOBRAS impugnou o lançamento, alegando, conforme transcrição do relatório do acórdão recorrido:

“1. Em sua fase préoperacional necessitou de produtos acabados para servir como teste de mercado, assim procurou uma empresa que oferecesse o produto importado DVDR a preço compatível;

2. Em decorrência da pesquisa chegou à GEMAX, de quem adquiriu o aludido produto, em melhores condições de preço e prazo de entrega, enquanto se capacitava para efetuar importação direta, visto que seu processo de habilitação ainda estava em tramitação na RFB;

3. Conforme se verifica através da nota fiscal acostada aos autos, a autuada pagou pelas mercadorias importadas a importância de R\$ 711.796,42, que representa quase o dobro do preço de importação;

4. Realizou uma única e pontual operação de compra de produtos nacionalizados;

5. A presunção legal que fundamentou a autuação é relativa e admite prova em contrário;

6. O autuante baseia seu auto na presunção de que houve importação com ocultação do adquirente, entendendo que o ganho deste seria fugir da equiparação a estabelecimento industrial, por consequência, pagaria menos IPI;

7. A importação direta foi realizada pela GEMAX, real adquirente das mercadorias, visto que, conforme comprova a nota fiscal de compra, a empresa DISCOBRÁS efetuou o pagamento de quase o dobro do valor de importação;

8. Não faz sentido a autuada se submeter a pagar o dobro do preço de aquisição de uma mercadoria que ela mesma encomendou;

9. A impugnante não se ocultou, e não tinha motivos para fazê-lo, já que pagou todos os impostos, inclusive o IPI, conforme destacado na nota fiscal, e tampouco praticou qualquer subtração de receita, conforme demonstram as notas fiscais de venda anexadas à peça de defesa;

10. As notas fiscais de compra e venda demonstram que tanto na compra quanto na venda houve destaque do IPI e nenhum prejuízo ao erário público. A DISCOBRÁS é fabricante, portanto, contribuinte do IPI;

11. A nota fiscal de compra evidencia o valor do ICMS destacado de R\$ 74.274,41, portanto, se benefício houve, este não alcançou a autuada;

12. Não pode prosperar a afirmação de que a impugnante teria objetivado fugir do controle da RFB, visto que já tramitava naquele órgão o seu processo de habilitação para operar no comércio exterior;

13. Não há que se falar em responsabilidade solidária, pois está efetivamente configurado que se trata de uma importação realizada exclusivamente pela GEMAX, visto que o preço pago pela DISCOBRÁS cobre os riscos da operação e seu lucro normal;

14. Ressalte-se que esta autuada realizou uma única operação, não havendo qualquer frequência que possa configurar a existência de conluio;

15. O cronograma de desembolso descrito à fl. 47 constitui mera forma de pagamento, enquanto que a antecipação de R\$ 180.899,56, realizada em 24/05/06, não descaracteriza a operação de compra e venda de produto nacional;

16. A antecipação é uma medida para tornar mais segura a relação comercial entre as partes e não implica em presunção de relação comercial extra entre vendedor e comprador;

17. A DISCOBRÁS é, portanto, terceira de boa-fé;

18. Os fatos e documentos apresentados nesta oportunidade evidenciam que não houve simulação, fraude, dolo ou má-fé a ser imputada à autuada;

19. Para a DISCOBRÁS não importava se o produto já estaria estocado pela GEMAX ou se esta o traria por importação de seus fornecedores no exterior;

20. Recolheu todos os impostos pertinentes e cumpriu com todas as obrigações acessórias, descaracterizando qualquer interesse em se ocultar na operação;

21. Imputar perdimento ou expressão que represente esse valor em concreto é pena desproporcional. Suscita em seu favor o princípio da proporcionalidade;

22. Entende que a autuação fundamentou-se apenas em indícios, totalmente desconfigurados em face dos documentos acostados aos autos;

23. Não houve dano ao erário;

24. Houve ofensa aos princípios da legalidade e da hierarquia das normas, já que, de acordo com o Código Tributário Nacional, somente a lei pode estabelecer penalidades para as infrações tributárias, assim, a Instrução Normativa e o Decreto invocados não podem inovar a ordem jurídica, porque não constituem lei no sentido estrito. Cita legislação;

25. Ao final, requer a improcedência da autuação.

Em 16/01/2012, foi lavrado Termo de Ocorrência, no qual restou consignado a tentativa de devolução integral dos documentos e livros contábeis e fiscais à Sra. Maria Emília de Almeida e Souza, sócia e responsável pela GEMAX, que recebeu pessoalmente o Sr. Renato Felz de Oliveira, motorista da Alfândega do Porto de Vitória/ES, mas se recusou a

receber a documentação após contato telefônico com terceiro, ficando voluntariamente com uma via do Termo de Devolução.

A Vigésima Quarta Turma da DRJ/SP1 em São Paulo proferiu o Acórdão nº 16-53.584, cuja ementa transcreve-se:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO II

Data do fato gerador: 24/05/2006

Descumprimento das normas relativas à importação por conta e ordem de terceiro. Dano ao Erário. Pena de perdimento. Multa substitutiva.

Restando comprovada na Declaração de Importação a ausência de informação sobre a real adquirente da carga importada, adicionada à falta de comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados, além da presença de recursos de terceiros na operação, incontroverso o entendimento da fiscalização de ocorrência da infração prevista pelo Artigo 23, Inciso V, do Decreto-lei 1.455/76, considerada dano ao Erário, punida com a pena de perdimento das mercadorias, nos termos do § 1.º, do mesmo Artigo, ou, no caso destas não serem localizadas ou terem sido consumidas, com a multa equivalente ao respectivo valor aduaneiro.

Nulidade por cerceamento de defesa. Ausência.

Presente nos autos o fundamento legal do procedimento fiscal, bem como os elementos necessários ao conhecimento pelo contribuinte do que está lhe sendo imputado, viabilizado está o exercício de seu direito de defesa, pelo que não há que se falar em nulidade do lançamento por cerceamento de defesa.

Prova emprestada. Validade.

Não há impedimento à aplicação no processo administrativo do instituto da prova emprestada coligida mediante a garantia do contraditório, desde que, por óbvio, guarde pertinência com os fatos cuja prova se pretende oferecer.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada em 27/12/2013, a GEMAX interpôs recurso voluntário, tempestivamente, alegando:

1. Em preliminares, nulidade do auto de infração por negativa de acesso aos autos e obtenção de cópia, nulidade por irregularidade na emissão de MPF, necessidade de reforma por ausência de descrição específica das irregularidades, impossibilidade de utilizar conclusões de outros processos administrativos;

2. No mérito, a existência de receitas financeiras - FUNDAP, imóvel avaliado em R\$ 2.374.000 e capital social de R\$ 400.000, suficientes a afastar a presunção relativa de

incapacidade financeira, que importou em benefício próprio e depois revendeu, que não houve adiantamentos, pois os depósitos ocorreram depois de as mercadorias terem sido nacionalizadas, o caráter confiscatório da multa aplicada, a aplicação da multa de dez por cento por cessão de nome de que trata o artigo 33 da Lei nº 11.488/2007.

Por seu turno, a recorrente DISCOBRAS interpôs recurso voluntário, tempestivamente, reprisando, em síntese, as alegações deduzidas na impugnação.

Na forma regimental, o processo foi distribuído a este relator.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Guilherme Déroulède.

Os recursos interpostos atendem aos pressupostos de admissibilidade e deles tomo conhecimento.

Preliminarmente, embora as recorrentes não tenham pugnado pela decadência das infrações relativas às DI's registradas há mais de cinco anos da ciência do Auto de Infração, a matéria pode ser reconhecida de ofício por ser de ordem pública.

A decadência para constituição de crédito relativo a multa por infrações aduaneiras é dada pelos artigos 138 e 139 do Decreto-lei nº 37/1966:

Art.138 - O direito de exigir o tributo extingue-se em 5 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido lançado. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

Parágrafo único. Tratando-se de exigência de diferença de tributo, contar-se-á o prazo a partir do pagamento efetuado. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

Art.139 - No mesmo prazo do artigo anterior se extingue o direito de impor penalidade, a contar da data da infração.

O Decreto nº 4.543/2002 – RA/2002 - reproduziu a mesma disposição do artigo 139 em seu artigo 669, sem qualquer ressalva:

Art. 669. O direito de impor penalidade extingue-se em cinco anos, a contar da data da infração (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 139)

A multa aplicada decorre da conversão da pena de perdimento por não ter sido a mercadoria localizada ou ter sido consumida, nos termos do §1º¹ do artigo 618 do

¹ Art. 618. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-lei no 37, de 1966, art. 105, e Decreto-lei no 1.455, de 1976, art. 23 e § 1º, com a redação dada pela Lei no 10.637, de 2002, art. 59): (Redação dada pelo Decreto nº 4.765, de 24.6.2003)

RA/2002, por ocultação do sujeito passivo a ser considerada ocorrida no registro da Declaração de Importação, documento onde são prestadas as informações pertinentes à identificação do adquirente das mercadorias importadas.

Nos autos, não consta a ciência dada à GEMAX, embora conste que sua impugnação fora tempestiva, conforme certificado no relatório do acórdão recorrido. O único documento que consta nos autos para aferir tal data é a Comunicação nº 287/2011, e-fl. 168, datada de 15/06/2011, destinada a dar ciência deste Auto de Infração, a partir do que se conclui que a ciência ocorreu em data posterior. Já em relação à DISCOBRAS, a ciência ocorreu em 27/06/2011.

Portanto, reconhecendo que a ciência ocorreu após 15/06/2011, o lançamento referente à DI registrada em 24/05/2006 deve ser exonerado.

Neste sentido, os acórdãos abaixo:

Acórdão nº 3403-002.865:

PENALIDADE ADUANEIRA. DECADÊNCIA.

Em matéria aduaneira, o direito de impor penalidade se extingue no prazo de cinco anos a contar da data da infração, conforme estabelece o art. 139 do Decreto-Lei no 37/1966.

Acórdão nº 3201-001.884:

DECADÊNCIA. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA PREVISTA NO DL 1.455/76, ART. 23, INCISO V. DECADÊNCIA.

O prazo decadencial para aplicação das penalidades referentes a interposição fraudulenta prevista no art. 23, Inciso V do Decreto-Lei nº 1.455/76 é de 5 (cinco) anos contados a partir da data do registro da Declaração de Importação DI, nos termos previstos no art. 139 do Decreto-Lei nº 37/66.

Recurso Voluntário Provido

Diante do exposto, voto para dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

§ 1º A pena de que trata este artigo converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida (Decreto-lei no 1.455, de 1976, art. 23, § 3º, com a redação dada pela Lei no 10.637, de 2002, art. 59). (Redação dada pelo Decreto nº 4.765, de 24.6.2003)

Processo nº 12466.721268/2011-51
Acórdão n.º **3302-003.067**

S3-C3T2
Fl. 11

Paulo Guilherme Déroulède

CÓPIA