



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 13971.722503/2011-65
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9303-007.706 – 3ª Turma
Sessão de 22 de novembro de 2018
Matéria 51.681.9999 - II - MULTA DE OFÍCIO - Outros
Recorrente D&A COMERCIO SERVICOS IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 24/05/2007 a 31/07/2008

CUMULATIVIDADE DA MULTA DO ART. 33 DA LEI Nº 11.488/07 E DO PERDIMENTO DA MERCADORIA. RETROATIVIDADE BENIGNA DA LEI Nº 11.488/2007. IMPOSSIBILIDADE

A multa do art. 33 da Lei n.º 11.488/07 veio para substituir a pena de inaptidão do CNPJ da pessoa jurídica, quando houver cessão de nome para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas no acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários, e não prejudica a incidência da hipótese de dano ao erário, por ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, prevista no art. 23, V, do Decreto-Lei n.º 1.455/76, apenada com perdimento da mercadoria. Desta maneira, descartada hipótese de aplicação da retroação benigna prevista no artigo 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional por se tratarem de penalidades distintas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em negar-lhe provimento.

(Assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício.

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Relatório

Trata o presente de auto de infração lavrado (e-fls. 241 a 242) para constituição de crédito tributário referente a multa pela impossibilidade de apreensão de mercadoria por não ter sido ela localizada, ou consumida, em importação subfaturada com interposição fraudulenta da autuada importadora que era administrada por sócios de fato da empresa. Além da importadora em epígrafe, são também responsáveis solidários os sócios de fato: Caio M. Debossan, Erica Debossan Reinert, e a adquirente das mercadorias importadas, Cristallerie Straus S/A. Foi dada ciência do Auto de Infração à importadora e às pessoas físicas solidárias por meio de seu representante legal, em 25/11/2011, bem como à responsável Cristallerie Straus S/A, em 28/11/2011.

A autuação resultou em multa relativa a cinco DIs, no montante de valor CIF de R\$ 184.174,64. Os valores que importaram na infração foram apurados conforme descrição de fatos e enquadramento legal às e-fls. 250 a 305, constando do tópico "5. ESCOPO DO AUTO", à e-fl. 274, e estão resumidos no quadro abaixo:

NÚMERO DI	DATA		VALOR CIF (R\$)
	REGISTRO	DESEMBARAÇO	
07/06740240	24/05/2007	25/05/2007	8.872,75
07/08343451	27/06/2007	28/06/2007	70.051,50
07/13136957	27/09/2007	27/09/2007	70.856,22
07/16522777	29/11/2007	29/11/2007	14.286,00
08/11678266	31/07/2008	01/08/2008	9.566,88
	TOTAL		176.633,35

Irresignada, em 21/12/2011, a Cristallerie Straus S/A apresentou impugnação, às e-fls. 419 a 438. Em 23/12/2006, a importadora e seus sócios de fato impugnaram em conjunto a autuação, às e-fls. 501 a 560. Já A 23ª Turma da DRJ/SP1, apreciou a impugnação em 25/09/2013, e no acórdão nº 16-50.680, às e-fls. 701 a 792, considerou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Recurso voluntário da importadora e seus sócios de fato

A importadora e seus sócios de fato foram intimados (e-fls. 795, 890 e 892) do acórdão da DRJ entre 17/10/2013 e 19/10/2013, e, ainda inconformados, interpuseram extenso recurso voluntário, às e-fls. 901 a 977, em 18/11/2013. Os pontos arguidos estão abaixo apresentados por tópicos:

1. ILICITUDE E IMPRESTABILIDADE DAS PROVAS EMPRESTADAS - AUSÊNCIA DE PROVAS -NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

1.1. Compartilhamento de Provas - Inobservância do Contraditório e da Ampla Defesa -Inobservância de

condição para o Compartilhamento - Nulidade do Procedimento Fiscal.

1.2. Apreensão de Documentos - Empresa Diversa da Investigada - Ausência de Mandado Judicial Específico - ilicitude das Provas - Nulidade

1.3. Apreensão de Documentos - Investigação Criminal - Inexistência de Correlação Entre os Crimes Investigados e as Infrações Apuradas - Ilicitude das Provas.

2. CERCEAMENTO DE DEFESA

3. AUSÊNCIA DE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL DE FISCALIZAÇÃO (MPF-F) FISCALIZAÇÃO IRREGULAR - NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL E DO AUTO DE INFRAÇÃO

4. EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO PROCEDIMENTAL - AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO SOBRE AS PRORROGAÇÕES DO MPF-F - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

5. DOIS SUJEITOS PASSIVOS NO MESMO AUTO DE INFRAÇÃO - AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DO LANÇAMENTO - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

6. ILEGITIMIDADE DE CAIO MARCELO DEBOSSAN E ÉRICA DEBOSSAN REINERT PARA FIGURAREM SOLIDARIAMENTE NO PÓLO PASSIVO DO AUTO DE INFRAÇÃO

7. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA D&A PARA APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO E MULTA DE CONVERSÃO

8. AUSÊNCIA DE PROVA DO CONSUMO DAS MERCADORIAS - MERA PRESUNÇÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO EM MULTA

9. INEXISTÊNCIA DE SONEGAÇÃO, FRAUDE E CONLUÍO

10. INEXISTÊNCIA DE QUEBRA DA CADEIA DO IPI

11. EXTINÇÃO DO DIREITO DE REALIZAR A REVISÃO ADUANEIRA - TRANSCURSO DO PRAZO DE 5 ANOS - DECADÊNCIA

12. INOCORRÊNCIA DE OCULTAÇÃO OU DE SIMULAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE BURLA AOS CONTROLES ADUANEIROS - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - IMPORTAÇÃO DIRETA PARA REVENDA REGULARMENTE CARACTERIZADA

13. AUSÊNCIA DO ELEMENTO DANOSO - RELEVAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO

14. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA PENALIDADE MAIS RECENTE FAVORÁVEL

Recurso voluntário da adquirente das mercadorias

A responsável solidária Cristallerie Straus S/A, foi intimada (e-fl. 894) do acórdão da DRJ em 18/10/2013 (e-fl. 898), e apresentou recurso voluntário em 19/11/2013, às e-fls. 985 a 1006. Uma vez mais, apresentarei os pontos arguidas no recurso por meio de seus tópicos:

1. PRELIMINARES - ILEGALIDADE DA PROVA EMPRESTADA, IMPLICANDO A NULIDADE DO PROCEDIMENTO.

2. INEXISTÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTE E AUSÊNCIA DE OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE PELA RECORRENTE.

3. INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO POR FUGA AOS CONTROLES ADUANEIROS OU POR SUBFATURAMENTO

4. INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO FORJADA OU DE REMESSA ILEGAL DE DIVISAS

5 INEXISTÊNCIA DE QUEBRA DA CADEIA DO IPI.

A 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento apreciou o recurso na sessão de 19/03/2015, dando-lhe provimento no acórdão de nº 3302-002.874, às e-fls. 1011 A 1041, o qual teve a seguinte ementa:

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTE DE TERCEIROS. DANO AO ERÁRIO. PENALIDADE.

A importação de mercadorias destinadas a terceiro oculto, o real responsável pela operação, dá ensejo à pena de perdimento, ou sua conversão em multa, pela caracterização de interposição fraudulenta na importação.

PROVAS. COLHIMENTO.

Para instruir procedimento fiscal, o Auditor-Fiscal da RFB está autorizado legalmente a colher provas na Repartição da RFB, no domicílio fiscal eleito pelo sujeito passivo e outras autorizadas pelo Poder Judiciário.

SOLIDARIEDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA.

Comprovado que terceiro tenha concorrido para a prática da infração ou dela tenha se beneficiado, fica caracterizado a solidariedade passiva tributária...

O acórdão foi assim lavrado:

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. Vencidos os conselheiros Jonathan Barros Vita, Fabiola Cassiano Keramidas e Cláudio Monroe Massetti, que davam provimento ao recurso voluntário.

Embargos de declaração da adquirente das mercadorias

Em 07/07/2015 (e-fl. 1188) a Cristallerie Straus S/A foi cientificada do acórdão acima (e-fl. 1149) e manejou embargos de declaração em 13/07/2015, conforme documento às e-fls. 1245 a 1250.

O Presidente da Turma recorrida apreciou os embargos no despacho de e-fls. 1253 a 1257, em 14/04/2017, e não verificou a existência de erro material, omissão ou contradição no acórdão embargado. Por essa razão, não admitiu os embargos.

A empresa Cristallerie Straus S/A, em 15/06/2017, foi intimada (e-fl. 1260) por edital (e-fl. 1268) do despacho que não admitiu os embargos e não mais se manifestou nestes autos.

Recurso especial da importadora e de seus sócios de fato

Intimados (e-fls. 1047, 1081 e 1115) para ciência do acórdão nº 3302-002.874 entre 02/07/2015 e 08/07/2015 (e-fls. 1185, 1186 e 1187), a importadora e seus sócios de fato, por meio de seu procurador, interpuseram recurso especial de divergência em 13/07/2015, às e-fls. 1190 a 1201. Estando tal documento com defeitos de edição, em 13/07/2017 (e-fl. 1269), peticionaram (e-fls. 1271 e 1272) pela reapresentação de cópia legível do mesmo recurso, às e-fls. 1273 a 1283.

A importadora indica existência de divergência em duas matérias: a) comprovação de fraude ou simulação por ocultação do real adquirente da mercadoria; e b) aplicação à importadora ostensiva da perda de perdimento das mercadorias importadas.

Utilizou como acórdão paradigma para as duas matérias o acórdão nº 3402-002.362. Para a primeira matéria, diferentemente do acórdão recorrido, o paradigma deixou de aplicar multa na conversão da pena de perdimento diante da inexistência de prova inequívoca de dano ao erário, como pressuposto de sua aplicação. Para a segunda, entendeu aquela turma que não seria aplicável ao importador ostensivo a mesma penalidade, em razão do princípio da especialidade, em face do art. 33 da Lei nº 11.488/2007, sendo a ele aplicável esta penalidade e ao importador oculto a penalidade de perdimento ou a multa a ela substitiva.

Por fim, pleiteia o conhecimento e provimento do recurso especial.

O Presidente da 3ª Câmara de Terceira Seção de Julgamento do CARF, apreciou o recurso especial de divergência da Fazenda em 10/08/2017, no despacho de e-fls. 1293 a 1298, com base nos arts. 67 e 68 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343 de 09/06/2015, dando-lhe seguimento apenas quanto à matéria b), haja vista que em relação à primeira não reconheceu a existência de similaridade fática entre os acórdãos paragonados.

Intimados todos responsáveis pelo recurso especial de divergência acima analisado, e sem que sobre o resultado tenham se manifestado, ou agravado houve o encaminhamento para manifestação da Procuradoria da Fazenda Nacional, conforme informado no despacho à e-fl. 1323, em 23/10/2017.

Contrarrrazões da Fazenda

A Procuradoria da Fazenda Nacional foi intimada (e-fl. 1324) do acórdão nº do despacho de admissibilidade do recurso especial da do sujeito passivo em 22/11/2017, e a ele apresentou contrarrrazões às e-fls. 1325 a 1331, em 12/12/2017.

Argumenta que a penalidade questionada não implica *bis in idem*, pois o art. 33 da Lei nº 11.488/2007 visa apenas resguardar a integridade cadastral das pessoas jurídicas, coibindo o mau uso da inscrição no CNPJ, enquanto o art. 23, inc. V, do Decreto-lei nº 1.455/1976 visa proteger o patrimônio da União.

A Procuradora assevera ainda:

O art. 33 da Lei n.º 11.488/2007 não veio regradar a matéria veiculada no art. 23, V, §§ 1.º e 3.º, do Decreto-Lei n.º 1.455/76 (pena de perdimento), como equivocadamente pretende o contribuinte, o que impõe a afirmação de que a nova multa de 10% sobre o valor da operação acobertada não tem a força de substituir a pena de perdimento de mercadoria, ou a multa que lhe é substitutiva, já existente.

Em nenhum momento a novel legislação fez referência à pena de perdimento da mercadoria, que se mantém incólume.

(...)

Aqui é importante ter em conta que o art. 33 da Lei n.º 11.488/2007 exsurgiu para substituir a penalidade de inaptidão de CNPJ na hipótese ali prevista (cessão de nome para acobertamento do real interveniente), assim, embora a sanção pela infração tenha sido alterada, a hipótese normativa e a sua finalidade permanecem a mesma.

A partir desse núcleo argumentativo, encerra por requerer que seja negado provimento ao recurso especial da contribuinte e mantido o acórdão recorrido.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

Introdução

O recurso especial de divergência dos sujeitos passivos é tempestivo, cumpre os requisitos regimentais, por isso dele conheço.

Discute-se a possibilidade de lançamento da multa em discussão, em face da existência de outra multa (art. 33 da Lei nº 11.488/07), alegadamente mais específica. Entendo que as duas multas têm objetos diversos e, portanto, podem coexistir.

Aliás, a questão aqui em litígio, já foi colocada ao lume desta 3ª Turma, para a mesma contribuinte, no processo nº 13971.722490/2011-24, resultando no acórdão nº 9303-004.905, que por unanimidade decidiu a questão ratificando o procedimento fiscal de aplicação das multas.

Adoto as razões de decidir expressas no voto da i. Conselheira Erika Costa Camargos Autran, que abaixo reproduzo:

(...)

Quanto a inviabilidade de aplicação de multa prevista no art. 23, V do Decreto-lei n.º 1455/76 ao importador ostensivo, por divergência de legislação, em que a mais específica seria a penalidade descrita no art.33 da Lei n.º 11.488/07, entendo que o artigo 33 da Lei n.º 11.488/07, foi incluído no ordenamento jurídico visando a penalizar com multa de 10% sobre o valor da operação acobertada, não inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a conduta de cessão do nome pelo importador ostensivo visando a ocultar os reais intervenientes da operação de importação. Vejamos:

Art. 33. A pessoa jurídica que ceder seu nome, inclusive mediante a disponibilização de documentos próprios, para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas no acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários fica sujeita a multa de 10% (dez por cento) do valor da operação acobertada, não podendo ser inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Parágrafo único. À hipótese prevista no caput deste artigo não se aplica o disposto no art. 81 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

E o art. 23 do Decreto-lei n.º 1.455/76, que teve a redação alterada pela lei n.º 10.637/02, prevê a aplicação da pena de perdimento das mercadorias ou sua conversão em multa equivalente ao valor aduaneiro, pela ocorrência de dano ao erário, relativo às mercadorias importadas na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou responsável pela operação, senão vejamos:

“Art 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

(...)

V estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, **inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.** (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

VI (Vide Medida Provisória nº 320, 2006)

§ 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 2º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 3º A pena prevista no § 1º converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que

tenha sido consumida. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 4º O disposto no § 3º não impede a apreensão da mercadoria nos casos previstos no inciso I ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território nacional. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)”

Analizando o dispostos acima verifica-se que há dois tipos de interposição fraudulenta:

*a - interposição fraudulenta propriamente dita ou **comprovada**, ou seja, quando resta caracterizada a fraude (artigo 23, V, Decreto-lei n.º 1.455/76, caput e artigo 13 da Instrução Normativa n.º 228/02);*

b - a interposição fraudulenta presumida, que tem sua definição no §2º do art. 23 do Decretolei n.º 1.455/76.

As referidas condutas ainda culminavam em inaptidão do CNPJ do importador, a teor do disposto no art. 81, §º 1, da Lei n.º 9430/96 e parágrafo único do artigo 11 da Instrução Normativa n.º 228/02, cumulativamente.

“Art. 81. Poderá, ainda, ser declarada inapta, nos termos e condições definidos em ato do Ministro da Fazenda, a inscrição da pessoa jurídica que deixar de apresentar a declaração anual de imposto de renda em um ou mais exercícios e não for localizada no endereço informado à Secretaria da Receita Federal, bem como daquela que não exista de fato.

“§ 1º Será também declarada inapta a inscrição da pessoa jurídica que não comprove a origem, a disponibilidade e a efetiva transferência, se for o caso, dos recursos empregados em operações de comércio exterior. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)”

“Art. 11. Concluído o procedimento especial, aplicar-se-á a pena de perdimento das mercadorias objeto das operações correspondentes, nos termos do art. 23, V do Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, na hipótese de:

Parágrafo único. Nas hipóteses previstas nos incisos I e II do caput, será ainda instaurado procedimento para declaração de inaptidão da inscrição da empresa no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ).”

Tal imputação gerava transtornos para as empresas que tinham patrimônio e não eram somente criadas para realizar a operação fraudulenta.

Assim, foi publicada a Lei n.º 11.488/07, que no parágrafo único do artigo 33, tentou corrigir tal distorção legislativa a fim de adequar a cominação de inaptidão de CNPJ àquela empresa criada somente para efetuar importações irregulares sem existir de fato, ou seja, dita “de fachada”. Porém, para a empresa que existisse de fato haveria a cominação de uma multa de 10% sobre o valor da operação, limitada a R\$5.000,00.

Para reforçar esse entendimento, pela leitura do parecer que encaminha o projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória n.º 351/07 (PLV 13/2007), do qual resultou a Lei n.º 11.488/07, seu relator, que também responde pela autoria do dispositivo, faz a seguinte observação à proposta de redação do art. 35, posteriormente renumerado para 33, quando da conversão definitiva:

"Já no art. 35, juntamente com a modificação da redação do art. 81 da Lei nº 9.430, de 1996, contida no art. 15 do PLV, sugerimos a **adequação dos critérios legais para se declarar a inaptidão de inscrição das pessoas jurídicas** e da multa aplicável no caso de cessão de nome da empresa para realização de operações de comércio exterior de terceiros. "(grifo nosso)

Essa interpretação fica clara pela análise do disposto no parágrafo único do artigo 33 da Lei n.º 11.488/07, o qual faz referência expressa à inaptidão de CNPJ da pessoa jurídica que não comprove a origem, disponibilidade e transferências dos recursos (artigo 81 “§1º da Lei n.º 9439/96), e essa é a definição de interposição fraudulenta presumida (art.23, V, “§2º, do Decreto-lei n.º 1.455/76).

É de se ressaltar, ainda, que não houve revogação do comando normativo inserto no artigo 23, V, do Decreto-lei n.º 1.455/76.

Conforme a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-lei n.º 4.657/42), a revogação legislativa assim dispõe sobre a revogação

“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

Deste modo, uma lei só será revogada com o advento de outra com ela incompatível.

Analisando os dois dispositivos, embora o artigo 23, V, do Decreto-lei n.º 1.455/76, traga como penalidade a perda da mercadoria e isto afetaria diretamente o real adquirente, quem comete a infração, ou seja, o sujeito ativo da interposição fraudulenta comprovada é tanto o importador ostensivo, quanto o real importador e adquirente, em co-autoria, em razão de previsão da “solidariedade” entre as condutas, com base nos artigos 124, I, do Código Tributário Nacional e 95 do Decreto-lei n.º 37/66.

E o artigo 33 da Lei n.º 11.488/07 nada previu sobre o assunto, mas somente a cominação de uma nova penalidade para a conduta de interposição fraudulenta presumida, sem, portanto, a comprovação da fraude e simulação propriamente dita, mas decorrente de presunção legal. A pena seria de 10%, mais branda, e se aplicaria somente ao importador ostensivo.

Dessa forma, depreende-se que não houve revogação tácita e inaplicáveis as disposições do artigo 2º, §1º da LICC, em razão da inexistência de incompatibilidade e inexistência de inteira regulação da matéria.

Cita-se a ementa de acórdão da 2ª turma do TRF4 (AMS 2005.72.08.0051666/ SC, publicado em 1/8/2007, relator Otávio Roberto Pamplona), o qual vai ao encontro do presente artigo no sentido de que não houve revogação do artigo 23, V, do Decreto-lei 1.455/76:

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DILAÇÃO PROBATÓRIA.

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. OCULTAÇÃO DO VERDADEIRO IMPORTADOR. PENA DE PERDIMENTO DAS MERCADORIAS. LEGALIDADE. ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.488, DE 15 DE JUNHO DE 2007. NÃO REVOGAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO PREVISTA NO ARTIGO 23 DO DECRETO-LEI Nº 1.455, DE 1976. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

(...)

5. O artigo 33 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, não tem o condão de afastar a pena de perdimento, porquanto não implicou em revogação do artigo 23 do DL nº 1.455/76, com a redação dada pela Lei nº 10.637/2002.

Isso porque, a pena de perdimento atinge, em verdade, o real adquirente da mercadoria, sujeito oculto da operação de importação. A pena de multa de 10% sobre a operação, prevista no referido dispositivo legal, revela-se como pena pessoal da empresa que, cedendo seu nome, faz a importação, em nome próprio, para terceiros. **O parágrafo único do aludido artigo, por sua vez, estatui que "à hipótese prevista no caput deste artigo não se aplica o disposto no art. 81 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996". Essa complementação legal, constante do parágrafo único, abona o entendimento de que não houve a revogação da pena de perdimento para a hipótese retratada nos autos. Antes o confirma, porquanto exclui, expressamente, apenas a possibilidade da aplicação da sanção de inaptidão do CNPJ. Quanto às demais penas, permanecem incólumes, havendo a previsão, agora também, da pena pecuniária, nos termos do caput do aludido preceptivo legal.”** (g.n.)

De tudo que foi esclarecido acima, entendo que a pena instituída no art. 33 da Lei n.º 11.488, de 2007 surgiu, efetivamente, como alternativa à declaração de inaptidão, nas hipóteses anteriormente previstas nas instruções normativas da Secretaria da Receita Federal do Brasil que disciplinavam a inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). E prevê multa de 10% sobre o valor da operação, limitada a R\$ 5.000,00, para o importador ostensivo que praticar interposição fraudulenta presumida, conforme disposição expressa da infração no § 2º do artigo 23 do Decreto-lei n.º 1.455/76.

E o art. 23, V, do Decreto-lei n.º 1.455/76 pune, com multa de 100% sobre o valor da operação, tanto o importador ostensivo, quanto o real adquirente, em conjunto ou isoladamente, quando praticarem a interposição fraudulenta propriamente dita ou comprovada.

Desta feita, as normas têm situações fáticas de aplicação diferenciadas, sendo que o diferencial reside na comprovação da fraude, simulação e conluio para o artigo 23, V, Decreto-lei n.º 1.455/76, bem como o sujeito passivo, que pode ser o importador ostensivo e o real adquirente; ao passo que o artigo 33 da Lei n.º 11.488 traz penalidade mais branda para a infração de interposição fraudulenta presumida, sem prova de fraude, e tem por sujeito passivo somente o importador ostensivo que possui existência fática não só jurídica.

Dessarte, com base nessa argumentação, penso que bem andou a Procuradora em suas contrarrazões e por isso deve ser negado provimento ao recurso especial de divergência dos sujeitos passivos.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso especial de divergência de D & A Comércio Serviços Importação e Exportação Ltda, Caio M. Debossan e Erica Debossan Reinert, para negar-lhe provimento, mantendo o acórdão recorrido.

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos