



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

Processo n° 12466.724115/2011-66
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-003.074 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de fevereiro de 2016
Matéria Multa Aduaneira
Recorrente GEMAX TRADING COMPANY S/A E EXIMLAB COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS PARA LABORATÓRIOS LTDA E EASY SERVIÇOS E COMÉRCIO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 31/05/2006 a 24/11/2006

Ementa:

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, de EASY SERVIÇOS E COMÉRCIO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA e EXIMLAB COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS PARA LABORATÓRIOS LTDA.

A fiscalização acusou que a GEMAX importou ora por modalidade direta ora por encomenda para a EASY, porém que tal artifício seria para acobertar importações por conta e ordem da EXIMLAB.

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 - EXIMLAB -, 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 EXIMLAB 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, a qual foi habilitada apenas 22/09/2010; 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 às DI's, restou comprovado que a Impugnante tinha origem para a operação, decorrente de receita financeira líquida de 5,8% mais lucro operacional médio de 3%;

a.3) Também porque os valores depositados na conta da Impugnante foram posteriores aos registros da DI's e, conseqüentemente, após a contratação com o exportador e o

embarque dos bens, não podendo ser considerados "adiantamentos";

a4) 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 N° 17-38398 de 23 de Fevereiro de 2010, do ACÓRDÃO N° 17-35664 de 20 de Outubro de 2009, do ACÓRDÃO N° 07-15421 de 13 de Março de 2009 e do ACÓRDÃO N° 07-15356 de 06 de Março de 2009 e 17- 52.140, de 07 de Julho de 2011;

a5) 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 n° 07-21519, de 15/10/2010, da e. 2ª Turma desta e. DRJ

> 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;

a6) 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 N° 07-21519 de 15 de Outubro de 2010 e na Solução de Consulta N° 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;

a7) Também porque a pena aplicável seria multa diversa (art. 33 da lei n° 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 n° 11.371/2007, artigos 2º c/c 12 c/c 14 e 15, parágrafo único, nos termos do Acórdão n° 302- 37.093, do 3º Conselho de Contribuintes;

Também porque o Auto de Infração não descreve as supostas irregularidades praticadas em todas as DIS mencionadas nos autos, violando o disposto no artigo 10, inciso III e no artigo 59, ambos do Decreto n° 70.235/72 [...]

Também porque não foi permitido o acesso aos autos do procedimento, assim como todos os livros fiscais permanecem em posse do AFRFB atuante;

c) Sucessivamente ao pedido (b) acima, reconheça a decadência do lançamento em relação às DI's, todas registradas há mais de 5 anos;

d) 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 atuante.

A responsável solidária EASY impugnou o lançamento alegando:

1. Em preliminares: devolução do prazo de trinta dias, pois não participou da fiscalização, nem da produção de provas e não recebeu cópias de vários documentos; decadência por aplicação do artigo 138 e 139 do Decreto-lei nº 37/66; nulidade do Auto de Infração por ausência de MPF; nulidade por motivação incongruente.

2. No mérito, que as negociações com a GEMAX eram rápidas em razão da alta capacidade de distribuição da EASY, procedendo a entrega dos produtos logo após o desembaraço; a revenda concentrada a um único cliente (a EASY) representaria baixo risco para a GEMAX, o que explicaria a baixa margem de lucro; ainda que as operações pudessem ter a conformação jurídica acusada pela fiscalização, não houve dolo ou fraude por parte da EASY; que os tributos não deixaram de ser recolhidos; não se aplica a tese da responsabilidade objetiva do artigo 136 do CTN; que a avaliação da capacidade financeira para deve ser realizada pelo conceito de capital de giro, necessidade de capital de giro e índices de liquidez, que no decorrer das operações, o pagamento das operações mais antigas passaram a financiar as operações mais novas; que a afirmação fiscal de que as operações com a EASY não trouxeram lucro à GEMAX não foi comprovada; os efeitos elencados no relatório fiscal quanto à interposição fraudulenta não se verificaram.

Por seu turno, a responsável EXIMLAB alegou:

1. Em preliminares, a decadência do lançamento e a prescrição da cobrança da multa; prova ilícita por quebra de sigilo fiscal;

2. No mérito, que realizou operações de compra e venda com a GEMAX e a EASY; que não se pode exigir do bem que pesquise toda a cadeia de transmissão do bem a fim de exigir a regularidade da importação; que não houve dano ao erário em razão da inexistência de recolhimento de IPI, pois que as alíquotas eram sujeitas à alíquota zero; que não pode responder por eventuais erros de escrituração promovidos pela GEMAX e pela EASY; boa-fé por ausência de conluio, ausência de intenção de prejudicar outrem e ignorância da situação anterior que prejudica ato posterior; a aplicação do artigo 112 CTN; inexistência de responsabilidade por solidariedade; a inexistência de ofensa à ordem econômica;

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 16-53.134, cuja ementa transcreve-se:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO II

Ano-calendário: 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.

Arguição de cerceamento de direito de defesa.

O fato de o contribuinte não ter tido acesso, no curso da ação fiscal, aos documentos obtidos pela Fiscalização junto a terceiros, não configura cerceamento de direito de defesa. A fase de investigação é uma etapa meramente inquisitória, de coleta de provas, durante a qual a Fiscalização não tem nenhuma obrigação de dar ciência ao investigado dos resultados preliminares de suas ações. Só depois de formalizada a acusação, através do auto de infração, é que surge para a autoridade lançadora o dever de cientificar o contribuinte dos elementos de prova que serviram de base para a formulação da pretensão fiscal.

Infração. Responsabilidade solidária.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, respondendo pela infração, conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie (Art. 124, I, do CTN).

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido

Cientificada em 06/01/2014, 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, decadência do lançamento relativo às DI's registradas há mais de cinco anos da ciência da autuação, 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 nacionalizadas as mercadorias, 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.

De suas partes, as recorrentes EASY e EXIMLAB interpuseram 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, as recorrentes pugnam pela decadência das infrações relativas às DI's registradas há mais de cinco anos da ciência do Auto de Infração. 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 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. Portanto, tendo as ciências do Auto de Infração ocorridas em 21/12/2011 (relativo à GEMAX), 22/12/2011 (relativo à EASY) e 20/12/2011 (relativo à EXIMLAB), os lançamentos referentes às DI's registradas de 31/05/2006 a 24/11/2006 devem ser exonerados.

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.

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)
[...]

§ 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 12466.724115/2011-66
Acórdão n.º **3302-003.074**

S3-C3T2
Fl. 10

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède

CÓPIA