



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

Processo nº 10314.000413/2007-99
Recurso nº 141.606 Voluntário
Acórdão nº 3102-00.217 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de maio de 2009
Matéria Pena de perdimento
Recorrente HUAWEI DO BRASIL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
Recorrida DRJ-São Paulo/SP

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 06/01/2004 a 28/07/2006

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DE UMA DAS EMPRESAS CONSIDERADAS RESPONSÁVEIS.

Não tendo sido intimada uma das empresas apontadas como co-responsáveis pelo ilícito fiscal, deve o processo ser anulado desde a impugnação apresentada pela responsável intimada, para que seja regularmente intimada a outra empresa, como medida de saneamento do processo e garantia do amplo direito de defesa do contribuinte.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer o processo a partir da impugnação do recorrente. O Conselheiro Corinto Oliveira Machado declarou-se impedido. Fez sustentação oral o Advogado Robson Maia Lins, OAB/SP 208576.


MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Presidente


MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA – Relator

EDITADO EM:

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Mércia Helena Trajano Damorim (Presidente), Ricardo Paulo Rosa, Corintho Oliveira Machado, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Marcelo Ribeiro Nogueira (Relator), Beatriz Veríssimo de Sena, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e Judith do Amaral Marcondes Armando.

Relatório

Adoto o relatório da decisão de primeira instância por entender que o mesmo resume bem os fatos dos autos até aquele momento processual:

Contra a interessada foi lançada a multa por conversão da pena de perdimento, capitulada no artigo 23, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.455/1976, em face das infrações “mercadoria estrangeira possuída a qualquer título com falsificação ou adulteração de documentos” e “interposição fraudulenta na importação, mediante ocultação do real adquirente” (fl. 10).

As autoridades aduaneiras fundamentam o lançamento no relatório de fls. 10-67 — “descrição dos fatos e enquadramento(s) legal(is)”.

Em síntese, os auditores-fiscais aduzem que a autuada (Huawei do Brasil) realizou importações por intermédio da empresa Sab Company. Tais importações por conta e ordem da Huawei do Brasil não foram assim declaradas pela Sab Company, caracterizando simulação e ocultação do real adquirente.

Intimada em 10/01/07, a interessada apresentou em 08/02/07 impugnação, juntada às fls. 1696 e ss. Alega, em síntese:

Dedica-se à fabricação e comercialização de componentes de telecomunicações e informática. É estabelecimento industrial e contribuinte do imposto sobre produtos industrializados.

Contratou a Sab Company a fim de viabilizar suas importações, pois a impugnante não possuía habilitação (“Radar”), a qual foi-lhe negada pela Receita Federal (cita fls. 6410 e ss., v. 31).

As importações eram realizadas pela Sab Company por conta própria, pois empregava recursos próprios e o fechamento de câmbio era sua responsabilidade. Após a vigência da Lei nº 11.281/06 a relação entre as empresas passou a ser a de “importação por encomenda”.

Questiona trecho do relatório fiscal (fls. 30 e 31) no qual a fiscalização afirma que a Sab Company empresta dinheiro à Huawei do Brasil que, por sua vez, adianta os recursos para a importação. A fiscalização se contradiz e não prova que os recursos empregados pertenciam à Huawei do Brasil.

Todas as mercadorias importadas e compradas pela impugnante foram utilizadas como insumos em seu processo industrial. Conseqüentemente, houve o pagamento do imposto sobre produtos industrializados na saída, o que afasta a imputação de prejuízo ao Erário em face da sonegação do imposto.

Afasta-se a tese fiscal de que o motivo da suposta simulação seria evitar que a impugnante fosse equiparada a industrial, evitando a incidência do imposto sobre produtos industrializados nas vendas. Cita documentos anexos 3 a 9 (fls. 1839, v. 10, a 6408, v. 31).

Diferencia as importações “por conta e ordem de terceiro” e “por conta própria”. Aduz que na segunda o importador adquire mercadorias do exterior, em seu nome, responsabilizando-se pelo câmbio, e as revende no mercado interno. Há dois contratos de compra e venda, um entre o fornecedor estrangeiro e o importador e outro entre o importador e o adquirente na transação interna.

O fato de a pessoa jurídica importadora, em determinados casos, ter a expectativa de saber quem será o comprador das mercadorias no Brasil não alterava, antes da Lei nº 11.281/06, a natureza jurídica da “importação por conta própria”. Havendo descumprimento por parte do promissário comprador, a importadora tem a livre disponibilidade do bem, podendo comercializá-lo com outros sujeitos pelo preço e condições que lhe convém.

A Lei nº 11.281/06 estabeleceu distinção entre a “importação por conta e ordem” e a “importação por encomenda”. Na segunda, o encomendante contrata a importadora para que esta, com recursos próprios, efetue a aquisição e importação de mercadorias e, posteriormente, as revenda ao encomendante. Essa disciplina normativa, conferindo efeitos fiscais semelhantes aos aplicáveis às importações por conta própria, corrobora as práticas adotadas pela impugnante.

Antes da lei 11.281/06, não era juridicamente relevante saber se havia ou não a encomenda. O fundamental era saber por conta de quem os produtos estrangeiros estavam sendo adquiridos.

Conclui que, antes e depois da lei 11.281/06, as importações eram por conta da Sab Company, que com recursos próprios adquiria as mercadoria. Não era mera prestação de serviços.

A importação por conta e ordem de terceiros só se caracteriza se o importador não utilizar recursos próprios para realizar a importação.

As disposições do contrato entre Huawei do Brasil e Sab Company não autorizam que se o considere como mera prestação de serviços e importação por conta e ordem de terceiros. A Lei nº 11.281/06, ao reconhecer a “importação por encomenda”, autoriza que uma empresa contrate uma importadora para que esta, com seus próprios recursos, efetue a aquisição e importação de mercadorias e, posteriormente, as revenda ao encomendante, em moldes previamente definidos.

Os documentos apreendidos pela fiscalização são insuficientes para caracterizar as importações como por conta e ordem de terceiros. Não merecem valor as afirmações do representante da

empresa, Sr. Itamar Felipe Cassiano (fl. 1713). Tais indícios não são suficientes para caracterizar a importação como por conta e ordem de terceiros.

Cita acórdão do Segundo Conselho de Contribuintes (fl. 1714). Para a caracterização da importação por conta e ordem são necessários: (i) contrato de prestação de serviços, (ii) pagamento de comissão e (iii) registro contábil que demonstre que o importador não é proprietário da mercadoria.

A própria Fazenda reconhece a impossibilidade de a impugnante ter adquirido as mercadorias por importação por conta e ordem pois no processo 10814.003958/2005-54 foi indeferida sua habilitação para o Siscomex.

Após a edição da lei 11.281/06, a Sab Company e a Huawei do Brasil enviaram documentos à Receita Federal para caracterização da importação por encomenda. Tais documentos não foram levados em consideração pela fiscalização, que lavrou o auto de infração até julho de 2006, quando já tinham sido realizados todos os atos necessários para o registro da importação por encomenda. Desde abril de 2006 as importações eram por encomenda

O princípio da legalidade implica reconhecer a licitude dos negócios jurídicos de direito privado não vedados pelo direito. Aduz que a elisão fiscal não é evasão pois naquele caso não há incidência da norma jurídica tributária. No caso concreto nem elisão nem evasão ocorreu pois o imposto sobre produtos industrializados foi recolhido (doc. 9 – fls. 6387 e ss. v. 31).

Discorre sobre o conceito de simulação. Alega que negócio jurídico lícito não é susceptível de desconsideração pela autoridade administrativa.

Apenas operações que ocultem a realidade configuram simulação. Para que haja simulação é necessário (i) conluio entre as partes, (ii) divergência entre a real vontade das partes e o negócio declarado e (iii) intenção de lograr o Fisco (fl. 1727). Tais características não estão presentes nas importações da Sab Company e não houve prejuízo ao Erário.

Não há fraude, simulação nem conluio sem dolo — intenção de obter o resultado ou de assumir o risco de produzi-lo. O dolo e a culpa não se presumem. Cita acórdão do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Não houve no presente caso qualquer conduta dolosa. Os agentes fiscais não comprovaram ilicitude praticada pela Huawei do Brasil nem pela Sab Company. Cita acórdão do Terceiro Conselho de Contribuintes. Cita também decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O fato de as mercadorias não transitarem fisicamente pelo estabelecimento do importador não autoriza a conclusão de que a operação é simulada, por não ser requisito para a efetivação do negócio jurídico.

Esclarece sobre o Fundo para o Desenvolvimento das Atividades Portuárias (Fundap), o qual proporciona benefícios tributários no âmbito da tributação estadual (ICMS).

Apesar de a Sab Company possuir prejuízo operacional, obtém lucro financeiro em função dos benefícios tributários conferidos pelo Fundap.

O Fundap é válido e vigente, devendo ser respeitado por todos, inclusive pelas pessoas políticas. A União não possui legitimidade para questioná-lo. São totalmente irrelevantes as considerações feitas pela autoridade fiscal sobre os benefícios auferidos pela Sab Company em razão do Fundap.

O Supremo Tribunal Federal (STF) entende ser imprescindível que a legislação discipline as condutas de modo razoável e proporcional. O princípio do não-confisco aplica-se não apenas aos tributos. A multa aplicada é desproporcional e confiscatória, devendo ser cancelado o auto de infração. Cita decisões do STF.

A fiscalização equivocou-se sobre o sujeito passivo, que é a importadora Sab Company.

Protesta pela produção de provas, especialmente a pericial, a fim de comprovar a natureza industrial das atividades desenvolvidas pela Huawei do Brasil e o recolhimento de tributos por parte da Sab Company. Formula quesitos às fls. 1751 e 1752.

Requer o cancelamento do crédito tributário.

Acolhida pela repartição de origem a impugnação em relação à tempestividade e aos aspectos formais, os autos foram encaminhados a esta Delegacia de Julgamento, com 31 volumes e 6435 fls.

A decisão recorrida recebeu de seus julgadores a seguinte ementa:

Assunto: Obrigações Acessórias

Período de apuração: 06/01/2004 a 28/07/2006

MULTA POR CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO.

Descumprimento das obrigações aduaneiras pertinentes à importação por conta e ordem. Conduta dolosa que resultou no fornecimento de informações falsas nas declarações de importação, consubstanciando fraude e ocultação do real adquirente das mercadorias importadas.

Lançamento procedente.

O contribuinte, restando inconformado com a decisão de primeira instância, apresentou recurso voluntário no qual ratifica e reforça os argumentos trazidos em sua peça de impugnação.

Os autos foram enviados ao antigo Terceiro Conselho de Contribuintes e fui designado como relator do presente recurso voluntário, na forma regimental. Tendo sido criado o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pela Medida Provisória nº 449, de 03 de dezembro de 2008, e mantida a competência deste Conselheiro para atuar como relator no julgamento deste processo, na forma da Portaria nº 41, de 15 de fevereiro de 2009, requisitei a inclusão em pauta para julgamento deste recurso.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA, Relator

Entendo que o recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais.

Antes de adentrar no exame do recurso propriamente dito, observo que o processo necessita ser saneado. Isto porque, não houve a intimação de um dos contribuintes a quem é atribuída responsabilidade fiscal e penal pela autoridade autuante, qual seja, a SAB Company Comércio Internacional S/A, nome anterior de SAB SP Trading Company S/A.

Observa-se das conclusões do auto de infração que o fiscal responsável pela autuação considerou que houve interposição fraudulenta mediante ocultação do real adquirente, sendo a importadora SAB a responsável principal, tendo o ora recorrente agido em conluio com a mesma. Transcrevo:

Os fatos narrados e documentos apresentados até aqui demonstram de forma absolutamente inequívoca, que a importadora fundapeana SAB, agindo em CONLUIO com seu contratante HUAWEI, cometeu as infrações de INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA MEDIANTE OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE (configurando, em tese, a prática do crime de DESCAMINHO, definido no art. 334 do Decreto-Lei 2.848/1940 – Código Penal), valendo-se para tanto de FRAUDES através das quais SIMULOU ATOS DE COMÉRCIO nos mercados exterior e interno, trazendo ao país como próprias e aqui nacionalizando mercadorias estrangeiras de propriedade da HUAWEI. (grifos do original)

Mais a frente, continua a peça de acusação:

Ficam ainda as empresas acima identificadas e seus responsáveis cientes de que será promovida a REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS, em cumprimento ao disposto no art. 1º do Decreto nº 2.730/98, haja vista que restou caracterizada a ocorrência de fato que, em tese, configura crime contra a ordem tributária, definido no artigo 1º da Lei nº 8.137, de 27/12/1990. (grifos do original)

Como se verifica acima, resta evidente que o intuito da autoridade fiscal foi, no momento da lavratura do auto de infração, incluir no mesmo pólo passivo, o ora recorrente e a importadora SAB.

Entretanto, não ocorreu a intimação da SAB SP Trading Company S/A para se defender dos termos de acusação que lhe são dirigidos no auto de infração, devendo esta irregularidade processual ser corrigida neste julgamento, na forma do disposto no artigo 59, inciso II do Decreto nº 70.235/72.

Por todo o exposto, VOTO por conhecer do recurso e para anular o processo a partir da impugnação do ora recorrente, como forma de sanear o presente processo, evitando eventual alegação de preterição do direito de defesa, determinando que seja intimada a importadora, SAB SP Trading Company S/A, para integrar o pólo passivo, pagar a obrigação tributária ou impugnar a mesma, na forma da lei de regência.


MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA