



Lei autoriza perdimento de bens, mas não admite abusos

26/02/2009

O procedimento denominado “Procedimento Especial Fiscalizatório”, previsto na Instrução Normativa 206 da Receita Federal, de 25 de setembro de 2002, legitima o titular da unidade da SRF, ou qualquer servidor por ele designado que tomar conhecimento de situação com suspeita de irregularidade, que exija a retenção da mercadoria como medida acautelatória de interesses da Fazenda Nacional.

Em outras palavras, o artigo 65 dessa norma administrativa prevê um procedimento fiscalizatório diferenciado, objetivando salvaguardar os interesses do Erário, notadamente ao perquirir medida acautelatória de constrição dos bens importados.

Esse procedimento especial deverá seguir os rigores normativos descritos na Instrução Normativa SRF 228, de 21 de outubro de 2002, precipuamente ao necessitar provar o efetivo funcionamento do importador e a condição de real adquirente ou vendedor das mercadorias.

Impõe-se, assim, que para fins de comprovar a condição de real adquirente ou vendedor das mercadorias, as pessoas que comparecerem à Receita deverão demonstrar, ainda, que possuem conhecimento dos detalhes das operações em curso e poder decisório para sua realização, bem assim relacionar os nomes das pessoas de contato junto aos fornecedores estrangeiros, indicando os respectivos números de telefone, fax ou endereço eletrônico.

Veja-se: a persecução objetiva demonstrar se a importadora existe de fato e se está em funcionamento, comprovando sua efetiva operacionalidade e a condição de real adquirente ou vendedor das mercadorias através dos documentos indicados no artigo 5º dessa instrução normativa.

Caso a empresa não apresente os documentos acima indicados e seja confirmada a irregularidade justificadora da medida acautelatória dos interesses da Fazenda Nacional, aplicar-se-á a pena de cancelamento do seu CNPJ^[1]. O que se pretende é coibir qualquer vantagem fraudulenta por interposta pessoa através do procedimento descrito alhures. Deveras, é apenas um o bem jurídico tutelado pela presente persecução: o Erário, ou seja, os interesses da Fazenda Nacional.

O importador perante o cadastro da Secretaria da Receita Federal

Aquelas empresas que não poderão suportar a tributação das importações devem ser averiguadas pelo procedimento fiscal indicado, afastando-se as empresas de “fachada” nas operações no comércio internacional.

O procedimento visa alcançar certezas próximas daquelas previstas na concessão do RADAR, nos termos dos artigos 4º e 5º da IN 650/06^[3].

“Art. 5º Para fins de habilitação, a pessoa jurídica requerente da habilitação ordinária será submetida à análise fiscal, tendo por base as informações constantes das declarações fiscais apresentadas à SRF e os documentos referidos no art. 3º, para:

I – verificar a consistência entre as informações prestadas, as disponíveis nas bases de dados da SRF e as constantes do requerimento;

II – aferir a capacidade operacional da pessoa jurídica, assim entendida a disponibilidade de recursos humanos, materiais, logísticos, bens de capital, imóveis, tecnologia, etc.;

(...)

II – servirá como parâmetro para monitoramento fiscal do requerente e sua seleção para procedimento especial de fiscalização previsto na Instrução Normativa SRF 206, de 26 de setembro de 2002, ou na Instrução Normativa SRF 228, de 21 de outubro de 2002, conforme o caso, quando realizar operações em montante superior.”

A análise fiscal da habilitação ordinária toma por base declarações e documentos referidos no artigo 3º dessa Instrução Normativa. Assim, a Secretaria da Receita Federal atestará a consistência entre as informações prestadas nas declarações e as disponíveis nas bases de dados da própria SRF. Aferirá, portanto, se a capacidade operacional da pessoa jurídica — disponibilidade de recursos humanos, materiais, logísticos, bens de capital, imóveis, tecnologia, etc — é condizente com o projeto operacional apresentado.

Nessa oportunidade, a análise fiscal verificará, ainda, a capacidade empresarial e econômica relativamente ao capital aportado na empresa e sua capacidade financeira, demonstrando sua plena capacidade em operar no comércio internacional.

Indícios iniciais para instauração do procedimento

Os indícios iniciais a serem indicados pelos agentes fiscais para início da persecução deverão fruir sobre a capacidade operacional da pessoa jurídica e o cumprimento do plano estabelecido para concessão do RADAR.

“Art. 4º – Sujeitar-se-á à aplicação de pena de perdimento a mercadoria importada na hipótese de:

I – inserção de informação que não traduza a realidade da operação, seja no contrato de prestação de serviços apresentado para efeito de habilitação, seja nos documentos de instrução da DI de que trata o art. 3º (art. 105, inciso VI, do Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966);

II – ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, do comprador ou responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros (art. 23, inciso V, do Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, com a redação dada pelo art. 59 da Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002).

Parágrafo único. A aplicação da pena de que trata este artigo não elide a formalização da competente representação para fins penais, relativamente aos responsáveis, nos termos da legislação específica (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 e Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990).

Art. 5º - A operação de comércio exterior realizada mediante utilização de recursos de terceiro presume-se por conta e ordem deste, para fins de aplicação do disposto nos arts. 77 a 81 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001."

Existindo elementos de prova mínimos tendentes a demonstrar flâmulos de interposição fraudulenta ao caso sob análise, o agente fiscal deverá iniciar o procedimento fiscalizatório. Deveras, mister a existência de elementos mínimos que comprovem a inexistência de capacidade operacional e financeira, bem assim prejuízos ao Erário através de fraude ou simulação para início da persecução administrativa.

A interposição fraudulenta

De sapiência antiquíssima, fraude é um esquema criado para obter ganhos pessoais, apesar de ter, juridicamente, outros significados legais mais específicos.

Portanto, necessita-se de dois requisitos para ocorrência de fraude:

- o locupletamento ilícito;
- utilização de via indireta em razão da vedação pela via normal.

As pessoas jurídicas são, portanto, criações do Direito, pois é o ordenamento normativo que lhes atribui deveres e obrigações e lhes reconhece pretensões e direitos. Uma vez criadas, apresentam vida própria, gozando, ademais, de autonomia patrimonial.

Todavia, muitas vezes os indivíduos componentes valem-se da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para fugirem ao adimplemento de uma obrigação. Não raramente, o devedor oculta-se por detrás da personalidade jurídica autônoma do ente coletivo, com o escopo de fraudar o credor, quando a pessoa jurídica passa, assim, a ser um meio eficaz de se burlar a lei e prejudicar terceiros.

Exatamente para impedir que fraudes e abusos de direito, perpetrados com a utilização do instituto da pessoa jurídica, é que surgiu o "Procedimento Especial Fiscalizatório". Seu fim último é impedir que o ente moral constitua artifício de perturbação do funcionamento normal das regras jurídicas, ou seja, lese o Erário.

Levantando o manto da pessoa jurídica, a desconsideração "*penetra no âmago da sociedade, desconsiderando a personalidade distinta desta para determinados atos. Dessa forma, impede que fraudes venham a ser cometidas pelos sócios com intuito de locupletamento ilícito*" ^[4].

Conceitua-se fraude como "*o dolo utilizado para lograr à execução de um ato, como artifício, maquinação, ou astúcia tendente a frustrar, impedir ou iludir um interesse legítimo de terceiros de obter um resultado contrário ao direito sob a aparência de legalidade.*"^[5]

Em outras palavras, a fraude é o conluio entre pessoas para frustrar direitos de terceiros. Utilizando-se de um meio aparentemente legal, visa frustrar interesses legítimos de outros credores.

Existindo referida pretensão escusa de manobra, autorizado está o ente público a inquirir o administrado sobre sua importação e consequente capacidade de operar no mercado internacional.

A aplicação da pena de perdimento de bens e seus limites

Na constituição atual, o perdimento de bens está previsto no artigo 5º, inciso XLV, da Instrução Normativa 206, tendo como finalidade a reparação do dano eventualmente causado. Isso significa que um dos pressupostos para aplicação da pena de perdimento é a existência de dano ao Erário, já que esta tem natureza de restituição, e não simples retribuição.

Tendo-se em conta que as penas têm diversas funções e caracteres, dependendo da função que lhes é dada pelo legislador, percebe-se que o perdimento de bens possui unicamente a função de restituir o que deveria ser de propriedade do poder público. Ou seja, o ilícito e a reação do Estado, quando lesado, devem ser perfeitamente proporcionais, sob pena de existir enriquecimento sem causa da Fazenda Pública.

Caso haja aplicação da penalidade sem ocorrência de dano, dir-se-á que a aplicação da norma contida no Decreto-Lei 1.455/76 é inconstitucional, consubstanciando uma inconstitucionalidade *in concreto*. É uníssona, nesse sentido, a jurisprudência nacional:

“Resp 331.548

A pena de perdimento, inobstante ter natureza de sanção; pelos critérios legais é imposta para ressarcimento do erário pelos danos causados, inteligência do artigo 23 do Decreto 1455/76.

Ocorre, porém, que "danos" inexistem, razão pela qual se mostra dessarazoadada a aplicação da pena imposta. Afinal — é necessário admitir — que em certas circunstâncias não perfiguram ‘dano ao erário’.

Assim, salvo que se admita uma ficção jurídica plena, pela qual o legislador simplesmente dita a hipótese infracional sem embargo de sua existência no plano concreto, a aplicação do perdimento será tecnicamente imprópria.”

Como se percebe, a previsão da pena de perdimento — com seus pressupostos e contornos — há de ser vista como uma garantia do cidadão contra arbitrariedades, e não como um direito do Estado. Essa diferença não é meramente retórica, mas implica respeito preciso à estrita

legalidade e à segurança jurídica, princípios mínimos e iniciais em um Estado Democrático que se submete à regra da lei.

Não existindo qualquer vantagem na operação, na medida em que a operação, por si, não possibilitaria qualquer supressão de tributos, ou seja, “não há que se falar em dano ao erário pelo não-recolhimento do imposto, uma vez que este já não seria devido, ante a ausência da concretização da hipótese de incidência do tributo”, nos termos do aresto do Superior Tribunal de Justiça:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. MERCADORIAS EM TRÂNSITO. AVARIAS. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO TRANSPORTADOR. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. AUSÊNCIA DE DANO À FAZENDA PÚBLICA.

1. É indevida a imputação de responsabilidade tributária ao transportador, em relação ao imposto de importação, e de eventuais penalidades decorrentes da constatação de avaria em mercadorias em trânsito para outro país.

2. Sendo o destino final da mercadoria outro país, não há que se falar em dano ao erário pelo não-recolhimento do imposto, uma vez que este já não seria devido, ante a ausência da concretização da hipótese de incidência do tributo.

3. Recurso especial não provido. STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 946684 Processo: 200700979136 UF: RJ Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data da decisão: 04/09/2007 Documento: STJ000769206”

Não se trata de voz isolada. O entendimento acima é uníssono, tanto no Superior Tribunal de Justiça, quanto nos demais Tribunais Regionais do país:

“TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. EQUIPAMENTOS HOSPITALARES. PENA DE PERDIMENTO. SANÇÃO INDEVIDA.

1. Inexistindo dano ao erário uma vez que a concessão da ordem consumou situação de difícil reversão, tendo o Juiz permitido ao impetrante o pagamento dos tributos, não se justifica a pena de perdimento de equipamentos essenciais para atividade hospitalar sob pena de, do ponto de vista do interesse público, afetar a prestação de serviços médicos à comunidade.

2. Apelo e remessa improvidos. TRF - PRIMEIRA REGIÃO Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 9501024911 Processo: 9501024911 UF: DF Órgão Julgador: QUARTA TURMA Data da decisão: 29/3/2000 Documento: TRF10009741

No plano infraconstitucional, a pena de perdimento está prevista no Decreto-Lei 1.455/76, no artigo 23, seus incisos e parágrafo primeiro. Nos incisos estão tipificados os fatos jurídicos que desencadeiam a pena e no parágrafo primeiro há a previsão da pena, quando das infrações cometidas resulte dano. Mais uma vez, repete-se o necessário nexo causal entre dano e aplicação da pena.

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (estrita) na fiscalização significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual.

O poder administrativo concedido à autoridade pública tem limites certos. Não se trata de um “cheque em branco” para arbítrios ou violências. A intenção de “anular” uma pessoa jurídica não pode instrumentalizar ato eivado em abuso de poder.

O abuso de poder pode ocorrer por desviar as finalidades administrativas em sua emanção. Destarte, os atos jurídicos, emanados pela autoridade, podem ter o vício de desvio de finalidade e o da impessoalidade quando prejudicar sobremaneira o administrado. Também ocorre ofensa ao princípio da moralidade administrativa, a qual, como o princípio da finalidade, tem o caráter objetivo.

Logo, o *plus*, o excesso representa um agravo inútil aos direitos, através de penalidades desproporcionais, incongruentes e ilegítimas com a suposta “violação legal”.

Nesse caso, o conteúdo do ato e a conduta da autoridade, por si só, é suficiente para caracterizar o ato como destoante da razoabilidade. Trata-se, na verdade, do *dever* de boa administração.

Destarte, os atos da autoridade administrativa não podem transbordar os limites da aplicação das penalidades postas à aplicação pela norma administrativa, como alhures apontado, indo além do que está na lei, motivando a declaração de ilegalidade do “plus” imposto pelos atos administrativos e afastar sua coatividade sobre o administrado, nos termos do princípio da proporcionalidade.

[1] :“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:

I – ocultação do verdadeiro responsável pelas operações, caso descaracterizada a condição de real adquirente ou vendedor das mercadorias;

II – interposição fraudulenta, nos termos do § 2º do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455, de 1976, com a redação dada pela Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002, em decorrência da não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados, inclusive na hipótese do art. 10. 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).”

[3] Art. 11. Será indeferido, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 4º e sem prejuízo da apresentação de novo pedido, o requerimento de habilitação: I – em desacordo com as disposições do art.10; II – apresentado por pessoa jurídica que se enquadre em uma das situações previstas nos incisos I a VII do art. 4º; o



[6] "ADMINISTRATIVO. PENA DE PERDIMENTO DE VEÍCULO. ENQUADRAMENTO COMO INGRESSO TRANSITÓRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. PENA DE PERDIMENTO ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. MERCADORIA IMPORTADA. RÓTULO EM PORTUGUÊS. AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO TRIBUTÁRIA - IMPORTAÇÃO - AUSÊNCIA DE GUIA DE IMPORTAÇÃO - PENA DE PERDIMENTO: SANÇÃO TRIBUTÁRIA. PENA DE PERDIMENTO. MERCADORIAS ISENTAS. DECRETO-LEI N. 2434/88 E DECRETO

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2009-fev-26/lei-autoriza-perdimento-bens-nao-admite-abusos/>